13

REVISTA JURÍDICA

DA PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Edição Especial
Programa de Residência Jurídica 2022–2025

Junho 2025

cejur
PGM - SP

REVISTA JURÍDICA DA PROCURADORIA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
Procuradoria Geral do Município

PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
Ricardo Nunes

PROCURADORA GERAL DO MUNICÍPIO
Luciana Sant'Ana Nardi

DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS
Roberto Angotti Júnior

AUTOR CORPORATIVO

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS Lúcia Maria Moraes Ribeiro de Mendonça - CEJUR
Pátio do Colégio, nº 5
01016-040 São Paulo - SP - Brasil Telefones: (11) 3116-1655 / 3116-1658
Periodicidade: Bianual

CORPO EDITORIAL

Procuradores: Roberto Angotti Júnior, Fábio Vicente Vetritti Filho

Bibliotecárias: Beatriz de Oliveira Royer Massonetto, Juliana Subino Teixeira

Residente jurídica: Luana de Jesus Teles Santos

Estagiários: Luana Bertarelli Gimenes Santos, Paulo Henrique Sanchez Zuza

Capa: Foto Prédio do CEJUR

Ficha catalográfica

Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo/ Centro de Estudos Jurídicos Lúcia Maria Moraes Ribeiro de Mendonça CEJUR / Procuradoria Geral do Município de São Paulo
n. 13, 2025.

Periodicidade: Bianual ISSN 2175-649X (impresso)

1. Direito – periódicos 2. Direito Público

CDU 34(05)

SUMÁRIO

ARTIGOS

Formação ativa na área do Direito: o caso da Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo 6
Guilherme Gomes Skrivan e Roberto Angotti Júnior

Responsabilidade Civil nos Contratos de Gestão na Área da Saúde Pública: Direito de Regresso do Estado em Face das Entidades do Terceiro Setor Decorrente de Erro Médico ... 19
Amanda Torres Santos

Aspectos Gerais do Procedimento de Contratação Direta à Luz da Lei Federal nº 14.133/2021 37
Ana Flávia de Almeida Carvalho

Da propriedade privada à propriedade urbanística: A coexistência entre o direito individual à propriedade e a gestão democrática das cidades..... 54
Anderson Mendes Duarte

Dispensa de licitação: A questão da emergência fabricada e a atuação dos Órgãos de Controle em relação às contratações emergenciais de obras do Município de São Paulo 67
Beatriz Almeida Silva

A concessão de uso especial para fins de moradia como instrumento da política urbana..... 87
Daniel Araújo de Assis

Arrematação Judicial e a Responsabilidade Tributária pelos Débitos de IPTU: Análise da Lei e da Jurisprudência..... 109
Fábio Wyner Portela Petri

A Tributação da distribuição de lucros e dividendos no Ordenamento Jurídico Brasileiro... 120
Felipe Monteiro dos Santos

A legitimidade do ente jurídico interessado e o Supremo Tribunal Federal 147
Henrique Eurico Silva

A Lei nº 10.639/03 e o município de São Paulo: do regime jurídico às ações municipais..... 166
Luana de Jesus Teles Santos

***Software* no Piratininga: propriedade intelectual de programas de computador nas contratações públicas do Município 181**
Lucas Lazarini Reginato

A Base de cálculo do ITBI no município de São Paulo e o entendimento jurisprudencial acerca do tema..... 199
Mariane Paiva de Oliveira Silva

Direito à saúde, discricionariedade, finalidade e a (im)possibilidade de controle do mérito administrativo à luz do RE nº 684.612/RJ 218
Nicolaus Felipe Mendes Prota Torrens

A legitimação fundiária como uma vertente do direito a felicidade: como o instrumento trazido pela lei nº 13.465/2017 representa um aprimoramento da antiga concessão especial de uso para fins de moradia e pode auxiliar na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.....239
Paulo Eduardo Melo Cavalcante do Espírito Santo

Por dentro da Casa Civil/ATL: fica autorizada uma análise linguística do Direito.....256
Renata de Moraes Rosa Santana

O impacto da inserção do diálogo competitivo nas contratações públicas 280
Renato Santos de Oliveira

A aplicação da teoria dos diálogos institucionais na discussão de projetos de lei dentro da administração municipal 297
Romulo Oliveira Redondo

Instrumentos Indutores da Função Social da Propriedade Urbana no Município de São Paulo: Desapropriação com Pagamento Mediante Títulos da Dívida Pública e Instrumentos Alternativos.....313
Thais de Arruda Pelligrino

Imunidade Tributária recíproca ao IPTU em imóveis públicos utilizados por pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público 327
Vitória de Melo Pereira

Usucapião de Bens Públicos: (Im)possibilidade? 341
Yasmine Ramos Cezar Gomes

ESTUDOS DE CASO

O Termo Inicial da Pretensão Regressiva do Estado sob o Viés Subjetivo da Teoria Actio Nata 359
Antonio de Meira Sousa

Responsabilidade Civil Ambiental: Supressão de Árvores 368
Caio Oliveira Marques

A Verificação da Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública nos Contratos de Gestão por ela Celebrados.....377
Richard de Moraes Pereira Martins

Possibilidade de transação em matéria ambiental: caso SVMA x COHAB.....387
Vinícius Manosalva Alves

Formação ativa na área do Direito: o caso da Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo [1]

Active training in the field of law: the case of the Juridical Residency at the São Paulo City Attorney's Office

Guilherme Gomes Skrivan [2]

Roberto Angotti Júnior [3]

RESUMO

Este artigo[4] tem como objetivo analisar a metodologia de ensino praticada no curso "Teoria e Prática da Advocacia Pública Municipal - Residência Jurídica" ofertado pela Procuradoria Geral do Município de São Paulo e, mais especificamente, por seu Centro de Estudos Jurídicos e Escola Superior de Direito Público Municipal. O curso une teoria e prática da advocacia pública, permitindo que o estudante participe como observador nas atividades diárias dos procuradores. Poucas produções sobre o tema foram encontradas, o que demonstra a necessidade de mais estudos sobre essa forma educacional. No caso examinado, foram coletados dados a partir de documentos acerca do planejamento do curso, sua execução e a atividade dos estudantes. Pode-se afirmar que a Residência Jurídica analisada é um caso singular que parte da Aprendizagem Ativa no próprio planejamento pedagógico, alcançando com sucesso seu objetivo de conectar a prática da advocacia pública com os conhecimentos teóricos sobre a área jurídica, ao se basear nas atividades diárias do estudante como forma principal de aprendizagem.

Palavras-chave: residência juridica; aprendizagem ativa; advocacia pública.

ABSTRACT

This article aims to analyze the teaching methodology employed in the course "Theory and Practice of Municipal Public Advocacy – Juridical Residency" provided by the São Paulo City Attorney's Office, specifically by its Center for Legal Studies and Higher School of Municipal Public Law. The course integrates the theory and practice of public law, wherein students participate as observers in the daily work of attorneys. The scarcity of literature on this subject emphasizes the need for further studies on this educational approach. In the case under examination, data were gathered from documents detailing the course planning, its execution and students' activity. It can be

---

[1] Artigo publicado originalmente nos **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 9, n. 40, p. 9-23, abr. 2024. Disponível em: https://www.defensoria.sp.def.br/documents/20122/b042ae95-a01f-3040-c5e9-4f85cde1d116.

[2] Assistente Administrativo de Gestão na Procuradoria Geral do Município - PGM-SP e Doutorando no Programa de Estudos Pós-Graduados Educação: história, política, sociedade da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. E-mail: guilhermegskrivan@prefeitura.sp.gov.br.

[3] Procurador do Município de São Paulo e Diretor do Centro de Estudos Jurídicos/Escola Superior de Direito Público Municipal - CEJUR/ESDPM da Procuradoria Geral do Município - PGM-SP. E-mail: rangotti@prefeitura.sp.gov.br.

[4] Agradecemos especialmente à nossa colega servidora Gabriela Carezzato Miani pela revisão deste artigo.

said that the analyzed Juridical Residence represents a unique case that incorporates active learning into the pedagogical planning, successfully achieving its objective of connecting the practice of public law with theoretical knowledge in the legal field by emphasizing the student's daily activities as the primary mode of learning.

Keywords: juridical residency; active learning, public advocacy.

1.Introdução

O presente artigo investiga o caráter pedagógico do caso da Residência Jurídica do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral do Município de São Paulo (PGM-SP). Mais especificamente, o objeto de estudo é a metodologia de ensino-aprendizagem desenvolvida no curso, caracterizada como uma Metodologia Ativa de Aprendizagem, opondo-se ao ensino tradicional que ocorre nas graduações de Direito. O foco está na atividade estudantil como melhor ferramenta de aprendizagem, visando a assimilação e disseminação de saberes acerca do trabalho dos procuradores no serviço público municipal.

A formação escolar na área do Direito em graduações de universidades e faculdades públicas ou privadas brasileiras tem sido tradicionalmente caracterizada por sua abordagem generalista, isto é, voltada para conhecimentos gerais sobre diversas matérias do curso, e passiva, na qual o papel de aluno-ouvinte é preponderante. Com raras e louváveis exceções, dentro da sala de aula ocorrem monólogos a partir da experiência prática do professor e de manuais sobre os diversos temas da área. Portanto, ao estudante é oferecida uma formação apartada da atuação prática futura (SOARES *et al.*, 2022). Essa prática será chamada, aqui, de tradicional: métodos didático-pedagógicos no qual o professor é o centralizador do conhecimento e da ação (de ensinar), enquanto a aprendizagem é uma tarefa do discente a ser avaliada.

Nas últimas décadas, debates críticos sobre o tema vêm ganhando espaço – não apenas na área do Direito ou no ensino superior, mas em todo o sistema educacional – apresentando-se como alternativas ao ensino tradicional (PINTO, 2018). Uma das correntes críticas resultou nas chamadas Metodologias Ativas de Aprendizagem – que são objeto do presente artigo. Essa abordagem pedagógica defende que a educação deve centralizar-se na atuação dos estudantes como chave para o processo de ensino-aprendizagem. Ou seja, a prática pedagógica deve originar-se das próprias atividades dos estudantes (leitura, discussão, argumentação, redação, observação etc.) para que possam desenvolver melhor seus conhecimentos e suas habilidades (MARQUES *et al.*, 2021).

Ter como ponto de partida a atividade estudantil não é uma inovação. A prática pedagógica voltada para atividade do estudante já acontecia no ensino tradicional, mesmo que não fosse denominada como Metodologia Ativa. A exemplo da formação superior em Direito, a Aprendizagem Ativa planejada ocorre majoritariamente em duas situações: simulações de situações reais e no estudo aprofundado de casos concretos ou por meio de estágios supervisionados, integrantes do itinerário formativo conforme estabelecido nos projetos pedagógicos dos cursos segundo a Lei nº 11.788/2008.

A profissionalização – entendida aqui como especialização do saber para o trabalho prático na área do Direito – ocorre fora da graduação, seja no ofício prático ou em cursos latu sensu que seguem a mesma fórmula pedagógica da graduação. Em menor número, existem programas denominados “residência jurídica”, cursos destinados à formação continuada (cursos de extensão e especialização) dos já bacharéis em Direito que unem estudo e acompanhamento do trabalho prático no setor público.

Existem cursos promovidos por Instituições de Ensino Superior e por Escolas da Administração Pública nas mais diversas esferas.

Mesmo contando com alguns exemplos nacionais de programas de residência jurídica, o tema é pouco explorado. Não foram encontrados artigos na plataforma Scielo sobre o tema. Na Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD) foi encontrada apenas uma dissertação, de Deise Ferraz (2018) e no Catálogo de Teses e Dissertações da Capes foi encontrado o mesmo estudo.

Durante as buscas, deparamo-nos com uma vasta bibliografia sobre programas de residência na área da Saúde, obrigatória para os cursos de Medicina, mas também praticadas em Enfermagem, Psicologia, Pedagogia etc. Deve-se compreender os mecanismos comuns que suscitam o nome "residência".

A dissertação de Ferraz (2018) analisa a residência jurídica enquanto curso de especialização da Universidade Federal do Rio Grande (FURG) diante da hipótese - confirmada pela pesquisadora - de que os saberes adquiridos a partir da residência humanizam o ensino jurídico, abrindo a possibilidade de ação a partir do diálogo e da visão político-pedagógica em situações desumanizantes.

Diante da escassa bibliografia sobre residência jurídica, entende-se que há um campo educativo a ser explorado. É frutífero aferirmos como a união entre conhecimentos teórico e prático tem sido efetivada na formação em Direito. O presente artigo visa compreender a metodologia proposta no curso da residência jurídica do PGM-SP e, mais especificamente, descrever as etapas do curso e analisar a forma que os conceitos de Aprendizagem Ativa e de Metodologias Ativas de Aprendizagem norteiam o caso.

2. Avaliando a formação em residência juridica

Por ser um assunto pouco explorado na academia, a pesquisa sobre residência jurídica para o presente relatório foi exploratória e descritiva. O objetivo principal é elucidar como a aproximação entre teoria e prática (práxis), através da centralidade do discente na prática pedagógica jurídica, pode ser um recurso para as formações da área.

A coleta de dados foi realizada através do contato com os agentes públicos responsáveis pelo curso, além dos acessos à página da Residência Jurídica do Centro de Estudos Jurídicos/Escola Superior de Direito Público Municipal (CEJUR/ESDPM)[5] e ao Ambiente Virtual de Aprendizagem (AVA) utilizado, a plataforma Moodle. O acesso a este último está disponível exclusivamente para funcionários e estudantes cadastrados no Programa.

Foram adquiridos documentos que vão desde as avaliações dos estudantes até o Projeto Pedagógico do Curso, passando por um formulário de inscrição do projeto no Premia Sampa (prêmio da Prefeitura Municipal de São Paulo para projetos inovadores), que conta com aprofundada descrição do curso. A análise de tais documentos buscou entender como a práxis é estabelecida no curso.

Para a realização do estudo, buscou-se fontes bibliográficas que pudessem esclarecer os fenômenos analisados sobre Metodologias Ativas de Aprendizagem e Aprendizagem Ativa. Algumas dessas fontes incluem os trabalhos de Marques e colaboradores (2021) e Moran (2018), que conduziram uma revisão sistemática de artigos sobre metodologias ativas de ensino-aprendizagem. Além disso, Marin *et al.* que analisaram o caso da Faculdade de Medicina de Marília, enquanto Carneiro, Teixeira e Pedrosa avaliaram experiências de residências nas áreas da Saúde. Outras contribuições

[5] Página eletrônica do caso analisado, na qual pode-se acessar os documentos públicos referenciados: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/procuradoria_geral/cejur/escola_superior_de_direito_publico_municipal/programa_de_residencia_juridica/index.php.

relevantes abordaram a formação ativa na área do Direito, conforme apresentado por Soares e colaboradores (2022) e Silveira (2022).

A partir dos estudos sobre as residências em outras áreas pesquisadas há mais tempo, é possível compreender o funcionamento desse mecanismo distinto da educação em sala de aula. As concepções, métodos e objetivos educacionais em todas as residências, independente da área - seja na Saúde, no Direito, na Pedagogia, entre outros - são os mesmos, respectivamente: 1) relação mestre-aprendiz em contexto de trabalho; 2) observação e reflexão do estudante sobre a prática profissional e; 3) desenvolvimento de saberes relativos à atuação profissional in loco.

3. Aprendizagem Ativa e Metodologias Ativas de Aprendizagem

A instituição escolar constitui um espaço destinado à educação, composto por diversos elementos como organização, escolha de conteúdos, arquitetura, cultura própria, relação entre estudantes e professores etc. O objetivo final é a educação, e os componentes são pensados e configurados para fomentarem a aprendizagem. Em última instância, entretanto, a educação acontece na relação mestre-aprendiz, na forma de professor-estudante. Temos duas pontas que se relacionam, sendo que a primeira (professor) é responsável pelo trabalho pedagógico e seu planejamento, enquanto a segunda (estudante) se desenvolve a partir desse trabalho.

Tradicionalmente, ou melhor, a partir da universalização da instituição escolar iniciada na Europa do século XVIII, o trabalho pedagógico é conduzido através de aulas com tempo determinado, em salas com carteiras organizadas em fileiras com estudantes ouvindo passivamente e agindo conforme as ordens do docente.

Estudos recentes, como dito por Ugalde (2020), mostram que, por parte do aprendiz, esse cenário é pouco proveitoso para a aprendizagem. Somam-se ao contexto descrito as evoluções tecnológicas recentes que geraram recursos transformadores para no contexto da educação escolar. Seja pela concorrência com o lazer de fácil alcance através de smartphones, seja pela proliferação de ambientes virtuais desenhados especificamente para a aprendizagem, a escola vem sofrendo pressões para mudanças dos métodos tradicionais de ensino.

Corroborando essa visão, Moran afirma: “O que constatamos, cada vez mais, é que a aprendizagem por meio da transmissão é importante, mas a aprendizagem por questionamento e experimentação é mais relevante para uma compreensão mais ampla e profunda.” (2018, p. 37). O autor complementa ao deduzir que a prática e os ambientes propícios são fundamentais para que o conhecimento se desenvolva ativamente.

Apesar da possibilidade de se aprender em qualquer contexto, características como planejamento, orientação, objetivos educacionais e colaboração tornam a educação institucional privilegiada para o desenvolvimento adequado das práticas educadoras. Em certo grau, todo modo de aprender é ativo (MORAN, 2018); no entanto, a relação entre mestre e aprendiz é fundamental para mobilizar conhecimentos prévios, avaliar os conhecimentos apreendidos, estabelecer conexão entre saberes distintos, interpretar corretamente as informações e saber aplicá-las.

Como crítica ao sistema tradicional, o conceito de Aprendizagem Ativa representa uma reconfiguração na prática pedagógica estabelecida. Essa abordagem estabelece uma nova dinâmica, distinta daquela descrita anteriormente, na qual o professor era o ator principal. Nessa nova perspectiva, o estudante é o sujeito principal, porém com conhecimentos em desenvolvimento. O trabalho do professor se transforma, seu método é renovado considerando estratégias que permitam o aluno alcançar o conhecimento de outras formas, a partir de suas ações que o tornam guia de um percurso com um objetivo final a ser alcançado.

Engana-se quem pensa que a mudança de foco torna irrelevante o trabalho docente. Pelo contrário, o trabalho pedagógico é renovado ao se apropriar mais da atividade estudantil como insumo para fomento de mais aprendizagem. O trabalho que anteriormente era de conhecimento e comunicação, se torna o trabalho de transformação do conhecimento, mais inventivo na medida que depende de: a) criar "condições propícias" para a aprendizagem; b) conciliar saberes atuais com objetivos educacionais e; c) ter o estudante como base para atuação docente.

Esse trabalho pedagógico reformulado é composto por uma gama teorizada e praticada de diferentes métodos de ensino novos, conhecidos como Metodologias Ativas de Aprendizagem, aplicadas em ambientes físicos e virtuais. Essas metodologias consideram o conhecimento estudantil estabelecido e seu desenvolvimento como bases para atuação (MORAN, 2018). Ou seja, o entendimento que a aprendizagem deve ser ativa implica na criação de maneiras de ensinar adequadas a esse cenário.

Há métodos que não são inéditos e não devem ser deixados de lado, pois mesmo em contextos de ensino tradicional são maneiras ativas de compor a relação pedagógica. São os seminários, a leitura prévia como preparo para a aula, os debates, as atividades em grupo, a sala de aula invertida etc. Metodologias que, por vezes, não estavam no projeto pedagógico, mas estavam presentes na atividade docente.

Mais recentemente, foi desenvolvido o Peer Instruction, forma de mudar a dinâmica na sala de aula. Junto a elas, cabe citar outros métodos pensados a longo prazo, ou seja, que ultrapassam o período de uma aula como a Aprendizagem Baseada em Problemas, a Aprendizagem Baseada em Projetos, o Arco de Maguerez etc. Esses métodos, considerados inovadores, fazem parte do conjunto chamado "Metodologias Ativas de Aprendizagem".

Cabe afirmar que, nas Metodologias Ativas e na Aprendizagem Ativa, a educação tende a ser menos teórico-abstrata e mais prática. Isso não exclui a característica teórica, mas estabelece uma relação na forma de práxis, uma conciliação entre atividade e reflexão. A atividade – para esclarecer – não se refere a ação estudantil objetiva naquilo que se deseja cultivar (objetivo), mas é sua atuação específica enquanto sujeito-aprendente no contexto educacional. Para ilustrar, em nosso caso, a práxis não é o aluno aprendendo enquanto atua como advogado público, mas, em sua condição de estudante, aprender a partir da produção de seu próprio conhecimento sobre o assunto.

Até aqui foram desenvolvidos os conceitos de Aprendizagem Ativa e Metodologias Ativas de Aprendizagem para afirmar que a relação de ensino-aprendizagem (professor-estudante) aparece transformada no novo contexto educacional. Também afirmamos que essas são ideias em expansão e inserção na educação, em todos os níveis educacionais. Paulatinamente, as ideias e os métodos entram como parte fundamental dos cursos nos mais diferentes níveis de ensino.

Na revisão de literatura feita por Barros, Santos e Lima (2017) é identificada a razão essencial para que essa mudança educacional seja posta em ação. Os autores demonstram que a educação atualmente necessita fomentar autonomia, criatividade e resolução de problemas práticos na vida dos sujeitos. São os problemas da realidade (mundo do trabalho e cidadania) que devem ser levados aos estudantes para análise, avaliação e resolução.

Os autores argumentam que a Aprendizagem Ativa e Metodologias Ativas se contrapõem ao ensino que busca a especialização do indivíduo através do conhecimento utilitarista específico em determinada área de atuação, vinculado à pedagogia tradicional, abstrata e repetitiva fomentadora de tecnicismo para ofícios particularizados. Esse tipo de abordagem educacional dificulta a criação de sujeitos capazes de avaliar a realidade amplamente e estabelecer conexões para a resolução de

seus problemas. Marques e colaboradores (2021, p. 734) oferecem uma síntese dessa diferença:

> No método tradicional de ensino os alunos são impedidos de se verem como criadores de conhecimento, sendo apenas consumidores, de modo que as metodologias ativas de ensino-aprendizagem vêm mudar esta realidade proporcionando um maior envolvimento dos alunos, incentivando a autoaprendizagem e a criatividade. Nessa nova perspectiva, os alunos deixam de ser meros receptores de informações e passam a interagir tanto com o professor quanto com o restante da turma, de modo que as metodologias ativas permitem que eles vivenciem situações mais profundas de aprendizado.

Em seu estudo, os autores também destacam duas desvantagens identificadas no contexto das Metodologias Ativas. Existe a difícil adequação da prática docente já estabelecida socialmente para esse novo cenário e o possível desinteresse do aluno diante da Aprendizagem Ativa (MARQUES *et al*., 2021). Naturalmente, professores e estudantes, já condicionados diante da vida escolar passada e das representações sobre a educação escolar, esperam que o método praticado seja homogêneo e constante. A ruptura pedagógica não é simples e deve lidar com o fato de ser um contraponto à prática dominante.

Estudantes, até então acomodados no papel de ouvintes, sentem-se perdidos quando devem buscar conhecimentos (MARIN *et al*., 2010). A reformulação do papel docente enquanto "aquele que ensina" para "mediador entre aquele que aprende e o conhecimento" deve vir acompanhada da clareza do projeto pedagógico, seus objetivos, métodos e do fomento constante à participação do discente em sua própria aprendizagem.

Em síntese, podemos afirmar que a Aprendizagem Ativa e as Metodologias Ativas configuram uma tendência educacional cujos objetivos são o desenvolvimento de conhecimentos a partir da interlocução entre saberes teóricos e práticos. No Ensino Superior, sua manifestação se caracteriza pela melhor apropriação dos saberes acerca do mundo do trabalho no qual o egresso atuará criando condições para atuação profissional pautada na complexidade, na resolução de problemas e na autonomia individual.

4. Residências jurídicas no Brasil

Como introduzido anteriormente, no Brasil, há uma variedade de residências jurídicas, algumas estão em Instituições de Ensino Superior (IES) privadas ou públicas e outras em distintas esferas políticas da Administração Pública, cada uma organizada de diferentes maneiras e seguindo linha própria. Independente do contexto educacional, o objetivo de uma residência jurídica está na formação para o Direito Público.

Tratando-se de IES, há cursos de residência jurídica na Universidade Federal Fluminense; na Universidade Estadual do Rio de Janeiro; na Universidade Federal do Rio Grande do Norte; no Centro Universitário Uni-Anhanguera de Goiás; na Universidade da Amazônia e; na Universidade Federal de Rio Grande. Todos os cursos são na modalidade de especialização (FERRAZ, 2018).

Já na Administração Pública, os programas de residência estão presentes nas diversas esferas do serviço público estadual. Santos (2018) descreve a existência deles em Procuradorias, Defensorias, Ministérios Públicos e Tribunais nos Estados do Rio Grande do Norte, Minas Gerais, Bahia, Tocantins, Santa Catarina, Amazonas, Rio de Janeiro e Paraná. A nível municipal, é relevante mencionar o caso estudado, referente à Procuradoria Geral do Município de São Paulo e à Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro. No âmbito federal, verifica-se, como exemplo, a residência jurídica na Procuradoria de Justiça Militar, atuante em diversos estados.

Além da sua atuação, cabe esclarecer a diferença entre o estágio e a residência jurídica. A principal distinção está no tipo de instituição à qual o estudante está vinculado, além do grau de maturidade de sua formação.

A Lei nº 11.788, de 25 de setembro de 2008, popularmente conhecida como "Lei do Estágio", define o estágio, em seu artigo 1º, como:

> ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos". (BRASIL, 2008)

Já a Lei nº 17.673, de 7 de outubro de 2021, que Institui os Programas de Residência Jurídica e Residência em Gestão Pública na Administração Pública Direta do Município de São Paulo, define a residência jurídica (art. 1º, §1º) como:

> modalidade de ensino destinada a bacharéis em direito, caracterizada por treinamento em serviço, abrangendo ensino, pesquisa e extensão, bem como o auxílio prático aos Procuradores Municipais no desempenho de suas atribuições institucionais, sob orientação, supervisão e condução direta de Procuradores Supervisores, sendo vedado atuar isolada e diretamente nas atividades finalísticas da Procuradoria Geral do Município. (SÃO PAULO - SP, 2021)

Assim, enquanto o estágio pressupõe a vinculação ao ensino regular de uma IES, esse requisito não está inexoravelmente presente na residência jurídica. Quando instituída no âmbito do serviço público, por exemplo, a residência, via de regra, estará vinculada a uma Escola de Governo. Essa instituição pode oferecer aos residentes quaisquer das modalidades de ensino superior previstas no artigo 44 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) de 1996, inclusive na modalidade de extensão, consoante previsto na legislação paulistana.

Isso porque, na residência, pressupõe-se a conclusão bem-sucedida de pelo menos uma das fases da educação superior, notadamente a graduação. Dessa forma, o residente já deve possuir, no mínimo, a formação teórica e generalista acima propalada.

5. Descrevendo o Programa de Residência da PGM-SP

Com a teoria que orienta o presente artigo esclarecida e a análise das residências jurídicas apresentada, cabe descrever como acontece o curso da PGM-SP, avaliar sua proposta pedagógica nos documentos institucionais e compreender em que medida a Aprendizagem Ativa acontece no percurso dos estudantes.

Como afirmado anteriormente, as residências são uma prática estabelecida e disseminada na área da saúde. Elas representam, em sua essência, uma "modalidade de formação continuada, que tem como essência o treinamento em serviço vinculado a uma discussão acadêmica" (BARBOSA *et al*. 2022, p. 2). O mesmo se aplica ao caso estudado, no qual busca-se aperfeiçoar profissionais já formados em Direito para atuação na Advocacia Pública Municipal: vinculação entre conhecimentos práticos do trabalho e conhecimentos teóricos da área jurídica.

A Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo foi estabelecida pela Lei nº 17.673, de 7 de outubro de 2021[6], e regulamentada pela Portaria

[6] **Lei nº 17.673 de 7 de outubro de 2021.** Disponível em: https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-17673-de-7-de-outubro-de-2021

da PGM nº 131[7], contando com um processo seletivo público destinado a graduados em Direito. A seleção é realizada por meio de provas, sendo os candidatos regidos pelo edital.[8] Esse documento aborda o processo seletivo de residentes tanto para a PGM-SP quanto para as Secretarias e Subprefeituras.

> A atuação dos residentes consistirá no desempenho das seguintes atividades: a) Frequência aos cursos ou eventos ministrados ou indicados pelo CEJUR - Centro de Estudos Jurídicos Lucia Maria Moraes Ribeiro de Mendonça da Procuradoria Geral do Município, onde receberão orientações teóricas e práticas sobre o exercício da advocacia pública, bem como desenvolverão atividades de pesquisa e extensão. b) Apoio aos Procuradores do Município de São Paulo na realização de atividades práticas da área do contencioso ou consultivo em um dos Departamentos da Procuradoria Geral do Município ou nas Assessorias Jurídicas de quaisquer órgãos da Administração Pública Direta, Autarquias ou Fundações do Município de São Paulo. (Edital nº 01/2022)

São 150 vagas para residentes preenchidas ao longo dos anos de 2022 e 2023 através de chamamentos esporádicos devido à evasão espontânea dos alunos. Essa evasão se dá, obviamente, pelos mais variados motivos. Contudo, na área do Direito ela é especialmente esperada em razão da alta procura pelos concursos públicos das carreiras jurídicas. Os residentes jurídicos, em regra, são também "concurseiros"

Por essa razão, foi estabelecido um curso assíncrono com a possibilidade de ser aplicado a diversas turmas em tempos diferentes. Essa viabilidade apenas se concretizou graças ao AVA desenvolvido, pois, na educação a distância, o acesso ao conteúdo e às aulas de maneira individualizada (materiais disponibilizados para serem acessados a qualquer hora) é uma prática plenamente possível.

No que se refere ao planejamento do curso, as ideias que permeiam e norteiam a parte teórica encontram-se no documento Projeto Pedagógico do Curso (PPC) "Teoria e Prática da Advocacia Pública Municipal". Essa etapa acontece via AVA, como dito anteriormente, mediante aulas assíncronas sobre assuntos selecionados, sempre relacionados às atividades da Procuradoria, seguidas de avaliações objetivas.

O curso teórico online é dividido em "núcleos", isto é, assuntos-base que norteiam as aulas gravadas. São seis núcleos: 1) Direito Constitucional; 2) Direito Administrativo; 3) Direitos Tributário e Financeiro; 4) Processo e Contencioso; 5) Direitos Urbanístico, Ambiental e Difusos e; 6) Residual.[9] Cada núcleo possui seu coordenador, além do coordenador-geral do curso. Estes coordenadores convidaram procuradores para se tornarem professores-conteudistas responsáveis pelas aulas gravadas, as quais são disponibilizadas em parceria com a equipe do CEJUR/ESDPM.

Voltando ao PPC, é possível identificar os resultados de ensino e aprendizagem esperados nos itens: 6. Objetivos Gerais e 7. Perfil do Egresso, e o andamento das aulas no item 8. Metodologia. Acerca dos objetivos de aprendizagem, é evidente que o desejado é um sujeito que tenha se apropriado da experiência na Administração Pública

---

[7] Portaria Procuradoria Geral do Município - PGM nº 131 de 29 de dezembro de 2021. Disponível em: https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/portaria-procuradoria-geral-do-municipio-pgm-131-de-29-de-dezembro-de-2021

[8] O processo seletivo para ingresso no Programa de Residência Jurídica da PGM-SP aconteceu em conjunto com o processo seletivo para o Programa de Residência Jurídica em Gestão Pública da Secretaria de Gestão Pública do Município de São Paulo. O edital é o mesmo e está disponível em: https://www.institutomais.org.br/Concursos/Detalhe/416

[9] O chamado Núcleo Residual abrange temas diversos no campo do Direito, tais como Teoria Política, Aplicação do Direito à Advocacia Pública, Sistemas de Informação, Legislações próprias do Município e Metodologia de Trabalho Científico.

envolvendo conhecimentos sobre o funcionamento burocrático, técnico e tecnológico, procedural e legal. A ênfase na atuação da PGM-SP é reiterada, como se vê nos Objetivos Gerais:

> ● Reforçar os aspectos teóricos das disciplinas ministradas na graduação que tenham especial correlação com as competências dos municípios enquanto entes da federação;
> ● Conhecer as fontes do Direito Público Municipal, com estudo aprofundado de legislação, doutrina, jurisprudência e pareceres;
> ● Fornecer uma visão dos temas polêmicos e das novas teses que circundam as disciplinas ministradas;
> ● Compreender a organização, competência e especificidades do Município de São Paulo e a inserção da Procuradoria-Geral do Município nesse contexto;
> ● Permitir o aprofundamento nas principais questões jurídicas enfrentadas contemporaneamente pela Advocacia Pública Municipal com especial ênfase na Procuradoria-Geral do Município de São Paulo;
> ● Ministrar substrato teórico que permita a boa interpretação e aplicação do Direito no âmbito do contencioso e do consultivo;
> ● Compreender, por meio da interdisciplinaridade e transversalidade a correlação entre as disciplinas ministradas no curso e a consequente atuação coordenada da PGM face a esses assuntos;
> ● Estimular a reflexão e o espírito crítico na busca do aprimoramento das instituições municipais. (PPC)

E no Perfil do Egresso:

> Espera-se formar um estudante com pensamento crítico e atualizado com as principais questões teóricas e práticas da Advocacia Pública Municipal e do Direito Público Municipal em geral, apto a auxiliar os procuradores municipais em suas atribuições institucionais. (PPC)

Pode-se afirmar que o projeto do curso é integrador, isto é, interdisciplinar (MORAN, 2018), por conciliar conteúdos teóricos e práticos e relacioná-los no dia a dia do estudante supervisionado. O perfil do estudante egresso esperado mostra isso: é de um sujeito que interpola os conhecimentos teóricos na atuação prática. Há também uma temporalidade dupla implícita, pois ao mesmo tempo que se forma para a reflexão crítica no presente, espera-se que os conhecimentos desenvolvidos na experiência da residência sejam úteis no futuro.

É possível verificar consonância dos objetivos do curso com a prática diária do residente. Em sua atuação, o residente deve: 1) acompanhar, visando a sua aprendizagem, as tarefas desenvolvidas pelos procuradores em seu dia a dia e; 2) realizar as atividades do curso teórico, as quais envolvem a participação nas aulas assíncronas gravadas em vídeo, o acompanhamento do material de apoio, a resolução das atividades avaliativas e a descrição das atividades significativas observadas no acompanhamento diário.

Os residentes, ao acompanharem os procuradores que os supervisionam, são lotados em diferentes áreas da Prefeitura de São Paulo. Isso ocorre porque o trabalho desses procuradores se distribui em diferentes frentes do município, advogando em prol da administração pública. Os procuradores atuam como supervisores dos estudantes, proporcionando o acompanhamento do ambiente de trabalho durante seis horas nos dias úteis. Durante esse período, eles apresentam os recursos tecnológicos e burocráticos presentes em seu cotidiano.

É um trabalho no qual o procurador se especializa em uma determinada temática e atua sobre ela. Isso proporciona a oportunidade ao residente de observar o trabalho

deste especialista. Enquanto grupo, os residentes adquirem conhecimento sobre variados temas, porém concentram-se em compreender a atuação da procuradoria de forma homogênea.

Ao final de cada trimestre, os residentes devem submeter relatórios sobre três atividades acompanhadas que foram significativas para sua formação, a partir de seus próprios interesses. Tais relatórios são enviados via AVA e avaliados pelos profissionais da equipe CEJUR/ESDPM. No relatório, são abordadas duas questões específicas: a) "Descrição sucinta das atividades desenvolvidas" e b) "Avaliação dos objetivos do programa (destacar alguns conhecimentos teóricos e práticos adquiridos no seu dia a dia e a forma como eles têm contribuído para aprimorar sua formação na graduação)".

Ao finalizar o curso teórico – que tem a duração de três semestres – os residentes ingressam na fase de desenvolvimento de suas monografias. Nesse estágio, eles escolhem tema e orientador, podendo selecionar qualquer procurador do município. Cabe ao procurador aceitar ou recusar a orientação.

Segundo o "Regulamento da Monografia", o artigo científico deve versar sobre temas diretamente vinculados às disciplinas que compõem a grade curricular do curso "Teoria e Prática da Advocacia Pública Municipal". A avaliação do artigo considera a capacidade de argumentação jurídica do residente, a estruturação lógica do trabalho, a relevância e pertinência na escolha do tema, o adequado emprego gramatical, a observância dos critérios formais estabelecidos e a entrega no prazo estipulado. São especialmente valorizados os trabalhos que tragam reflexões sobre inovações, desafios, boas práticas e soluções afetas à realidade do Município de São Paulo (arts. 6º a 8º).

A produção de conteúdo jurídico escrito consiste na elaboração de estudo de caso com temas diretamente vinculados às disciplinas que compõem a grade curricular do curso de "Teoria e Prática da Advocacia Pública Municipal", ou na redação de um fichamento de uma das aulas dos núcleos disponíveis no AVA do mesmo curso. O estudo de caso tem validade de Monografia para os Residentes que optarem por elaborá-lo, enquanto o fichamento das aulas é facultativo e complementar à entrega do artigo ou do estudo de caso (art. 12)

A produção de estudo de caso pelo próprio residente, simulando questões complexas e assumindo a posição imaginária de "Procurador Municipal", representa uma forma de aprendizagem das mais abrangentes. Esse processo demanda conhecimento teórico, habilidade para a advocacia pública e imaginação criativa. Além disso, indiretamente, prepara o residente para a docência, na árdua tarefa do professor-conteudista. A crítica ao problema, desenvolvida pelo estudante, é avaliada pelo orientador e pode ser aperfeiçoada para um modelo final construído em conjunto. Esse método supera com vantagem o tradicional modelo no qual o professor apresenta o estudo de caso e avalia o aluno com base em sua resposta.

O fichamento das aulas do curso de "Teoria e Prática de Advocacia Pública Municipal" envolve a elaboração de um resumo conciso e direto dos aspectos essenciais abordados na aula. Essa atividade é facultativa e funciona como complemento à entrega do artigo ou estudo de caso, sendo atribuído 1,0 (um) ponto na média da monografia do Residente que entregar o fichamento de pelo menos uma aula completa. Os objetivos do fichamento incluem auxiliar o Residente a assimilar o conteúdo do curso de "Teoria e Prática da Advocacia Pública Municipal", aprimorar a capacidade de expor conceitos e ideias de forma objetiva, desenvolver a habilidade de destacar os pontos principais da aula e criar um material escrito otimizado para revisão das matérias (art. 39).

Todas essas formas de reforço do aprendizado, por meio da produção científica ou de conteúdo pelos próprios residentes, cada qual em sua medida e grau, constituem

estratégias pedagógicas de reforço do conteúdo ministrado no curso. O foco recai no questionamento, na experimentação e na autonomia. A ideia é estabelecer uma relação entre atividade e reflexão, colocando o aluno como sujeito-aprendente no contexto educacional e fomentando sua autonomia, criatividade e capacidade de resolver problemas práticos do dia a dia.

Como observado, se a Aprendizagem Ativa e as Metodologias Ativas buscam o desenvolvimento de conhecimentos a partir da interlocução entre saberes teóricos e práticos, o programa de residência jurídica é um terreno propício para a implementação dessas estratégias. No contexto do programa de residência jurídica da PGM/SP, essa abordagem se materializa por meio da apropriação dos saberes do mundo do trabalho do advogado público e outras funções próximas. Do egresso, espera-se uma compreensão da complexidade dos problemas que afetam a máquina pública nos dias atuais e o domínio das ferramentas necessárias para solucioná-los.

6. Considerações finais

O objetivo principal deste artigo foi descrever o caso do curso "Teoria e Prática da Advocacia Pública Municipal" da Procuradoria Geral do Município de São Paulo na modalidade de Residência Jurídica. O método descritivo foi escolhido devido à escassez de literatura encontrada, fazendo-se necessários esclarecimentos iniciais sobre o modelo de Residência Jurídica, sua diferenciação de outras residências, do trabalho e de programas de estágio.

Foram utilizadas fontes documentais que demonstram questões didáticas relacionadas à atuação dos estudantes em duas esferas distintas - teórica e prática - no curso online através do AVA e no acompanhamento do trabalho de procuradores em suas atividades diárias em diferentes postos no Município de São Paulo, respectivamente.

O eixo central da discussão está pautado nas Metodologias Ativas de Aprendizagem e na Aprendizagem Ativa dos estudantes. Entende-se que essas características dependem de uma relação de ensino-aprendizagem inovadora e diferenciada de modelos tradicionais. Tanto a instituição quanto seus estudantes necessitam agir em direção a uma educação que vá além da tradicional escuta em sala de aula, ampliando as formas de aprendizado.

Por parte da instituição, cabe centralizar o estudante em seu processo e estimular suas ações, criando o caminho adequado para uma Aprendizagem Ativa. O CEJUR/ESDPM age de forma a criar mecanismos de aprendizagem nas esferas teórica e práticas. Na esfera teórica, desafia seus estudantes a reverem e ampliarem seus conhecimentos anteriores, direcionando esses conhecimentos para a prática no serviço público municipal e propondo trabalhos escritos que aprofundem seus interesses e compreendam problemas reais.

Na esfera prática, estimulam-se aprendizagens baseadas na inserção e observação no ambiente de trabalho, promovendo a reflexão crítica da realidade através dos relatórios trimestrais que fomentam a percepção sobre as atividades acompanhadas e a utilização de seus próprios saberes.

Por fim, o grau de liberdade na atuação dos residentes durante o curso, no acompanhamento do trabalho cotidiano e na relação pedagógica com seu supervisor e na escolha da forma e do tema da monografia são formas de fomentar autonomia individual. Assim, o método estabelecido está alinhado ao perfil do egresso esperado: autônomo para pensar e resolver problemas, integrando saberes teóricos e práticos.

REFERÊNCIAS

BARROS, K. B. N. T.; SANTOS, S. L. F. dos; LIMA, G. P. Perspectivas da formação no ensino superior transformada através de metodologias ativas: uma revisão narrativa da literatura. **Revista Conhecimento Online**, *[S. l.]*, v. 1, p. 65–76, jan./jun. 2017. Disponível em: https://periodicos.feevale.br/seer/index.php/revistaconhecimentoonline/article/view/472. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1996.

BRASIL. **Lei nº 11.788, de 25 de setembro de 2008**. Dispõe sobre o estágio de estudantes[...] Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2008.

CARNEIRO, E. M.; TEIXEIRA, L. M. S.; PEDROSA, J. I. dos S. A residência multiprofissional em saúde: expectativas de ingressantes e percepções de egressos. **Physis**: Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 31, n. 3, p. 1-19, 2021. Disponível em: https://www.scielo.br/j/physis/a/PT96npfTcfqT7xWPZZkyGpt/. Acesso em: 30 jan. 2023.

LARA, E. M. de O. et al. O professor nas metodologias ativas e as nuances entre ensinar e aprender: desafios e possibilidades. **Interface**, Botucatu, n. 23, 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/j/icse/a/ZvjJ4wJr4SWLZL5hJmWD6QR/. Acesso em: 30 jan. 2023.

LIMA, V. V. Espiral construtivista: uma metodologia ativa de ensino-aprendizagem. **Interface**, Botucatu, v. 61, n. 21, p. 421-434 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/j/icse/a/736VVYw4p3MvtCHNvbnvHrL/abstract/?lang=pt. Acesso em: 30 jan. 2023.

LUCHESI, B. M. (org.); LARA, E. M. de O. (org.); SANTOS, M. A. dos (org.). **Guia prático de introdução às metodologias ativas de aprendizagem**. 1 ed. Campo Grande: Editora UFMS, 2022.

MARIN, M. J. S. et al. Aspectos das fortalezas e fragilidades no uso das Metodologias Ativas de Aprendizagem. **Revista Brasileira de Educação Médica**, Brasília, v. 34, n. 1, p. 13-20, 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rbem/a/PgYxhjqpFYqvYKm8HvQkDtP/abstract/?lang=pt Acesso em: 30 jan. 2023.

MARQUES, H. R. et al. Inovação no ensino: uma revisão sistemática das metodologias ativas de ensino-aprendizagem. **Avaliação**, Campinas, v. 26, n. 3, p. 718-741, 2021. Disponível em: https://www.scielo.br/j/aval/a/C9khps4n4BnGj6ZWkZvBk9z/?lang=pt. Acesso em: 30 jan. 2023.

MORAN, J. Metodologias ativas de aprendizagem para uma aprendizagem mais profunda. *In:* BACICH, L. (org.); MORAN, J. (org.). **Metodologias ativas para uma educação inovadora**: uma abordagem teórico-prática. Porto Alegre: Penso, 2018

MOURTHÉ JÚNIOR, C. A.; LIMA, V. V.; PADILHA, R. de Q. Integrando emoções e racionalidades para o desenvolvimento de competência nas metodologias ativas de aprendizagem. **Interface**, Botucatu, v. 65, n. 22, p. 577-588, 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/j/icse/a/qYWSNj6CdKGt7FxF4HFR9Lj/abstract/?lang=pt. Acesso em: 30 jan. 2023.

SÃO PAULO (SP). **Lei nº 17.673 de 7 de outubro de 2021**. Institui os Programas de Residência Jurídica e Residência em Gestão Pública na Administração Pública Direta do Município de São Paulo, e dá providências. São Paulo, SP: Diário Oficial do Município, 2021.

SÃO PAULO (SP). Procuradoria Geral do Município. **Projeto pedagógico curso "Teoria e Prática da Advocacia Pública Municipal"** - Programa de Residência Jurídica - PGM/SP. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/procuradoria_geral/cejur/Projeto%20Pedagogico.pdf. Acesso em: 01 fev. 2024.

SÃO PAULO (SP). Procuradoria Geral do Município. **Regulamento da monografia**: programa de residência juridica. CEJUR/ESDPM ingressos 2022. São Paulo, SP. Disponível em: https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/resolucao-procuradoria-geral-do-municipio-pgm-cejur-1-de-27-de-janeiro-de-2023/consolidado. Acesso em: 01 fev. 2024.

SILVEIRA, S. de B. A. B. da. O EMAJ/FURG no contexto do ensino superior: por uma educação ativa e reflexiva. *In*: ROCHA, J. C. de SÁ da. (org.) et al. **Ensino jurídico, desafios e perspectivas**: experiência dos cursos jurídicos das Universidades Federais Brasileiras. 1 ed. Rio Grande: Editora da FURG, 2022.

SOARES, L. F. *et al*. Do ensinar e do aprender Direito por meio de metodologia ativa. **Research, Society and Development**, Vargem Grande Paulista, v. 11, n. 12, p. 1-11, 2022. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/363726585_Do_ensinar_e_do_aprender_Direito_por_meio_de_metodologia_ativa. Acesso em: 30 jan. 2023.

UGALDE, N. A. P. **Inovando no ensino jurídico**: metodologias ativas e recursos educacionais. 1 ed. Rio Branco: Instituto Federal do Acre, 2020. Disponível em: https://repositorio.ifac.edu.br/jspui/bitstream/123456789/70/1/Produto%20Educacional%20-%20Inovando%20no%20Ensino%20Jur%c3%addico..pdf. Acesso em: 30 jan. 2023.

Responsabilidade Civil nos Contratos de Gestão na Área da Saúde Pública: Direito de Regresso do Estado em Face das Entidades do Terceiro Setor Decorrente de Erro Médico

Civil liability in management contracts in the Public Health: the State's right of recourse against third sector organisations from medical malpractice

Amanda Torres Santos[1]

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de investigar a responsabilidade civil do Estado pelo erro médico ocorrido nas unidades de saúde públicas administradas por entidades do terceiro setor por meio de contrato de gestão e a possibilidade de direito de regresso do Estado contra a organização social. Utilizou-se o método de pesquisa jurídico-teórico, com levantamento bibliográfico e análise da legislação federal, doutrina e jurisprudência relacionadas ao tema. Conclui-se que, apesar das divergências doutrinárias apresentadas, considerando o entendimento da jurisprudência estudada, o Estado possui responsabilidade objetiva pelo erro médico causado no âmbito do contrato de gestão na área da saúde, havendo a possibilidade de direito de regresso em prol do Estado, que arcou com a indenização à vítima do dano.

Palavras-chave: responsabilidade civil do Estado; contrato de gestão na área da saúde; erro médico.

ABSTRACT

The present article aims to investigate the civil liability of the State for medical malpractice occurred in public health facilities managed by third sector organisations through a management contract and the possibility of the right of recourse to the State against such organizations. The legal-theoretical method was used, with a bibliographic survey and analysis of federal legislation, doctrine and jurisprudence related to the subject were carried out. It is concluded that, despite the doctrinal divergences presented, considering the understanding of the jurisprudence studied, the State has strict liability for medical malpractice occured under the health management contract, and there is the possibility of a right of recourse in favor of the State, which has paid compensation to the victim of the injury.

Keywords: civil liability of the State; health management contract; medical malpractice.

1. Introdução

O presente estudo tem por objetivo investigar a responsabilização civil do Estado decorrente de erro médico ocorrido nas unidades de saúde públicas geridas pelas

[1] Residente Jurídica do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, alocada na Secretaria Municipal da Pessoa com Deficiência – SMPED (2022-2025). E-mail: amandatorres.san@gmail.com

entidades do terceiro setor por meio de contrato de gestão e a possibilidade de direito de regresso do Estado em face destas últimas.

Pretende-se identificar qual ou quais pessoas jurídicas devem responder pelos erros médicos consumados em tais circunstâncias, se o Estado ou a organização social gestora e, ainda, confirmada a hipótese de o Estado ter responsabilidade objetiva frente à vítima do dano, uma vez tendo este arcado com a indenização devida, pretende-se averiguar se é cabível o direito de regresso contra a entidade gestora da unidade de saúde.

Para tanto, a pesquisa tem como objetivos específicos analisar o panorama geral da responsabilidade objetiva estatal, conforme a teoria do risco do direito civil e, especificamente, a teoria do risco administrativo, além das disposições atinentes na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil, e, na sequência, se incide para o Estado o dever de indenizar o usuário dos serviços públicos de saúde vítima de erro médico.

Ainda, na última seção do presente artigo objetiva-se examinar o contrato de gestão conforme a lei de regência das organizações sociais e a competência para a respectiva celebração e fiscalização, bem como investigar sobre quem recai a responsabilidade civil decorrente de erro médico cometido em unidade de saúde pública gerida por contrato de gestão, e, por fim, caso confirmado que o Estado responde objetivamente pelo erro médico causado nessas condições, se há possibilidade deste exercer direito de regresso contra a organização social gestora da unidade de saúde.

O contrato de gestão é instrumento cada vez mais utilizado pelo poder público para a formação de parcerias com entidades qualificadas como organização social para o fomento e a execução de serviços públicos, especialmente pelo Poder Executivo, o principal responsável pela prestação destes serviços e pela efetivação de políticas públicas, incluindo a Saúde.

Atualmente, grande parte dos contratos de gestão da Administração Pública é para o atendimento da área da saúde, sendo esta um direito social de todos e dever do Estado, consoante o artigo 196 de nossa Constituição Federal.

Algumas das causas possíveis de serem elencadas para o aumento da descentralização do serviço público de saúde ao terceiro setor por meio dos contratos de gestão ao longo das últimas décadas são a maior agilidade e eficiência na prestação do serviço, assim como uma maior capilarização do sistema de saúde como um todo, facilitando a instalação de hospitais e unidades de saúde de forma regionalizada, mais próxima do cidadão.

Desde o advento da Lei Federal n° 9.637 de 1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e sobre o contrato de gestão, houve abrangente discussão no campo jurídico, gerando a produção de diversas obras, artigos, teses e demais pesquisas acadêmicas, além de jurisprudência acerca da temática.

Contudo, passados mais de vinte anos desde a vigência desta lei, observa-se a insuficiência de debate a respeito da responsabilidade civil das organizações sociais partes nos contratos de gestão frente ao poder público, quanto mais em relação à responsabilidade que recai pelo erro médico ocorrido nos hospitais e unidades geridas por tais entidades.

Nesses termos, o presente artigo aborda tema necessário e relevante para o meio jurídico e social em si, mas precipuamente para a Administração Pública, considerando os casos em que esta é a primeira a ser condenada judicialmente a arcar com os custos de ressarcimento à vítima do dano, ou então quando é condenada em conjunto com a organização do terceiro setor, sendo pertinente, então, ampliar a discussão sobre essa questão.

Para a sua elaboração, será utilizado o método de pesquisa jurídico-teórico, pelo levantamento bibliográfico e avaliação crítica do material produzido pela doutrina nas áreas de Direito Constitucional, quanto ao direito à saúde e à competência dos entes federados para a sua promoção, de Direito Civil, no que tange às questões que envolvem a responsabilidade civil objetiva estatal, principalmente perante o usuário dos serviços públicos vítima de erro médico, e Direito Administrativo, ao tratar do contrato de gestão, das organizações sociais e do debate acerca da responsabilidade destas em relação aos danos causados aos usuários dos serviços por ela administrados, e, ainda, do direito de regresso do Estado. Denota-se, assim, o caráter interdisciplinar do tema proposto.

A metodologia e procedimentos utilizados reúnem a análise de estudos jurídicos existentes a respeito da matéria através da legislação federal pertinente, de obras de estudiosos das matérias correlatas, artigos acadêmicos e demais publicações especializadas, bem como da jurisprudência dos tribunais brasileiros quanto aos aspectos controvertidos da responsabilidade civil pelo erro médico causado dentro de unidades de saúde públicas objeto de contrato de gestão.

Para iniciar o desenvolvimento deste trabalho, é pertinente considerar as disposições normativas pátrias a respeito do direito à saúde, partindo da Constituição Federal de 1988 e da instituição do Sistema Único de Saúde (SUS), bem como em relação à competência dos entes federativos para promover e prestar atendimento em saúde à população.

2.O direito social à saúde e a Constituição Federal de 1988

A saúde foi um dos primeiros direitos a serem reconhecidos como direito social e na ordem constitucional brasileira foi elevada aos *status* de direito fundamental com a Carta Magna de 1988, a qual integrou o cuidado médico com a saúde de todos os cidadãos ao rol dos direitos fundamentais (CATÃO, 2011, p. 48).

Sendo a saúde um direito fundamental e social decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, importa retomar, de modo muito breve, a conceituação dos direitos sociais, os quais doutrinariamente são classificados como direitos fundamentais de segunda geração ou segunda dimensão, que, por sua vez, não demandam mais uma abstenção estatal buscando a proteção da vida ou liberdade do ser humano, somente, mas sim uma prestação positiva, uma ação do Estado de cunho coletivo, e, portanto, social, como forma de se concretizar a igualdade.

Marconi do Ó Catão (2011, p.46) formula a seguinte definição de direitos sociais:

> [...] os direitos sociais, também chamados de direitos fundamentais de segunda geração e "direitos de igualdade", próprios do Estado Social Democrático de Direito, são entendidos como direitos da pessoa humana situada na sociedade ou direitos relativos às relações sociais, econômicas ou culturais que o indivíduo desenvolve no curso de sua vida.

Nesse sentido, ensinam José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (1984, p. 342 *apud* AFONSO DA SILVA, 2012, p. 309) que o direito à saúde se apresenta sob duas vertentes, a saber:

> uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde, outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas.

No que tange à natureza positiva não só do direito à saúde, mas dos direitos sociais como um todo, as prestações positivas cabíveis ao Estado têm como característica, em regra,

serem disciplinadas "*em regras constitucionais, com o objetivo de equalizar situações sociais, econômicas ou culturais distintas*", segundo afirma Catão (2011, p. 47).

E este é o exemplo da Constituição pátria vigente. A primeira menção à saúde foi feita no artigo 6º, que inaugura o capítulo dedicado aos direitos sociais, ao firmar que a saúde é um direito social, em conjunto com a educação, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, entre outros direitos dispostos no mesmo artigo e nos subsequentes, todos provenientes do princípio maior da dignidade da pessoa humana.

No que se refere à repartição de competência para a promoção da saúde, seu artigo 23, inciso II, determina ser competência material comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios cuidar da saúde e assistência públicas, e, ainda, fornecer proteção e garantia para as pessoas com deficiência, o que evidencia a importância dada pelo Constituinte originário para a prestação deste direito fundamental, ao firmar que a saúde é de responsabilidade de todos os entes federativos.

Há ainda uma Seção dedicada à Saúde na Constituição Federal, que se inicia com o art. 196, o qual prevê que a saúde é um "*direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*" (BRASIL, 1988).

A respeito de tais políticas públicas para a preservação da saúde, Da Silva, R. e Vieira (2017, p. 13) pontuam que a obrigação estatal disposta no art. 196 perpassa a mera redução do risco de doença e demais agravos e o acesso universal da população às ações e serviços de saúde, devendo também criar condições para a qualidade de vida e bem-estar das pessoas:

> Essa tratativa dada pelo Estado obriga-o a prestar de forma eficiente e positiva as diretrizes dadas à formulação de políticas públicas sociais e econômicas destinadas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde. Para tanto, ao Estado caberá não somente efetivar o acesso da população ao tratamento médico com qualidade, como também prestar melhoria na qualidade de vida populacional.

Dando sequência ao texto constitucional, o art. 197 estabelece caber ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde, bem como prevê que sua execução deve ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Tem-se aí a autorização para a participação das pessoas jurídicas de direito privado na saúde pública.

Nessa esteira, o art. 199, ao tratar da participação complementar dessas pessoas jurídicas no sistema único de saúde, menciona a figura do convênio e do "contrato de direito público" no § 1º: "*As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde,* ***segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos***" (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Deste excerto pode-se extrair que a Constituição Federal condiciona a participação das pessoas jurídicas de direito privado na saúde pública ao instrumento de contrato de direito público ou convênio, bem como à observância destas últimas às diretrizes do sistema único de saúde, o que denota que há prerrogativa do poder público para acompanhar e fiscalizar a execução desses instrumentos pelas instituições privadas.

Outro ponto é que, consoante o disposto no parágrafo em comento, observa-se que o contrato de gestão na área da saúde constitui contrato de direito público, firmado com

entidades do terceiro setor, portanto filantrópicas, sem fins lucrativos. Desta forma, o citado art. 199, § 1º, é aplicável ao contrato de gestão.

A participação complementar no sistema único de saúde também é prevista no art. 4º, § 2º, da lei federal nº 8.080/1990, a Lei Orgânica da Saúde, que instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil, sobre a qual serão feitas as ponderações que seguem, dentro do escopo da presente pesquisa.

2.1 O Sistema Único de Saúde na Lei nº 8.080/1990: competências dos entes federativos e a participação complementar

A primeira menção legal a um sistema único de saúde foi feita no art. 198 da Constituição da República, o qual prevê que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único organizado conforme as diretrizes gerais de descentralização, com direção única em cada esfera de governo, atendimento integral, sem prejuízo dos serviços assistenciais e de participação da comunidade.

Posteriormente, no ano de 1990, a lei n° 8.080, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, foi inserida no ordenamento jurídico, sendo um marco legal imprescindível para a concretização do direito fundamental e social à saúde, constitucionalmente previsto para todos os brasileiros, com a implementação do Sistema Único de Saúde no país.

Seu artigo 1º traz o objetivo da norma, que é o de regular as ações e serviços de saúde em todo o território nacional, a serem "*executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado*" (BRASIL, 1990), estando aí inclusa a participação em caráter complementar da iniciativa privada no SUS, o que é reforçado de maneira expressa no art. 4º, § 2º.

Os princípios e diretrizes das ações e serviços de saúde públicos e dos serviços privados que integram o SUS por contrato ou convênio são listados no art. 7º, dentre os quais destaca-se o inciso IX, que traz o princípio da descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo, com ênfase na descentralização dos serviços para os municípios, de acordo com sua alínea *a*, o que se coaduna com a repartição constitucional de competência para a promoção da saúde estabelecida no art. 23, II, da Constituição Federal.

Também integra este princípio a regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde. Ainda tratando de competências dos entes federados, União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm como atribuição comum definida no art. 15, I, da lei que rege o SUS a definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e fiscalização das ações e serviços de saúde, o que abrange tanto as ações e serviços prestados diretamente pela Administração Pública Direta e Indireta como aqueles prestados pelas pessoas jurídicas de direito privado em participação complementar.

Releva anotar que o art. 18, que elenca as competências da direção municipal do SUS, determina em seu inciso I a execução direta dos serviços públicos de saúde, bem como o planejamento, organização, controle e avaliação das respectivas ações e serviços. Ainda, cabe à direção municipal normatizar de forma complementar, no seu âmbito de atuação, as ações e serviços públicos de saúde, de acordo com o inciso XII.

No mesmo artigo há disposição específica a respeito da celebração de contratos e convênios com entidades de direito privado que prestem serviços de saúde, o que será oportunamente trabalhado em seção futura, que irá tratar do contrato de gestão na área da saúde.

Ainda sobre o tema da participação complementar no SUS, dispõe o art. 24 da Lei Orgânica da Saúde que o Sistema Único de Saúde fica autorizado a recorrer aos serviços da

iniciativa privada quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área. O parágrafo único deste artigo aduz que a participação complementar deve ser formalizada mediante contrato ou convênio, observadas as normas de direito público. Ainda, o art. 25 confere preferência às entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos para participar desta forma do SUS. Ambos os artigos mencionados reproduzem o teor do art. 199, § 1º, da Constituição Federal.

Apresentadas as disposições constitucionais a respeito do direito social à saúde, as normas de competência para a sua promoção por todos os entes federativos e as disposições da Lei Orgânica da Saúde com as diretrizes gerais para a participação da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde em caráter complementar, é pertinente caminhar para a análise de uma situação de saúde a ser administrada e, em muitas vezes, "remediada" pelo Estado. Remediada, e não propriamente sanada, haja vista ser quase impossível na prática retornar ao *status quo ante* - os erros médicos ocorridos nas dependências dos hospitais e demais unidades de saúde públicas.

Para tanto, necessário é retomar conceitos relacionados à responsabilidade civil objetiva estatal para então se analisar a hipótese de caracterização da responsabilidade civil do Estado frente ao paciente dos serviços públicos de saúde vitimado por erro médico, o que será feito a seguir.

3. Teoria do risco administrativo e responsabilidade civil objetiva do Estado

O entendimento sobre a responsabilização estatal no plano civil sofreu significativas mudanças ao longo dos séculos, evoluindo, em apertada síntese, da ideia da total irresponsabilidade do Estado, aplicada desde a época dos Estados Absolutistas, que perpetuou injustiças aos súditos por muito tempo sob o falso pretexto da manutenção da soberania, para a responsabilidade subjetiva do Estado, com as doutrinas civilistas, a qual só aceitava que o Estado poderia ser responsabilizado mediante a demonstração de culpa para qualquer ato praticado por seus prepostos, e, enfim, para a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, que foi desenvolvida conforme princípios de direito público, hoje utilizada como regra geral no direito positivo brasileiro.

Para tratar da responsabilidade objetiva estatal na forma como é aplicada atualmente, convém abordar a teoria do risco, que a fundamentou.

O risco implica, *de per si*, em probabilidade de ocorrência de dano. Assim, aqueles que desenvolvem atividades perigosas ou que de qualquer forma, pela sua natureza, acarretem riscos, uma vez efetivado o dano a consequência é a obrigação, por quem desenvolve a atividade, de repará-lo.

Sérgio Cavalieri Filho, ao comentar a teoria geral do risco, afirma que

> todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, **independentemente de ter ou não agido com culpa**. Resolve-se o problema na relação de causalidade, **dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano**. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 181, grifo nosso)

Sob a vertente do direito administrativo, a teoria do risco prega que a avaliação quanto a culpa do preposto ou agente deve ser substituída pela avaliação da existência de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado, sendo irrelevante as condições de funcionamento do serviço, ou seja, se ele foi prestado de forma regular ou irregular, boa ou ruim (DI PIETRO, 2014).

Fato é que o risco é intrínseco à execução das atividades estatais, não podendo a Administração Pública deixar de prestar os serviços à população a fim de evitar que o risco se concretize, devendo suportar os ônus daí decorrentes, independentemente da culpa de seus agentes.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 866, *apud* CAVALIERI FILHO, 2014, p. 286) nos ensina que a responsabilidade do Estado tem como fundamento o princípio da igualdade, no sentido de que suas atividades são desempenhadas no interesse da coletividade, e, se por um lado todos podem se beneficiar dessas atividades, de outro, se delas resultarem ônus, os prejuízos também devem ser repartidos entre toda a sociedade, por meio dos impostos arrecadados pelo Estado, a serem utilizados para indenizar a vítima do dano oriundo da atividade administrativa, pois não seria justo que a vítima suportasse sozinha os ônus inerentes a uma atividade estatal que beneficia a todos.

A teoria do risco administrativo pode ser sintetizada da seguinte forma:

> a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Esta teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É a forma democrática de repartir os ónus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. **Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público que a causou. O que se tem que verificar é, apenas, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado**. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 287, grifo nosso)

Conforme a teoria em análise, a responsabilidade objetiva estatal caracteriza-se pelo ato administrativo lesivo causado pelo agente público, o dano sofrido pelo administrado e o nexo de causalidade entre ambos, sendo irrelevante, portanto, a existência de culpa em seu sentido amplo (culpa ou dolo) por parte do agente.

3.1 A responsabilidade civil objetiva do Estado no direito positivo

No ordenamento vigente a responsabilidade objetiva estatal encontra previsão no art. 37, § 6º, da Carta Magna, o qual estabelece que:

> 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 (BRASIL, 1988).

A primeira coisa a se pontuar deste dispositivo é que a teoria do risco administrativo foi expressamente adotada pela Constituição de 1988 como fundamento para a responsabilização da Administração Pública, "*porquanto condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente da sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano*" (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 291).

Isso posto, releva discorrer sobre as regras para a responsabilização objetiva do Estado que podem daí ser extraídas.

Quanto ao "agente que, nessa qualidade", cause dano a terceiros, referido na norma, muito já foi discutido na doutrina a respeito do ato do agente e a sua relação com a atividade administrativa e o dano, se ele necessita ter agido no exercício de suas funções ou se basta que tenha agido em razão delas. Adota-se o posicionamento de Sérgio Cavalieri Filho (2014), para o qual basta que a função ou a atividade administrativa tenham oportunizado a prática do ato

danoso, sendo então suficiente que o agente tenha agido em razão do cargo, função ou atividade administrativa, dispensável o exercício estrito da função.

No mais, da redação do dispositivo constitucional infere-se que não somente todas as pessoas jurídicas de direito público devem ser responsabilizadas pelos danos causados por seus agentes a terceiros, mas também as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, questão essa que será melhor discutida em seção futura deste trabalho.

Outro ponto é que o "terceiro" vítima do dano pode ser um usuário do serviço público ou não, pois a caracterização enquanto vítima do dano resultante do ato administrativo lesivo independe da qualidade de usuário do serviço público, entendimento este já consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 110.

Como última regra, reitera-se que é imprescindível haver nexo de causalidade entre o ato lesivo perpetrado pelo agente e o dano.

Posteriormente à Constituição de 1988, a teoria da responsabilidade civil objetiva também foi expressamente acolhida. O Código Civil determina em seu art. 927, parágrafo único, que "*haverá obrigação de reparar o dano,* ***independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem***" (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Nesse dispositivo, além da desnecessidade de verificação de culpa do autor do dano, o que evidencia o pressuposto do nexo de causalidade em seu lugar, o fator do risco pela atividade desenvolvida está presente de forma expressa, tal como no art. 37, § 6º, da Constituição.

Ainda, tratando do nexo de causalidade, que é o elemento basilar da responsabilidade civil objetiva, esta só poderá ser excluída, via de regra, mediante a ocorrência de força maior e culpa exclusiva da vítima ou de terceiros. Caso a vítima concorra com o Estado quanto à culpa, a responsabilidade do primeiro não será totalmente elidida, mas sim atenuada, sendo a respectiva indenização arbitrada de acordo com os critérios especificados no art. 945 do Código Civil: "*Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano*" (BRASIL, 2002).

Verificado que, na hipótese de ato do poder público causar dano a terceiro, o Estado responde, em regra, de forma objetiva, torna-se oportuno analisar a responsabilidade civil estatal pelo erro médico ocorrido nas unidades de saúde públicas.

3.2 Responsabilidade civil do Estado pelo erro médico ocorrido no âmbito no SUS

É sabido que o Sistema Único de Saúde é o grande responsável pelo atendimento na área da saúde no país, fornecendo acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde a maior parcela da população.

Fornecer atendimento público integral em um país de dimensões continentais é sem dúvidas desafiador, mesmo considerando que a rede de serviços do SUS é regionalizada e hierarquizada entre os entes federativos. Os profissionais que atuam na saúde pública, prestando este serviço diretamente à população, enfrentam diversos percalços, como a alta demanda incessante, a insuficiência de recursos humanos e orçamentários, principalmente nas regiões e localidades mais afastadas do país, longe dos centros urbanos, onde há uma má-distribuição de profissionais da saúde e de verbas, culminando em precarização.

Este cenário de deficiências estruturais da saúde pública pode acabar contribuindo para uma situação que resulta no total oposto da promoção e proteção da saúde, que são buscadas e esperadas por todos aqueles que utilizam o SUS: o erro médico.

O erro médico, conforme a definição de Genival Veloso de França (2014, p. 257):

> é uma forma de conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde do paciente. É o dano sofrido pelo paciente que possa ser caracterizado como imperícia, negligência ou imprudência do médico, no exercício de suas atividades profissionais. Levam-se em conta as condições do atendimento, a necessidade da ação e os meios empregados.

A inobservância técnica que cause dano por imperícia, negligência ou imprudência caracteriza culpa em sentido estrito, que é a falta do dever de cuidado objetivo. Na lição de Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 52), a imprudência seria a falta de cuidado por uma conduta comissiva, ou seja, por uma ação, um fazer; a negligência se consubstancia na falta do dever de cuidado por uma conduta omissiva, um não fazer; já a imperícia "*decorre de falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que se exige, de regra, maior cuidado ou cautela do agente*".

Convém tecer breves comentários quanto à responsabilidade civil dos médicos. De um modo geral, a obrigação dos médicos e demais profissionais da saúde é de meio, na qual há o comprometimento de atuar com os conhecimentos técnicos, os métodos e diligência habituais para o resultado esperado pelo paciente, sem garantia quanto ao êxito absoluto deste resultado.

Nesse sentido, Veloso de França (2014, p. 269) assinala que:

> existe na responsabilidade contratual civil do médico uma obrigação de meios ou de diligências, onde o próprio empenho do profissional é o objeto do contrato, sem compromisso de resultado. Cabe-lhe, todavia, dedicar-se da melhor maneira e usar de todos os recursos necessários e disponíveis. Isso também não quer dizer que ele esteja imune à culpa. Enfim, essa é a ideia que tem prevalecido. O contrário seria conspirar contra a lógica dos fatos.

E por se tratar de obrigação de meio, a responsabilidade civil do médico é subjetiva, sujeita à comprovação de culpa pelas modalidades de imprudência, negligência ou imperícia, além do ato antijurídico, do dano e do nexo causal.

As principais disposições legais que disciplinam a responsabilidade civil dos profissionais de saúde atualmente estão no Código Civil, art. 951, que trata da indenização por danos causados à vida e à saúde devida por "*aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho*" (BRASIL, 2002), e no Código de Defesa do Consumidor, que mesmo adotando a teoria da responsabilidade objetiva como regra geral em relação aos fornecedores de bens e serviços, afirma expressamente em seu art. 14, § 4º, que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Quando o médico atua como profissional liberal, não restam dúvidas de que a responsabilidade civil deste frente ao paciente será subjetiva, dependendo do elemento culpa, devendo ser analisada conforme as normas que regem a responsabilidade subjetiva na legislação civil e consumerista já explanadas.

Contudo, se o profissional trabalha em estabelecimento de saúde de pessoa jurídica, seja pública ou privada, na ocorrência de erro médico a regra quanto à reparação devida ao

paciente muda, pois nesse caso o dever de indenizar recai sobre a pessoa jurídica, cuja responsabilidade deverá ser apurada de forma objetiva.

Quanto ao médico, sua responsabilidade pelo erro não é substituída pela responsabilização da pessoa jurídica que gerencia a unidade de saúde e que pagou indenização à vítima. Subsiste o direito de regresso da pessoa jurídica contra o médico, como bem lembra Veloso de França:

> No que diz respeito aos médicos que tenham vínculo empregatício com pessoas jurídicas de direito público ou privado, a exemplo das clínicas e hospitais, **a reparação civil por dano culposo será arguida dos respectivos estabelecimentos de saúde** [...] Ainda assim, terão as empresas médicas direito de regresso, conforme estabelecem as Súmulas 187 e 188 do STF. Sobre o assunto, reporta-se Antonio Herman de Vasconcelos Benjamin: „O Código é claro ao asseverar que só para a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. **Logo, se o médico trabalha em hospital, responderá apenas por culpa, enquanto a responsabilidade do hospital será apreciada objetivamente'**.
> [...] Destarte, fica bem claro que só para a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema fundado na culpa, enquanto a responsabilidade civil das empresas seria avaliada pela teoria objetiva do risco, tendo no montante do dano o seu elemento de arbitragem. (FRANÇA VELOSO, 2014, p. 103, grifo nosso)

Ocorrendo erro médico por profissional que tenha vínculo com pessoa jurídica de direito público ou privado, a respectiva indenização deverá ser arcada pela pessoa jurídica responsável pela unidade de saúde, independentemente de verificação de culpa, consoante as normas de responsabilização civil objetiva constantes do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, tratando-se da assistência privada à saúde, e, no caso da saúde pública, ainda pelo mandamento do art. 37, § 6º, da Carta Magna, já comentado anteriormente.

Consoante a inteligência desta norma constitucional, caberá à Administração Pública indenizar o paciente vítima do erro médico, tendo a primeira legitimidade passiva para figurar na ação judicial intentada pela vítima. Lopes, ao abordar o erro médico no âmbito do Sistema Único de Saúde e a legitimidade processual para arcar com a respectiva indenização, comenta o seguinte:

> quem indeniza o particular é o Estado e este, comprovado os elementos retrocitados, cobra de seu agente o valor pago. **Em suma, implica dizer que o particular deverá buscar reparo diretamente junto à Administração Pública, que tem legitimidade processual passiva, visto que sua responsabilidade é objetiva.** (LOPES, 2021, p. 10, grifo nosso)

Assim, uma vez tendo a Administração indenizado a vítima do erro médico, ela poderá demandar de forma regressiva o profissional de saúde que causou o dano, que somente ressarcirá o Estado se comprovada a sua culpa por negligência, imprudência ou imperícia, pois a responsabilidade civil do médico, via de regra, será sempre subjetiva, independentemente deste ser um agente público ou contratado por pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos.

Apresentado o panorama geral da responsabilidade civil objetiva do Estado e confirmada a sua incidência em caso de dano perpetrado a paciente do Sistema Único de Saúde vitimado por erro médico, resta saber se a responsabilidade do poder público frente ao paciente persiste mesmo quando o hospital ou unidade de saúde pública é gerido por organização social, por meio de contrato de gestão. Para tanto, é pertinente iniciar a discussão tratando deste instrumento.

4. O contrato de gestão e a Lei nº 9.637/1998

Sendo o SUS o grande garantidor e prestador das ações e serviços de saúde ao povo brasileiro, cujo atendimento é universal e fornecido a nível nacional, mesmo considerando o princípio da descentralização político-administrativa entre os entes federados e que a rede de saúde é regionalizada, tal como comentado anteriormente, a prestação dos serviços de saúde de forma direta pela Administração Pública pode ser algo bem dificultoso.

Há de se considerar os entraves típicos do Estado que resultam nessa dificuldade, mormente na área da saúde, que está dentre as que geram as maiores despesas no orçamento público, - o que é totalmente justificável – orçamento e quadro de profissionais sempre insuficientes, escassez ou mesmo ausência de hospitais e demais unidades de saúde nas localidades mais afastadas, altíssima demanda de pacientes, além da burocracia estatal.

Desde muito observa-se ser patente a necessidade do aparelho estatal ser mais eficiente e ágil como um todo, principalmente em relação à Administração Pública, que tem por finalidade precípua executar os serviços públicos à população.

E nesse contexto a descentralização de serviços não exclusivos do Estado, também chamados de serviços sociais, como é o caso da Saúde, às entidades do terceiro setor, passa a ser uma opção viável. Assim, Estado e terceiro setor podem trabalhar em colaboração por meio da realização de parcerias, tendo por objetivo comum a execução das atividades de interesse público.

No caso da Saúde, a descentralização de seus serviços nas últimas décadas tem sido feita às organizações sociais, mais especificamente às Organizações Sociais de Saúde (OSS), por meio do contrato de gestão. As organizações sociais têm marco legal próprio, a Lei nº 9.637/1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades do terceiro setor para o recebimento do título de organização social.

Conforme o art. 1º da norma, podem receber a qualificação de organização social pelo poder público as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam destinadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

A ilustre administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro atenta para uma característica própria das organizações sociais – a de prestar serviços por delegação do poder público:

> **Elas se substituem ao poder público na prestação de uma atividade que a este incumbe**; prestam a atividade utilizando-se de bens do patrimônio público, muitas vezes contando com servidores públicos em seu quadro de pessoal, e são mantidas com recursos públicos; embora instituídas como entidades privadas, criadas por iniciativa do particular, **a sua qualificação como organização social constitui iniciativa do poder público e é feita com o objetivo específico de a elas transferir a gestão de determinado serviço público e a gestão de um patrimônio público**. (DI PIETRO, 2021, posição 7306-7310, grifos nossos)

Com efeito, é expresso no art. 12 da lei retro citada que poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão para as organizações sociais, bem como o artigo 14 faculta ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem, o que implica a transferência de prerrogativas próprias da Administração à organização social.

E no que diz respeito ao contrato de gestão, há uma definição legal no art. 5º da lei, o qual aduz ser o contrato de gestão o instrumento pactuado entre o poder público e as entidades

qualificadas como organização social, objetivando a formação de parcerias para o fomento e a execução de atividades relacionadas às áreas listadas no art. 1º.

O contrato de gestão tem por finalidade a prestação de serviço público ou de atividades de interesse público, mediante fomento, pelo Estado, diretamente às instituições não governamentais aptas a receberem a qualificação de organizações sociais.

Diante dos poderes e prerrogativas do poder público que acabam por ser, de certo modo, transferidos à organização social com a delegação dos serviços sociais públicos, um maior grau de fiscalização sobre a atuação da organização social é medida que se impõe.

O art. 8º da Lei nº 9.637/1998 determina que caberá ao órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada a fiscalização quanto à execução do contrato de gestão.

Trazendo o contrato de gestão para a área da saúde pública, a Lei nº 8.080/1990 em seu art. 18, X, confere competência aos municípios para celebrar contratos e convênios com as entidades privadas prestadoras de serviços de saúde, bem como para controlar e avaliar a sua execução. O dispositivo em comento confirma que o município detém competência para, além de acompanhar a execução dos serviços prestados pelas organizações sociais via contrato de gestão na área da saúde, fiscalizá-los e avaliá-los.

Feitas as devidas considerações a respeito do contrato de gestão e das organizações sociais, sob a perspectiva da lei de regência, resta, por fim, analisar a responsabilidade civil decorrente de erro médico causado nos hospitais e unidades de saúde administrados pelas OSS.

4.1 Responsabilidade civil pelo erro médico ocorrido em unidade de saúde pública gerida por organização social e direito de regresso do Estado

É certo que a responsabilidade civil por erro cometido pelos profissionais de saúde no atendimento do Sistema Único de Saúde recai ao Estado de forma objetiva, ante o risco inerente à atividade administrativa, conforme verificado no decorrer da presente pesquisa.

Contudo, se o erro médico foi causado em unidade de saúde que, embora pertença à rede do SUS, é administrada por organização social de saúde, é de se examinar se a pessoa jurídica que deverá arcar com a indenização ao paciente vítima do dano é a de direito público ou a de direito privado que está executando o serviço público.

Necessário discutir, novamente, a inteligência do art. 37, § 6ª, da Constituição Federal, o qual estabelece que não só as pessoas jurídicas de direito público como as pessoas jurídicas de direito privado que atuem prestando serviços públicos deverão responder pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A redação deste dispositivo evidencia que as entidades do terceiro setor que prestam serviços públicos são atingidas pela regra geral de responsabilização do Estado, o que é corroborado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 792), ao afirmar que a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público abrange "*qualquer entidade com personalidade jurídica de direito privado, inclusive as do terceiro setor, que recebam delegação do Poder Público, a qualquer título, para a prestação do serviço público*".

Ainda, tratando em específico das organizações sociais, que recebem a delegação de serviços do poder público por meio do contrato de gestão, a autora defende que a responsabilização da organização social por danos causados a terceiros seja objetiva e a da pessoa jurídica de direito público parte no contrato de gestão seja subsidiária:

> **Quanto à responsabilidade da organização social por danos causados a terceiros, submete-se à norma do art. 37, § 6º, da Constituição, quando o dano for causado na prestação de serviço público**. Ou seja, trata-se de responsabilidade objetiva da pessoa jurídica e subjetiva do agente causador do dano. É a conclusão possível, tendo em vista que o dispositivo constitucional alcança as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público. **Essa responsabilidade da organização social não afasta a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica de direito público que firmou o contrato de gestão**, à semelhança do que ocorre na concessão de serviço público. (2022, posição 7836-7841)

Estevam Giron De La Torre (2020) apresenta posicionamento semelhante, ao afirmar que o poder público deve responder de forma subsidiária, entretanto somente na hipótese de a entidade comprovadamente não possuir meios para arcar com a indenização à vítima do dano, em razão dos benefícios concedidos pela Lei n° 9.637/1998, dentre eles o recebimento de até a totalidade do orçamento necessário para a manutenção da unidade de saúde e a alocação de bens e de servidores da Administração.

Inclusive, há tema do Supremo Tribunal Federal com repercussão geral relacionado a temática - no Tema 130 foi fixada há mais de uma década a tese de que a responsabilidade civil disciplinada na norma constitucional em análise é objetiva para as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público em relação tanto a terceiros usuários como aos não usuários do serviço, conforme se observa de trecho do respectivo *leading case*, o Recurso Extraordinário 591.874:

> **A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários, e não usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6.º, da CF**. A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não usuário do serviço público é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. (RE 591.874/MS, Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Data do julgamento: 26/08/2009. Data da publicação: 18/12/2009).

Giron De La Torre (2020) defende, ainda, que a responsabilização das organizações sociais de saúde no contrato de gestão ocorra de objetiva e primária, considerando uma maior celeridade para a vítima do dano receber a indenização, a qual não dependeria do regime dos precatórios públicos:

> Portanto, **em respeito à norma geral de responsabilização dos prestadores de serviços públicos insculpida no § 6º, artigo 37, do texto constitucional, a responsabilidade da O.S.S., enquanto prestadora de serviços públicos, principalmente aquelas que gerenciam hospitais públicos, deve ser objetiva e primária**, até mesmo visando facilitar a reparação do dano ao particular, para que este não tenha que aguardar a extensa fila de precatórios do regime fazendário, não havendo que se falar em responsabilidade solidária, salvo expressa previsão no contrato de gestão.

Nesse diapasão, havendo falha na prestação do serviço público pela organização social que cause danos aos usuários da unidade de saúde vinculada ao SUS por ela gerenciada, não seria razoável que o Estado fosse o primeiro a arcar com a obrigação de reparar os danos, uma vez tendo repassado recursos públicos para a execução do contrato de gestão, pois segundo o autor em comento, neste caso o Estado se tornaria um garantidor da organização social no contrato de gestão.

No entanto, verifica-se que, na esfera do Poder Judiciário, o entendimento quanto a quem deve recair a responsabilidade civil pelo erro médico advindo de hospital ou outra unidade de saúde pública objeto de contrato de gestão difere da doutrina. Na prática do Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, é reconhecida a legitimidade passiva do Estado para arcar com indenização por dano material e moral ocorrido em unidade de saúde pública gerida por organizações sociais de saúde:

> RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MATERIAL E MORAL. ERRO MÉDICO. HOSPITAL PÚBLICO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. HOSPITAL GERIDO POR ENTIDADE PRIVADA SEM FINS LUCRATIVOS, QUALIFICADA PERANTE AQUELE COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL DE SAÚDE (OSS) Participação de entidades privadas no SUS que tem caráter apenas complementar (CF, art. 199, § 1º) - OSS que se condicionam a veemente influência do Direito Público, sendo remuneradas integralmente pelo Governo e podendo, inclusive, valer-se de servidores públicos a elas afastados. **Modelo jurídico que não exime o Estado de sua responsabilidade constitucional pela saúde, a qual tem por corolário a responsabilidade civil. Ademais, os serviços públicos de saúde afiguram- se aos usuários como de prestação direta, não cogitando eles da relação jurídica subjacente (teoria da aparência) Similaridade com o entendimento relativo às Santas Casas. Legitimidade passiva do Estado reconhecida. Agravo retido não provido**.
> (TJ-SP, 9ª Câmara de Direito Público. Reexame necessário 271401620018260053. Relator: Des. Gonzaga Franceschini. Data de julgamento: 24/08/2011. Data de publicação: 26/08/2011, grifo nosso)

> PRELIMINAR. **Afastada a preliminar de ilegitimidade passiva arguida. Celebração de convênio com Organização Social para a administração de hospital público e prestação de serviço de saúde, que não afasta a responsabilidade do Municipal pelo serviço prestado pelo conveniado**. APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. Indenização por danos morais e materiais. Uso prolongado do garrote por erro médico, gerando necrose, e, por consequência amputação do dedo do autor. Evidenciada falha na prestação do serviço público de saúde, ensejadora da responsabilidade da Administração. Recurso parcialmente provido.
> (TJ-SP, 5ª Câmara de Direito Público. Apelação Cível 00280959520118260053. Relatora: Des. Heloísa Martins Mimessi. Data de Julgamento: 23/04/2018. Data de Publicação: 24/04/2018, grifo nosso)

Em que pese o douto entendimento da doutrina, no dia-a-dia dos tribunais também é imputada ao Estado a responsabilidade civil objetiva pelo erro médico ocorrido nas unidades de saúde geridas pelas OSS via contrato de gestão. Pensando sob a perspectiva da vítima do erro médico, o posicionamento da jurisprudência se revela acertado, pois quando o paciente adentra uma unidade de saúde pertencente ao SUS necessitando de socorro imediato ou de assistência médica, pouco importa se o atendimento é prestado diretamente pelo Estado ou por organização social delegatária daquele serviço público, o que nem deve ser uma preocupação para o usuário do SUS.

O que importa ao paciente, o que ele identifica quando adentra esta unidade de saúde é que se trata de uma unidade de saúde pública, de responsabilidade do Estado, no fim das contas, a quem compete o dever de cuidar da saúde da população, e que por essa razão deve ser responsabilizado quando o erro médico ocorrido em unidade de saúde administrada por contrato de gestão causar danos aos usuários deste serviço público.

Uma vez sendo efetivamente condenado à reparação do dano, surge para o Estado o direito de regresso contra a OSS e contra o agente profissional da saúde que cometeu o erro. Quanto a este último, como bem sabido, ele só poderá ser responsabilizado de forma subjetiva, caso comprovado dolo ou culpa em sua atuação.

No que tange às organizações sociais, verifica-se que em sua lei de regência, a Lei nº 9.637/1998, não há previsão específica acerca de ação regressiva contra as organizações sociais por danos causados aos destinatários dos serviços públicos por elas prestados.

De outro lado, a ocorrência de erro médico, neste cenário, poderá caracterizar o descumprimento de disposição contida no próprio contrato de gestão, o qual deve discriminar as responsabilidades e obrigações da OSS e do poder público partes do ajuste, conforme o art. 6º, *caput*, da lei.

Não se olvide que tal situação também poderá causar impactos no cumprimento das metas a serem atingidas e nos indicadores de qualidade e produtividade da avaliação de desempenho da organização social previstos no art. 7º, I, da norma, mormente se a ocorrência de erro médico gerador de danos aos pacientes atendidos pela unidade ou unidades geridas pela entidade tiver certa recorrência.

No mais, o direito de regresso do Estado também encontra alicerce na prerrogativa de controle e fiscalização da execução do contrato de gestão previsto no art. 8º da lei em comento, bem como na Lei nº 8.080/1990, em seu art. 18, X, que atribui tal poder-dever ao município, vez que este é o principal responsável por executar os serviços públicos de saúde diretamente à população.

Destarte, em havendo erro médico causado nas dependências de unidades de saúde administradas por contrato de gestão, ante a lacuna legislativa sobre a questão, uma possível solução seria o Estado buscar o ressarcimento pelas despesas com a indenização destinada à vítima do dano por meio do próprio instrumento do contrato de gestão, seja em razão de penalidades contratualmente previstas para o descumprimento de obrigações por parte da organização social, ou pelo exercício do poder de controle e fiscalização do poder público em face da organização social gestora.

5. Considerações finais

O direito fundamental e social à saúde deve ser garantido pelo Estado, que pode fazê-lo de modo direto ou pela participação complementar das pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que prestem serviços públicos, o que autoriza a participação das entidades do terceiro setor no Sistema Único de Saúde, dentre elas as organizações sociais, que prestam serviços públicos por delegação e atuam junto ao poder público pelo contrato de gestão.

Contudo, os agentes que realizam a prestação do serviço público de saúde podem causar danos a terceiros, aos administrados. Nesse sentido, a regra geral de responsabilidade civil do Estado, insculpida no art. 37, § 6º, da Carta Magna, é clara ao determinar que tanto as pessoas jurídicas de direito público, como as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos devem responder pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Tem-se, desta forma, que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, bastando a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido, com fundamento na teoria do risco administrativo, diante do risco que é intrínseco à atividade administrativa.

Assim, não resta dúvidas de que o Estado é civilmente responsável pelo erro médico cometido nas unidades de saúde integrantes do Sistema Único de Saúde. Tratando em específico da responsabilidade civil pelo erro médico ocorrido nas unidades de saúde públicas administradas pelas organizações sociais por meio de contrato de gestão, o presente estudo

identificou que há posicionamento da doutrina defendendo que a responsabilização da organização social por danos causados a terceiros seja objetiva, pela mesma regra constitucional acima descrita, e que a responsabilidade do Estado seja meramente subsidiária.

Porém, o mesmo não ocorre em relação à jurisprudência. Na materialidade do caso concreto, os tribunais vêm decidindo que o Estado é objetivamente responsável pela reparação civil pelos erros médicos ocorridos nas unidades de saúde públicas geridas pelas organizações sociais de saúde, tendo, portanto, a sua legitimidade passiva reconhecida.

Neste cenário, considerando a ausência de previsão legal específica quanto ao direito de regresso do Estado em face das organizações sociais por danos causados aos destinatários dos serviços públicos por elas prestados, um caminho possível para o ressarcimento do Estado seria por meio das penalidades contratualmente previstas em relação ao descumprimento de obrigações por parte da organização social, e, no mais, pelos instrumentos de controle e fiscalização do contrato de gestão pelo poder público.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. Direito à saúde. *In*: AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 308-310.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 ago. 2023.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 13 dez. 2023.

_____. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm. Acesso em: 22 ago. 2023.

_____. **Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998**. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm. Acesso em: 19 dez. 2023.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 07 dez. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 591.874/MS**. Recorrente: Viação São Francisco Ltda. Recorrido: Justa Servin Franco e outros. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de agosto de 2009. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2635450. Acesso em: 22 out. 2023.

CATÃO, Marconi do Ó. Do Estado-nação ao *Welfare State*: o direito social à saúde. *In*: CATÃO, Marconi do Ó. **Genealogia do direito à saúde: uma reconstrução de saberes e práticas na modernidade**. Campina Grande: EDUEPB, 2011, p. 31-49. *E-Book*. Disponível em: https://static.scielo.org/scielobooks/szgxv/pdf/catao-9788578791919.pdf. Acesso em: 26 dez. 2023.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade da Administração Pública. *In*: CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 181, 282-293.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade Extracontratual do Estado. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 785-797.

_____. Parcerias com o terceiro setor. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, posições 7212-7841, *E-book*. 9279 posições. Acesso em 03 dez. 2023.

GIRON DE LA TORRE, Estevam. **A responsabilidade das Organizações Sociais de Saúde por danos causados ao usuários:** Reflexões sobre os fundamentos jurídicos da responsabilidade objetiva, e primária, das Organizações Sociais de Saúde por danos causados aos usuários. São Paulo: 2020. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a- responsabilidade-das-organizacoes-sociais-de-saude-por-danos-causados-ao- usuarios/920168767. Acesso em: 14 ago. 2023.

SANTOS DA SILVA, Rômulo Ruan; VIEIRA, Victória Andrade. Direito à saúde: um direito fundamental e sob respaldo da Constituição Federal. *In*: ROSA, C.; PIMENTEL, D.; santos DA SILVA, R. R. (org.). **Direito do consumidor aplicado ao direito à saúde**: análise de julgados. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, 2017, p. 12-14.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (9ª Câmara de Direito Público). **Reexame necessário 00271401620018260053**. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo e Juízo *ex officio*. Recorrido: José Moreira dos Santos. Relator: Des. Gonzaga Franceschini, 24 de agosto de 2011. Data de publicação: 26 de agosto de 2011. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RI000SPMZ0000#?cdDocumento=23. Acesso em: 4 dez. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (5ª Câmara de Direito Público). **Apelação Cível 00280959520118260053**. Recorrentes: Município de São Paulo, Hospital Israelita Albert Einstein e Julio Cesar M. Marin. Recorridos: Walter de Souza e Centro de Estudos e Pesquisas Doutor João Amorim – CEJAM. Relatora: Des. Heloísa Martins Mimessi, 23 de abril de 2018. Data de Publicação: 24 de abril de 2018. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=002809595.2011&foroNumeroUnificado=0053&dePesquisaNuUnificado=002809595.2011.8.26.0053&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO#?cdDocumento=18. Acesso em: 4 dez. 2023.

VELOSO DE FRANÇA, Genival. Responsabilidade médica. *In*: VELOSO DE FRANÇA, Genival. **Direito Médico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 103-104, 257-258, 269-272.

Aspectos Gerais do Procedimento de Contratação Direta à Luz da Lei Federal nº 14.133/2021

Overall Aspects of the Direct Contracting Procedure According to the Federal Law n° 14.133/2021

Ana Flávia de Almeida Carvalho[1]

RESUMO

Em regra, as contratações públicas ocorrem por meio do procedimento de licitação. Para situações em que tal procedimento seja inviável ou que não seja a melhor opção para satisfação do interesse público, a licitação deixa de ser obrigatória, aplicando-se o procedimento da contratação direta. Apesar da ideia de regra (licitação) e exceção (contratação direta), ao se analisar as compras da Administração Pública em nosso país, verifica-se que o procedimento de contratação direta está longe de ser uma excepcionalidade, correspondendo ao maior número de compras quando comparado às modalidades licitatórias. Este cenário aponta para a importância do estudo de tal procedimento, bem como de seu maior regramento, o que fora aprofundado pela Lei Federal n. 14.133/2021 em relação à norma anterior. Ainda que o procedimento seja mais regulamentado e haja requisitos mínimos a serem observados pelos agentes públicos, é inerente ao conceito da contratação direta que o procedimento seja mais simplificado e menos rígido que o procedimento licitatório. Por conta de tal flexibilidade, ganha especial importância a observância dos princípios jurídicos que regem as contratações públicas quando da aplicação de tal procedimento. São os princípios jurídicos que darão ao agente público as diretrizes para que o procedimento da contratação direta seja aplicado de forma legal, válida e isonômica, garantindo a melhor contratação à Administração.

Palavras-chave: contratação direta; licitação; procedimento; princípios.

ABSTRACT

As a rule, public contracts are carried out through the bidding process. In situations where such a procedure is unfeasible or not the best option for the satisfaction of public interest, bidding becomes non-mandatory, and the direct contracting procedure is applied. Despite the notion of a rule (bidding) and exception (direct contracting), an analysis of public sector purchases in our country reveals that the direct contracting procedure is far from being an exception, accounting for the majority of purchases when compared to bidding modalities. This scenario underscores the importance of studying such a procedure, as well as its increased regulation, which was deepened by Federal Law nº 14.133/2021 in relation to the previous norm. Even though the procedure is more regulated, with minimum requirements to be observed by public agents, it is inherent to the concept of direct contracting that the procedure be simplified and less rigid than the bidding process. Due to such flexibility, the

1 Residente Jurídica do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, alocada na Secretaria Municipal de Gestão - SEGES (2022-2025). E-mail: anaflaviaac93@gmail.com

adherence to legal principles governing public contracts gains special importance when applying this procedure. Legal principles provide public agents with guidelines to ensure that the direct contracting procedure is applied in a legal, valid, and equitable manner, guaranteeing the best contract for the Administration.

Keywords: direct contracting; bidding; procedure; principles.

1. Introdução

O exercício das atividades administrativas do Estado exige uma atuação pautada pelos princípios do regime jurídico administrativo, que implica na substituição da autonomia da vontade (predominante no Direito Privado) pelo exercício da função administrativa. A ideia de função, por sua vez, está ligada ao dever de atendimento ao interesse público pelos órgãos e/ou pessoas que desempenham tal função, de modo a garantir uma atuação estatal isonômica e republicana (MELLO, 2019, p. 27 a 36).

Se assim é em toda a atividade administrativa, não há exceção, por óbvio, no que tange às compras públicas. Neste aspecto, prevalece o regime jurídico das licitações e contratos, conforme expressa previsão da Carta Magna, que, em seu artigo 37, inciso XXI, assim dispõe:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)
> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988)

De tal dispositivo extraem-se os principais aspectos da licitação, que também estão destacados no seguinte conceito apresentado por Di Pietro (2023, p. 407):

> pode-se definir a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

Em linhas gerais, verifica-se que a licitação é o procedimento legalmente estabelecido, a ser observado pelo Estado nas compras e alienações públicas, que visa, por um lado, garantir a concorrência entre os interessados de forma isonômica e, por outro, garantir a melhor contratação à Administração.

E, nesse sentido, para atendimento das diretrizes constitucionais, estabeleceu-se o regime jurídico das licitações, notadamente disposto na Lei Federal nº 14.133/2021, exarada nos termos da competência privativa atribuída à União para legislar sobre normas gerais de licitação pelo artigo 22, inciso XXVII, da Constituição da República. Como é sabido, o regime jurídico das licitações fora disciplinado, por quase trinta anos, pela Lei Federal nº 8.666/1993 e outras normas correlatas. Sobreveio, recentemente, a referida Lei Federal nº 14.133/2021, trazendo um novo regramento ao tema.

O regime jurídico das contratações públicas é composto por uma variedade de princípios, que na Lei Federal nº 14.133/2021 foram elencados no artigo 5º, nos seguintes termos:

> Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)

Como se observa, a norma federal foi profusa ao elencar uma série de princípios que devem reger o procedimento licitatório. Dos mais de vinte princípios elencados, muitos são basilares da atividade administrativa como um todo, não sendo específicos do procedimento licitatório. Como princípios próprios da licitação, que têm mais especificidade com o tema e, portanto, merecem destaque, é possível citar os princípios da igualdade, do planejamento, da segregação de funções, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo e da competitividade.

Como destaca Di Pietro (2023, p. 412), o princípio da igualdade "constitui um dos alicerces da licitação". Tal princípio se revela, especialmente, na necessidade de tratamento igualitário entre os licitantes, impedindo tratamentos discriminatórios que prejudiquem a concorrência e/ou representem favorecimento a determinados interessados no certame.

O princípio do planejamento merece destaque, pois é um ponto ao qual a nova norma de licitações optou por dar maior importância. Trata-se de uma diretriz ao administrador público que permeia toda a lei, presente na busca de mecanismos que visam dar maior eficiência, eficácia e efetividade às compras públicas, tanto sob a ótica da própria Administração (melhoramento interno), quanto sob a ótica externa, pela perspectiva da atividade licitatória enquanto fomentadora e reguladora de atividades comerciais (NOHARA, 2023, p. 316/317).

Também é novidade da nova norma o princípio da segregação de funções, que não era previsto na lei anterior (Lei Federal 8.666/1993). Conforme explica Nohara (2023, p. 317), tal princípio "implica a separação de funções, sendo divididas para distintos agentes: a autorização, a execução e o controle, com a finalidade de evitar conflito de interesses", complementando que tal previsão tem por objeto evitar que erros e fraudes sejam perpetrados nos curso do desempenho da função, visando assegurar maior controle ao longo do procedimento.

Quanto aos princípios da vinculação ao edital e do julgamento objetivo, tratam-se de princípios próprios do procedimento licitatório, decorrentes do princípio da legalidade, e essenciais à licitação. Enquanto o primeiro refere-se à obrigatoriedade de observância do instrumento convocatório, tanto pela Administração quanto pelos licitantes, o segundo ressalta a obrigatoriedade de julgamento das propostas por critérios pré-estabelecidos no edital, assegurando sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle (DI PIETRO, 2023, p. 419).

Outro princípio essencial da licitação, muito vinculado ao acima tratado princípio da igualdade, é o princípio da competitividade, o qual busca garantir a obtenção da melhor proposta pela Administração. Como explica Oliveira (2023, p.38), "referido princípio deve servir, ainda, como norte interpretativo das cláusulas editalícias, de maneira a aumentar o universo de competidores", acrescentando que:

> A competitividade nas licitações públicas, com a implementação de ampla concorrência entre interessados, impõe a adoção de regras editalícias e contratuais que promovam a ampla participação de potenciais interessados, inclusive com a adoção de exigências que inibam a corrupção e conluios, tal como a formação de cartéis entre os participantes do procedimento licitatório.

Com estas breves explanações introdutórias, é possível conformar a base do regime jurídico das contratações públicas. De modo a assegurar a observância de tal regime, impõe-se à Administração Pública a utilização, como regra, do procedimento legalmente estabelecido em suas contratações, qual seja, a licitação.

Como será adiante tratado, tal procedimento será aplicado, nos termos do mandamento constitucional, "*ressalvados os casos especificados na legislação*". Em tais casos, em que a licitação seja impossível ou inadequada para a satisfação do interesse público, será adotado o procedimento de contratação direta, objeto deste estudo.

Importa, entretanto, desde já asseverar que o que se afasta é o procedimento da licitação, mas não o regime jurídico das contratações públicas, ao qual o procedimento de contratação direta, ainda que mais simples que as modalidades licitatórias, também deve obediência. Assim, ainda que seja um procedimento mais simplificado que a licitação, a contratação direta submete-se às formalidades legalmente exigidas e, como não poderia deixar de ser, aos princípios jurídicos que regem as compras pública.

O estudo do procedimento ganha maior relevância quando se observa, a partir de dados oficiais, que a contratação direta é amplamente utilizada pela Administração Pública, representando, muitas vezes, um número de compras superior àquelas em que se aplica o procedimento licitatório. Dessa forma, o maior exame das contratações diretas, de modo a estabelecer maiores requisitos, limites e diretrizes ao procedimento, orientará os agentes públicos em sua condução e contribuirá para um aperfeiçoamento das contratações públicas.

2.Contratação direta: conceito e hipóteses

Como visto, a Constituição Federal estabelece que as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, ressalvados os casos especificados na legislação. Assim, a norma constitucional permite que a legislação preveja casos em que a licitação deixa de ser obrigatória. Para tais casos, em que não se aplica o processo de licitação, aplica-se a chamada contratação direta.

O fundamento jurídico para existência de tais hipóteses em que a licitação é afastada pode ser extraído do seguinte excerto extraído das lições de Justen Filho (2021, p. 938) sobre o tema:

> Admite-se que a licitação é um pressuposto do desempenho satisfatório pelo Estado das funções administrativas a ele atribuídas.
> No entanto, existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a realização adequada das funções estatais.
> O procedimento licitatório conduziria ao sacrifício dos fins buscados pelo Estado e não asseguraria a contratação mais vantajosa. Por isso, autoriza-se a Administração a implementar outro procedimento, em que formalidades são suprimidas ou substituídas por outras.

Assim, quando o procedimento licitatório não se mostrar como o instrumento mais favorável à obtenção da melhor contratação, implicando em prejuízos à satisfação do interesse público, o Poder Público poderá contratar independente de licitação.

Há dois gêneros de situações em que a licitação deixa de ser obrigatória, sendo eles os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação. A diferença entre ambos é explicada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2019, p. 561) nos seguintes termos:

> Em tese, a dispensa contempla hipóteses em que a licitação seria possível; entretanto, razões de tomo justificam que se deixe de efetuá-las em nome de outros interesses públicos que merecem acolhida. Já, a inexigibilidade resultaria de inviabilidade da competição, dada a singularidade do objeto ou do ofertante, ou mesmo - deve-se acrescentar - por falta dos pressupostos jurídicos ou fáticos da licitação não tomados em conta no arrolamento dos casos de licitação dispensável.

No mesmo sentido, Di Pietro (2023, p. 425) assim explica:

> A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.

Como se observa, a diferença entre as hipóteses está, especialmente, no fato de em um caso a licitação ser impossível por falta de algum de seus pressupostos básicos (inexigibilidade) e no outro a licitação ser, em tese, possível, mas não ser a melhor opção para a satisfação do interesse público (dispensa).

No âmbito da legislação, as hipóteses de inexigibilidade e dispensa de licitação estão previstas, respectivamente, nos artigos 74 e 75 da Lei Federal n. 14.133/2021.

Quanto às hipóteses de inexigibilidade, o artigo 74 dispõe que a licitação será inexigível quando inviável a competição, apresentando na sequência um rol exemplificativo de cinco hipóteses. Em comparação com a Lei Federal nº 8.666/1993, a Lei Federal nº 14.133/2021 previu as mesmas três hipóteses antes previstas (contratação (i) de fornecedor exclusivo; (ii) de profissionais do setor artístico; (iii) de serviço técnico especializado), acrescentando outras duas hipóteses (contratação por meio do instrumento auxiliar do credenciamento; e aquisição ou locação de imóveis cujas características de instalações e localização tornem necessária sua escolha.).

Como dito, trata-se de rol meramente exemplificativo, já que, em situações fáticas que não se enquadrem em algum dos incisos, mas fique demonstrada a impossibilidade de contratação por licitação, esta será inexigível. Nesse sentido, Mello (2019, p. 568) explica que a lei estabelece "uma prévia e já resoluta indicação de hipóteses nas quais ficam antecipadas situações características de inviabilidade, nos termos ali enumerados, sem exclusão de casos não catalogados, mas igualmente possíveis", complementando que em "situações nas quais estejam ausentes pressupostos jurídicos ou fáticos condicionadores dos certames licitatórios", ainda que não previstas na norma, configurarão hipótese de inexigibilidade.

Em relação à dispensa, por outro lado, como se refere a hipóteses em que a licitação é, em tese, possível, mas para satisfação de outro interesse jurídico não se mostra adequada sua aplicação, o rol apresentado pelo artigo 75 da referida norma é taxativo. O dispositivo apresenta dezoito incisos que costumam ser divididos pela doutrina, como apontam Di Pietro (2023, p. 427) e Nohara (2023, p. 327/329), em quatro grupos, sendo eles da dispensa (i) em razão do valor (incisos I e II); (ii) em situações excepcionais (incisos III, VI, VII, VIII e X); (iii) em razão do objeto (inciso IV e V); (iv) em razão da pessoa (incisos IX, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII).

Vale mencionar ainda o que parte da doutrina chama de licitação dispensada. Conforme explica Nohara (2023, p. 330), "a diferença entre a licitação dispensável e a dispensada reside, como regra geral, no fato de que esta última é compulsória, ou seja, não confere discricionariedade à Administração para avaliar se dispensará ou não a licitação nas situações contempladas na lei". Enquadra-se nesta hipótese o previsto no artigo 76, incisos I e II, da Lei Federal n. 14.133/2021, que trata da alienação de bens imóveis e móveis.

À parte de maiores aprofundamentos nas hipóteses de inexigibilidade e dispensa de licitação, já que não é este o objetivo deste artigo, quer seja por uma ou outra hipótese, o procedimento de licitação será afastado, aplicando-se o procedimento de contratação direta.

Ainda que o termo contratação direta possa dar a entender que a Administração contratará com o mercado de maneira amplamente discricionária, "é incorreto dizer que a contratação direta exclui um procedimento administrativo" (JUSTEN FILHO, 2021, p.945). Em verdade, o que se afasta é o procedimento licitatório, pela impossibilidade ou inviabilidade da licitação, mas não se afasta qualquer procedimento. Como frisa Justen Filho (2021, p. 941), "a contratação direta não consiste em oportunidade concedida pela Lei para o agente público realizar contratações inadequadas ou prejudiciais.".

Assim, há de se observar que há um procedimento formal a ser seguido, ainda que mais simplificado ou flexível que o procedimento licitatório. E tal procedimento deve atenção aos princípios do regime jurídico das contratações públicas. Nesse sentido, aponta Justen Filho (2021, p.944) que:

> A escolha do particular a ser contratado deverá ser a mais objetiva possível. Nesse ponto, o princípio da isonomia conjuga-se com o princípio da República, interpretado como vinculação do Estado à realização das finalidades que lhe foram atribuídas pelo Direito. (…)
> A Administração deverá buscar a maior qualidade e o menor desembolso possíveis, segundo a natureza do interesse a ser satisfeito. (...)
> Por tudo isso, afirma-se que a contratação direta não legitima escolhas despropositadas da Administração Pública. Não é válido desembolsar inadequadamente recursos públicos, sob pretexto da desnecessidade de licitação. O campo da contratação direta não está excluído da incidência dos princípios norteadores da atividade administrativa do Estado.

Nesse sentido, a Lei Federal n. 14.133/2021 prevê em seu Capítulo VII (artigos 72 a 75) diversos atos que devem ser adotados pela Administração quando da aplicação do procedimento de contratação direta. Como será tratado mais adiante, a nova norma inovou consideravelmente neste tema em relação às previsões da Lei Federal n. 8.666/1993, especialmente nas exigências relacionadas à instrução do procedimento.

Diante disso, resta claro que o procedimento de contratação direta não pode ser encarado como uma oportunidade de práticas meramente discricionárias pela Administração. Ao contrário, trata-se de procedimento formal em que os agentes públicos que forem conduzi- lo deverão atentar-se aos regramentos quanto ao procedimento, bem como aos princípios do regime jurídico das contratações públicas.

3.Panorama da contratação direta na Administração Pública brasileira

A ideia de que o procedimento licitatório é a regra e a contratação direta é sua exceção pode levar a crer que as situações de contratação direta são poucas ou eventuais no dia a dia da Administração Pública. Isto porque as regras correspondem a padrões a

serem seguidos, de modo que sua aplicação é afastada, em tese, apenas em caráter eventual.

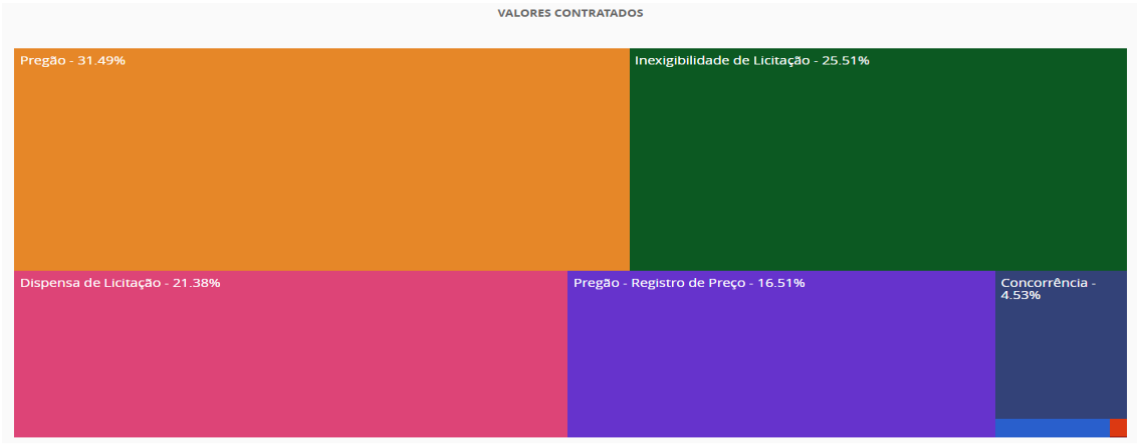
No entanto, ao verificar os dados e informações correspondentes à atividade administrativa no Estado Brasileiro, nas diferentes esferas de poder e entes federativos, logo se observa que esta ideia de regra e exceção não corresponde à realidade. Na verdade, os casos de contratação direta estão, comparados às modalidades de licitação, entre as principais formas utilizadas pela Administração Pública em suas contratações.

Esta realidade fora bem apresentada por Schiefler (2021, p. 28/30) que, a partir da análise de dados do Painel de Compras do Governo Federal, indicou que:

> No período de 2016 a 2020, dos 897.538 processos de compras divulgados no Governo Federal, 531.198 ocorreram por dispensa de licitação e 108.317 por inexigibilidade de licitação, o que corresponde a aproximadamente 71,25% do total de processos. Por sua vez, o restante das compras (28,75%) foi realizado mediante licitação, sendo 252.692 por pregão, 3.134 por tomada de preços, 1.492 por concorrência, 570 por convite, 84 por concurso e 51 por concorrência internacional. Em valores financeiros despendidos, a ordem de prevalência das modalidades sofre alteração, de sorte que: (i) o pregão representa o principal destinatário dos valores destinados aos processos de compras, atingindo o montante que supera R$ 630 bilhões; em seguida, têm-se (ii) a dispensa de licitação e a inexigibilidade de licitação, as quais representam aproximada e respectivamente R$ 82 bilhões e R$ 78 bilhões; por sua vez, (iii) as demais modalidades de licitação alcançam aproximadamente R$ 10,5 bilhões (concorrência), R$ 1,8 bilhão (tomada de preços), R$ 280 milhões (concorrência internacional), R$ 58 milhões (convite) e R$ 6,6 milhões (concurso). Ademais, observa-se do Painel de Compras que, do total de processos de compras divulgados, a contratação de serviços corresponde a 40,1%, enquanto a de materiais representa 59,9%.
> (...)
> Como se verifica, na prática, quantitativamente o que deveria ser a exceção (contratação direta de bens e serviços), conforme a legislação constitucional e infraconstitucional, acaba se tornando a regra nos processos de compras públicas, ao passo que a regra (contratação mediante processo licitatório) é empreendida em menos ocasiões.

Como bem apontado pelo autor, o que se observa é uma real inversão da regra e exceção, haja vista que as contratações diretas no período analisado representaram muito mais que a metade das compras públicas (71,25%). Ainda que, quando analisado o valor das contratações, a modalidade licitatória pregão ultrapasse as contratações diretas, os valores despendidos em dispensas e inexigibilidade ainda representam uma parcela significativa do total de compras. Isto mostra que o procedimento de contratação direta não pode ser encarado como uma excepcionalidade na atividade administrativa.

Ao se analisar dados mais recentes, vê-se que tal panorama referente ao período de 2016 e 2020 supracitado não se modificou. É o que aponta o gráfico abaixo retirado do Portal da Transparência do Governo Federal relativo ao ano de 2023:



FORMA DE CONTRATAÇÃO	VALOR CONTRATADO	% RELATIVO AO TODO
Pregão	R$ 16.446.705.158,74	31.49%
Inexigibilidade de Licitação	R$ 13.326.543.589,16	25.51%
Dispensa de Licitação	R$ 11.169.302.054,11	21.38%
Pregão - Registro de Preço	R$ 8.624.725.986,99	16.51%
Concorrência	R$ 2.367.354.702,68	4.53%
Tomada de Preços	R$ 259.583.763,96	0.50%
Concorrência - Registro de Preço	R$ 37.770.515,39	0.07%
Convite	R$ 2.826.928,14	0.01%
Total	**R$ 52.234.812.699,17**	**100,00%**

Figura 01: Valores contratados pelo Governo Federal por modalidade de licitação.
Fonte: GOVERNO FEDERAL, 2024.

Os dados apontam que, considerando os valores contratados, o pregão é a modalidade de licitação mais utilizada, seguido dos casos de inexigibilidade e dispensa, respectivamente. No entanto, a soma das duas hipóteses de contratação direta ultrapassa o valor do pregão, representando então a maior parcela das compras públicas.

O padrão se mantém nos dados extraídos do Painel de Compras do Ministério da Economia que contabiliza as compras realizadas por meio da plataforma Compras.gov, sistema este utilizado por diferentes órgãos da Administração Pública, de todos os entes federativos. Veja-se:

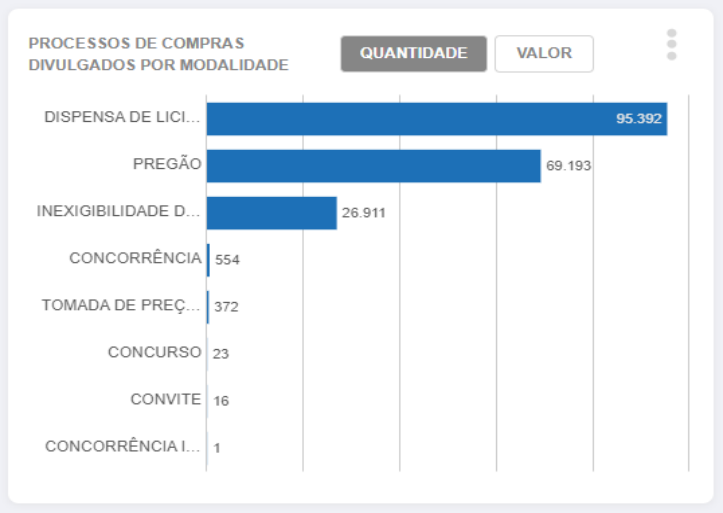


Figura 02: Quantidade de compras no sistema Compras.gov em 2023 por modalidade de licitação.
Fonte: MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2024.

Figura 03: Valores das compras no sistema Compras.gov em 2023 por modalidade de licitação.
Fonte: MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2024.

Em tal painel, há opção de diferentes filtros de seleção, de modo a possibilitar a pesquisa das compras por esferas (federal, estadual ou municipal), por poderes (Executivo, Legislativo ou Judiciário), por órgãos, dentre outras opções. Mesmo com a seleção de tais filtros, não há grandes modificações nas porcentagens por modalidades de compras daquelas indicadas nas tabelas acima.

No âmbito da Prefeitura de São Paulo, o mesmo padrão se repete. Para o período de 2018 a 2022, as contratações por inexigibilidade e dispensa, somadas, ultrapassam metade do total das compras, seguido pelas aquisições por ata de registro de preços e pregão, nesta ordem (SECRETARIA MUNICIPAL DE GESTÃO, 2023).

De tais dados, é possível concluir que há um padrão para as compras públicas em que, pelo critério da quantidade de compras, há mais casos de contratação direta do que de licitação, sendo que os casos de dispensa e inexigibilidade superam os casos de pregão, modalidade licitatória mais utilizada. Pelo critério de valor das compras, a modalidade de licitação mais utilizada é o pregão, seguido das hipóteses de inexigibilidade e dispensa. No entanto, em muitos casos, somados os valores de inexigibilidade e dispensa, mesmo pelo critério valor, as contratações diretas somam o maior montante das compras públicas.

Essa realidade demonstra a importância do estudo do procedimento de contratação direta. Se o que seria a exceção é mais recorrente do que a regra, é fundamental que se tenham diretrizes precisas quanto ao procedimento. Isso porque o objetivo do processo de licitação nas contratações públicas é a garantia da isonomia e demais princípios apontados na introdução deste trabalho, de modo que a observância pelos agentes públicos do procedimento estabelecido permita o atendimento do interesse público e evite fraudes ou favorecimentos. E tais objetivos não podem ser frustrados quando a licitação não for obrigatória para determinadas contratações.

Este cenário, em que a contratação direta é um dos procedimentos mais utilizados nas contratações públicas, coaduna com o defendido por Justen Filho (2021, p. 946) de que “a contratação direta deve ser interpretada como uma modalidade anômala de licitação”. E, sendo assim, importante que sejam definidos parâmetros, ainda que mínimos, para o procedimento da contratação direta, de modo a assegurar a lisura das contratações públicas.

4.Contratação direta na Lei 14.133/2021

4.1 Novidades e principais previsões

A Lei Federal 14.133/2021 dedicou maior atenção ao tratamento da contratação direta em relação à Lei Federal 8.666/1993, por ela revogada. Enquanto a norma anterior trazia poucas previsões ou exigências ao procedimento, o novo regramento estabelece maiores critérios e requisitos, especialmente ao que se refere à sua instrução.

Nesse sentido, Spitzcovsky (2021, p. 34) aponta que a nova lei inovou de maneira significativa sobre a temática. Nohara (2023, p. 333), no mesmo sentido, aponta para o incremento de mudanças ao procedimento pela nova norma, destacando que "há mais exigências de documentos e justificativas para motivar o procedimento; sua divulgação deverá ser feita pela via eletrônica; e também houve inserção de dispositivo desdobrando a responsabilidade entre Administração e contratado".

Em sentido oposto, Justen Filho (2021, p. 938/939) aponta para a manutenção das "soluções normativas consagradas na tradição do direito brasileiro" no âmbito das contratações diretas. Segundo o autor, a pouca diferença entre as previsões da lei anterior e da atual permitiriam a continuidade da aplicação das interpretações doutrinárias e da jurisprudência produzidas sob a égide da Lei Federal n. 8.666/1993.

No entanto, o mesmo autor indica que deve ser adotada cautela pelos intérpretes, haja vista que a semelhança de redação entre as leis não necessariamente levará às mesmas interpretações. Isto porque, a atividade hermenêutica implica na consideração da sistemática legislativa trazida pela norma em seu conjunto; e, considerando as diferenças sistemáticas entre as normas, a interpretação de determinados dispositivos, ainda que com redação semelhante, deverá sofrer alterações.

Fato é que, em que pese a manutenção da mesma lógica do regramento anterior, especialmente quanto às hipóteses de dispensa e inexigibilidade, no âmbito do procedimento, houve inovações relevantes no novo regramento. É possível perceber, por exemplo, que a Lei Federal 14.133/2021 ampliou a importância dada ao planejamento das contratações, e isto se reflete também no procedimento da contratação direta, especialmente nas maiores exigências quanto à instrução do procedimento.

Neste cenário, destaca-se o artigo 72 da Lei Federal n. 14.133/2021, que não possui correspondência com dispositivos da Lei Federal n. 8.666/1993. Tal dispositivo apresenta um rol de documentos que devem instruir o procedimento de contratação direta, sendo relevante a sua transcrição:

> Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:
>
> I. documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;
> II. estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;
> III. parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;
> IV. demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;
> V. comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;
> VI. razão da escolha do contratado;
> VII. justificativa de preço;
> VIII. autorização da autoridade competente.

> Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial. (BRASIL, 2021)

O rol de documentos elencado mostra-se mais extenso que aquele exigido na Lei 8.666/1993, que em seu artigo 26 exigia apenas (i) caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; (ii) razão da escolha do fornecedor ou executante; (iii) justificativa do preço, e (iv) documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Assim, de modo a prestigiar o planejamento das contratações, seja quanto à definição do objeto como quanto aos recursos orçamentários, a lei impõe a elaboração de documentos técnicos hábeis a justificar a necessidade da contratação, e que possam, também, demonstrar sua viabilidade no sentido financeiro. Destaque para o inciso I do referido artigo que exige a confecção de documentos técnicos para a formalização da demanda, como estudo técnico preliminar e o termo de referência.

É também possível extrair a maior preocupação com o controle do processo, permitindo a verificação da probidade e lisura do procedimento. Isso se evidencia, por exemplo, na exigência de pareceres jurídicos e técnicos, de comprovação das condições de habilitação da contratada, da necessidade de formalização dos documentos e justificativas ao longo do procedimento, bem como na exigência do parágrafo primeiro do artigo acima transcrito quanto à publicidade do procedimento.

Sobre este ponto da divulgação em sítio eletrônico, inclusive, e sua relação com o aspecto do controle das contratações, especialmente valorizado na nova normativa, Nohara (2023, p. 334) explica que:

> A transformação contemporânea dos meios digitais e a visibilidade maior proporcionada por um governo eletrônico e digital dos processos administrativos, aliadas às exigências legais de transparência nas contratações públicas, inclusive as contratações diretas, isto é, com dispensa ou inexigibilidade, potencializarão o controle da Administração, facilitando o trabalho tanto das instituições oficialmente munidas de competência para engendrar a fiscalização como dos jornalistas, da sociedade civil organizada e dos cidadãos no geral, o que pode ter um resultado positivo.

Diante de tais disposições, é possível notar que a nova lei de licitações dedicou maior atenção ao procedimento de contratação direta, concedendo-lhe maior formalidade através das exigências acima comentadas.

Ainda que o regramento tenha avançado, como as hipóteses de contratação direta, seja por inexigibilidade ou dispensa, são bastante diferentes entre si, há uma impossibilidade de estabelecer um procedimento padronizado e rígido para contratações diretas, sendo necessária certa flexibilidade para que o procedimento seja moldado de acordo com as possibilidades do caso concreto.

De todo modo, um procedimento mínimo há de ser observado. Tal procedimento, na fase interna, não difere muito do procedimento de licitação, nas exigências quanto à definição do objeto, previsão da despesa e reserva de recursos, e estabelecimento das condições contratuais. Há de existir, sempre, a justificativa para o cabimento da contratação direta, demonstrando ser o caso de inexigibilidade ou dispensa. Outro ponto imprescindível é a justificativa de preço, com pesquisa que indique as condições de mercado e a vantagem da contratação. Para as contratações por conta do valor, a lei impõe a divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, com a especificação do objeto pretendido e com a

manifestação de interesse da Administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa (§3º do artigo 75). Ainda, o ato decisório que autoriza a contratação deve ser motivado, de modo que seja indicada a presença dos pressupostos que autorizam a contratação direta, bem como se justifique a escolha de determinado contratante a partir de critérios objetivos de escolha (JUSTEN FILHO, 2021, p. 945-954).

Portanto, em que pese o procedimento ser mais simplificado que a licitação, na hipótese de contratação direta deverão ser observados, ao menos, requisitos básicos para a devida formalização do procedimento administrativo. Nesse sentido, a norma federal dá diretrizes a serem seguidas pelos agentes públicos quando da condução de tal procedimento. Nada impede, contudo, que cada ente federativo estabeleça maiores regramentos para o procedimento. É o que sugere Justen Filho (2021, p. 953), dispondo que:

> Cabe insistir sobre a relevância da regulamentação, ao interno de cada unidade estatal, do procedimento de contratação direta. Trata-se não de inovar a disciplina legislativa, hipótese totalmente descabida.
> O que se busca são padrões uniformes e estáveis atinentes às situações de contratação direta, indicando de antemão todas as providências cabíveis e previsíveis que seriam adotadas no âmbito da entidade.
> Isso permitirá a institucionalização da contratação direta, na acepção de eliminar-se o cunho de anomalia, excepcionalidade, imprevisibilidade e outras características que impossibilitam o controle da contratação administrativa.

No âmbito do Município de São Paulo, o Decreto Municipal n. 62.100/2021, que regulamenta a lei federal no âmbito municipal, dedica seu Capítulo IV ao tema da contratação direta. Seguindo, de modo geral, as disposições da norma federal, acrescenta requisitos quanto à análise da notória especialização e essencialidade do trabalho para os casos de inexigibilidade, bem como determina que os casos de dispensa em razão do valor devem ser promovidos por meio de cotação eletrônica, com a seleção da melhor proposta obtida.

Há ainda, no âmbito municipal, Instruções Normativas que tratam dos procedimentos licitatórios, que contêm previsões afetas à contratação direta, como, por exemplo, casos de dispensa em que não se exige a elaboração do Estudo Técnico Preliminar (Instrução Normativa SEGES nº 01/2023), determinação para utilização do "Sistema Compras.gov" nas cotações eletrônicas dos procedimentos de dispensa (Instrução Normativa SEGES nº 02/2023), possibilidade de utilização de critérios diversos na obtenção do preço estimado, no âmbito da pesquisa de preços, nos procedimentos de contratação direta (Instrução Normativa SEGES nº 06/2023).

Tais disposições ajudam a conformar o procedimento da contratação direta, que, por mais simplificado ou flexível que seja em relação ao procedimento licitatório, não deixa de ser um procedimento administrativo formal com requisitos a serem observados. Uma maior padronização do procedimento auxilia o agente público no exercício de sua função, uma vez que este contará com maiores diretrizes na condução do procedimento e na tomada de decisões. Desse modo, favorece também a satisfação do interesse público, promovendo maior segurança jurídica e lisura nos procedimentos de contratação direta que são, como visto, tão recorrentes na atividade administrativa.

4.2 A importância dos princípios no procedimento da contratação direta

As novas previsões quanto ao procedimento de contratação direta e as possíveis regulamentações do procedimento geram maior padronização, objetivando uma maior segurança jurídica e melhores resultados nas contratações. No entanto, a própria

natureza do procedimento, enquanto exceção à regra da licitação, impede um exaurimento da matéria e uma excessiva burocratização do procedimento.

O procedimento de contratação direta é previsto para as hipóteses em que o procedimento padronizado e burocrático da licitação não é viável, por questões fáticas que exigem um procedimento diferenciado. Assim, por maior que seja a disciplina normativa sobre a matéria, sempre há de existir certa margem de liberalidade no procedimento que permita a adequação ao caso concreto.

A existência de um único fornecedor, por exemplo, afasta os atos relacionados à garantia da competição. É possível que casos de grave emergência imponham um afastamento das formalidades do procedimento para a satisfação imediata do interesse público. Contratações de serviços artísticos muitas vezes afastaram critérios mais objetivos de escolha, em detrimento de critérios subjetivos próprios do objeto da contratação. Outras contratações podem implicar em exigências de mais documentos que caracterizem a hipótese, como, por exemplo, as justificativas e pareceres que demonstrem a especialidade técnica e natureza dos serviços que implicam em inexigibilidade da contratação.

Estes exemplos demonstram que, por maior que seja a regulamentação, o procedimento de contratação direta sempre contará com lacunas, de modo que será um procedimento com maior grau de discricionariedade. E, neste cenário, os princípios jurídicos ganham especial relevância de modo a direcionar os agentes públicos na condução de um procedimento que não rompa com o regime jurídico.

As definições de princípios são diversas na doutrina, mas de modo geral apontam para o aspecto conformador e orientador de tais normas. Nesse sentido, dois grandes juristas brasileiros, Miguel Reale e Celso Antônio Bandeira de Mello, assim definem princípios:

> Princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática. (REALE, 1981, p. 300).

> Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. (MELLO, 2019, p. 54).

Assim, considerando o papel de integrador do sistema e de orientador na prática jurídica explicados pelos doutrinadores, a compreensão dos princípios do regime jurídico administrativo, tanto os gerais como os específicos das contratações, mostra-se fundamental para que o procedimento possa ser conduzido, mesmo que com suas variações práticas, dentro dos limites e em conformidade com o ordenamento jurídico como um todo.

Sobre a aplicação dos princípios nas contratações diretas, Justen Filho (2021, p. 941) destaca que “os princípios constitucionais incidem, como não poderia deixar de ser, sobre a contratação direta”. E, sobre a dificuldade de padronização do procedimento e a importância dos princípios, o mesmo autor explica que “as hipóteses de contratação direta são bastante heterogêneas entre si. Isso impede estabelecer regras padrões, aplicáveis a todos os casos. Mas há princípios gerais aplicáveis de modo uniforme.”.

Nesse sentido, é fundamental que a condução do procedimento de contratação direta seja norteada pelos princípios do regime jurídico das contratações públicas, de

modo a garantir contratações mais vantajosas à Administração, feitas de forma legal e juridicamente válida.

Dentre os princípios norteadores das contratações, no âmbito da contratação direta, merecem destaque os princípios da isonomia, da motivação, da razoabilidade e da eficiência. Acrescem-se a estes, considerando os valores prestigiados pela nova sistemática trazida pela Lei Federal 14.133/2021, os princípios do planejamento e da transparência.

O princípio da isonomia, basilar de todo o ordenamento jurídico pátrio, possui especial relevância no âmbito das contratações. Como já mencionado no item 2 deste trabalho, este princípio se revela na necessidade de tratamento igualitário entre os potenciais contratados, impedindo tratamentos discriminatórios ou favorecimentos. Mencionado princípio se espelhará, na contratação direta, especialmente na escolha do fornecedor, que deverá ser feita com a adoção de critérios objetivos.

Considerando o grau de discricionariedade do procedimento, o princípio da motivação se mostra particularmente importante. Isto porque, as justificativas ao longo do feito, desde a identificação da necessidade e definição do objeto até a escolha da contratada, são fundamentais de modo a demonstrar a validade dos atos adotados. Também devem ser motivadas as escolhas pela adoção ou não de determinados atos ao longo do procedimento, de modo que se demonstra o porquê do eventual afastamento de certas formalidades.

Ainda considerando o grau de discricionariedade do procedimento e sua menor padronização, o princípio da razoabilidade é importante orientador do agente público na condução do procedimento. Este princípio deve guiar o agente na análise do caso concreto, para verificar quais atos serão necessários ou dispensáveis no procedimento, de modo a maximizar o resultado da contratação.

Em se tratando de compras públicas, o princípio da eficiência é importante orientador para os agentes envolvidos no procedimento, já que o objetivo da contratação deve ser o de sempre obter a proposta mais vantajosa à Administração, que coadune a melhor qualidade ao menor custo possíveis. Dessa forma, nos atos e decisões que compõem o procedimento de contratação direta, tal objetivo deve ser sempre considerado.

Quanto aos princípios do planejamento e da transparência, tratam-se de valores prestigiados pela nova normativa que devem ser observados nas contratações diretas. O primeiro impõe a observação do plano de compras da Administração como um todo, de modo a identificar as hipóteses que devem ser contratadas diretamente ou que possam ser licitadas; por exemplo, contratações que seriam dispensadas pelo valor, mas que se feitas conjuntamente trariam maior economia à Administração e poderiam ser feitas por procedimento licitatório. Quanto à transparência, reflete na necessidade de dar publicidade ao procedimento, quer seja pela necessária prestação de contas, quer por viabilizar um melhor controle da atividade administrativa pelos órgãos internos, externos e pela sociedade como um todo.

Portanto, em se tratando a contratação direta de procedimento menos padronizado que o procedimento de licitação, com maior grau de discricionariedade, os princípios jurídicos ganham destaque na orientação dos agentes públicos para a condução do procedimento, especialmente nas situações em que as especificidades do caso concreto exigirem respostas não alcançadas pelo regramento legal. Nestes casos, serão os princípios jurídicos que darão a diretriz de qual o procedimento a ser adotado.

5. Considerações finais

As contratações públicas submetem-se ao regime jurídico administrativo, de modo que devem ser promovidas por procedimentos formais que assegurem a melhor contratação à Administração, de forma isonômica e transparente. Para tanto, o procedimento licitatório, em suas diferentes modalidades, é a regra para as compras e alienações pelo Poder Público, não sendo obrigatório nas situações excepcionais autorizadas pela lei.

Apesar da ideia de regra e exceção, como visto, as situações de contratação de direta, quando a licitação não é obrigatória, não correspondem a meras eventualidades na atividade estatal. Na verdade, o procedimento de contratação direta se trata de verdadeira rotina administrativa, sendo que em quantidade de compras, as contratações diretas superam as modalidades licitatórias.

E, diante deste cenário, o procedimento merece maior atenção, seja pelo aspecto normativo, com maior regulamentação, seja pelo aspecto doutrinário, com maior desenvolvimento dos estudos acerca das contratações diretas.

Neste sentido, a Lei Federal n. 14.133/2021 trouxe novidades a respeito do tema, buscando dar maior conformação ao procedimento. As inovações referem-se, notadamente, à instrução do processo, exigindo-se uma variedade de documentos que consagram o planejamento, a transparência e o controle em tais contratações. Dentre as novas previsões, destacam-se os documentos que formalizam a demanda, as justificativas e análises técnicas e jurídicas que devem acompanhar o procedimento, bem como a atenção aos aspectos orçamentários da contratação.

Para além das disposições normativas, a menor padronização do procedimento em relação à licitação resulta em uma maior relevância dos princípios do regime jurídico das contratações públicas. Isto porque, nas situações em que houver lacunas legais ou um maior grau de discricionariedade conferido ao agente público na condução do procedimento, os princípios deverão ser os instrumentos orientadores para a conformação do procedimento, para que este seja, por um lado, adaptado ao caso concreto e, por outro, não incida em ruptura com o ordenamento jurídico.

Neste aspecto, destacam-se os princípios da isonomia (alicerce das compras públicas), da motivação e da razoabilidade (condutores na adaptação do procedimento às peculiaridades do caso concreto), da eficiência (no compromisso com a contratação mais vantajosa à Administração), bem como os princípios do planejamento e da transparência, que estão vinculados às imposições republicanas de responsabilidade com o trato da coisa publica e dever de prestação de contas.

Portanto, é preciso asseverar que o procedimento de contratação direta afasta apenas a licitação, mas não o regime jurídico. Assim, se o objetivo da licitação é a obtenção de compras mais satisfatórias à Administração, coadunando maior qualidade e menor custo com atendimento do interesse público e respeito aos princípios jurídicos administrativos, tal objetivo deve ser também atingido nos casos de contratação direta a partir da adoção de um procedimento formal, legalmente válido e adequado ao regime jurídico.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília,DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 jan.2024.

BRASIL. **Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração

Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666consimpressao.htm. Acesso em: 06 jan. 2024.

BRASIL. **Lei n° 14.133, de 01 de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 06 jan. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 36ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

GOVERNO FEDERAL. **Licitações com contratação realizada**. Portal da transparência. Disponível em: https://portaldatransparencia.gov.br/licitacoes. Acesso em: 06 jan. 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas:** Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 34ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2019.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Painel de Compras - Processos de Compras**. Disponível em: http://paineldecompras.economia.gov.br/processos-compra. Acesso em: 06 jan. 2024.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. **Direito administrativo.** 12ª Edição. Barueri/SP: Atlas, 2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos:** teoria e prática. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1981.

SÃO PAULO (SP). **Decreto n° 62.100, de 27 de dezembro de 2022.** Dispõe sobre normas de licitação e contratos administrativos para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional do Município de São Paulo, nos termos previstos na Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, bem como consolida a regulamentação da matéria em âmbito municipal. São Paulo, SP: Prefeitura do Município de São Paulo. Disponível em: https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-62100-de-27-de-dezembro-de-2022/con solidado. Acesso em: 06 jan. 2024.

SÃO PAULO (SP). **Instrução Normativa Secretaria Municipal de Gestão - SEGES Nº 1, de 27 de janeiro de 2023.** Dispõe sobre a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares - ETP - para a aquisição de bens e a contratação de serviços no âmbito da Administração Pública Municipal de São Paulo. São Paulo, SP: Prefeitura do Município de São Paulo. Disponível em: https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/instrucao-normativa-secretaria-municipal-de-gestao-seges-1-de-27-de-janeiro-de-2023. Acesso em: 06 jan. 2024.

SÃO PAULO (SP). **Instrução Normativa Secretaria Municipal de Gestão - SEGES Nº 2, de 27 de janeiro de 2023.** Dispõe sobre os sistemas para processamento das licitações realizadas sob a forma eletrônica no âmbito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional do Município de São Paulo, e dá outras providências**.** São Paulo, SP: Prefeitura do Município de bSão Paulo. Disponível em: https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/instrucao-normativa-secretaria-municipal-de-gestao-seges-2-de-27-de-janeiro-de-2023. Acesso em: 06.jan. .2024.

SÃO PAULO (SP). **Instrução Normativa Secretaria Municipal de Gestão - SEGES Nº 6, de 10 de novembro de 2023.** Dispõe sobre o procedimento administrativo de pesquisa de preços nas licitações e contratações formalizadas para aquisição de bens e prestação de serviços em geral no âmbito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional do Município de São Paulo, nos termos previstos na Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e no Decreto Municipal nº 62.100, de 27 de dezembro de 2022. São Paulo, SP: Prefeiturado Município de São Paulo. Disponível em: https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/instrucao-normativa-secretaria-municipal-de- gestao-seges-6-de-10-de-novembro-de-2023. Acesso em: 06 jan. 2024.

SÃO PAULO (SP). Câmara Municipal de São Paulo. **Simpósio sobre a Nova Lei de Licitações e Contratos Públicos na Câmara de São Paulo.** Youtube, Canal da Câmara Municipal de São Paulo, 31 de março de 2023. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v= jlmbfIM_O-A&list=PLYt3a0f9wjClHOkZUcMUAl5dKPNkSjjpz&index=2. Acesso em: 06 jan. 2024.

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. **Controle das compras públicas, inovação tecnológica e inteligência artificial: o paradigma da administração pública digital e os sistemas inteligentes na nova lei de licitações e contratos administrativos**, 2021, 218 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2021. Disponível em: http://repositorio2.unb.br/jspui/handle/10482/43103. Acesso em: 06 jan. 2024.

SPITZCOVSKY, Celso. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: principais diretrizes e mudanças. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

Da propriedade privada à propriedade urbanística: A coexistência entre o direito individual à propriedade e a gestão democrática das cidades

From Private Ownership to Urbanistic Ownership: The coexistence between Individual Property Rights and the Democratic Management of Cities

Anderson Mendes Duarte[1]

RESUMO

O objetivo desse artigo é demonstrar como a função social da propriedade trouxe nova concepção ao direito fundamental de propriedade e, ao mesmo tempo, é o fundamento para estabelecer a política urbanística. Para isso, inicialmente apresenta-se os elementos principais que compõem o direito â propriedade na lei civil e como através da Constituição Federal de 1988 houve uma evolução e nova concepção em relação ao papel da propriedade e os limites ao seu exercício em face da sua função social. A partir do estudo da evolução da propriedade no Brasil busca-se destacar que sua função social é parte integrante de seu conceito e sua concretude através de instrumentos previstos no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) lhes dão densidade para um adequado aproveitamento do solo urbano.

Palavras-chave: propriedade; função social; política urbanística.

ABSTRACT

The objective of this article is to demonstrate how the social function of property has brought a new conception to the fundamental right to property and, at the same time, is the basis for establishing urban planning policy. To this end, the main elements that make up the right to property in civil law are initially presented, and how, through the Federal Constitution of 1988, there was an evolution and a new conception in relation to the role of property and the limits to its exercise based on its social function. Based on the study of the evolution of property in Brazil, the aim is to highlight that its social function is an integral part of its concept and its concreteness through instruments provided for in the City Statute (Law nº. 10.257/2001) gives it density for an adequate use of urban land.

Keywords: property; social function, urban policy.

1. Introdução

A Constituição de 1988 inaugurou nova ordem constitucional no Brasil. Dentre as inovações mais latentes destacam-se a instituição dos municípios como entes da federação dotados de autonomia política e o reconhecimento que, para o exercício do direito fundamental à propriedade, este deve cumprir função social inerente.

Mas as inovações foram além, sendo reservado capítulo próprio para as diretrizes da política urbana. Tais previsões no texto constitucional têm importância salutar para a definição dos limites da política urbanística, uma vez que é no

[1] Residente Jurídico do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, alocado no Departamento Fiscal – FISC (2022-2025). Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: andersonmendes21@yahoo.com.br

Município, com sua autonomia, que as políticas públicas de desenvolvimento urbano têm plena aplicação. E, ainda, é a função social da propriedade que constitui a origem dessas políticas.[2]

Considerando essas premissas é importante observar as mudanças empreendidas no conceito de propriedade e suas repercussões sociais. Se no início do século XX na propriedade era voltada a atender exclusivamente os interesses de seu titular e isso não pode ser mais verificado hoje. Os influxos da Constituição deram novas luzes ao quem se entendia sobre esse direito e estabeleceram nova configuração jurídica.

A propriedade é uma garantia fundamental no Estado de Direito e deve ser protegida como corolário da dignidade humana. No entanto, seu exercício pleno está vinculado a sua função social intrínseco a sua própria estrutura. Assim, se uma propriedade se encontra em solo urbano sua função social está ligada a todo corpo municipal.

Nessa conjuntura, a prioridade não está somente atrelada aos interesses individuais, está também condicionada a atender ingresses coletivos e seu pleno exercício um imperativo, visto que a subutilização demandará sanções.

Nesse sentido, o Constituinte formulou um sistema de promoção do urbanísticos que desagua nas políticas específicas desenvolvidas no Munícipio. Assim, o Município ao ser elevado a ente federal e receber suas atribuições próprias (art. 30, da Constituição), entre elas a de atender seus interesses locais e desenvolver sua política urbana (artigo 182 e seguintes da Constituição), é o promotor da função social da propriedade que será, por consequência, pilar para o desenvolvimento da função social da cidade.

Esse breve artigo pretende abordar, de forma suscinta, como o direito de propriedade ainda preserva suas feições desenhas desde o século XIX na lei civil e ao mesmo tempo evolui para incorporar elementos coletivos e de aspectos urbanísticos. Ainda demostrar que a função social é a pedra angular da política urbana desenhada pela Constituição e que encontra regulamentação no Estatuto da Cidade é a ponte entre as normas constitucionais e as medidas e ações urbanísticas implantadas nos Municípios.

2. Breves Comentários ao Direito de Propriedade

O direito à propriedade não teve seu conteúdo inalterado durante o curso da história. Desde a Revolução Francesa, quando foram delineadas as balizas desse direito para o mundo moderno, passando pelo Código Civil francês de 1804[3] até ser erigido

[2] Nathalia Leone Marco aduz que "O Município ganhou uma enorme importância a partir da Constituição de 1988, sendo erigido a parte integrante da federação e adquirindo competências próprias. Entre elas, está a de ser um grande executor da política urbana. Isso inclui a gestão das políticas públicas referentes ao tema, o que envolve questões como zoneamento urbano, operações urbanas consorciadas, planos urbanísticos, entre outros. Também com a promulgação da Constituição de 1988, outro fenômeno ganha destaque: a propriedade deve cumprir sua função social. Esse assunto já havia surgido timidamente em constituições pretéritas, mas em 1988 é aprimorado e erigido a direito fundamental, indissociável ao direito de propriedade." (MARCO, Nathalia Leone. Função social da propriedade urbana e sua importância para o desenho das políticas públicas de desenvolvimento urbano. *In*: FILHO, Gilberto Bernardino de Oliveira; MARCO, Nathalia Leone (Coord.) **A Boa Gestão Pública e o Novo Direito Administrativo**: dos conflitos às melhores soluções práticas. 1. ed. São Paulo: SGP – Soluções em Gestão Pública, 2021, p. 429.)

[3] "Já na época das revoluções burguesas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão equiparou a propriedade à liberdade, qualificando-as, em seu art. 2º, 10 como direitos naturais e imprescritíveis. O art. 17 expressa a garantia ao direito de propriedade, admitindo sua privação apenas em casos de necessidade pública, mediante justa e anterior indenização. Em momento seguinte, a doutrina social da Igreja, rebatendo o regime socialista já firmado na União Soviética, afirma a necessidade da

como direito fundamental na Constituição Federal de 1988 no Brasil, os juristas se debruçaram fortemente a estudá-lo a fim de definir sua natureza jurídica.[4]

Conquanto a evolução histórica do direito à propriedade seja importante até para estabelecer a relação entre o indivíduo e o Estado, aqui traremos sua configuração atual no ordenamento jurídico brasileiro e as repercussões para o direito urbanístico.

Inicialmente, cumpre estabelecer os fundamentos da propriedade, o que sedimenta esse direito.

Três teorias foram elaboradas a fim de explicar tal fundamento[5], porém a mais aceita é a da natureza humana que indica a propriedade como ínsita a própria natureza humana sendo um dado da realidade que não se pode olvidar.[6] De fato, verifica-se no curso da história que a propriedade teve sempre destaque nas culturas e ordenamentos

---

propriedade privada se dar não apenas em benefício do particular, mas também do bem comum, servindo sempre à utilidade pública, de modo a viabilizar a justa distribuição de riquezas entre os homens. 12 Este entendimento será seguido em *Mater et Magistra*, ao se utilizar a expressão função social da propriedade para afirmar que os bens deverão satisfazer às necessidades que não possam ser atendidas pela assistência pública. O conteúdo da propriedade imobiliária recebe tratamento constitucional nas Cartas de Weimar e do México, admitindo-se a possibilidade de exploração de riquezas em prol do interesse coletivo. Tais documentos serviram de inspiração para as Cartas Constitucionais brasileiras. A Constituição de 1934 previu em seu art. 113, alínea 17, a garantia à propriedade, não podendo seu exercício contrariar o interesse social ou coletivo, na forma da lei. Tal dispositivo já revela o conteúdo do princípio da função social da propriedade na normativa nacional. Em 1946, com o fim do regime de Getúlio Vargas, é elaborada nova Constituição, garantindo a propriedade, mas condicionando seu uso ao bem-estar social, conforme o texto expresso do art. 147. Trata-se da primeira previsão constitucional determinando condicionamento ao exercício da propriedade. Na Constituição de 1967, surge, pela primeira vez, em sede constitucional, a expressão função social da propriedade, nomeada entre os princípios da ordem econômica, prevendo-se, ainda, a desapropriação mediante pagamento de títulos da dívida pública, na linha do art. 157." (CARDOSO, Fernanda Lousada. Propriedade Urbana no Ordenamento Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, 247, p. 100-101, jan./abr. 2008. Disponível em https://doi.org/10.12660/rda.v247.2008.41549. Acesso em 08 jan 2025).

[4] "Os abusos da propriedade eminente foram combatidos pelos revolucionários franceses de 1.789, que erigiram o direito de propriedade à esfera de direito natural do indivíduo, sagrado e intocável. Na época revolucionária, a propriedade equiparava-se à liberdade, ambos direitos naturais invioláveis dos indivíduos, oponível a todos, inclusive contra o Estado. Vale citar que a Convenção Americana de 1.776 apenou com a morte mera proposição de lei agrária ou limitadora da propriedade territorial. O artigo 544 do Código Civil Francês proclamou o direito absoluto da propriedade, tomado como padrão pelos demais Códigos, inclusive o nosso, fazendo-se "tabula rasa" de seu condicionamento às leis ou regulamentos. Já o direito inglês tem da propriedade, um conceito diverso do poder absoluto conferido ao proprietário sobre a coisa corpórea, já enfatiza na propriedade um conjunto de faculdades, sendo mais compatível, pois, com a compreensão do instituto nas sociedades industriais e em nossos dias. Augusto Comte lançou os fundamentos da função social, mas foi Leon Duguit quem estruturou a transformação da propriedade, que passou a ser entendida não mais como direito subjetivo, mas como função social, impositiva de deveres, obrigações e ônus. (ZAGO, Lívia Maria Armentano Koenigstein. A função social da propriedade urbana. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município**, São Paulo, v. 4, 2000, p. 123-124).

[5] As outras três teorias são a teoria da ocupação, teoria da especificação e a teoria da lei. "Para a teoria da ocupação, por exemplo, a propriedade deriva da captação dos bens que estejam ao arredor e que não pertencem a ninguém. Já para a teoria da especificação, a propriedade se justifica no trabalho, devendo a propriedade da coisa ser conferida ao homem sempre que esta for resultante de seu trabalho. Ao seu turno, a teoria da lei, defendida por Montesquieu, defende que a propriedade é criação de lei, e só existe em razão da vontade do legislador." (FRANCESCET, Júlio César; AGRIÃO, Renan Muriel; DIAS, Wagner Inácio**. Direito Civil** – Volume Único na Medida Certa para Concursos. 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, p. 356-357).

[6] "Negar a propriedade individual é negar a própria natureza humana. A filosofia marxista tentou fazê-lo e rustrou-se na prática. Assim como em outros fenômenos sociais, como a família, o casamento, a filiação, a sucessão, o contrato etc., o conceito de propriedade altera-se no tempo e no espaço." (VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 16. ed. São Paulo: Atlas, v.5, 2016, p. 181).

jurídicos, demonstrando assim seu liame a vontade do ser humano ao ponto de ser um fato de relevância jurídica.[7]

O Código Civil não traz o conceito da propriedade. Em vez disso estabelece quais são as faculdades e os poderes que o proprietário tem sobre a coisa.[8] Assim está estabelecido no art. 1.228 do Código Civil "o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.".

Partindo-se desses poderes previstos no Código pode-se delinear o direito à propriedade com mais precisão.

A faculdade de usar, *ius utendi*, está atrelada a possibilidade de a coisa estar à disposição e a serviço do proprietário, pode este utilizá-la como lhe aprouver.

Já a faculdade de gozar, *ius fruendi*, refere-se à extração de frutos e produtos que derivam da coisa. Aqui evidencia-se que o acessório segue o principal, pois há uma presunção de que o proprietário deve ficar com o que sua propriedade gera. Há, contudo, uma exceção legal prevista no art. 1.214[9], do Código Civil, quando prevê que o possuidor de boa-fé perceberá os frutos gerados.

Ainda, a faculdade de dispor, *ius abutendi*[10], compreende a prerrogativa de consumir o bem, aliená-lo e permitir que seja gravado em quaisquer ônus. O domínio pode ensejar, inclusive, a destruição do bem, pois o proprietário, a rigor, é quem tem interesse no destino do bem.[11]

Merece destaque também tecer comentários sobre as três principais características da propriedade elencadas pela doutrina quais sejam, absoluto, exclusivo e perpétuo.

Absoluto porque o titular do domínio pode exercer seus poderes em face de todos, *erga omnes*. Está ligado à faculdade de dispor do bem segundo a vontade do proprietário nos limites impostos pelo ordenamento. Como exemplo dessa limitação trazemos a colação os artigos 1.229 e 1.230,[12] do Código Civil, que estabelecem limites à exploração do solo e do espaço aéreo circunscrito ao bem imóvel.

---

[7] "De fato, a propriedade sempre foi ínsita à própria natureza humana, tanto é que se mantém historicamente conservada e respeitada pelos homens no seu convívio social." (FRANCESCET; AGRIÃO; DIAS, *op.cit*., 2024, p. 357).

[8] "Trata-se do poder de senhoria de que falamos no início deste livro. O Código preferiu descrever de forma analítica os poderes do proprietário (ius utendi, fruendi, abutendi) a definir a propriedade.". (VENOSA, *op.cit*., 2016, p. 184).

[9] "Art. 1.214. O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos."

[10] "A expressão abutendi do Direito Romano não pode ser simplesmente entendido como abusar da coisa, que dá ideia de poder ilimitado, ideia não verdadeira mesmo no direito antigo. Abutendi não possui o sentido nem de destruir, mas de consumir. Daí por que o termo utilizado na lei, disposição, é mais adequado. Não se distancia, contudo, do sentido de destruição da coisa quando o proprietário a aliena, pois o bem desaparece de seu patrimônio." (VENOSA, *op.cit*., 2016, p. 185).

[11] COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, RB-43.3. E-book. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/282422094/v1/page/1. Acesso em: 10 jan. 2025.

[12] "Art. 1.229. A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.

Art. 1.230. A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais.

Parágrafo único. O proprietário do solo tem o direito de explorar os recursos minerais de emprego imediato na construção civil, desde que não submetidos a transformação industrial, obedecido o disposto em lei especial."

O caráter exclusivo da propriedade extrai-se do art. 1.231, do Código Civil, ao definir que "a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário". Logo é do titular o direito pleno de exercer seus poderes sobre o bem pode repelir qualquer pessoa que esteja usando contra sua vontade o bem.

Por fim, é perpétuo porquanto o direito dura por tempo indeterminado somente se extinguindo por vontade do proprietário ou por determinação da lei.

3. Função Social da Propriedade

Esses elementos indicados acima constituem o núcleo principal do direito à propriedade considerado na sua perspectiva individual. Com é cediço, a Constituição de 1988 consagrou o a propriedade como direito fundamental individual no art. 5º, XXII. No entanto, previu também que essa mesma propriedade atenderá sua função social, no inciso XXIII.

A função social se tornou ponto fundamental para a compreensão completa da propriedade e do papel do Estado na sociedade e na economia.[13] Antes da Constituição de 1988 já havia previsões esparsas sobre interesse social que a propriedade era dotada[14], porém foi na nova ordem constitucional inaugurada que a função social foi elevada à direito fundamental.

A concepção de que o caráter absoluto e super individualista da propriedade era sua característica mais evidente e somente os interesse do titular tinham proteção frente a incursões de terceiros cedeu espaço, sobretudo no século XX[15], a uma noção que ambém prestigia os interesses coletivos dentro do Estado de Direito e inseriu contornos existenciais a propriedade.[16]

---

[13] "Controvérsias à parte, não há dúvida de que o surgimento do conceito de função social da propriedade está atrelado ao desenvolvimento do Estado Social de Direito, que, por sua vez, ocorreu, especialmente, em razão da destruição causada em solo europeu pelas duas Grandes Guerras Mundiais. Essa concepção de Estado é caracterizada pela maior intervenção do Poder Público na economia e na sociedade, com limitação mais significativa aos direitos individuais, antes considerados intangíveis pelo ideário liberal. Intervir na economia significa, em larga medida, intervir na propriedade privada, adequando o seu uso a um plano estatal. Nessa toada, o direito de propriedade perdeu definitivamente o seu caráter absoluto, e o proprietário passou a ser obrigado a utilizar o bem não somente em proveito próprio, mas considerando o pleno respeito ao interesse social consubstanciado no plano urbanístico." (LEVIN, Alexandre. Autonomia do Direito Urbanístico e seus princípios fundamentais. **Revista Brasileira de Direito Urbanístico – RBDU**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 21, jan./jul. 2016.)

[14] "No Brasil, a Constituição de 1934 previu a sobreposição do bem-estar geral ao interesse privado. A Constituição de 1937 privilegiou o direito de propriedade, sendo que somente em 1946 reavivou a função social, prevendo a desapropriação por interesse social. A Constituição de 1967 manteve a desapropriação por interesse social no caso de descumprimento da função social, mas inseriu junto ao capítulo sobre a ordem econômica social." (MARCO, *op.cit.*, p. 438.)

[15] "No século XX, o francês Leon Duguit desenvolveu teoria que é considerada a primeira que, de fato, tratou da função social da propriedade. Sua tese partiu do pressuposto de que a propriedade, assim como toda instituição jurídica, evolui. Assim, ela já havia negado os interesses individuais e consagrado as aspirações da coletividade. A tese da função social da propriedade foi positivada na Constituição Alemã de 1919 e incorporada pela Constituição de 1949. Em 1948, a Itália também previu oi instituto em sua Constituição, com uma abrangência maior do que a alemã, tratando-a como fato econômico. Já a Constituição Espanhola, vigente desde 1978, foi a grande protagonista do tema, pois evidenciou que o interesse da coletividade integra o próprio conceito de propriedade. A Constituição Chilena de 1981 expressamente previu o instituto e o definiu." (MARCO, *op.cit.*, p. 437-438.)

[16] A tudo isso veio se opor a ideia de função social. A crise de legitimação da propriedade privada e o movimento solidarista evidenciaram a necessidade de se tutelar, com o instituto da propriedade, não apenas os interesses individuais e patrimoniais do proprietário, mas também interesses supraindividuais, de caráter existencial, que poderiam ser prejudicados pelo irresponsável exercício do domínio (e.g., preservação do meio ambiente e bem-estar dos trabalhadores). Altera-se, assim, drasticamente a função

A partir daí o conceito de função social e sua incidência ganham relevância.

Muito se discutiu[17] se a função social era uma limitação extrínseca ou intrínseca ao conceito de propriedade. Se se considerar a função social com elementos limitativos externos a propriedade considerar-se-ia também que as limitações constantes no Código Civil e na legislação administrativa atenderiam aos ditames constitucionais referentes a esse direito.

Não obstante, o Constituinte de 1988 definiu que a propriedade está intrinsecamente atrelada a sua função social, pois a expressão "atenderá sua função social" conduz ao entendimento inequívoco que a propriedade privada possui uma função de repercussão social.

Nesse diapasão, a função social na verdade integra a estrutura do próprio direito dando a ele os contornos a serem observados obrigatoriamente por seu titular.

Nessa linha, Anderson Schreiber, trazendo a lição de Pietro Perlingieri, aduz que

> Os institutos jurídicos, em consagrada classificação, decompõem-se em dois elementos: o elemento estrutural e o elemento teleológico ou funcional; em outras palavras, a estrutura e a função. Na lição de Pietro Perlingieri, "estrutura e função respondem a duas indagações que se põem em torno do fato. O como é? evidencia a estrutura, o para que serve? evidencia a função." A função corresponde aos interesses que um certo instituto pretende tutelar, e é, na verdade, o seu elemento de maior importância já que determina, em última análise, os traços fundamentais da estrutura. Para Salvatore Pugliatti, a função é a "razão genética do instituto" e, por isso mesmo, seu elemento caracterizador. Das lições do Professor de Messina se extrai, em síntese, que: (i) a função corresponde ao interesse que o ordenamento visa tutelar por meio de um determinado instituto jurídico; e (ii) a função de um instituto jurídico pré-determina a sua estrutura.[18]

Assim, a propriedade tem uma finalidade, uma função que determina seu alcance e sua estrutura. É dizer que o proprietário que não cumpre a função social não exerce mais com plenitude seus poderes sobre o bem. Pode-se, inclusive, como ensina Silvio de Salvo Venosa,

inferir que o descumprimento da função social ou seu exercício aquém do mínimo estabelecido configura exercício irregular de direito.[19]

De fato, a função social é parte integrante do conceito constitucional da propriedade sem, contudo, encerrar todo seu conteúdo.[20] Ou seja, ainda que não cumprida sua função social permanece como direito fundamental, mas com proteção jurídica de baixa densidade.

Nesse sentido, a propriedade agora deve atender a necessidades também coletivas na mesma proporção que aos interesses do titular da coisa. Fabio Conder Komparato define a função social conjugando esses fatores:

---

da propriedade, que passa a abarcar também a tutela de interesses sociais relevantes." (SCHREIBER, Anderson. **Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira**, 2001. p. 5. Disponível em: https://schreiber.adv.br/downloads/funcao-social-da-propriedade-na-pratica-jurisprudencial-brasileira.pdf. Acesso em: 9. jan. 2025).

[17] "O alcance de tal conclusão implica constatar a evolução que sofreu o instituto. De início, a função social era apresentada como mera indicação programática, despida de efeito imediato na estrutura do direito de propriedade. Num segundo momento, passou a ser identificada como limite externo ao domínio, um condicionamento sem atingir sua estrutura de direito subjetivo." (CARDOSO, *op. cit.*, p. 103)

[18] SCHREIBER, *op. cit.*, p. 3.

[19] VENOSA, *op. cit.*, p. 186.

[20] CARDOSO, *op. cit.*, p. 102.

> Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos direitos do proprietário. Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica.[21]

Passa-se, então, a considerar que o atendimento de interesses do proprietário está vinculado ao cumprimento da função social. Considerando os valores da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, não é escusável ao indivíduo a indiferença aos reclames da vida em sociedade. Isso não desnatura seu direito ou interesse, mas o eleva a um grau de compatibilização democrática mais adequada e dos interesses socialmente relevantes.[22]

4. Função Social da Propriedade Urbana e Estatuto da Cidade

Definidos os principais contornos da propriedade e de sua função social voltemos o olhar par a propriedade urbana.

Assim como a função social ganhou *status* constitucional a partir de 1988, a política urbana também foi elevada a tal *status*, concomitantemente. Os dois preceitos constitucionais estão ligados com uma terceira inovação trazida pela Constituição de 1988: o Município como ente federativo.

O Município, assim, ganha as competências próprias[23] e se torna destinatário das políticas urbanas descritas no texto constitucional. Para a finalidade deste trabalho importante estabelecer essas balizas para aprofundarmos na propriedade urbana e seus contornos.

O do *caput* artigo 182, da Constituição define que "a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes", estabelecendo os fundamentos da política urbana que o direito urbanístico dá os contornos.

---

[21] COMPARATO, Fábio Conder. Função social da propriedade dos bens de produção. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro *apud* CARDOSO, *op. cit*., p.102.

[22] "Esclareça-se que funcionalizar a propriedade ao atendimento de interesses sociais não significa, de modo algum, propor o aniquilamento dos direitos individuais ou pregar a negação da propriedade privada. Muito pelo contrário. A função social, impondo ao proprietário a observância de determinados valores sociais, legitima a propriedade capitalista e a compatibiliza com a democracia social que caracteriza os sistemas políticos contemporâneos. O proprietário permanece como beneficiário imediato, e quase sempre predominante, do domínio; apenas se impõe a ele que exerça o seu direito atendendo também aos interesses sociais. A propriedade se mantém privada, mas se afasta da definição individualista de "poder absoluto do proprietário" para buscar na conformação ao interesse social a sua legitimação, a razão e o fundamento de sua proteção jurídica. Nessa nova concepção, a propriedade passa a ser tutelada apenas na medida em que observe os interesses sociais relevantes. A conduta do proprietário e a tutela dos seus interesses passam a estar condicionadas ao atendimento da função social da propriedade. Não se oprime o indivíduo, mas se exige dele alguma atenção aos anseios mais graves do organismo social em que se insere." (SCHREIBER, *op. cit.*, p. 6)

[23] "Pela Constituição de 1988, o Município é elevado formalmente a ente federativo – o que já era defendido há tempos por nomes como Hely Lopes Meirelles – e, dentro dessa federação *sui generis*, alcança sua autonomia nas quatros vertentes: administrativa, para tratar de seus serviços e atividade; financeira, para arrecadar seus tributos e aplicar rendas; política para eleger seu chefe do Executivo e membros do Legislativo e legislativa, para editar sua Lei Orgânica" (MARCO, *op. cit*.,p. 430).

Primeiro, é o Município o destinatário e o protagonista de tal política sendo ele, a partir das diretrizes estabelecidas em lei, a promover o desenvolvimento do solo urbano. Tal desenvolvimento é exercido através de lei, pelo princípio da legalidade, a partir de repartição de competências. Desse modo, conforme artigo 21, XX, da Constituição, compete a União definir as normas gerais relativas ao desenvolvimento urbano, a fim de uniformizar a essa política em âmbito nacional.[24] Definidos os ditames gerais, o Município os executa de acordo com seus interesses locais.

Aqui é ressaltada a importância da propriedade urbana nas políticas definidas pelo Município, porquanto o próprio dispositivo constitucional, no artigo 182, destaca que o desenvolvimento se dará a partir da função social da cidade. Essa função está arraigada na função social da propriedade sendo no limite indissolúveis. Portanto, a função social da propriedade urbana tem os mesmos fundamentos da função social da propriedade em geral.

O ponto de dicotomia entre ambas se encontra nos instrumentos que a política urbanística se velará para desenvolver a propriedade. A política urbanística específica exercida pelo Município tem suas raízes nas competências esculpidas no artigo 30, da Constituição, que permitem que o interesse local seja preponderante para estabelecer a política urbanística.[25]

São as normas urbanísticas, assim, que traçam os limites e regulamentam a função social da propriedade urbana, ao estabelecer o uso adequado dessa propriedade.[26]

Em cumprimento aos mandamentos constitucionais foi editado em 2001 a Lei 10.257, o Estado da Cidade. A lei estabelece normas de regulação do uso da propriedade em prol do bem comum, além de concretizar a função social da propriedade urbana. Cria na verdade um microssistema jurídico a ponto de ser considerado um código de direito urbanístico.[27]

O artigo 2º do Estatuto contempla e traça os objetivos principais para o desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, estabelecendo, por exemplo, a ordenação e o controle do solo e a gestão democrática das cidades.

Além disso, a lei federal uniformizou a política urbana nacionalmente e regulamentou instrumentos já previstos na Constituição como edificação, parcelamento e usos compulsórios e o IPTU progressivo, tão importantes para dar concretude da função social.[28]

Neste passo, os artigos 5º e 6º preveem o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios. Os dispositivos visam impedir a subutilização da propriedade criando mecanismos para induzir o uso da propriedade a fim de que sua destinação social integrada ao complexo urbano seja efetivada.

---

[24] MARCO, *op. cit*., p. 431.

[25] "Conforme lembra Hely Lopes Meirelles, a competência do Município em matéria de urbanismo é ampla e decorre do artigo 30, incisos I, II e VIII, combinado com o artigo 182 da Constituição, desdobrando-se as atribuições em dois setores: o de ordenação espacial, materializando em instrumentos como plano diretor e zoneamento, e o de controle da construção, baseado o código de obras e normas correlatas." (MARCO, *op. cit*., p. 431).

[26] MARCO, *op. cit*., p. 432.

[27] NERY, Rosa Maria de Andrade; JUNIOR, Nelson Nery. **Instituição de direito civil**: volume III: direitos patrimoniais, reais e registrários. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, RB-11.1. E-book. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/109742596/v3/page/RB-11.1. Acesso em: 10 jan. 2025

[28] MARCO, *op. cit*., p. 432.

Um dos mecanismos mais proeminentes nesse sentido é o coeficiente de aproveitamento mínimo[29] que consiste em definir, para cada região do território urbano, a utilização mínima[30], sob pena de sofre a sanção de edificação ou utilização compulsória. Esse instituto é previsto no artigo 182, §4º, da Constituição e sua efetivação se dá por lei municipal. Cria-se, então, uma obrigação de fazer *propter rem* ao proprietário.[31]

Alexandre Levin arremata indicando que:

> Em outras palavras, o proprietário deve edificar em seu terreno a quantidade de metros quadrados necessária para se atingir o coeficiente mínimo exigido pelo plano diretor, além de atribuir ao imóvel já edificado uma utilização mínima, também definida na lei municipal para cada área do território urbano. Da mesma forma, deve parcelar seu terreno de forma a atingir o tamanho máximo de lote permitido, pelo mesmo diploma local, para a região da cidade em que se localiza o imóvel. Em caso de descumprimento, além das sanções de parcelamento, edificação e utilização compulsórias já citadas, estará o proprietário sujeito à cobrança de IPTU com alíquota progressiva no tempo (CF, art. 182, §4º, II, e Lei nº 10.257/2001, art. 7º) e à desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública (CF, art. 182, §4º, III, e Lei nº 10.257/2001, art. 8º).[32]

Outro instrumento relevante trazido pelo Estatuto da Cidade é o IPTU progressivo que será aplicado na hipótese em que todo o procedimento da edificação compulsória for esgotado. Logo, seu objetivo precípuo é extrafiscal e visa fazer com que o particular dê adequado destino ao seu bem conformando-o à política urbanística vigente.[33]

Em seu artigo 39, o Estatuto estabelece seu principal instrumento para o comprimento da função social da propriedade urbana: o plano diretor. Assim previsto:

> Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor,

---

[29] "Ainda, o titular do domínio deve respeitar o tamanho máximo de lote fixado pelo plano diretor para cada região da cidade, sob pena de sofrer a sanção de parcelamento compulsório, prevista nos mesmos dispositivos. Descumprir esses parâmetros significa desrespeitar a função social da propriedade urbana." (LEVIN, *op. cit*.)

[30] "O coeficiente de aproveitamento máximo de cada lote, por fim, nos termos do art. 28, § 3º do Estatuto da Cidade, também deve constar do plano diretor (ou de sua decorrente lei de zoneamento), e nada mais é que o limite de área edificável incorporável ao terreno, acessível mediante atendimento das condicionantes urbanísticas a tanto. O acesso ao volume de área edificável entre os coeficientes básico e máximo de aproveitamento de um terreno - o potencial construtivo adicional - caracteriza-se, destarte, como mera expectativa de direito por parte dos proprietários, somente obtenível preenchidas as condições a tanto, que podem, eventualmente, incluir a avaliação sobre o mérito urbanístico do pedido (em empreendimentos de grande impacto urbanístico-ambiental, por exemplo)" (APPARECIDO JUNIOR, Jose Antonio**. Métodos e soluções para viabilização jurídica de projetos urbanísticos**: papéis públicos e privados. p. 129. Doutorado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017).

[31] "Trata-se de uma obrigação de fazer, prestação positiva imposta ao dono do imóvel. A doutrina90 indica como espécie de obrigação *propter rem*, em razão de o vínculo ser estabelecido com base na titularidade de direito real, passando a ocupar o polo passivo da obrigação. No entanto, tal entendimento permite o abandono da coisa como meio de liberação do antigo proprietário, que não mais poderá ser cobrado pelo cumprimento da obrigação de fazer, frustrando a finalidade da lei. Por sua vez, é possível também identificar na norma um direito potestativ091 público, de modo que o abandono não caracterize a exoneração da obrigação. Nesta hipótese, permanece o antigo proprietário devedor do implemento da função social do bem, sujeitando-se à sua cobrança, objetivo último da municipalidade e da norma federal." (CARDOSO, *op. cit*., p. 120-121)

[32] LEVIN, *op. cit*.

[33] CARDOSO, *op. cit.*, p. 122.

> assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.

O plano diretor será instituído por lei municipal e é o instrumento básico da política urbanística municipal. É nele que se engloba todos os instrumentos estabelecidos no Estatuto da Cidade previstos no artigo 2º da mesma lei e que tem por finalidade impedir que interesses individuais especulativos desnaturem a política urbana.

É o plano diretor que aglutinará todos os anseios da sociedade municipal a fim de promover a satisfação de seus habitantes. Não por outro motivo um dos elementos fundamentais para elaboração do plano, previsto no artigo 40, §4º, incisos I, II e III, é a promoção de audiência públicas e debates com a participação da população e associações representativas, publicidade dos documentos produzidos e acesso de qualquer interessado nos documentos e informações produzidos. Portanto, o caráter democrático e público da elaboração do plano é evidente para que todos os atores possam ter sua voz ouvida e que o desenvolvimento urbano aconteça o mais pleno possível.[34]

Desse modo, o plano diretor é, ao mesmo tempo, o instrumento jurídico básico e principal a definir os critérios da política urbanística e organização do solo a partir das diretrizes do Estatuto da Cidade. E, ademais, nele também há a concretude da função social da cidade que congrega as necessidades dos habitantes.[35]

Nesse esforço de estabelecer a uma gestão democrática nas cidades, existem as parcerias público-privadas com o escopo de fomentar a cooperação entre governos e o setor privado. A previsão está no artigo 2º, III, da Lei 10.257/2001, que preceitua "cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social". O objetivo é integrar os recursos utilizados nas operações urbanísticas considerando a escassez que o Poder Público possui, além de evitar que as ações no Município sejam tomadas de forma concentrada e verticalizada, ressaltando mais uma vez o caráter democrática que devem nortear as ações urbanas.[36]

Essa parceria público-privada é denominada concertação urbanística e, nas palavras de Alexandre Levin:

> Essa concepção de urbanismo é caracterizada pela colaboração entre particulares e Poder Público, visando à consecução de objetivos que não podem ser alcançados sem ajuda mútua. Transformações significativas no tecido urbano, em geral, exigem grandes aportes de recursos financeiros,

---

[34] "De fato, a Lei nº 10.257/2001 exige, no processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, a promoção de audiências públicas e de debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade (art. 40, §4º, I). Assim, a realização de audiências públicas é requisito de validade do processo legislativo que dá origem ao plano; caso não tenham sido realizadas ou não tenham sido devidamente divulgadas, a lei que institui o plano diretor deve ser considerada inválida." (LEVIN, *op. cit*., p. 34.)

[35] "O pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade é, portanto, o vetor da atividade urbanística estatal. O exercício da função urbanística pelo Estado (em cooperação ou não com a iniciativa privada) deve ter como norte a satisfação, no maior grau possível, das necessidades dos habitantes da urbe. Indicamos quatro delas (habitação, trabalho, lazer e circulação), mas há outras que também devem ser garantidas por meio da atividade de organização do espaço urbano, como a disponibilização do sistema de saneamento básico e de iluminação pública, serviço de coleta e tratamento de resíduos sólidos, proteção do patrimônio histórico e natural; todas elas estão relacionadas, de alguma forma, às quatro funções básicas, citadas de início." (LEVIN, *op. cit*., p. 20)

[36] LEVIN, *op. cit*., p. 24.

> indisponíveis, no mais das vezes, para a maioria dos Municípios brasileiros. Busca-se, por isso, atrair a iniciativa privada para que financie essas intervenções urbanísticas, em troca de benefícios que resultem em lucro para os investidores.[37]

Esse conceito de urbanismo além de ser previsto genericamente no artigo 2º, III, do Estatuto da Cidade, previu um instrumento específico de concertação público-privada. Trata- se da operação urbana consorciada (artigos 32 a 34). Nesse modelo o particular paga um montante a ser aplicado na operação a fim de que possa receber uma contrapartida como modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, além de alteração de normas edilícias que possibilitam a construção acima dos limites fixados nos coeficientes de aproveitamento. Essas operações serão definidas em lei municipal específica, baseada no plano diretor e serão coordenadas pelo Poder Público. A *ratio* desse instituto é trazer modificações urbanísticas associadas a melhorias sociais, por isso a participação dos particulares é fundamental e estimulada com concessão de benefícios.

Outro instrumento de concertação urbanística previsto no Estatuto da Cidade é a outorga onerosa do direito de construir (artigos 28 a 31). Nesse instituto o próprio plano diretor indicará áreas urbanas onde o direito de construir será alterado a fim de permitir que o coeficiente de aproveitamento seja excedido mediante contrapartida, geralmente pecuniária, do particular que tem imóvel na área definida ou poderá o beneficiário alterar o uso do solo sem estar vinculado ao zoneamento urbano estabelecido anteriormente.

Os dois instrumentos descritos acima têm o mesmo objetivo: os beneficiários, através do cumprimento de contrapartidas, logram alterar o coeficiente de aproveitamento de seus imóveis ou podem dar destinação diversa ao estabelecido na lei de uso e ocupação do solo. No entanto há diferenças também, enquanto a operação urbana consorciada precisa ser prevista em lei específica, a outorga onerosa já tem suas áreas de incidência definidas no plano diretor. E, ainda, as contrapartidas auferidas pela operação urbana devem ter destinação única voltada as ações da própria operação, enquanto na outorga onerosa as contrapartidas devem ser aplicadas com as finalidades trazidas no artigo 26 da Lei 10.257/2001.

Ademais, esses instrumentos têm clara determinação de otimizar a função social da propriedade, visto que os incentivos concedidos visam estimular os particulares a participarem da gestão e operação executadas pelo poder público municipal e não deixarem seus imóveis ociosos e com potencial de violar a função social da propriedade.

5. Conclusão

O presente trabalho abordou a propriedade sob a perspectiva de sua função social. Inicialmente, trouxe os elementos principais do seu aspecto privatista no código Civil a fim de se indicar como esse direito é tratado no sistema privado.

Partindo daí, identificou que a Constituição Federal inovou ao garantir a propriedade no rol de direitos fundamentais considerando sua função social. Até então, o conceito de propriedade possuía um conteúdo voltado exclusivamente aos interesses de seu proprietário e não havia meios de o Estado se imiscuir na maneira que o titular usos ou fruía de seu bem. Pelo contrário, a não intervenção estatal era a regra a ser seguida.

Esse panorama mudou ao longo do século passado e no Brasil, culminou na previsão expressa na Cata Constitucional da necessidade de cumprimento da função

[37] LEVIN, *op. cit*., p. 24

social da propriedade. Esse conceito atribuiu ao domínio do bem a necessidade de estar voltado a sociedade e de prover também interesses sociais ao ter uma destinação adequada.

Nessa senda, a função social não é apenas um fator eterno ao direito que pode gerar limitações, mas o integra totalmente, e ao não ser cumprido devidamente os poderes inerentes à propriedade não são exercidos em plenitude.

A Constituição, outrossim, não previu de forma esparsa tal instituto. Ao fazer uma leitura sistemática dos dispositivos constitucionais referentes ao tema se verifica claramente que a função social é o vetor para estabelecer um verdadeiro novo sistema de legal sobre a propriedade.

Não por outro motivo, que de forma inovadora também, foi instituído preceitos para se criar uma política urbana nacionalizada que prestigiasse um novo ordenamento do solo urbano. Tal política urbana se fundamenta essencialmente em dar densidade a função social.

Assim, foi editada em 2001 a Lei 10.257, o Estatuto da Cidade, com o objetivo de regulamenta os dispositivos constitucionais referentes a política urbana e instituir instrumentos urbanísticos que otimizassem o desenvolvimento das cidades e coibissem subutilização dos bens.

Entre os instrumentos de destaque estão a edificação e o uso compulsórios que induzem o proprietário a dar destinação adequada a seu bem evitando a ociosidade e especulações desmedidas. E, associado a esse instrumento, está o IPTU progressivo que é utilizado justamente para induzir a edificação ou uso do bem, demonstrando seu caráter extrafiscal.

Ademais, é no Estatuto que é previsto o coeficiente de aproveitamento que consiste em estabelecer um patamar mínimo e máximo para a construção de um imóvel, ou seja, um instrumento que visa dar contornos ao poder de uso do bem de acordo com o zoneamento previamente definido.

Por fim, institutos como a operação urbana consorciada e a outorga onerosa ao direito de construir, ambos avocam a participação de particulares para participarem das decisões no Município e concedem benefícios aos seus participantes a fim estimular maior uso dos bens e uma gestão democrática das decisões e ações urbanísticas no Município.

Isso somente ilustra que a lei tem um escopo claro de regulamentar a função social que agora tem o mais relevante tratamento para que esse princípio tenha juridicidade adequada e promova a justa utilização do solo e todo espaço urbano como um todo.

REFERÊNCIAS

APPARECIDO JUNIOR, Jose Antonio**. Métodos e soluções para viabilização jurídica de projetos urbanísticos:** papéis públicos e privados. 2017. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

CARDOSO, Fernanda Lousada. Propriedade Urbana no Ordenamento Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, 247. Disponívelem https://doi.org/10.12660/rda.v247.2008.41549. Acesso em 08 jan 2025.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/282422094/v1/page/1. *E-book*. Acesso em: 10 jan. 2025.

FRANCESCET, Júlio César; AGRIÃO, Renan Muriel; DIAS, Wagner Inácio**. Direito Civil –** Volume Único na Medida Certa para Concursos. 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

LEVIN, Alexandre. Autonomia do Direito Urbanístico e seus princípios fundamentais. **Revista Brasileira de Direito Urbanístico – RBDU**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 9-38, jan./jul. 2016.

MARCO, Nathalia Leone. Função social da propriedade urbana e sua importância para o desenho das políticas públicas de desenvolvimento urbano. *In*: FILHO, Gilberto Bernardino de Oliveira; MARCO, Nathalia Leone (Coord.) **A Boa Gestão Pública e o Novo Direito Administrativo**: dos conflitos às melhores soluções práticas. 1. ed. São Paulo: SGP – Soluções em Gestão Pública, p. 429-445, 2021.

NERY, Rosa Maria de Andrade; JUNIOR, Nelson Nery**. Instituição de direito civil**: volume III: direitos patrimoniais, reais e registrários. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Disponívelem: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/109742596/v3/page/RB-11.1. *E-book*.Acesso em: 10 jan. 2025.

SCHREIBER, Anderson. **Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira**. 2001. p. 1-30. Disponível em: https://schreiber.adv.br/downloads/funcao-social- da-propriedade-na-pratica-jurisprudencial-brasileira.pdf. Acesso em: 9. jan. 2025.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 16. ed. São Paulo: Atlas, v.5, 2016.

ZAGO, Lívia Maria Armentano Koenigstein. A função social da propriedade urbana. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município**, São Paulo, v. 4, p. 98-125, 2000.

Dispensa de licitação: A questão da emergência fabricada e a atuação dos Órgãos de Controle em relação às contratações emergenciais de obras do Município de São Paulo

Waiver of Bidding Procedures: The issue of manufactured emergencies and the oversight role of Control Agencies in emergency procurement of public works in the Municipality of São Paulo

Beatriz Almeida Silva[1]

RESUMO

O presente estudo, pretende abordar o tema "Dispensa de Licitação – A Questão da Emergência Fabricada e a Atuação dos Órgãos de Controle em relação às Contratações Emergenciais de Obras do Município de São Paulo" especialmente para tratar das hipóteses de dispensa de licitação previstas na legislação, bem como a chamada emergência fabricada, com ênfase nas contratações de serviços que envolvem obras do Município de São Paulo. Igualmente, o projeto abordará as tratativas adotadas pelos Órgãos de Controle quanto às contratações de obras por emergência, principalmente pelo estudo de caso concreto, a saber, o procedimento de auditoria extraplano instaurado pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo cujo número de identificação é TC 005781/2022. Considerando a importância da contratação emergencial de obras, os Órgãos de Controle têm admitido a execução de obras emergenciais, ainda que fundamentadas pela emergência fabricada, em atenção aos direitos e interesses coletivos. Ocorre que, por consequência, há a aplicação de penalidades e sanções àqueles que atuaram nas contratações e concorreram para as irregularidades.

Palavras-chave: contratação; emergência; fabricada.

ABSTRACT

The purpose of this study is to address the topic "Waiver of Bidding Procedures: The issue of manufactured emergencies and the oversight role of Control Agencies in emergency procurement of public works in the Municipality of São Paulo", especially to deal with the hypotheses of waiver of bidding provided for in the legislation, as well as the so-called manufactured emergency, with emphasis on the contracting of construction work in the Municipality of São Paulo. Likewise, the project will address the procedures adopted by the Control Agencies with regard to the emergency contracts, mainly through the study of a specific case, namely the extra- planned procedure initiated by the Court of Auditors of the Municipality of São Paulo whose identification number is TC 005781/2022. Considering the importance of emergency works contracting, the Control Agencies have admitted the execution of emergency contracts, even if based on the manufactured emergency, in attention to collective rights and interests. Consequently, penalties and sanctions are applied to those who acted in the contracting and contributed to the irregularities.

Keywords: contracting; emergency; manufactured.

[1] Residente Jurídica do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, alocada na Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras - SIURB (2022-2025). E-mail: beatriz000347@gmail.com

1. Introdução

A Lei de Licitações e Contratos prevê, como exceção à regra da obrigatoriedade da licitação, as hipóteses de contratação direta por dispensa, que permitem a Administração Pública, no uso da discricionariedade, optar por realizar a licitação ou não.

Inclusive, dentre as hipóteses previstas na legislação, existe a contratação direta por dispensa para os casos de emergência ou de calamidade pública, que tem se mostrado extremamente importante em situações de urgência, em que há graves riscos de danos aos cidadãos, bem como aos bens e equipamentos municipais.

Vale ressaltar que, a Prefeitura de São Paulo, por meio da Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras, tem feito uso das dispensas emergenciais, para as contratações de obras que incluem, principalmente, a contenção de talude, contenção de margem de córrego, recuperação estrutural de obras de arte especiais, recuperação de galeria de águas pluviais e recuperação estrutural de cobertura.

Ocorre que, conforme estudo[2] liderado pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo, que é objeto deste artigo, o valor total equivalente às contratações emergenciais passou de R$ 80 milhões para R$ 2,06 bilhões em 2022, o que representa um crescimento de 2,475%.[3]

Diante disso, considerando que houve um aumento expressivo dos valores gastos com as contratações emergenciais, os Órgãos de Controle, especialmente o Tribunal de Contas e a Controladoria Geral do Município, passaram a analisar os processos e encontrar irregularidades importantes que podem invalidar as avenças e gerar a aplicação de penalidades aos agentes públicos.

A partir disso que surge o estudo da chamada emergência fabricada, que é considerada uma irregularidade na contratação por dispensa, por ser caracterizada quando a Administração, agindo em desídia ou negligência, deixa de tomar as providências necessárias para promover procedimento licitatório regular.

Nesse sentido, quando há a emergência fabricada, apesar de muitas vezes a urgência estar caracterizada, o elemento de imprevisibilidade não está presente, o que viola a legislação, os princípios administrativos e vai contra a jurisprudência pacífica.

Por consequência, as irregularidades encontradas nos processos de contratação direta por dispensa emergencial trazem muitos prejuízos para a própria Administração, por meio da invalidação de seus contratos, bem como por meio da aplicação de sanções e penalidades em face dos agentes públicos responsáveis pelas avenças.

Contudo, em contrapartida, existem medidas que podem ser aplicadas pela municipalidade, pelos agentes públicos e até pelas empresas contratadas, que possibilitam a mitigação ou até mesmo a eliminação das consequências negativas, das penalidades, das sanções e do prejuízo ao erário causado pelas irregularidades.

Portanto, o presente artigo tratará da emergência fabricada nas contratações de obras do Município de São e responderá a seguinte pergunta: Qual é o tratamento dado pelos Órgãos de Controle em relação à emergência fabricada, bem como, quais

---

[2] SÃO PAULO (SP). Tribunal de Contas do Município. **Relatório de auditoria extraplano**, Ordem de Serviço 2022/01622, TC 005781/2022, Equipe Técnica: André Vasconcelos Vilanova RF 20.278, Ivan Juncioni de Arauz RF 20.270, Tarcísio Hugo Neris RF 20.277, Processo SEI 6022.2023/0002869-0, Ofício SSG 13742/2023.

[3] SÃO PAULO (SP). Tribunal de Contas do Município. 2023, **Relatório extraplano**, documento 083988279, Processo SEI 6022.2023/0002869-0, Ofício SSG 13742/2023, p. 9.

repercussões são geradas à municipalidade e quais formas de mitigação de quaisquer danos?

2. Modalidade de Contratação Direta: Dispensa de Licitação por emergência ou calamidade pública

Primeiramente, para entendermos o problema da emergência fabricada nas contratações de obras da municipalidade, é importante que sejam elencadas as características da modalidade de contratação direta por dispensa.

Notoriamente, o procedimento licitatório não se apresenta como inovação no Brasil, considerando, principalmente, que tal procedimento passou a ser utilizado no século XIX e sofreu diversas transformações e modificações com o passar dos anos.

A licitação está consagrada na Constituição Federal vigente, especificamente no artigo 37, inciso XXI[4], que estabeleceu o dever da Administração Pública em contratar por meio da licitação para que, sobretudo, seja assegurada a aplicação do princípio da isonomia.

Diante disso, foi editada Lei Federal para regulamentar o dispositivo mencionado acima, bem como para instituir normas para licitações e contratos da Administração Pública.

A Lei 8.666/93, atualmente revogada pela Lei 14.133/21, estabelece, portanto, a obrigatoriedade da licitação em direta observância aos princípios da isonomia, impessoalidade e eficiência.

Nesse mesmo sentido, é a jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

> "[...] 12. A obrigação de licitar não é mera formalidade burocrática, decorrente apenas de preceitos legais. Ela se funda em dois princípios maiores: os da isonomia e da impessoalidade, que asseguram a todos os que desejam contratar com a administração a possibilidade de competir com outros interessados em fazê-lo, e da eficiência, que exige a busca da proposta mais vantajosa para a administração. 13. Assim, ao contrário do afirmado nas justificativas apresentadas, a licitação, além de ser exigência legal, quando bem conduzida, visa – e permite – a obtenção de ganhos para a administração. E quando a possibilidade de prejuízos existe, a própria lei, novamente com base no princípio da eficiência, prevê os casos em que o certame licitatório pode ser dispensado [...]".[5]

Ocorre que, a própria legislação trouxe limitação à obrigatoriedade da licitação, quando permitiu a contratação direta nas hipóteses previstas em lei.

Importante destacar que, na contratação direta, apesar do afastamento da licitação, a Administração Pública ainda deve seguir um procedimento estabelecido, com a garantia e observância plena dos princípios administrativos.

Nota-se que o surgimento da emergência fabricada se dá, justamente, quando os requisitos legais e princípios jurídicos fundamentais não são observados e cumpridos adequadamente pela Administração Pública.

---

[4] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

[5] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 006.567/2005-5**, Data: 19.01.2011, Acórdão 34/2011, Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz

Nesse sentido, a legislação previu duas modalidades de contratação direta, sendo a dispensa e a inexigibilidade de licitação. Enquanto a inexigibilidade de licitação se traduz como inviabilidade de competição, pela natureza do objeto ou pelo fornecedor, a dispensa, por sua vez, embora a licitação seja viável ou exigível, abarca hipóteses legais e taxativas que permitem afastar o procedimento padrão

Acerca do tema, Marçal Justen Filho (2019, p. RL-1.8) diz "a dispensa de licitação verifica-se em situações em que, embora viável competição entre particulares, a lei reconhece a incompatibilidade entre a licitação e os valores norteadores da atividade administrativa, sob um prisma de proporcionalidade".

Dessa forma, a dispensa é autorizada pelo legislador, especificamente pelo artigo 24 da Lei 8.666/93 (lei revogada) e artigo 75 da Lei 14.133/21 (lei vigente), para permitir que a Administração, de forma discricionária, escolha realizar ou não a licitação.

Além disso, a dispensa de licitação ocorre quando a lei reconhece que os custos envolvidos em um processo licitatório são superiores aos benefícios que ele poderia proporcionar. Nesse sentido, a lei afasta a licitação para preservar os interesses coletivos e gerais, evitando quaisquer prejuízos.

Como dito, existem diversas hipóteses previstas em lei para utilização da dispensa do procedimento de licitação, inclusive, as contratações em casos de situações emergenciais ou de calamidade pública, objeto deste estudo.

A dispensa emergencial está prevista no artigo 24, inciso IV da Lei 8.666/93 e no artigo 75, inciso VIII da Lei 14.133/21, *in verbis*:

> Art. 24. É dispensável a licitação:
> IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;
> Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:
> I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;
>
> Art. 75. É dispensável a licitação:
> VIII - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontratação de empresa já contratada com base no disposto neste inciso; (Vide ADI 6890)
> § 6º Para os fins do inciso VIII do caput deste artigo, considera-se emergencial a contratação por dispensa com objetivo de manter a continuidade do serviço público, e deverão ser observados os valores praticados pelo mercado na forma do art. 23 desta Lei e adotadas as providências necessárias para a conclusão do processo licitatório, sem prejuízo de apuração de responsabilidade dos agentes públicos que deram causa à situação emergencial.

Em análise e comparação aos dois dispositivos transcritos acima, vemos que existe uma diferença no prazo estabelecido entre as duas leis, de 180 (cento e oitenta) dias para a lei antiga e 1 (um) ano para a lei nova, bem como a vedação (trazida pela lei nova) de recontratação de empresa já contratada com base no inciso.

No mais, é possível perceber que a dispensa emergencial ocorre quando há situações emergenciais ou de calamidade pública que demandam uma resposta imediata para evitar prejuízos à Administração ou à coletividade.

À vista disso, notoriamente, por meio da autorização da contratação por dispensa emergencial, a Administração Pública busca prevenir um dano potencial a algum bem ou a algum interesse coletivo.

Verifica-se que, para a situação de emergência e calamidade pública, o procedimento licitatório se torna demasiadamente moroso, já que ao tempo de ser realizada a licitação, naturalmente, não seria possível adotar todas as medidas essenciais para evitar danos irreparáveis.

Ora, até a consumação do procedimento licitatório, sem qualquer irregularidade ou inobservância dos requisitos legais, o dano consequência da emergência ou calamidade já teria ocorrido.

Diante disso, a dispensa de licitação nos casos de emergência ou calamidade pública, configura uma modalidade de ação preventiva, voltada à proteção dos interesses que estão sob a responsabilidade do Município.

A emergência, portanto, deve ser fato anormal, excepcional, de grande risco e de danos, que muitas vezes não se pode prever. Marçal Justen Filho explica bem o conceito de emergência em sua doutrina, *in verbis*:

> [...] Todos os ramos do Direito contêm regras específicas a propósito de situações emergenciais. No direito público, é ainda maior a relevância do fenômeno. Trata-se de manifestação do instituto do "estado de necessidade". Nele estão abrangidas todas essas situações de excepcionalidade, caracterizadas pelo risco de danos em virtude da demora na adoção de uma providência acauteladora destinada a impedir o sacrifício de bens, interesses e valores protegidos pelo Direito. No caso específico das contratações diretas, emergência significa necessidade de atendimento imediato a certos interesses. Demora em realizar a prestação produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico. Como a licitação pressupõe certa demora para seu trâmite, submeter a contratação ao processo licitatório propiciaria a concretização do sacrifício a esses valores. No caso específico das contratações diretas, emergência significa necessidade de atendimento imediato a certos interesses. Demora em realizar a prestação produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico. Como a licitação pressupõe certa demora para seu trâmite, submeter a contratação ao processo licitatório propiciaria a concretização do sacrifício a esses valores.[6]

Assim, não restam dúvidas de que a contratação emergencial é instrumento fundamental que permite a Administração intervir rapidamente em situações urgentes, de modo a resguardar o interesse público e coletivo, com o objetivo de mitigar danos graves.

Portanto, o uso deste instrumento está restrito às circunstâncias que realmente se caracterizam como emergência, com a devida justificativa, formalização e controle, de modo a evitar que as contratações municipais não sejam consideradas embasadas na chamada "emergência fabricada".

---

[6] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, Page RL-1.8

3. Emergência Fabricada – Conceito

Como dito, a contratação emergencial regular e válida deve preencher os requisitos e atender às exigências legais, quais sejam: a demonstração concreta da ocorrência de um dano efetivo e irreparável e a comprovação de que a contratação é capaz de evitá-lo.

Sendo assim, não se admite que a dispensa seja fundada em supostos prejuízos ou danos teóricos. Novamente, os danos devem ser comprovadamente irreparáveis, de modo que haja risco de comprometimento da segurança, com a implicação de risco de destruição ou danos à integridade física e mental das pessoas, bem como risco de perda ou deterioração de bens.

Além disso, a dispensa de licitação não pode ser utilizada como instrumento quando a Administração Pública, por desídia, não realiza em tempo, a licitação que já era prevista. A omissão da Administração, que consiste em cumprir os prazos ou procedimentos legais necessários para a realização do certame, não configura fundamento válido para a dispensa.

Daí que surge a chamada "emergência fabricada". O conceito doutrinário revela que, nestes casos, a emergência decorre por falta de planejamento, por desídia ou mesmo em razão de má gestão dos recursos disponíveis.

Nessa orientação diz Marçal Justen Filho:

> [...] A questão apresenta relevância especialmente no tocante à comumente denominada "emergência fabricada", em que a Administração deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização da licitação previsível. Assim, atinge-se o termo final de um contrato sem que a licitação necessária à nova contratação tenha sido realizada. Isso coloca a Administração diante do dilema de fazer licitação (e cessar o atendimento a necessidades impostergáveis) ou realizar a contratação direta (sob invocação da emergência).[7]

Tal entendimento também está previsto na Orientação Normativa 11/2009 da AGU:

> A contratação direta com fundamento no inc. IV do art. 24 da Lei 8.666, de 1993, exige que, concomitantemente, seja apurado se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipótese que, quem lhe deu causa será responsabilizado na forma da lei.[8]

Apesar da emergência fabricada ser considerada a partir da inépcia, negligência e desídia administrativa, a jurisprudência tem entendido pela possibilidade do prosseguimento da dispensa, em razão da preservação do interesse público e coletivo, vejamos:

> 13. Nesse ponto, cabe lembrar o entendimento deste Tribunal, expresso no Acórdão 46/2002-Plenário, de que a contratação direta também se mostra possível quando a situação de emergência decorrer da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, pois, 'a inércia do servidor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse

[7] JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit*., Page RL-1.8

[8] BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Orientação Normativa AGU nº 11, de 01 de abril de 2009**, Brasília, 01 abr. 2009.

> público maior a ser tutelado pela Administração.[9]
> 9. De fato, tenho defendido a necessidade de se separar a ausência de planejamento da contratação emergencial propriamente dita, pois entendo que a contratação emergencial se dá em função da essencialidade do serviço ou do bem que se pretende adquirir, pouco importando os motivos que tornam imperativa a imediata contratação.[10]

Entretanto, ainda que haja o reconhecimento da possibilidade de se prosseguir com a dispensa emergencial baseada na emergência fabricada, veremos a seguir que, nos últimos anos, esta irregularidade ganhou grande destaque perante os Órgãos de Controle Municipais e tem gerado a aplicação de penalidades e sanções em face dos agentes públicos e da própria municipalidade.

4.Auditoria do Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Como dito, a jurisprudência tem reconhecido a possibilidade de se prosseguir com a dispensa emergencial, ainda que a Administração tenha promovido a contratação com base na emergência fabricada, proveniente da falta de planejamento, desídia ou mesmo da má gestão dos recursos.

Ocorre que, a contratação emergencial nessas circunstâncias pode ser considerada não compatível com a legislação, de modo a permitir que a Administração e os Agentes Públicos sejam penalizados.

Nos últimos anos, especialmente em 2023 e 2024, ganhou grande destaque, as obras emergenciais promovidas pelo Município de São Paulo, através da Secretaria de Infraestrutura Urbana e Obras, já que foram realizadas auditorias pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo, para análise minuciosa das contratações realizadas no período de 2021 até 2022.

A título de exemplo, o presente estudo elucida a auditoria extraplano do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, TC 005781/2022, Processo SEI 6022.2023/0002869-0, realizada para análise dos contratos emergenciais de obras executadas pela PMSP, bem como para avaliação de sua economicidade e compatibilidade com a legislação.

A auditoria foi realizada para análise das contratações emergenciais durante o período compreendido entre agosto de 2021 até junho de 2022, bem como para apresentar avaliação do procedimento, de modo a resultar em uma possível diminuição do uso da dispensa emergencial, cujo custo aumentou em 2.475% de 2020 até 2022.

O estudo aponta os problemas encontrados na execução de obras emergências pela Prefeitura de São Paulo, especialmente pela contratação com base na emergência fabricada que, conforme o Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TCM), está presente em 90% dos contratos analisados.

Logo no início da análise, o Tribunal de Contas aponta que as obras emergenciais foram realizadas, na realidade, para sanar “problemas históricos”, que são considerados previsíveis e que fogem da emergência real, pois se afirma que as obras poderiam ser contratadas por meio de licitação ao invés de ser promovida a dispensa.

Igualmente, há a informação de que, no local das obras analisadas, existe ocupação desordenada e que a situação é precária há muito tempo, o que descaracteriza a urgência concreta e efetiva da emergência real e configura, claramente, a emergência fabricada.

---

[9] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 019.511/2011-6**, Data: 28.04/2015, Acórdão 2.240/2015, 1.ª Câm., rel. Min. Benjamin Zymler.

[10] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 013.519/2005-8**, Data: 15.06.2011, Acórdão 1.599/2011, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar.

A principal causa da emergência fabricada, conforme o Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TCM), é a: "fragilidade do planejamento para intervenções necessárias. Essa situação advém da ausência de políticas públicas para adoção de soluções efetivas".[11]

O relatório também aponta que, quando da execução das obras contratadas, foram realizados serviços além do estritamente necessário para que a emergência fosse sanada e o risco mitigado.

Sendo assim, foram realizadas obras adicionais que não possuem relação com a emergência em si e que deveriam ter sido solucionadas por meio de procedimento licitatório formal. Igualmente, há a caracterização da emergência fabricada, já que para a dispensa emergencial a providência deveria ser pontual e mínima para eliminar a situação de grave risco.

Além do mais, o Tribunal analisou a ordem da realização dos serviços contratados e verificou que o início da execução das obras não se dá pela tomada das medidas necessárias para a contenção da situação de emergência. O estudo indica que não é feito, anteriormente à execução das obras, os projetos e planos de trabalho, o que, novamente, também descaracteriza a emergência real.

É sustentado que a falta de projeto e plano de trabalho ofende diretamente o artigo 129 da Lei Orgânica do Município de São Paulo, *in verbis*:

> Art. 129 - As licitações e os contratos celebrados pelo Município para compras, obras e serviços serão disciplinados por lei, respeitadas as normas gerais editadas pela União, os princípios da igualdade dos participantes, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo do interesse público e dos que lhe são correlatos. § 2º - **As obras e serviços municipais deverão ser precedidos dos respectivos projetos ou estudos ainda quando se tratar de dispensa ou inexigibilidade de licitação, sob pena de invalidação de contrato.** (grifo nosso)

Por outro giro, o relatório também aponta que não são realizadas as pesquisas de preço, o que não justifica os valores das contratações, o que ofende diretamente o artigo 26 da Lei 8.666 de 1993, bem como não traz qualquer economicidade para a dispensa emergencial.

Outro problema apontado pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo é a não diversificação da escolha das empresas para execução das obras emergenciais. Conforme o relatório, 74% das contratações estão concentradas em apenas 18 empresas que são, muitas vezes, compostas pelo mesmo grupo societário, o que fere os princípios da impessoalidade e moralidade administrativa.

Ainda, é dito que as obras emergenciais são feitas de forma fracionada, ou seja, são realizadas várias obras em uma extensão só, de modo que não há um local exato para a emergência. Assim, a prefeitura tem executado várias obras em um pequeno trecho, ao contrário de promover um único procedimento licitatório para sanar todos os problemas encontrados na região.

O estudo também aponta que há casos em que muitas obras emergenciais foram iniciadas no mesmo dia, bem como que boa parte dessas obras sofreram com grande demora para o início da execução dos serviços, o que também evidencia que a emergência real tem sido deturpada.

---

[11] SÃO PAULO (SP). Tribunal de Contas do Município. 2023, **Relatório extraplano**, documento 083988279, Processo SEI 6022.2023/0002869-0, Ofício SSG 13742/2023, p. 31.

Por outro giro, o relatório também aponta problemas com pagamento de empresas em duplicidade; irregularidades na aplicação da taxa de BDI (Benefícios e Despesas Indiretas); qualificação técnica e econômica insuficiente das empresas contratadas; falta de cumprimento do prazo legal de 180 (cento e oitenta) dias; falta de formalização de alterações substanciais do contrato; falta de emissão de termo de recebimento provisório e definitivo; e a incorreta antecipação dos pagamentos direcionados às empresas.

Em síntese, o Tribunal de Contas, por meio de pesquisas e estudos, afirma que a Prefeitura de São Paulo tem realizado contratações e executado obras emergenciais que apresentam diversas irregularidades, principalmente, por não estar caracterizado, de fato, o acontecimento imprevisto, a urgência e o risco iminente, o que demonstra o distanciamento da emergência real, que se traduz na "emergência fabricada".

Ao final do relatório, o TCM apresenta resumidamente, todos as anomalias encontradas no estudo, com a indicação de que o valor total de prejuízo causado ao erário é de R$ 67.177.038,33 (sessenta e sete milhões cento e setenta e sete mil e trinta e oito reais e trinta e três centavos), bem como disponibiliza quadro que indica a responsabilização por cada ato do gestor e dos agentes públicos que atuaram nas contratações.

O processo foi encaminhado por meio do sistema SEI para que, em primeiro momento fossem atendidos os princípios do contraditório e da ampla defesa e fosse dada oportunidade para que a entidade municipal tomasse as providências necessárias, indicasse os responsáveis, bem como apresentasse manifestação.

Posteriormente, após devida instrução, o processo será restituído ao Tribunal de Contas do Município, para que este adote as providências que achar necessárias, inclusive, para aplicação de penalidades em face da Prefeitura de São Paulo e de seus agentes.

5.Processo de Sindicância autuado pela Controladoria Geral do Município de São Paulo

O problema da emergência fabricada também tem sido alvo de atenção da Controladoria Geral do Município de São Paulo, especialmente, por terem sido veiculadas, entre 2023 e 2024, diversas matérias sobre as irregularidades encontradas nas contratações de obras emergenciais e o prejuízo que isto tem causado ao erário da municipalidade.

Por tal razão, foi iniciado o processo eletrônico SEI 6067.2024/0022265-6, considerando a publicação de matéria na revista eletrônica UOL, em que, semelhante à auditoria realizada pelo TCM, foram analisadas entre 2023 e 2024, diversas contratações emergenciais irregulares, que causaram um prejuízo de R$ 7.330.937,98.[12]

Foram apontados os mesmos indícios de anomalias como, a possibilidade de conluio entre empresas, a utilização da dispensa emergencial para saneamento de problemas históricos e a utilização de BDI de forma incorreta.

O processo, igualmente, foi encaminhado à Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras, em respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório, para manifestação e apresentação de esclarecimentos.

Posteriormente, após terem sido apresentadas as defesas, a CGM, com base nos artigos no artigo 138, § 2º, da Lei Municipal nº 15.764/2013, no artigo 203, da Lei

[12] SÃO PAULO (SP). Controladoria Geral do Município.2024. **Matéria UOL**, Gestão Nunes ignorou desconto e pagou mais caro por obras emergenciais, Processo 6067.2024/0022265-6, Documento 108425059

Municipal nº 8.989/79 e no artigo 3º, do Decreto Municipal nº 55.107/2014[13] decidiu instaurar a Sindicância de número 6067.2024/0006386-8, que tramita em sigilo, para indicação das responsabilidades funcionais decorrentes das irregularidades apontadas nas contratações emergenciais.

6.Possíveis consequências jurídicas e negativas oriundas da emergência fabricada

Como dito, os processos mencionados como exemplos estão entre muitos outros que ganharam destaque perante os Órgãos de Controle do Município de São Paulo. A partir destas investigações e da constatação de irregularidades nas emergências, principalmente em razão da emergência fabricada ou ficta, a municipalidade e os agentes públicos poderão sofrer consequências negativas, inclusive, de cunho financeiro.

Ora, ainda que seja permitido o uso da dispensa emergencial cheia de irregularidades e amparada pela emergência fabricada, em prol dos direitos e interesses coletivos, a punição dos responsáveis é medida adotada, principalmente, pelos danos causados ao erário e pela ofensa aos princípios constitucionais e administrativos.

Nesse sentido, vale indicar a jurisprudência, por meio da qual, o plenário do Tribunal de Contas das União determinou a responsabilização do gestor que concorre em favor da emergência fabricada, de relatoria do. Min. Benjamin Zymler:

> A situação prevista no art. 24, inciso IV, da Lei de Licitações e Contratos não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou da inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. [...] 28. Em todo caso, **o gestor que dá causa a situação emergencial pode ser responsabilizado, em face de sua omissão quanto ao dever de agir a tempo, adotando as medidas cabíveis para a realização de um regular procedimento licitatório.** No caso concreto, o ponto fulcral da presente irregularidade não foi a contratação emergencial em si, mas a desídia da instância administrativa da Secretaria Municipal de Saúde de Porto Alegre na adoção de providências visando a licitação dos serviços, de forma a evitar a situação de emergência.[14]

Quanto à responsabilização dos agentes e a aplicação de penalidades, primeiramente, para os contratos que operam com base na Lei 8.666/93, deverão imperar as sanções administrativas do capítulo IV da referida lei, especialmente, pelo artigo 82, *in verbis*:

---

[13] Art. 138. § 2º Os procedimentos previstos no inciso II do "caput" deste artigo poderão, excepcionalmente, ser conduzidos no âmbito da Controladoria Geral do Município, quando a importância do objeto, seu impacto social ou relevância econômica assim indicar, hipóteses em que competirá ao Controlador Geral decidir, por despacho, nos casos previstos no art. 3º, III e IV da Lei nº 10.182, de 30 de outubro de 1986, observado o disposto no parágrafo único do mesmo dispositivo legal e o art. 208, parágrafo único, da Lei nº 8.989, de 1979.
Art. 203 - A sindicância é peça preliminar e informativa do inquérito administrativo, devendo ser promovida quando os fatos não estiverem definidos ou faltarem elementos indicativos da autoria. (Regulamentado pelo Decreto nº 43.233/2003)
Art. 3º A Controladoria Geral do Município é o órgão responsável pela instauração da sindicância e do processo administrativo destinado a apurar a responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública Municipal Direta e Indireta, nos termos da Lei Federal nº 12.846, de 2013.

[14] BRASIL. Tribunal de Contas da União, **Processo nº 020.514/2014-0**, Data: 31.05.2017, Acórdão 1.122/2017, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, grifo nosso.

> Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

O dispositivo determina que o agente que praticar atos em direta afronta aos dispositivos e preceitos legais, sendo por ação ou por omissão, estará sujeito à responsabilização civil, penal e administrativa.

O doutrinador Marçal Justen Filho explica que para que o agente possa ser sancionado, é necessário, entretanto, que estejam presentes alguns requisitos:

> [...] O sancionamento ao agente administrativo depende da presença de certos requisitos. É indispensável a configuração de uma conduta (ação ou omissão) voluntária e reprovável, em violação a um dever jurídico previsto em lei, regulamento ou contrato. Nem sempre se fará necessária a exigência de um dano material, eis que muitas das infrações são de mera conduta. É necessário o elemento subjetivo reprovável. Isso não significa a necessidade em todos os casos de dolo. Se for evidenciado que o sujeito tinha consciência da ilicitude e atuou de modo preordenado à consumação do ilícito, será cabível o agravamento de seu sancionamento. Usualmente, basta a culpa. Deve ter-se em mente o dever exacerbado de diligência. O sujeito investido na função pública tem o dever de adotar todas as cautelas para evitar a infração à lei. Portanto, a consumação de uma infração é acompanhada de uma presunção de imprudência, imperícia ou negligência. Se o agente administrativo tivesse atuado com observância das posturas inerentes ao desempenho da sua função, não teria ocorrido a infração: é o que se presume. Logo, a demonstração da ausência de elemento reprovável incumbe ao agente administrativo. Poderá deixar de ser responsabilizado se evidenciar que a infração se consumou independentemente das cautelas por ele adotadas ou por atuação imputável a outrem. [...][15]

Dessa forma, o agente público incorrerá nas penas e sanções legais quando infringir a legislação, violar os princípios administrativos e constitucionais, até mesmo nas hipóteses em que há indícios de desvio de recursos ou superfaturamento, que podem causar grande prejuízo ao erário. Notadamente, a responsabilização não estaria presente se não houvesse comprovação do dolo, culpa e do dano.

Por outro giro, para os contratos que são regidos pela Lei 14.133/2021, o artigo 155 dispõe acerca das hipóteses e práticas que podem levar o licitante ou contratado serem responsabilizados.[16]

---

[15] JUSTEN FILHO, Marçal, *op.cit.*, Page RL-1-17

[16] Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações: I - dar causa à inexecução parcial do contrato; II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo; III - dar causa à inexecução total do contrato; IV - deixar de entregar a documentação exigida para o certame; V - não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado; VI - não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta; VII - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado; VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato; IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato; X - comportar- se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza; XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação; XII - praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

O artigo 156 da nova Lei de Licitações e Contratos elenca quais sanções são aplicadas pela prática das infrações administrativas previstas na lei, tanto para o licitante quanto para o contratado, *in verbis*:

> Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:
> advertência;
> I - multa;
> II - impedimento de licitar e contratar;
> III - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.
> § 1º Na aplicação das sanções serão considerados:
> I - a natureza e a gravidade da infração cometida;
> II - as peculiaridades do caso concreto;
> III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes;
> IV - os danos que dela provierem para a Administração Pública;
> V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

Sobre o tema, explicam bem os autores do livro "Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada (Lei 14.133/21)":

> Já, cuidando da responsabilidade administrativa que pode desembocar na responsabilidade civil e na responsabilidade penal, esta decorre da prática pelo servidor ou por outrem que eventualmente atue no processo licitatório e consectários, de condutas comissivas ou omissivas, vale dizer, por ação ou por omissão, consideradas irregulares no desempenho de sua atuação. A responsabilidade penal abrange os crimes e as contravenções imputados aos partícipes do processo quando agirem nesta qualidade. A responsabilidade civil, por outro lado, resulta de procedimento culposo ou doloso, que importe prejuízo à Fazenda Pública ou a terceiros, no caso de servidores, perquirida em ação regressiva. As cominações administrativas, penais e civis, ainda que independentes, são cumulativas.9 Por comprovada incursão nos motivos relacionados no art. 155, o infrator haverá de submeter-se às sanções previstas no artigo 156, que, com pequenas distinções, repete as prescrições do artigo 87 da Lei anterior (nº 8.666/1993). Pelo texto substituído, estaria o contratado, em razão de inexecução contratual, sujeito às sanções descritas no dispositivo que as relaciona. Pela nova lei, as sanções serão aplicáveis ao responsável.[17]

Além disso, o Tribunal de Contas do Município, no uso de suas atribuições, também poderá instaurar procedimento para apuração da responsabilidade de infrações praticadas tanto pelo licitante quanto pelos contratados, e aplicar as sanções previstas na legislação citada neste estudo, conforme o regimento interno do Órgão de Controle, vejamos:

> Art. 85 - É pessoal e direta a responsabilidade de quem praticou o ato e subsidiária a do ordenador da despesa, quando não for autor do ato e esse não puder ser identificado, pelas ocorrências verificadas na sua gestão, sem prejuízo da configuração da responsabilidade solidária, nos casos previstos no art. 942 do Código Civil.
> Art. 86 - As infrações à Lei nº 9.167, de 3 de dezembro de 1980 e ao presente Regimento, segundo a sua gravidade, ensejarão as seguintes sanções:
> I - advertência;

[17] POZZO, Augusto; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada** (Lei 14.133/21), 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. RL-1.42.

> II - multa.
> § 1º - Para a caracterização da gravidade da infração, deverão ser considerados o prejuízo ou a lesão ao erário, a improbidade, a violação do interesse público, a reincidência e eventuais circunstâncias agravantes ou atenuantes.
> § 2º - A multa será aplicada por ilegalidades ou irregularidades na execução da despesa pública, pela desobediência aos prazos fixados em lei, neste Regimento ou em Instruções do Tribunal e pela prática das infrações estabelecidas nos incisos I a IV, do artigo 55, da Lei Municipal nº 9.167, de 3 de dezembro de 1980.

Vale mencionar jurisprudência do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, em que a contratação direta por dispensa emergencial foi declarada irregular em razão da emergência fabricada e, por consequência, aplicada multa aos agentes públicos:

> A C Ó R D Ã O
> Vistos, relatados englobadamente com os TCs 72.003.009-05-50, 72.001.733.06-67 e 72.004.443.06-93, e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES
> ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar irregular o Contrato 005/05-SMT.GAB, tendo em vista as seguintes impropriedades:
> a) não caracterização da situação emergencial, conforme preceitua o inciso IV do artigo 24 da Lei Federal 8.666/93, não sendo possível alegar a emergência para situação previsível, como é o caso dos autos, que trata da continuidade da prestação de serviços de transportes coletivo público de passageiros na Cidade de São Paulo, os quais já se encontravam em execução por meio da contratação emergencial 240/2004;
> b) inexistência, no processo, de planilha contendo a composição do preço contratado, contrariando o preceituado no inciso III do artigo 55 da Lei Federal 8.666/93;
> c) ausência de justificativa do valor contratado, infringindo o disposto no artigo 26, inciso III, da Lei Federal 8.666/93 e no artigo 12 do Decreto Municipal 44.279/03;
> d) constatação de que a frota, formada por um total de 368 (trezentos e sessenta e oito) veículos, atingiu a idade média de 6,44 (seis vírgula quarenta e quatro) anos, em desacordo, portanto, com o estabelecido nos itens: 4.3.9 do termo de referência e 3.10 do contrato, que estabelecem idade média máxima não superior a 5 (cinco) anos. ACORDAM, ademais, à unanimidade, em não aceitar os efeitos financeiros do ajuste. ACORDAM, ainda, à unanimidade, em razão das irregularidades verificadas, em aplicar, individualmente, aos agentes públicos responsáveis, a multa no valor de R$ 481,02 (quatrocentos e oitenta e um reais e dois centavos), nos termos do inciso II do artigo 52 da Lei Municipal 9.167/80. ACORDAM, também, à unanimidade, em determinar o envio de cópias do presente Acórdão à Câmara Municipal de São Paulo, em atendimento às solicitações feitas nos autos, bem como ao Ministério Público do Estado de São Paulo, para eventual responsabilidade civil dos agentes públicos e eventual necessidade de ressarcimento aos cofres públicos. ACORDAM, afinal, à unanimidade, após observadas as formalidades legais, em arquivar os autos.[18]

Nesse sentido, é possível concluir que, em razão das infrações citadas no presente estudo, especialmente, pela emergência fabricada em contratações

[18] SÃO PAULO (SP) Tribunal de Contas do Município. **Processo 72.003.009-05-50, 72.001.733.06-67 e 72.004.443.06- 93**, Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 10 de agosto de 2011. ANTONIO CARLOS CARUSO - Vice- Presidente no exercício da Presidência. EDSON SIMÕES – Relator

emergenciais, as avenças poderão ser julgadas irregulares, poderá ocorrer a não aceitação de seus efeitos financeiros, bem como os agentes poderão ser penalizados ao pagamento de multa e à responsabilização civil que, por consequência, poderá desencadear o ressarcimento dos valores aos cofres públicos.

Ainda, o agente público que atuou diretamente e concorreu para as irregularidades nas dispensas emergenciais, especialmente as amparadas pela emergência fabricada, poderá sofrer sanções estabelecidas pela Lei de Improbidade.

Importante destacar, que as irregularidades mencionadas nesse estudo podem configurar atos de improbidade importando em enriquecimento ilícito, lesão ao erário por ação ou omissão, bem como pela afronta direta aos princípios da administração pública.

A Lei 14.230/2021, estabelece em seu artigo 12, as hipóteses de penalidades e sanções para a prática dos atos de improbidade mencionados, *in verbis*:

> Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:
> I - na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos;
> II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos;
> III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos;

No entanto, faz-se necessário ser observado o entendimento atual da jurisprudência acerca do tema. O Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento acerca dos efeitos da condenação com base no artigo 10 da Lei de Improbidade, explicando que, antes do advento da Lei 14.230/2021, a posição majoritária determinava que a dispensa indevida configurava improbidade, em razão da presunção de prejuízo aos cofres da Administração Pública.

Posteriormente, quando da oportunidade de ter sido sancionada a nova lei e ter sido dada nova redação ao referido artigo 10, tornou-se necessária a comprovação da perda patrimonial efetiva para que possa haver condenação por improbidade. Vale ressaltar que, o ministro relator determinou que a comprovação do dano efetivo também deve haver nos casos iniciados antes da sanção da nova lei.[19]

Por fim, também é importante destacar que as irregularidades nas contratações emergenciais, especialmente as oriundas da emergência fabricada, ganharam grande

[19] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **REsp 1.929.685**, Tocantins, 2021/0086118-0, 27/08/2024, Primeira Seção, Relator Ministro Gurgel de Faria

repercussão nos meios de comunicação brasileiros, gerando sérios problemas para a Administração Pública. Esse cenário resultou em uma visão extremamente negativa da população em relação à gestão da PMSP, que passou a ser vista com desconfiança e desrespeito.[20]

Além disso, a situação levou à instauração de procedimentos no Ministério Público, ampliando o impacto da crise de confiança e prejudicando ainda mais a relação entre a administração pública e os cidadãos.[21]

Diante disso, é possível concluir que, apesar da jurisprudência majoritária admitir a contratação direta por dispensa emergencial ainda que a emergência não seja real e não estando caracterizada a imprevisibilidade, ou seja por ser a emergência fabricada, a legislação e o entendimento dos Tribunais preveem diversas consequências à Administração Pública e penalidades aos agentes públicos que participaram da contratação e execução dos serviços ou obras.

7. Atos que mitigam as consequências negativas oriundas da emergência fabricada.

Como dito, a emergência fabricada produz irregularidades nas contratações por dispensa e, a partir disso, vemos que muitos efeitos negativos são gerados tanto para a Administração Pública e para os agentes que atuam diretamente nos procedimentos.

Ocorre que, existem meios e procedimentos que podem ser adotados pela Prefeitura do Município de São Paulo, a fim de mitigar ou evitar irregularidades nas contratações emergenciais.

Primeiramente, é importante que a Administração Pública promova um planejamento detalhado e completo, a fim de que se avalie quais são as demandas e intervenções necessárias que, historicamente, se revelam como risco para a cidade de São Paulo.

Nos casos em que os elementos de imprevisibilidade não estão presentes, deve a municipalidade promover o procedimento licitatório de modo tempestivo, para que a Prefeitura não recaia, novamente, nas contratações por emergência fabricada.

Igualmente, além da necessidade de se verificar a existência real ou não da situação emergencial e estando presentes os elementos da imprevisibilidade e urgência, deve a Administração Pública promover a contratação com o objetivo de alcançar o saneamento dos riscos no menor prazo e com o objeto mais limitado possível.

Outro procedimento a ser adotado é a elaboração de relatório de vistoria (da situação emergencial) de forma mais detalhada, sem que utilize fundamentações padronizadas ou generalizadas, de modo que, efetivamente, se delimite a extensão da emergência, da urgência e do risco.

Além disso, faz-se necessária a promoção da publicidade da emergência quando da declaração da situação emergencial, com a abertura de processo SEI e, posteriormente, a elaboração de relatório técnico, de modo que seja possível o lançamento da ocorrência antes que o fiscal promova a vistoria técnica, bem como seja dado aos Órgãos de Controle o conhecimento das demandas emergenciais.

Aliás, se demonstra demasiadamente importante a elaboração de Plano de Trabalho, para que seja indicada a solução mais adequada e eficiente para a execução do

[20] Vide notícias divulgadas nos canais de comunicação: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas- noticias/2023/11/08/psol-investigacao-mp-obras-sem-licitacao-nunes-sp.htm; https://g1.globo.com/sp/sao- paulo/noticia/2024/03/05/psol-e-pt-protocolam-pedido-de-cpi-na-camara-de-sp-e-investigacao-no-mp-sobre- suspeita-de-conluio-em-contratos-de-obras-emergenciais-de-nunes.ghtml

[21] https://www.metropoles.com/sao-paulo/mpsp-apura-irregularidades-em-36-contratos-sem-licitacao-da-prefeitura

serviço, para que a situação emergencial seja resolvida e não sejam realizados quaisquer serviços além dos que são necessários.

Nesse mesmo sentido, não se pode deixar de elaborar as estimativas de custos para a execução da obra que promete sanear a situação de urgência/emergência real. Acerca do tema é a jurisprudência do Tribunal de Contas do Município de São Paulo:

> EMENTA ANÁLISE. CONTRATO. EMERGÊNCIA. ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. AMLURB. 1. **O Processo de contratação deve conter orçamento detalhado do custo global, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.** Art. 6º, IX, "f", Lei 8.666/93. 2. A execução do contrato deve ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado. Art. 67, Lei 8.666/93. 3. Os procedimentos para aplicação dos Autos de Constatação de Irregularidade Contratual devem ser realizados de forma célere e eficaz. REGULAR. DETERMINAÇÕES. 1. **Junte aos autos da contratação a planilha de quantitativos discriminados para cada item de serviço que compõe o serviço emergencial. 2. Justifique adequadamente a escolha do contratado. 3. Estabeleça com clareza e precisão as condições para a execução contratual. 4. Promova melhorias no processo de planejamento do roteiro de fiscalização da execução do contrato.** 5. Promova a reestruturação de seu quadro de pessoal ou adote tecnologias úteis para auxiliar o processo de fiscalização da execução do contrato, bem como disponibilize junto aos Agentes Fiscalizadores os equipamentos necessários para o trabalho. 6. Reveja os procedimentos para acompanhamento e aplicação dos AClCs a fim de que haja maior celeridade e eficácia na execução do contrato. 7. Apresente a este Tribunal o desconto do valor de R$ 242.231,61 na quarta medição dos serviços, referente à ADC – Avaliação de Desempenho da Contratada.[22]

Tal orientação também vale para a necessidade de realização de pesquisa de preço antes da escolha da empresa que executará os serviços, de modo que a Administração Pública tenha mais certeza da compatibilidade dos valores das propostas com os valores praticados pelo mercado, conforme artigo 75, inciso VIII, § 6º da Lei 14.133/2021.

Outra irregularidade mencionada neste estudo e apontada pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo é a concentração de empresas contratadas, ou seja, a Administração (aqui representada por SIURB) tem contratado as mesmas empresas para a execução das obras, ou empresas com o mesmo grupo societário.

Tal problema é sanado pelo disposto no artigo 75, inciso VIII da Lei 14.133/2021, em que é vedada a recontratação de empresa já contratada com base no dispositivo.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu, por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.890/DF, que a vedação prevista no artigo 75, inciso VIII da Lei 14.133/2021, é constitucional e incide nas recontratações fundamentadas nas mesmas situações de emergência ou calamidade pública e que ultrapassem o prazo de um ano.

Desse modo, o entendimento demonstra que não há impedimento da participação da empresa em procedimento licitatório que sirva como substituto da contratação direta por dispensa ou nas hipóteses em que a empresa seja contratada diretamente com base em outro fundamento legal, mesmo se se tratar de situação emergencial ou calamitosa,

---

[22] SÃO PAULO (SP) Tribunal de Contas do Município. **TC/004681/2018, TC/004683/2018 e TC/010130/2018**, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO. ACO-UTR-348/2023 45ª Sessão Ordinária Não Presencial.

com a devida observância de que haverá controle de quaisquer abusos o ilegalidades oriundas da aplicação deste dispositivo.[23]

Outrossim, deve a Administração promover melhorias nos critérios de escolha das empresas, para que sejam selecionadas apenas aquelas que possuem conhecimento técnico especializado e competência para a execução do objeto do futuro contrato, bem como devida competência econômica para arcar com a demanda.

Vale mencionar, da mesma forma, a necessidade de ser realizada, previamente, pesquisa de todos os projetos e demandas arquivadas em cada setor dos Órgãos Municipais, para que se constate antes, a existência ou não de contrato vigente que possa ser aproveitado para o saneamento da situação emergencial.

Os Órgãos também deverão se equipar de funcionários capazes de atender as demandas emergenciais, devendo, portanto, ter quantidade de fiscais suficiente para o número de contratações realizadas, a fim de que nenhuma execução seja mantida e concluída sem a devida fiscalização da administração.

Por fim, é imperioso que a Administração Pública e as empresas contratadas apresentem planejamento e cronograma bem elaborados, com o objetivo de que os prazos legais sejam cumpridos (seja de 180 dias para os contratos da Lei 8.666/93 ou 1 ano para os contratos da Lei 14.133/2021) e sejam estes suficientes para enfrentar a situação emergencial.

8.Conclusão

A partir da análise dos estudos e auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo e pela Controladoria Geral do Município de São Paulo, entre o período de 2021 e 2024, observou-se um aumento expressivo nas contratações emergenciais, impulsionando, por consequência, as irregularidades nas execuções das obras, em especial pelo uso da “emergência fabricada”.

Tais contratações, que deveriam ser justificadas por situações urgentes, de grande risco, extraordinárias e imprevisíveis, revelaram-se, na realidade, uma via para práticas de infrações nos procedimentos de contratação direta.

Nesse contexto, vemos que o Tribunal de Contas tem atuado de maneira rigorosa, na apuração das irregularidades, aplicando as devidas penalidades aos agentes públicos, como advertências e multas, na medida da gravidade dos atos, para garantir que haja observância dos preceitos legais e dos princípios que norteiam o direito, para que, ainda, os recursos públicos sejam aplicados de forma correta.

Paralelamente, a Controladoria tem desempenhado um papel fundamental no monitoramento destas mesmas irregularidades, por meio da realização de investigações e pela instauração de sindicâncias, com o objetivo de apurar as responsabilidades dos envolvidos.

Além das penalidades já mencionadas, também podemos observar que os agentes públicos envolvidos nas irregularidades poderão ser alvo de medidas ainda mais severas, conforme os ditames da Lei de Improbidade, que abrange penalidades como a perda dos bens, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil, a proibição de contratar ou receber benefícios ou incentivos fiscais.

Restou claro que, as medidas mencionadas são aplicadas com o objetivo de não apenas punir as condutas inadequadas, mas também para estabelecer um precedente

[23] BRASIL. Supremo Tribunal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.890**. Distrito Federal. Plenário. Lei 14.133-2021 artigo 75, inciso VIII, parte final. Relator Min. Cristiano Zanin. Data da sessão: 09.09.2024. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6201037. Acesso em 15 jan.2025.

importante para desestimular a ocorrência de novos casos de irregularidades no setor público.

Ademais, podemos observar que a atuação dos Órgãos de Controle Municipais tem sido importante para que a integridade dos processos seja mantida, bem como para que a gestão pública possa ser dirigida com responsabilidade e transparência, de modo que, cada vez mais, as irregularidades encontradas nos procedimentos sejam diminuídas.

Assim, esta atuação rigorosa permite que a Administração Pública possa aprimorar seus procedimentos, para que não recaia em novas irregularidades, bem como para que os princípios da legalidade, moralidade, isonomia e eficiência sejam totalmente observados.

Vale ressaltar, ainda, que existem diversas maneiras de mitigar as consequências negativas das contratações emergenciais baseadas na emergência fabricada e essas medidas devem ser adotadas pelo Município de São Paulo com o objetivo de reduzir os impactos prejudiciais tanto para a Administração, quanto para os agentes públicos e a própria sociedade.

Entre as ações implementadas, destaca-se a intensificação da fiscalização, planejamento completo e eficaz, avaliação das intervenções necessárias e históricas da cidade de São Paulo, bem como a promoção das emergências no menor prazo e com o objeto mais limitado possível.

Além disso, é importante que seja elaborado relatório de vistoria adequado e detalhado, com o objetivo de que seja feito plano de trabalho eficiente e capaz de sanear o problema da emergência, entre outras medidas que trarão mais consistência nos procedimentos realizados pela PMSP.

Além disso, o município deve investir na capacitação contínua dos agentes públicos, para que estejam mais preparados para identificar e prevenir irregularidades no momento da contratação emergencial.

Outra medida importante é a revisão e aprimoramento dos processos de análise e aprovação de contratações emergenciais, com maior rigor na avaliação das justificativas para a emergência e no monitoramento da execução dos contratos.

O Município de São Paulo deve adotar tais medidas corretivas, como a revisão de contratos considerados irregulares, a aplicação de penalidades aos responsáveis e a busca por soluções mais eficientes e transparentes para a gestão de contratações urgentes.

Essas iniciativas possibilitarão que a Administração Pública demonstre o seu compromisso em aprimorar sua gestão e a prestação de seus serviços, de modo que os direitos, interesses e segurança da população sejam sempre garantidos e preservados.

REFERÊNCIAS

BIMBATI, Ana Paula. Psol cobra investigação do MP sobre obras sem licitação de Ricardo Nunes. **Revista UOL**, São Paulo, 09 nov. 2023. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2023/11/08/psol-investigacao-mp-obras-sem-licitacao-nunes-sp.htm. Acesso em: 16 dez. 2024.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Orientação Normativa AGU nº 11, de 01 de abril de 2009**. Brasília, DF, 01 abr. 2009.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Artigo 37. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666consimpressao.htm. Acesso em: 20 dez. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Artigo 37. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 20 dez. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.929.685**, Tocantins, Processo 2021/0086118-0, Primeira Seção, Relator: Min. Gurgel de Faria, Data da sessão: 22 fev. 2024. Disponível em: https://www.google.com/search?q=https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/%3Fdocumento_tipo%3Dintegra%26documento_sequencial%3D268145217%26registro_numero%3D202100861180%26peticao_numero%3D%26publicacao_data%3D20240902%26formato%3DPDF. Acesso em: 06 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.890**, Distrito Federal, Plenário, Relator: Min. Cristiano Zanin, Data da sessão: 09 set. 2024. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6201037. Acesso em: 15 jan. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 34/2011** - Plenário, TC 006.567/2005-5, Relator: Aroldo Cedraz, Data da sessão: 19 jan. 2011. Disponível em: https://www.google.com/search?q=https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%25253A34%252520ANOACORDAO%25253A2011%252520/DTRELEVANCIA%252520desc%25252C%252520NUMACORDAOINT%252520desc/2. Acesso em: 14 jan. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1599/2011** - Plenário, TC 013.519/2005-8, Relator: Ubiratan Aguiar, Data da sessão: 15 jun. 2011. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1599%2520ANOACORDAO%253A2011%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 14 jan. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2240/2015** - Primeira Câmara, TC 019.511.2011-6, Relator: Benjamin Zymler, Data da sessão: 28 abr. 2015. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2240%2520ANOACORDAO%253A2015%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2. Acesso em: 14 jan. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1122/2017** - Plenário, TC 020.514/2014-0, Relator: Benjamin Zymler, Data da sessão: 31 maio 2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1122%2520ANOACORDAO%253A2017%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 14 jan. 2025.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** [livro eletrônico]: Lei 8.666/1993. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book. ISBN 978-85-5321-414-3.

POZZO, Augusto; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Mauricio. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada** (Lei 14.133/21). 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. (Revista dos Tribunais. P. RL-1.42). E-book.

PSOL e PT pedem CPI na Câmara de SP e investigação no MP sobre suspeita de conluio em contratos de obras emergenciais de Nunes. **G1** SP, São Paulo, 05 mar. 2024. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2024/03/05/psol-e-pt-protocolam-pedido-de-cpi-na-camara-de-sp-e-investigacao-no-mp-sobre-suspeita-de-conluio-em-contratos-de-obras-emergenciais-de-nunes.ghtml. Acesso em: 16 dez. 2024.

RIBEIRO, Bruno. MPSP apura irregularidades em 36 contratos sem licitação da Prefeitura. **Revista Metrópoles**, São Paulo, 08 mar. 2024. Disponível em: https://www.metropoles.com/sao-paulo/mpsp-apura-irregularidades-em-36-contratos-sem-licitacao-da-prefeitura. Acesso em: 16 dez. 2024.

SÃO PAULO (SP). Controladoria Geral do Município. **Processo SEI nº 6067.2024/0022265-6**. Matéria UOL Gestão Nunes ignorou descontos e pagou mais caro por obras emergenciais. 12.08.2024. Sistema Eletrônico de Informações. Disponível em: https://sei.prefeitura.sp.gov.br/sei/controlador.php?acao=procedimento_trabalhar&acao_origem=protocolo_pesquisa_rapida&id_protocolo=115892494&infra_sistema=100000100&infra_unidade_atual=110002104&infra_hash=3605540eed8590da8f008ea179182c6a9e73ff3db04ea08e7824b713d253006a. Acesso em: 15/12/2024.

SÃO PAULO (SP). **Lei Orgânica do Município de São Paulo**. São Paulo, SP, [1990]. Artigo 129. Disponível em: https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-0-de-04-de-abril-de-1990. Acesso em: 22 dez. 2024.

SÃO PAULO (SP). Tribunal de Contas do Município de São Paulo. **Processo nº 72.003.009-05-50, 72.001.733.06-67 e 72.004.443.06-93**. Plenário. Responsabilidade dos agentes públicos por irregularidades em contratação emergencial. Relator: Conselheiro Edson Simões, Data da sessão: 10 ago. 2011.

SÃO PAULO (SP). Tribunal de Contas do Município de São Paulo. **Processo SEI nº 6022.2023/0002869-0**. Ofício SSG nº 13742/2023. Relatório de auditoria extraplano. Ordem de Serviço nº 2022/01622. TC nº 005781/2022. 12 maio 2023 [dispõe sobre obras emergenciais – contratos emergenciais de obras executadas pela PMSP, por meio da SIURB, formalizados no período de agosto de 2021 até junho de 2022]. Sistema Eletrônico de Informações. Disponível em: https://www.google.com/search?q=https://sei.prefeitura.sp.gov.br/sei/controlador.php%3Facao%3Dprocedimento_trabalhar%26acao_origem%3Dprotocolo_pesquisa_rapida%26id_protocolo%3D89732464%26infra_sistema%3D100000100%26infra_unidade_atual%3D110002104%26infra_hash%3Dcfc2f3d07f679c4846c64e2f55c732dd06d0317783433d409888c86ed4783919%23. Acesso em: 15 dez. 2024.

SÃO PAULO (SP). Tribunal de Contas do Município de São Paulo. **TC/004681/2018, TC/004683/2018 e TC/010130/2018.** 45ª Sessão Ordinária Não Presencial. O Processo de contratação deve conter orçamento detalhado do custo global, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados. Relator: Conselheiro João Antonio, Data da sessão: 26 jul. 2023.

A concessão de uso especial para fins de moradia como instrumento da política urbana

The special concession of use for housing as an instrument of urban policy

Daniel Araújo de Assis[1]

RESUMO

Este artigo explora a concessão de uso especial para fins de moradia como instrumento vital na política urbana do Brasil, visando abordar a problemática habitacional. A análise inclui a legislação, doutrina, dados e estatísticas públicas, jurisprudência pertinentes e a dinâmica factual dos assentamentos informais, com ênfase na implementação de políticas públicas eficientes para a regularização fundiária. Distingue a usucapião da CUEM, destacando a relevância desta última em contextos urbanos, particularmente na Cidade de São Paulo. Propõe ainda a exploração de outras aplicações práticas da CUEM, além de uma reflexão sobre como tais iniciativas podem efetivar a política urbana em andamento no Brasil, assegurando o direito à moradia digna e integrando habitantes de áreas informais ao tecido urbano de maneira legal e socialmente responsável.

Palavras-chave: cidade; moradia; política pública; regularização fundiária; concessão de uso.

ABSTRACT

This article investigates the special concession of use for housing purposes as a crucial tool in Brazil's urban policy, addressing housing issues. The analysis encompasses legislation, doctrine, public data and statistics, relevant precedents, and the factual dynamics of informal settlements, with a focus on implementing efficient public policies for land regularization. It differentiates between acquisitive prescription and concession of use, underscoring the latter's importance in urban contexts, especially in São Paulo City. The paper further explores other practical applications of the concession, reflecting on how such initiatives can actualize ongoing urban policy in Brazil, ensuring the right to dignified housing and integrating residents of informal areas into the urban fabric in a legal and socially responsible manner.

Keywords: city; public policy; land regularization; concession of use.

1 Introdução

> *Pode haver uma janela alta de onde eu veja o céu e o mar, mas deve haver um canto bem sossegado em que eu possa ficar sozinho, quieto, pensando minhas coisas, um canto sossegado onde um dia eu possa morrer.*[2]

[1] Residente Jurídico do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, alocado no Departamento de Defesa do Meio Ambiente e do Patrimônio – DEMAP (2022-2025). Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista (MBA) em Gestão e Inovação pela Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: daniel.araujo.assis@gmail.com

[2] Durante sua aula magna sobre “o direito à moradia”, ministrada na abertura do semestre letivo de 2000

A problemática habitacional no Brasil, em sua essência, constitui uma questão estrutural de significativa gravidade: cerca de 45 milhões de indivíduos residem em condições habitacionais precárias[3]-[4] (IBGE, 2020, p. 76), enquanto outros 280 mil não têm sequer um teto para se abrigar (IPEA, 2022). Um caminho natural para indivíduos nessa situação de vulnerabilidade socioeconômica é a ocupação de terrenos nas periferias das grandes cidades, onde o custo de vida é notadamente mais baixo (CHAGAS, 2007, p. 43). Nesses terrenos periféricos, ao largo do olhar da sociedade e do vigiar da segurança pública, famílias se assentam em terrenos desocupados ou negligenciados, onde, marginalizadas, fincam ânimo de moradia, impulsionadas pela necessidade de tudo e pela falta de alternativas.

Esses assentamentos[5], marcados pela irregularidade fundiária, atingem mesmo os imóveis propriedade do Estado. Por vezes avassaladora, essa ocupação desenfreada do território urbano reflete a urgência e complexidade dos problemas habitacionais nas metrópoles brasileiras desde o marcante êxodo rural (CHAGAS, 2007, p. 18). De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2020), em Belém (PA) e Manaus (AM), mais da metade dos domicílios estão em aglomerados subnormais, com 55,5% e 53,3% respectivamente. Salvador (BA) tem 41,8% de suas habitações nessas condições. Embora São Paulo e Rio de Janeiro tenham menos de 20% de domicílios em aglomerados subnormais, em números absolutos, lideram: Rio tem 453.571 e São Paulo 529.921 domicílios nessas áreas.

A propensão para a ocupação dessas áreas periféricas é fomentada pela pobreza[6] das famílias, incapazes de suportar os custos dos alugueres em bairros mais bem estruturados ou mesmo de ali adquirir uma moradia. Em grandes centros urbanos, os preços no setor imobiliário atingem patamares proibitivos para a maior parte da população (VIANA, 2000, p. 549; CHAGAS, 2007; SCHREIBER, 2014; CASTELANI; KRUSE, 2023). A informação sobre novas ocupações em zonas periféricas se dissemina, percebida por muitos como uma janela para uma vida melhor.[7]

---

na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o Prof. Rui Geraldo resgatou esse exato trecho da crônica "A Casa", de Rubem Braga. Destaca um profundo sentimento de solidariedade, tornando a leitura de ambos – a crônica e a aula – altamente recomendada.

[3] De acordo com a Síntese dos Indicadores Sociais (IBGE, 2020), são consideradas habitações precárias aquelas que apresentam características como: construção com restos de madeira, ausência de banheiro, situações em que as famílias despendem mais de 30% da renda com aluguel, falta de documento de posse ou propriedade, e locais onde mais de três pessoas compartilham o mesmo quarto.

[4] Em 2019, 21,6% da população brasileira, ou seja, cerca de 45,2 milhões de pessoas em 14,2 milhões de domicílios, viviam em condições de inadequação domiciliar. Esse índice sobe para 43,2% entre aqueles com renda domiciliar per capita inferior a US$ 5,50 PPC por dia, e é ainda mais acentuado para quem vive com menos de US$ 1,90 PPC por dia (IBGE, 2020).

[5] A definição dessas áreas, para o IBGE, é dita como "aglomerados subnormais" desde meados da década de 1980: "ocupações irregulares de terrenos para fins de habitação em áreas urbanas e que, em geral, são caracterizados por um padrão urbanístico irregular, carência de serviços públicos básicos e localização em áreas restritas à ocupação". Em evento recente, a fundação promoveu uma audiência pública para substituição do termo para adequação fática e metodológica, propondo o termo "favelas e assentamentos populares", a significar "territórios urbanos originados das diversas estratégias utilizadas pelas camadas populares para viabilizar, geralmente de forma autônoma, suas necessidades de moradia e usos associados (comércio, serviços, lazer, cultura, entre outros), diante da insuficiência e inadequação das políticas públicas e investimentos privados dirigidas à garantia do direito à cidade" (IBGE, 2023). A alteração segue em revisão.

[6] Segundo a acepção adotada para este trabalho, pobreza "não pode ser definida apenas em termos de níveis materiais de sobrevivência, mas tem de considerar aqueles indivíduos que, apesar de conseguirem sobreviver acima do mínimo, não tem acesso aos mais importantes benefícios das sociedades urbanas modernas, como educação, saneamento básico, saúde, cultura e integração social" (MARQUES; TORRES, 2005, p. 40).

[7] A fonte mais confiável e científica para essas informações reside na prática jurídica relacionada a

Nesses locais, aliás, ainda que existam áreas públicas, é comum a ausência de atuação efetiva do Poder Público. Os municípios, diante de suas intrincadas políticas públicas, frequentemente carecem de recursos para atender aos moradores de regiões distantes, periféricas, ou simplesmente negligenciadas devido ao seu risco, inacessibilidade ou limitado potencial de aproveitamento. A infraestrutura presente nos centros urbanos, já muitas vezes deficiente, tende a ser inexistente em suas zonas periféricas (VIANA, 2000, p. 550).

O direito à moradia é reconhecidamente de natureza humana e fundamental, afinal integra o espectro dos direitos sociais articulados no art. 6º da Constituição Federal (CF) e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, como consta de seu art. 11, §1º.[8] Daí, portanto, decorre sua imediata cogência e aplicabilidade, tal qual dispõe o art. 5º, §1º, da Constituição[9] (PIOVESAN, 2013, p. 143). A despeito das décadas transcorridas desde essas declarações, a realidade social mostra-se persistentemente desafiadora, agravada pelo significativo crescimento populacional do último século.

A exigência para que o Estado intensifique seus esforços na concretização de direitos dessa envergadura é incontestável, e consta do art. 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 – ratificada pelo Brasil em 1992 –,[10] que impõe ao signatário o dever de promover o desenvolvimento progressivo de sua sociedade, incluindo a efetivação dos direitos sociais, dentre os quais se destaca o direito à moradia.

Nesse contexto, surge a regularização fundiária urbana, delineada pelo art. 10 da Lei nº 13.465/2017, que visa a organização de núcleos urbanos informais, melhorando condições urbanísticas e ambientais, e a criação de unidades imobiliárias com direitos reais para os ocupantes. Seus objetivos incluem ampliar o acesso à terra urbanizada para a população de baixa renda, promover a integração social e econômica, incentivar soluções extrajudiciais de conflitos, garantir moradia digna, assegurar a função social da propriedade, eficiência no uso do solo, e prevenir novos assentamentos informais. Esta iniciativa representa um exemplo paradigmático de como o direito se adapta à realidade fática que se propõe a regular: é sobre um Estado que abandonou um discurso abstencionista, programático e impeditivo para adotar um compromisso com a solução do seu problema habitacional (VIANA, 2000, p. 544-545).

---

interditos possessórios e ações civis públicas. As narrativas apresentadas nesses contextos são consistentemente alinhadas ao relatar a propagação de informações sobre novos assentamentos em processo de ocupação em áreas específicas da cidade, atraindo potenciais interessados. Ademais, observa-se em certos casos a emergência de líderes, frequentemente entre os primeiros ocupantes, que instituem a cobrança de aluguéis daqueles que decidem residir no local. O Prof. Rui Geraldo (2000, p. 548) compartilha desses fatos.

[8] Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. (BRASIL, 1992a).

[9] Diz o art. 5º, §1º, CF, que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

[10] O citado dispositivo encontra-se no "Capítulo III", que trata dos "Direitos Econômicos, Sociais e Culturais", *in verbis*: "Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados (BRASIL, 1992b).

Isso implica, necessariamente, a implementação de uma política eficaz de desenvolvimento urbano e habitação. O direito à moradia, entrelaçado ao direito à cidade e ao desenvolvimento sustentável,[11] é parte integrante da política urbana oficial do Estado brasileiro. Este enfoque é respaldado pelos arts. 182 e 183 da Constituição, que abordam o direito à legitimação da posse urbana, como parte da solução habitacional, tanto em propriedades privadas quanto em áreas públicas – sendo este último o foco principal desta análise. Este é o tema central a ser explorado aqui. E como a concessão de uso especial pode ajudar?

A ideia de se debruçar sobre esse trabalho emergiu de uma análise criteriosa sobre as ferramentas jurídicas e políticas disponíveis ao Estado, já contempladas na legislação, para enfrentar o desafio estrutural do acesso à moradia – que, pela sua magnitude, exige um esforço político considerável. Dentro deste contexto, destaca-se a concessão de uso especial para fins de moradia como um mecanismo vital para a regularização fundiária urbana: de que maneira esse instrumento pode ser eficaz? E como seu emprego pode ser otimizado? O propósito deste ensaio é duplo: refletir e constranger (STRECK, 2020) - incitando, disseminando conhecimento e sensibilizando os envolvidos na política urbana, seja em execução, seja em direção.

Portanto, não há aqui uma pretensão de esgotamento do tema – que em poucas páginas não caberiam, diante da multiplicidade de questões práticas e subjetivas que o direito à moradia e a política afeta podem levantar. Houve, sim, um estudo dedicado e dirigido à utilização da concessão de uso especial para fins de moradia de forma otimizada e com vistas à concretização dos preceitos constitucionais e convencionais. E para isso, recorreu-se à legislação correlata, à doutrina sapiente, aos dados e estatísticas públicas e ao letrado entendimento jurisprudencial para uma pesquisa documental indireta, bibliográfica e documental, descritiva quanto ao objetivo, de finalidade básica aplicada, qualitativa quanto à abordagem e de método dialético.

2 Sobre a MP n. 2.220/2001: o que é *essa* concessão de uso especial para fins de moradia

Como resposta aos mandamentos constitucionais e convencionais para mitigar esse problema estrutural, a União Federal, por intermédio do Presidente da República e com a ratificação do Congresso Nacional, promulgou a Medida Provisória (MP) nº 2.220/2001. Esta "dispõe sobre a concessão de uso especial para fins de moradia [CUEM] conforme o §1º do art. 183 da Constituição [...] e dá outras medidas".

Se o título de domínio previsto no art. 183, §1º, da Constituição Federal[12] está regulado pela Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade [EC], arts. 9º e 10), a concessão de uso, prevista na mesma regra constitucional, foi perfectibilizada pelo advento da MP nº 2.220/2001. Se a ocupação ocorrer em área privada, estar-se-á pleiteando uma usucapião[13] especial urbana; se em área pública, uma concessão de uso. Logo, foram reguladas de maneira integrada pelo Estatuto da Cidade, apesar do veto presidencial à

[11] Segundo o art. 2º, I, do Estatuto da Cidade: "A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: (*i*) garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações" (BRASIL, 2001a).

[12] Art. 183. [...] §1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. §2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. §3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

[13] A usucapião, instituto de origem romana, provém do latim *usucapio*, que se traduz como *adquirir pelo uso*.

Seção VI[14], destinada a tratar especificamente da segunda (BRASIL, 2001c). Concessão de uso, portanto, não se confunde com a usucapião – uma diferenciação conceitual, aliás, que reverbera pelo próprio direito a ser adquirido.

Segundo a preleção de Rubens Limongi França (1971, p. 114-115), a aquisição originária de propriedade e de direitos reais pode ser efetivada através da usucapião, um mecanismo jurídico que transcende a mera posse, concedendo ao possuidor uma gama de poderes sobre o bem, que incluem o uso, a fruição, a disposição e a reivindicação. Esses poderes são manifestações do direito real, variando em amplitude, desde a integralidade na propriedade e na laje até restrições em situações como habitação, uso e usufruto (Silvestre, 2020).

No âmbito da usucapião, Lafayette (1956, p. 169) destaca que o indivíduo que a reivindica (usucapiente) adquire a propriedade, ao passo que o proprietário registrado anterior (usucapido) perde de forma irrevogável seus direitos sobre o bem, incluindo o domínio. Essa transferência de propriedade acontece após o transcurso de um período específico, o que leva a usucapião a ser frequentemente descrita como prescrição aquisitiva (MONTEIRO, 2014, p. 125).

A concessão de uso, a seu turno, não trata da aquisição de propriedade (AGUIAR; BORBA, 2006, p. 159). Aliás, o mesmo art. 183, §1º, da Constituição Federal, ao estipular o direito ao título de domínio e à concessão de uso àqueles que cumprirem os requisitos estabelecidos no *caput*, prescreve em seu §3º que "os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião".[15] A normativa constitucional exclui a possibilidade de aquisição de propriedades públicas pelo decurso do tempo. Diante dessa realidade, a única alternativa para conciliar a permanência de ocupantes em terras públicas com a manutenção do domínio estatal é a outorga de uso.

A adoção de formas precárias de outorga, como a autorização ou permissão de uso, não seria adequada para oferecer estabilidade aos ocupantes, razão pela qual o legislador optou pela concessão de uso como mecanismo mais apropriado – escolha que visa proporcionar maior previsibilidade e segurança jurídica aos ocupantes, alinhando-se também ao direito à moradia e à dignidade humana. A concessão de uso é, ao lado da usucapião e demais formas de direito, meio de concretização da função social da propriedade (TEPEDINO; SCHREIBER, 2000, p. 43).[16]

Logo, a CUEM pode ser conceituada como um ato administrativo negocial vinculado, através do qual o Estado outorga ao cidadão o direito de residir em um terreno público conforme condições previamente impostas.[17] Formalizado por meio de um

---

[14] De acordo com o veto presidencial à Seção VI, compreendendo os arts. 15 a 20 do Estatuto da Cidade: "O instituto jurídico da concessão de uso especial para fins de moradia em áreas públicas é um importante instru-mento para propiciar segurança da posse – fundamento do direito à moradia – a milhões de moradores de favelas e loteamentos irregulares. Algumas imprecisões do projeto de lei trazem, no entanto, riscos à aplicação desse instrumento inovador, contrariando o interesse público" (BRASIL, 2001c).

[15] Expandindo o escopo da Constituição Federal, o Código Civil, em seu art. 102, proíbe expressamente a usucapião de todos os bens públicos, sejam móveis ou imóveis. Este entendimento é reforçado jurisprudencialmente: a Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal confirma que, desde a vigência do Código Civil, bens dominicais e outros bens públicos não podem ser adquiridos por usucapião. Além disso, conforme a Súmula 619 do Superior Tribunal de Justiça, a ocupação indevida de bem público é considerada mera detenção, de natureza precária, e não dá direito a retenção ou indenização por acessões e benfeitorias.

[16] Segundo os autores, "Delineia-se, na verdade, uma nova ordem pública, em que a tutela da propriedade privada não pode estar desvinculada da proteção de situações jurídicas não patrimoniais, com prioridade axiológica na legalidade constitucional, de modo a servir [...] de 'garantia de agasalho, casa de refúgio do cidadão'".

[17] A finalidade de uso na CUEM também pode ser comercial, a rigor do previsto pelo art. 9º da MP nº

título,[18] pode ser expedido tanto pelo Poder Executivo quanto pelo Poder Judiciário – e aqui há uma ordem de preferência legal, já que o art. 6º da MP nº 2.220/2001 é taxativo ao consignar que "o título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial". E mais: seu §1º não deixou qualquer brecha ao prescrever que a "Administração Pública terá o prazo máximo de doze meses para decidir o pedido, contado da data de seu protocolo" (BRASIL, 2001b).

A norma, contudo, apresenta uma lacuna significativa no que concerne às benfeitorias realizadas nesses imóveis. Conforme o art. 8º, a extinção do direito ocorre quando o concessionário: (*i*) utiliza o imóvel para fins diversos da moradia própria ou de sua família; ou (*ii*) adquire a propriedade ou a concessão de uso de outro imóvel, seja urbano ou rural. Neste contexto, a doutrina sugere que benfeitorias necessárias (*v.g.*, aterros) devam receber indenização pelo Poder Público (AGUIAR; BORBA, 2006, p. 168-169). Mesmo benfeitorias úteis devem ser indenizadas, a fim de evitar o enriquecimento sem causa do ente, já que a propriedade permanece com o Estado e sua valorização ocorre às expensas do concessionário.[19]

Dessa maneira, o imóvel sempre será público, afetado, neste caso, a uma finalidade essencial do Estado, que é a prestação positiva do direito à moradia.[20] Seja a concessão dada de forma individual (art. 1º) ou coletivamente (art. 2º), ela será exercida em uma área urbana não excedente a 250m², já possuída ao menos há cinco anos ininterruptos e sem qualquer oposição, desde que o(s) concessionário(s) não seja(m) proprietário(s) ou concessionário(s), a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural (BRASIL, 2001b).

Como uma exceção à regra de imprescritibilidade dos bens públicos estabelecida pelo art. 102 do Código Civil, a CUEM foi classificada como um direito real pelo art. 1.225 do Código Civil. Surge como resposta à incapacidade do Estado de utilizar ou distribuir eficientemente terras públicas, muitas vezes abandonadas ou esquecidas (TCU, 2022). Diante da necessidade crescente de alojar famílias de maneira adequada, a CUEM é uma solução prática e conjuga princípios constitucionais em favor do interesse público, equilibrando a inutilização de terras públicas com a urgente necessidade de moradia (SALLES, 2006, p. 103).[21]

2.220/2001. Tal possibilidade permite o atendimento do direito social ao trabalho (art. 6º, CF) e ao pleno desenvolvimento da pessoa humana (art. 29, DUDH) ao possibilitar que o concessionário empreenda, se autossustente e interaja com sua comunidade local, fomentando a livre iniciativa (art. 170, CF).

[18] Como direito real, a efetivação do título exige seu registro no cartório de registro de imóveis (art. 6º, §4º), via fundamental para assegurar a legalidade e a efetividade do título, o que formaliza o direito de moradia em terras públicas e viabiliza a transferência desse direito, seja por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, conforme art. 7º.

[19] Por analogia, em função do disposto no art. 4º da LINDB, aplicável o previsto no art. 18, §8º, da Lei nº 13.465/2017: "A critério da administração pública federal, exclusivamente em casos de interesse social na destinação da área, havendo desocupação voluntária, o ocupante poderá receber compensação financeira pelas benfeitorias úteis ou necessárias edificadas até a data de notificação da decisão que declarou a resolução do título de domínio ou da concessão".

[20] A rigor, importa esclarecer que a CUEM não exige prévia desafetação do bem público para titulação – no que diverge, a propósito, da concessão de direito real de uso (AGUIAR; BORBA, 2006, p. 150). Aqui se entende que, uma vez cumpridos os pressupostos e não sendo caso de aplicação das exceções contidas nos arts. 4º e 5º da MP nº 2.220/2001, o bem não poderá ser afetado a uma finalidade diversa até e se extinta a concessão.

[21] Tal qual preleciona o Des. Venício Antônio de Paula (2006, p. 103): "a Carta Maior, como não poderia deixar de ser, indicou os pontos de prioridade primária, como a saúde, educação e moradia, atrelando-os àquilo que se pode denominar de focos de prioridade secundária, ligados à melhoria coletiva da vida, que tem como uma das formas mais efetivas a obtenção de cidades e metrópoles melhor organizadas em termos de assentamento e de ocupação dos espaços urbanos".

2.1 Considerações sobre as hipóteses de realocação legalmente autorizadas

Compreender o papel do Estado como agente primordial na transformação social no âmbito habitacional implica reconhecer seu dever de diligência: não é suficiente apenas conceder o uso de terras estatais para moradia. É imperativo um exame criterioso da adequação do local do imóvel, visando prevenir riscos relacionados à defesa civil e, de interesse público particular, evitar a ocupação de áreas destinadas ao uso comum ou a outros propósitos prioritários justificáveis pelo Estado (AGUIAR; BORBA, 2006, p. 165).

No processo de elaboração do Estatuto da Cidade, a concessão de uso foi concebida sem muito esmero pelo legislador ordinário, sendo toda a seção legal destinada ao assunto vetada por contrariar o interesse público. Segundo os fundamentos do veto presidencial:

> O caput do art. 15 do projeto de lei assegura o direito à concessão de uso especial para fins de moradia àquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados situada em imóvel público. A expressão "edificação urbana" no dispositivo visaria a permitir a regularização de cortiços em imóveis públicos, que no entanto é viabilizada pela concessão a título coletivo, prevista no art. 16. Ela se presta, por outro lado, a outra leitura, que poderia gerar demandas injustificadas do direito em questão por parte de ocupantes de habitações individuais de até duzentos e cinqüenta metros quadrados de área edificada em imóvel público.
> Os arts. 15 a 20 do projeto de lei contrariam o interesse público sobretudo por não ressalvarem do direito à concessão de uso especial os imóveis públicos afetados ao uso comum do povo, como praças e ruas, assim como áreas urbanas de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental ou destinadas a obras públicas. Seria mais do que razoável, em caso de ocupação dessas áreas, possibilitar a satisfação do direito à moradia em outro local, como prevê o art. 17 em relação à ocupação de áreas de risco (BRASIL, 2021c).

Fundamentadamente, o veto presidencial se ateve a detalhes que não poderiam mesmo passar desapercebidos. É frequente que assentamentos informais se aloquem em áreas remotas da cidade que detêm risco elevado de desabamento ou inadequação para moradia humana.[22] O risco de desabamento de terras nos remonta, ainda, à possibilidade de desabamento de prédios urbanos que, sob o abandono do Poder Público e daí, sob a ocupação humana, não poderiam mesmo servir ao propósito habitacional,[23] em que pese a boa intenção do legislador.[24]

A MP nº 2.220/2001 partiu, portanto, do intuito presidencial de regular a concessão de uso para fins de moradia de forma adequada e orgânica – fez constar mensagem ao Congresso Nacional ao dizer que, em razão do veto aos arts. 15 a 20 do projeto de lei, "em reconhecimento à importância e validade do instituto da concessão de uso especial para fins de moradia, o Poder Executivo submeter[ia] sem demora ao Congresso Nacional um texto normativo que preench[eria] essa lacuna, buscando sanar as imprecisões apontadas" (BRASIL, 2001c).

[22] São muitos os fatos e muitas as notícias. Ilustrativamente, ver: Viana, 2000, p. 550; CAU/SP, 2019; MST, 2022.

[23] Há outras maneiras de aproveitar esses edifícios para igual propósito, o que será mais bem trabalhado a seguir

[24] Como o famigerado desmoronamento do edifício Wilton Paes de Almeida, de 24 andares, situado no Largo do Paiçandu, São Paulo, Capital. Ocupado por 146 famílias do Movimento Luta por Moradia Digna (LMD), o prédio foi consumido pelo fogo e desabou no pleno centro da cidade (TCU, 2022).

Sobrevindo a iniciativa do Poder Executivo, o art. 4º da MP nº 2.220/2001 tratou de consignar que "no caso de a ocupação acarretar risco à vida ou à saúde dos ocupantes, o Poder Público garantirá ao possuidor o exercício do direito [...] em outro local". O art. 5º seguinte buscou trazer ainda um rol de situações para facultar "ao Poder Público assegurar o exercício do direito [...] em outro local na hipótese de ocupação de imóvel": (*i*) de uso comum do povo; (*ii*) destinado a projeto de urbanização; (*iii*) de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais; (*iv*) reservado à construção de represas e obras congêneres; ou (*v*) situado em via de comunicação (BRASIL, 2001b).

Tal negativa, contudo, não deve passar ao largo de uma fundamentação adequada. É uma faculdade do Poder Público para *realocar* o concessionário,[25] jamais como *negativa* de titulação (SÃO PAULO, 2021).[26] Assentamentos já ocorrem em Zona Especial de Interesse Social (ZEIS), que nos termos da Lei nº 13.465/2017 é "a parcela de área urbana instituída pelo plano diretor ou definida por outra lei municipal, destinada preponderantemente à população de baixa renda e sujeita a regras específicas de parcelamento, uso e ocupação do solo" (BRASIL, 2017).

Em tais casos, não havendo medidas em curso pelo Poder Público competente a fim de efetivar a referida ZEIS que porventura contenha um assentamento irregular, não parece caber uma realocação sob a faculdade do art. 5º, II, da MP nº 2.220/2001 (SÃO PAULO, 2015).[27] Aliás, não raro, os planos diretores municipais acabam por destinar as áreas mais remotas da cidade a projetos de moradia social. Logo, admitir que o simples fato de um assentamento irregular se encontrar em uma ZEIS possa implicar a realocação do titular é afrontar a essência do direito à moradia. Mais: seria possibilitar ao Estado beneficiar-se de sua própria torpeza.

O direito à moradia integra o direito a um padrão de vida adequado. Não se resume a apenas um teto e quatro paredes, mas ao direito de toda pessoa ter acesso a um lar e a uma comunidade seguros para viver em paz, dignidade e saúde física e mental. Assentamentos irregulares dignos de tutela pela concessão de uso ali estão ao menos há cinco anos e, nesse ínterim, seus titulares e familiares angariam laços com a comunidade local que não podem ser quebrados ao bel prazer do ente público proprietário do imóvel.

---

[25] A realocação, dada como faculdade pela lei, mostra-se na verdade como dever, haja vista que as hipóteses previstas nos arts. 4º e 5º da norma possuem como objetivo salvaguardar a incolumidade física do concessionário e o interesse público contido na preservação do patrimônio público e da afetação conferida ao bem pela Administração Pública. Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP, 2023): "Ocorre que o terreno já foi alvo Termo de Compromisso celebrado entre dois empreendedores e a Administração Municipal em 1996, com promessa de regularização ambiental. [...] a área seria utilizada para criação de um conjunto habitacional, de uma creche, de uma escola de primeiro grau e de uma unidade de saúde. Nessa ordem de ideias, a área em questão seria utilizada para concretizar o direito à saúde e o direito à educação, pelo que aplicável, ainda que de forma analógica, o artigo 5º da MP 2220/01 [...]. Assim, não se pode ignorar que a ocupação em parte do terreno pode impactar na construção do superior interesse público, razão pela qual deve ser exercida em local diverso do ocupado.

[26] Segundo o TJSP (2021): "De mesmo modo, forçoso considerar que a circunstância de o lote estar inserido em potencial área de preservação permanente, por si só, não obsta de plano a pretensão porquanto a MP nº 2.220/2001 em que se assenta os autores não exclui a possibilidade de reconhecimento da concessão de uso especial para fins de moradia mesmo em se tratando de área pública ou eventual preservação permanente dada a possibilidade de realocação expressamente prevista em seu art. 5º".

[27] Havendo prova em contrário, direito assiste ao Estado. Conforme já assentado pelo TJSP (2015): "No caso dos autos, o conjunto probatório indica que o Município de São Paulo vem adotando medidas para regularização fundiária desde 2003, e, portanto, inexistente a hipótese de omissão ou grave violação ao direito de moradia para justificar a atuação do Poder Judiciário a suprir a ausência do Poder Público. 2. Desocupação de famílias em áreas de risco no local determinada pelo Município que se revela como medida adequada e necessária ao prosseguimento das políticas públicas de regularização fundiária no local [...]".

O Estado, em seu dever de diligência, é responsável pela garantia do direito em toda sua extensão (SÃO PAULO, 2023).[28]

Uma comunidade se constrói através de pessoas e cidadãos são construídos no seio de uma comunidade. Crianças e adolescentes vão à escola, ali constroem amizades e seus pais e professores, um relacionamento de confiança – o que, inclusive, possibilita um melhor acompanhamento do Estado (art. 54, §3º, ECA) e uma melhor formação para a pessoa em desenvolvimento. A família frequenta o mesmo posto de saúde e assim possibilita o acompanhamento adequado do Estado, na melhor consecução do previsto na Política Nacional de Atenção Básica (Portaria MS nº 2.488/2011).

Aqui o interesse público se apresenta, portanto, como uma espada de dois gumes: aquele que representa a vontade do Estado enquanto medida pública, de governo, no estrito interesse da Administração Pública; e aquele que concentra a própria razão de ser do Estado, em um paradigma de Estado de Direito, que deve prestar contas da soberania concedida pelo povo em troca da garantia de direitos básicos, entre eles a moradia e a dignidade da pessoa humana. O regulamento dos arts. 4º e 5º da MP nº 2.220/2001 vem para conferir garantia a ambas.

2.2 A via administrativa como medida de solução prioritária

Um cuidado essencial que vem sendo objeto de alterações sucessivas no tempo pela MP nº 2.220/2001 é a limitação temporal do prazo para obtenção do direito à concessão de uso: seu art. 1º cuida de estabelecer, hoje, o marco de 22 de dezembro de 2016 para que o titular tenha completado o prazo de cinco anos de sua posse. Antes da modificação introduzida pela Lei nº 13.465/17, este marco era o dia 30 de junho de 2001.

As razões da opção legislativa são claras: são décadas de ocupação urbana desordenada, desde o fim da escravidão, passando por decisões políticas de pouca reflexão,[29] até o êxodo rural, que acabou por multiplicar os aglomerados em área urbana. Segundo o veto presidencial às disposições abertas do EC sobre a CUEM, o diploma enviado à sanção não estabelecia "uma data-limite para a aquisição do direito à concessão de uso especial, o que torna permanente um instrumento só justificável pela necessidade imperiosa de solucionar o imenso passivo de ocupações irregulares gerado em décadas de urbanização desordenada" (BRASIL, 2001c).

Enquanto política pública, a concessão de uso pretendeu se esgotar na via administrativa, em prazo razoável, como forma de, concomitantemente, garantir ao Estado tempo suficiente para processamento adequado dos requerimentos e aliviá-lo dos encargos administrativos e jurídicos que representam assentamentos informais. Daí a preocupação presidencial à época, manifestada no veto às disposições contidas no Estatuto da Cidade:

> [...] não há no art. 18 a definição expressa de um prazo para que a Administração Pública processe os pedidos de concessão de direito de uso que, previsivelmente, virão em grande número a partir da vigência deste

[28] Nesse sentido, a jurisprudência do TJSP (2023): "[...] a transferência a outro local para exercício do direito à CUEM deve se dar respeitando a proporção econômica entre o imóvel a ser desocupado, com todas suas acessões, e o novo local onde o direito será exercido. Ademais, o novo local deverá, na medida do possível, situarse próximo aos locais de suas atividades habituais (estudos, trabalho)".

[29] A 1ª favela do Brasil, o Morro da Providência, originou-se de uma decisão de governo mal orientada, que seguiu o retorno de cerca de 10.000 soldados da Guerra de Canudos. Sem recursos para cumprir a promessa de moradias aos veteranos, o governo permitiu a construção de barracos no Morro da Providência, localizado atrás de um quartel na antiga capital do país. A denominação *favela* advém dos primeiros ocupantes, que nomearam o local em referência a um morro homônimo em Canudos, coberto pelo arbusto *favela* (NAVARRO, 2018).

> instrumento. Isto traz o risco de congestionar o Poder Judiciário com demandas que, num prazo razoável, poderiam e deveriam ser satisfeitas na instância administrativa (BRASIL, 2001c).

O Estado está obrigado à concessão do direito, mas pode fazê-lo como melhor lhe aprouver, escolha esta ligada aos ditames do ato administrativo que, na espécie, é discricionário, afinal a regulação do direito encontra-se no espectro político-administrativo (SÃO PAULO, 2015). E nessa senda, o interesse reside mesmo na regularização de assentamentos informais pela via administrativa. Vislumbra-se que a questão não se restringe à preocupação do que e do quanto a CUEM poderia vir a assoberbar o Poder Judiciário – o que é legítimo, *per se*. Sobretudo, é lançar as bases da concessão de uso sob a competência de deliberação do Poder Executivo respeita a competência constitucional que este detém sobre a administração de bens do Estado e a capacidade mais bem detida de gerir seus próprios bens (MONTESQUIEU, 2000, p. 172).[30]

Daí decorre a defesa da tese que se trata a concessão de uso de mais uma das exceções admitidas à inafastabilidade do Poder Judiciário. Em que pese a literalidade da restrição constitucionalmente prevista – igualmente contida no direito internacional [31]– o Supremo Tribunal Federal admite o estabelecimento de balizas excepcionais à regra quando há risco de comprometimento do próprio direito, das estruturas e das entidades competentes no Estado para garanti-lo. Aqui se trata da acomodação com outros valores constitucionalmente relevantes.[32] O acesso à justiça não está sendo negado, mas o interesse de agir ganha posição de relevo.

A questão maior é que cabe ao Poder Judiciário a reparação à lesão de direito ou mesmo à sua simples ameaça. Entretanto, relegar aos magistrados a tarefa de determinarem a concessão dessa espécie de direito é, no mínimo, imprudente.[33] Não lhes falta capacidade, é claro, mas sim um entendimento profundo e detalhado do acervo de bens e políticas públicas conduzidas pelos entes federativos nas variadas esferas de poder. Essa condição mais bem detida pelo Poder Executivo, em seu poder de governo, é crucial para que a Administração Pública não seja colocada em uma posição de constante realocação de recursos (SEIXAS, 2013, p. 17).[34]

No contexto dos direitos à prestação, a responsabilidade primordial recai sobre o Estado, sob diversas formas: cabe ao legislador estabelecer as metas prioritárias e formular políticas públicas; ao governante, a responsabilidade pela proposta,

---

[30] Segundo o Barão de La Brède e de Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, magistrado de 1714 a 1726, o Poder Executivo "deve estar nas mãos de um monarca [prefeito], porque esta parte do governo, que precisa quase sempre de uma ação mais instantânea, é mais bem administrada por um do que por vários".

[31] Por sua vez, o art. 8º da DUDH, dispõe que "todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei".

[32] Como ocorre em outras matérias, *v.g.*, direito desportivo, requerimento previdenciário, indenização de seguro DPVAT, ato administrativo que contrarie súmula vinculante e *habeas data*.

[33] Imprudente porque a oportunidade de deliberação e tomada acertada de decisão, conforme o ordenamento jurídico, é dada primeiramente ao Poder Executivo que, no poder de governo e administração dos bens públicos, tem a competência e capacidade necessárias à melhor consecução do interesse público. Deixar a decisão a outro agente político, distante do centro de planejamento, administração e tomada de decisões incumbidas ao governo acaba por ser, definitivamente, uma patente manifestação de imprudência e incompetência política.

[34] Como aponta a autora, "para atender aos ideais do Estado Social, a atuação governamental precisa ser racional e planejada, algo alcançado através da formulação e execução de políticas públicas". A efetivação dessas políticas públicas está atrelada a uma gama de processos administrativos, legislativos e orçamentários, intercalados com a discricionariedade do governante e do legislador.

implementação e execução dessas políticas; e aos juízes, a tarefa de supervisionar a legalidade dessas ações. Isso implica que o Estado, como entidade social e democrática de direito, deve envidar esforços para fornecer serviços públicos necessários e apropriados a atingir os objetivos fundamentais estabelecidos pela Constituição e, por extensão, promover o desenvolvimento da dignidade humana.

Quando o direito à moradia é entendido como inclusivo do direito à infraestrutura básica e digna, cada decisão judicial que reconhece o direito à CUEM implica que o ente federativo proprietário do imóvel assegure a presença dessa infraestrutura essencial no local. Frequentemente, essa condição não é atendida ou não se realiza em um prazo aceitável. A falha ou omissão do Poder Público nesse aspecto acarreta diversas consequências, todas passíveis de reclamação pela via da ação civil pública, a qual o Ministério Público, por sua função institucional, sempre lança mão, sem prejuízo das ações de outros atores políticos e da sociedade civil (DUARTE, 2013, p. 33).[35] Assim, problemas não resolvidos ou mal administrados se acumulam, comprometendo uma concretização efetiva da política urbana.

O governante se vê apenas resolvendo problemas e prioridades estabelecidas por outros poderes que, originalmente destituídos da condução dessas políticas, acabam obrigados a tanto por imposição legal. Políticas públicas inexistem nesse contexto, seja em razão do orçamento limitado para tantas necessidades e determinações judiciais concomitantes, seja pela destinação de uma quantia voluptuosa do orçamento para regularizações não previstas originalmente nas leis orçamentárias e no plano diretor. Essa é a realidade de muitos entes brasileiros.

Da interpretação literal do art. 6º da MP nº 2.220/2001 se extrai, portanto, que "o título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial" (BRASIL, 2001b). Somada à interpretação histórica, expressa pelo veto presidencial ao Estatuto da Cidade, não há dúvidas de que, se ajuizada a respectiva ação sem requerimento prévio do ente competente, faltará interesse de agir e seu desfecho será a extinção.[36 - 37]

3 O que é uma política pública?

Para abordar a ideia do direito à concessão de uso enquanto política pública, cabe trazer alguns conceitos da doutrina. Para Ronald Dworkin (2002, p. 36) política pública são padrões que estipulam metas a serem atingidas visando aprimoramentos em esferas econômicas, políticas ou sociais da comunidade. Segundo ele, se "princípios são proposições que descrevem direitos, políticas (policies) são proposições que descrevem objetivos".

Fábio Comparato (1998, p. 4), por sua vez, encara a política pública como uma atividade que, originalmente derivada da teoria empresarial, agora se aplica também no

[35] Cuida-se da etapa de fiscalização e controle do ciclo das políticas públicas.

[36] Nessa senda, o seguinte julgado do TJSP (2018): "Indeferimento da inicial. Extinção da ação com fundamento no artigo 485, I e VI, do CPC. Recurso dos autores buscando a anulação da sentença e o prosseguimento do feito. Inviabilidade. Hipótese em que os autores não comprovaram o prévio requerimento administrativo. Exigência prevista no artigo 6º, da Medida Provisória 2.220/01. Pedido subsidiário, ademais, que improcede, na medida em que é ao Poder Público que cabe verificar se os autores preenchem os requisitos necessários à inserção em programa social de habitação. Recurso improvido".

[37] Ponto de atenção: não se deve encerrar processos arbitrariamente com base nessa exceção. Conforme já deci-dido pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.240/MG, não é exigido requerimento adminis-trativo prévio se a administração for consistentemente contrária às reivindicações do titular (BRASIL, 2014).

setor governamental. A concebe como “um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado” e enfatiza que, enquanto este conjunto, a política pública é unificada pela finalidade que busca alcançar.

Já para Maria Paula Dallari (2002, p. 39), política pública é um programa de ação governamental que emerge de uma série de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – objetivando a coordenação dos meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a concretização de metas socialmente relevantes e politicamente definidas.

Uma política adquire sua real natureza pública quando se harmoniza com os interesses coletivos, evitando favorecer interesses particulares ou negligenciar os que necessitam de proteção, mas sim materializando as expectativas sociais. A essência pública de uma política transcende seu conteúdo, manifestando-se também em seu processo de formulação, que deve ser inclusivo e transparente, engajando todos os interessados, afetados direta ou indiretamente. Tal abertura assegura a clareza e a transparência das posições em jogo (BUCCI, 2002, p. 269).

No âmbito da ciência política, Celina Souza (2006, p. 25-26) aborda a complexa tarefa de definir política pública, enfatizando a ausência de uma explicação única ou absoluta para este conceito. Várias definições têm sido propostas por estudiosos: Mead (1995) vê a política pública como um campo dentro dos estudos políticos que examina as ações governamentais em relação a grandes questões públicas. Lynn (1980) a conceitua como um conjunto específico de ações governamentais projetadas para gerar efeitos particulares.

Por outra via, Peters (1986) descreve a política pública como o agregado das atividades governamentais, realizadas diretamente ou por delegação, que afetam a vida dos cidadãos. Dye (1984) oferece uma definição mais concisa, descrevendo política pública como “as decisões do governo sobre o que fazer ou não fazer”. Segundo Celina, a perspectiva mais amplamente aceita é a de Laswell, que entende a política pública como decisões e análises que buscam responder às questões de quem ganha o quê, por que e qual a diferença que isso faz.

Para a ciência política, portanto, a política pública pode ser resumida como uma área do conhecimento que se dedica a ativar o governo e/ou analisar essa ativação (variável independente), propondo, quando necessário, alterações na direção ou na abordagem dessas ações (variável dependente).[38] Em essência, o processo de formulação de política pública é o meio pelo qual os governos convertem seus objetivos em programas e ações concretas, que, por sua vez, gerarão os resultados ou as mudanças desejadas no mundo real (SOUZA, 2006, p. 26).

Gianpaolo Poggio (2013, p. 12) enfatiza o papel crucial da política pública na criação de condições para que os cidadãos experimentem liberdade real, igualdade substancial e, consequentemente, dignidade humana, ao afirmar que elas são instrumentos importantes para a concretização dos direitos fundamentais. Exigem proatividade da Administração Pública, dos órgãos e poderes do Estado na sua consecução. E arremata: “as políticas públicas têm sua legitimidade e eficiência ao garantir a efetivação da cidadania no Estado Constitucional”.

Para cumprir com os mandatos constitucionais e garantir a concretização dos direitos fundamentais, o Estado deve orientar sua gestão governamental para o

[38] O ciclo das políticas públicas envolve cinco estágios: (*i*) construção de agenda; (*ii*) formulação da política; (*iii*) processo decisório; (*iv*) implementação; e (*v*) avaliação. Segundo Roberto Wöhlke (2016, p. 72), “uma vez delimitada a política pública, com a decisão tomada, com os recursos disponíveis e com o desenho institucional elaborado, de modo lógico, os insumos se transformam em ações”.

desenvolvimento de políticas públicas com foco no coletivo. Maria Paula Dallari (2002, p. 97) ressalta a importância de entender a política pública como uma força primordial que se manifesta através do governo e adquire forma institucional no direito estatal, o que enfatiza a relevância de uma abordagem jurídica nas políticas públicas apta a estabelecer o arcabouço institucional para a sua implementação. É um processo que requer sinergia entre o legislador, o governo (em sua função política) e a Administração Pública (no aspecto burocrático).

Dessa forma, se uma política pública não estiver atingindo seu objetivo de efetivar direitos, ela pode ser sujeita ao controle judicial por meio de ações coletivas. Inspiradas nas *class actions* do sistema jurídico norte-americano, essas ações possuem um amplo alcance mandamental e executivo e são utilizadas para resolver conflitos relacionados a direitos estruturados em políticas públicas (BUCCI, 2002, p. 31).

4 Como a concessão de uso especial para fins de moradia pode servir à política urbana

A concessão de uso deve ser entendida não somente como um direito, mas também como um dever do Estado. Concebida como uma estratégia para regularização fundiária urbana, foi alçada ao patamar de direito subjetivo. Esta dualidade implica – e de fato, exige – que o Poder Público assuma um papel proativo, munido da obrigação de assegurar condições mínimas de dignidade e moradia, tornando-se o agente principal da transformação.

O direito à moradia no Brasil é visto com reticência, dado por alguns como norma programática, que traz em seu conteúdo um direito social cujas condições de garantia do Estado são mínimas e inexistentes (VIANA, 2000, p. 545). É medida de eficiência gerencial pois trata da utilização proveitosa de bens públicos, afinal a CUEM, em sentido estrito, é dada gratuitamente uma vez preenchidos os seus pressupostos – e neles está uma posse não contestada há, no mínimo, cinco anos. Para ajudar, a lei veiculou limites temporais para sua concretização: hoje, só é titular do direito aquele que se assentou em área pública ao menos até 22 de dezembro de 2011. Hoje é 2024 e muitas áreas públicas permanecem irregularmente ocupadas, cuja posse não demorará a originar novos direitos advindos de uma superveniente atualização legislativa.

O Estado precisa tomar controle de seu papel de administração e governo: áreas ocupadas após o período legal podem, desde já, serem objeto de avaliação e retomadas judicialmente, designadas para seus objetivos previamente delineados no plano diretor vigente. Para isso, contudo, é preciso vontade – alguns dirão política, com o que não se pode concordar, ao menos completamente. É preciso vontade política para veicular regras que obriguem a Administração Pública a montar equipes efetivas de avaliação de áreas públicas ocupadas, é fato, atribuindo igual dever à regularização destas, seja para reconhecer o direito à CUEM aos cidadãos ali assentados, seja para recuperar o direito à posse e executar a política urbana de maneira decididamente mais controlada (VIANA, 2000, p. 551).

Não há defesa, aliás, para o ente que, a partir da veiculação de tais regras, permaneça inerte em concretizá-las: a omissão no exercício da função pública é punida administrativamente e o Judiciário concretizará a satisfação do direito. A vontade necessária, a partir de então, não é mais política. Uma vez definido um grupo de trabalho e regras responsáveis, a política pública poderá ser dita integralizada, passível de controle irrestrito pelos órgãos competentes e pela sociedade civil, cuja vigilância incessante encontrará ainda falhas sobre as quais se debruçar,[39] mas diminutas e de ônus

[39] Como a avaliação em todo o processo é executada por humanos, naturalmente está sujeita a erros, que

consideravelmente menores, cujas consequências terão impacto mínimo na política urbana já em execução.

No Município de São Paulo, a título ilustrativo, a CUEM foi regulada pelo Decreto nº 49.498/2008 que, por sua vez, responde à desafetação de áreas públicas de uso comum do povo que, uma vez ocupadas por assentamentos informais, foram destinadas a programas habitacionais à população vulnerável pela Lei nº 14.665/2008. Espelhando a legislação nacional, expedida pela União no exercício de sua competência prevista no art. 21, XX, da CF, a lei municipal autoriza o Executivo a "outorgar concessão de uso especial para fins de moradia, prevista na Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, ou concessão de direito real de uso [CDRU] aos ocupantes dos imóveis públicos de que trata esta lei" (SÃO PAULO, 2008).

Percebe-se, portanto, que a execução da política pública habitacional no Município de São Paulo recebe atenção legislativa adequada, tratando de conferir mesmo a CDRU para aqueles que ocuparem as áreas para esse fim destinadas, independentemente de qualquer requisito. O decreto municipal trata ainda de estruturar uma equipe de trabalho para analisar ocupações vigentes e dar-lhes a solução jurídica competente:

> Art. 27 Compete à Superintendência de Habitação Popular conduzir os estudos de viabilidade referentes à regularização urbanística e fundiária de áreas públicas municipais ocupadas por habitações de população de baixa renda, visando a outorga de concessão de uso especial para fins de moradia, de concessão de direito real de uso e de autorização de uso para fins comerciais, institucionais e de serviços.
> § 1º Os estudos de viabilidade de regularização urbanística e fundiária deverão observar o preenchimento dos requisitos legais, bem como os critérios técnicos adotados pela Superintendência de Habitação Popular.
> § 2º Após a conclusão dos estudos, havendo viabilidade e interesse público, a Superintendência de Habitação Popular emitirá parecer favorável à regularização fundiária da ocupação, devendo providenciar a inclusão da área em seus registros para futuramente integrar o Programa de Regularização Urbanística e Fundiária, conforme os critérios de conveniência e oportunidade da Administração Municipal.
> § 3º Parecer favorável da Superintendência de Habitação Popular poderá ensejar a suspensão de eventuais ações possessórias em andamento ou, ainda, o não-ajuizamento de novas ações, mediante requerimento dirigido à Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos.
> Art. 28 A Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos deverá rever as ações judiciais em curso, que tenham por objeto as áreas relacionadas na Lei nº 13.514, de 2003, e na Lei nº 14.665, de 2008, adotando as medidas necessárias à sua suspensão, desistência ou arquivamento, nos termos do disposto no § 3º do artigo 3º da Lei nº 13.514, de 2003.
> Art. 29 Os casos omissos serão dirimidos pela Procuradoria Geral do Município, da Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos (SÃO PAULO, 2008).

Seja pela legislação respectiva, seja pelo volume de sua população vulnerável, o Município de São Paulo certamente pode ser considerado referência na consecução da política pública habitacional e de regularização fundiária urbana. Traz, a propósito, solução que merece destaque: o reconhecimento do pedido, ainda que expresso em outras ideias pelo texto legal, deve ser parte essencial da execução da política urbana em

---

serão apurados em procedimento próprio. Uma evitabilidade maior de erros poderia vir a ocorrer com o uso de tecnologia auditável, com a eliminação do trabalho de análise repetitiva. A implantação de portais eletrônicos de regularização fundiária pode ser parte da solução. Havendo vontade, muito é possível.

juízo. É fato que o texto traz apenas hipóteses de interditos possessórios movidos pelo Município, mas inclui, também nesta via, o exame detido pela Administração Municipal, no caso concreto, da titularidade de direito habitacional quando alegado em contestação,[40] evitando a litigiosidade e pavimentando o caminho para que a execução da política urbana seja satisfatória.

Esse reconhecimento, aliás, autoriza a suspensão do processo se o pleito não tiver sido previamente encaminhado à Administração Pública, que usufrui do prazo previsto pelo art. 6º, §1º, da MP nº 2.220/2001 para exame aprofundado e decisão adequada. O ideal, na verdade, caminha pela teleologia do que veicula o Decreto nº 49.498/2008, ao consignar que o órgão responsável pela regularização fundiária é o responsável por evitar o ajuizamento de novos interditos possessórios, o que evita a própria alegação do direito à CUEM em contestação. Reforça-se, assim, o papel preventivo e de constante apuração do Estado na ordenação de seu território e na prevenção de litígios.

A atuação coordenada entre órgãos, espelhada pela lei do Município de São Paulo, é outra das medidas dirigida à melhor consecução do interesse público nessa pauta, afinal esse exercício preventivo e proativo do Executivo possibilita à própria Procuradoria Municipal uma atuação mais eficiente, focada assessorar e executar no âmbito extrajudicial. Livra os advogados públicos da carga associada aos prazos e complexidades dos processos judiciais, os quais exigem um investimento significativo de tempo e recursos. Em matéria de gestão pública, significa dirigir com eficiência (PEÑA, 2008).[41]

Carlos Aguiar e Tereza Borba (2006, p. 176) ressaltam a eficácia otimizada da CUEM nas ZEIS para o aproveitamento urbano. Segundo eles, "as ZEIS, se não de imediato, mas *a posteriori*, exigem que sejam incorporadas ao patrimônio público", o que pode ser concretizado pela desapropriação direta ou indireta. Executada a medida, "a CUEM, expedida em favor dos residentes nas ZEIS, deve constituir a finalização das atividades legalizatórias e urbanísticas da área". E arrematam: a CUEM é solução que "adquire realce ímpar, quando aplicada nas ZEIS".

A ampliação ou mesmo a adoção de medidas ativas pelo Estado pode se estender pela informação da população afetada, conscientizando-os dos requisitos para concessão do direito à sua propriedade. Essa espécie de diligência é conveniente e possível através do exame apurado das áreas públicas ocupadas, mapeando-as para um controle real e efetivo do problema habitacional – e de regularização.[42] Aqui pode surgir uma preocupação de que, informada, essa população carente, carente ainda mesmo do direito à concessão e de um teto para morar, corra atrás de novas áreas públicas para nelas se assentar na esperança de se aproveitar de uma alteração legislativa superveniente, que abarque períodos de posse ulteriores.

---

[40] Assim como a usucapião pode ser alegada na contestação de interditos possessórios (Súmula 237 do STF), a concessão de uso especial para fins de moradia igualmente usufrui de tal faculdade processual, com vistas a garantir o direito subjetivo do réu que cumprir seus requisitos (art. 373, II, Código de Processo Civil).

[41] O conceito de eficiência, na visão de Peña (2008), está intrinsecamente ligado à otimização da relação entre insumos e produtos, visando maximizar a produção com o mínimo de recursos. Neste âmbito, a eficiência foca nos meios empregados para atingir determinado objetivo, e não apenas no objetivo em si. No contexto da administração pública, a eficiência é reconhecida como um dos princípios constitucionais (art. 37, CF). Ela está associada à capacidade do Estado de fornecer bens e serviços de maneira a incrementar o bem-estar social, enfatizando a importância de utilizar recursos de forma criteriosa para otimizar os benefícios à sociedade.

[42] Diretriz fundamental da *Carta Mundial do Direito à Cidade*, tal qual dispõe seus arts. VI e XVIII.

Tal preocupação, contudo, não parece legítima tendo em vista que esse controle das áreas públicas ocupadas impedirá, de forma efetiva, novos assentamentos informais dos quais se originem direitos, em razão do dever de diligência e vigilância do Poder Público competente. Quem preenche os pressupostos legais detém direito subjetivo, o qual não poderá – nem deve – ser negado. Portanto, não há empecilhos para que uma campanha de conscientização ocorra: desconhecem-se quaisquer ônus para o Estado nesse contexto. Aquele que não é titular do direito não será porque quaisquer áreas adiante ocupadas deverão – e serão – prontamente reintegradas ao patrimônio público.

De mais a mais, a CDRU pode funcionar como alternativa para famílias carentes de um lar e dos requisitos da CUEM. Uma abordagem preventiva e proativa, quando adotada pelo Executivo, deve levar em conta que a regularização de assentamentos informais legaliza situações preexistentes e cria oportunidades para a acomodação de famílias vulneráveis em novos espaços. O mesmo pode ser dito quanto à manutenção da CUEM: a eventual extinção da concessão (art. 8º) dará lugar a outros tantos espaços que também poderão ser objeto de novas acomodações, ainda que sob titulação diversa.

É crucial esclarecer que a CUEM não envolve a construção de moradias, mas a concessão de lotes já ocupados e construídos, simplificando a implementação da política urbana ao reduzir custos estatais; no espectro instrumental da política urbana, o aluguel social é uma alternativa para o aproveitamento de edifícios abandonados ou desapropriados[43] por descumprimento da função social da propriedade[44] (art. 8º, Estatuto da Cidade) – vide a idealização do *retrofit* em São Paulo (CASEFF, 2023); não suficiente, CUEM e CDRU podem ser hipotecados (art. 1.473, VIII e IX, Código Civil), o que evidencia o caráter assistencial do Estado na política e o desenvolvimento sustentável da pessoa, enquanto cidadã, e da família, enquanto núcleo de interesse para o Estado (art. 226, CF), facilitando o acesso a financiamentos para construção, reforma ou requalificação de imóveis pelo Programa Minha Casa Minha Vida, com a garantia do próprio objeto da concessão (art. 79-A , Lei nº 11.977/2009).

Adotar uma avaliação contínua das políticas públicas, mesmo durante a fase de implementação, é outra medida essencial para monitorar e realizar ajustes imediatos conforme necessário. Essa abordagem permite responder a circunstâncias específicas que emergem na prática. Uma política pública de caráter abrangente não deve negligenciar condições particulares. A avaliação constante de uma política pública pode levar a três desfechos: (*i*) a continuidade da política pública em sua forma atual; (*ii*) a modificação de aspectos práticos da política, se necessário e factível; ou (*iii*) a extinção da política pública, caso o problema público tenha sido resolvido ou a implementação se revele ineficaz ou redundante (SECCHI, 2012).

A administração eficiente desse processo é crucial para garantir o uso ótimo dos espaços urbanos, contribuindo significativamente para a mitigação dos desafios no âmbito habitacional. No contexto das políticas públicas, a questão da habitação tem sido abordada de maneira progressiva pelo ordenamento jurídico e sua execução possibilitada dentro de um prazo razoável. Com a política habitacional avançando além de seus estágios iniciais para a fase de implementação, uma avaliação positiva do processo requer a adoção de medidas corretivas imediatas. Utilizar a CUEM como parte integrante da política pública municipal representa uma abordagem alinhada com a

[43] Segundo o Censo Demográfico de 2022 produzido pelo IBGE, "imóveis particulares desocupados na cidade de São Paulo representam 12 vezes o total de pessoas em situação de rua na capital" (STABILE, 2023).

[44] Ao não conferir função social ao imóvel desapropriado em cinco anos, o prefeito incorre em improbidade administrativa (art. 52, II, Estatuto da Cidade), sem prejuízo da sanção aos demais agentes responsáveis.

legalidade e as melhores práticas de gestão pública, caracterizando-se por ser eficaz, efetiva e, consequentemente, eficiente.

5 Considerações Finais

Em linhas gerais, a concessão de uso especial para fins de moradia não é política pública *per se*, mas instrumento da política urbana (art. 4º, V, 'h', Estatuto da Cidade) que, por sua vez, tem como diretriz a garantia do direito à moradia e a regularização fundiária urbana (art. 2º, I e XIV). É alternativa do constituinte à intransponível vedação da usucapião de imóveis públicos e está à incumbência principal dos municípios brasileiros, que devem empreender esforços para concretizar os fundamentos e objetivos constitucionais.

E em termos cíclicos, essa política encontra-se já em fase de implementação: qualquer debate a respeito da (in)constitucionalidade da MP nº 2.220/2001,[45] sobre a obrigação do Estado em conferir moradia[46] e até mesmo sobre a incidência da teoria da reserva do possível[47] deve ser abandonado. As regras internas e externas são vinculantes. É fato que a realização ótima do direito à moradia no estágio de desenvolvimento atual do Estado brasileiro ainda não é possível, mas cabe aos entes federados assegurarem essa prestação positiva da melhor forma possível – cuja omissão é, de fato, inaceitável e será propriamente sanada pelos atores competentes.

Sozinha, a CUEM não é solução para o problema. Como alternativa para solução de um problema estrutural do Estado, funciona muito bem: a soberania é do povo, os bens do Estado àquele pertence e, na utilização inadequada ou pouco otimizada desses recursos, devem eles servir à consecução das garantias dadas pelo próprio Estado – e a moradia é apenas uma delas.

Os poderes estão concordes quanto à execução dessa política: a atuação do Poder Judiciário não é uma intervenção indevida ou ativismo judicial, mas sim um reflexo da ineficiência do governo frente à clareza legislativa do parlamento. A política pública foi formalizada após múltiplas demonstrações de vontade política, e qualquer resistência a ela tem resultado no mau aproveitamento de recursos. Recursos estes, aliás, que poderiam ser alocados para a garantia de moradias e cujo esperdício deve ser fiscalizado.

Implementada, a política pública entra na fase derradeira, onde várias questões emergem como objeto de avaliação: quantos municípios poderão celebrar resultados positivos? Quantos alcançaram eficácia na execução? Os espaços urbanos tornaram-se mais bem organizados e mais habitáveis? Até que ponto os objetivos foram concretizados? Será necessário realocar mais recursos? Estas e outras indagações serão respondidas ao longo dos anos. Contudo, não é preciso aguardar o final do processo para avaliar e, se necessário, corrigir o rumo da política. Uma avaliação contínua permite ajustes imediatos para garantir que o resultado seja positivo.

Uma política pública, especialmente aquela de base assistencial, sempre tem um fim (Secchi, 2012, p. 53). Basicamente pode-se falar de três causas para tanto: (*i*) quando o problema é percebido como resolvido; (*ii*) quando a política é percebida como ineficaz para resolver o problema; e (*iii*) o problema, mesmo não tendo sido resolvido, perde sua importância e sai da agenda política e do programa de governo. A maior das expectativas é a solução do problema habitacional brasileiro. É algo que efetivamente

[45] No TJSP (2013), referida inconstitucionalidade já foi analisada e reprimida pelo Órgão Especial no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0041454-43.2012.8.26.0000.
[46] A superação da tese em contrário, além do já exposto ao longo do texto, pode ser conferida em Melo, 2010.
[47] Para tanto, recomenda-se a leitura do trabalho de Ana Paula Goyos, 2016.

não parece estar perto do fim, passará ainda por tantas avaliações para necessárias adequações, mas os caminhos propostos se evidenciam muito adequados ao pretendido, especialmente na conjuntura atual.

Ter a concessão de uso especial para fins de moradia como parte da política e medida de solução pública é acreditar no seu potencial para acelerar o futuro do Estado a partir da consecução de seus princípios e objetivos fundamentais. Através de medidas básicas e postas à disposição é possível conferir ao cidadão dignidade mínima para que viva de acordo com as expectativas constitucionais e convencionais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Carlos; BORBA, Tereza. Regularização fundiária e procedimentos administrativos. *In:* ROLNIK, Raquel *et al*. **Regularização fundiária de assentamentos informais urbanos**. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2006.

BRAGA, Rubem. **200 Crônicas Escolhidas**. 17. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://bit.ly/3HaMkxl. Acesso em 1 jan. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Brasília, DF: Presidência da República, 1992a. Disponível em: http://bit.ly/37iGx5Z. Acesso em: 12 jan. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Brasília, DF: Presidência da República, 1992b. Disponível em: https://bit.ly/4aOBLxq. Acesso em: 3 dez. 2023.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Encontro Nacional de Produção, Análise e Disseminação de Informações sobre as favelas e comunidades urbanas do Brasil**. Brasília, 2023. Disponível em: https://bit.ly/3vqZgfL. Acesso em: 9 dez. 2023.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Quase dois terços das favelas estão a menos de dois quilômetros de hospitais**. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: https://bit.ly/3S0yrH4. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Síntese de indicadores sociais:** uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: https://bit.ly/47xm76y. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Estimativa da população em situação de rua no Brasil (2012-2022)**. Brasília, 2023. Disponível em: https://bit.ly/4aIEUyG. Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Brasília, DF: Presidência da República, 2001a [2022]. Disponível em: https://bit.ly/41ZnCtd. Acesso em: 3 dez. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://bit.ly/2ZARXQr. Acesso em: 6 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://bit.ly/48NDTUs. Acesso em: 3 dez. 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://bit.ly/3NXw71Y. Acesso em: 3 dez. 2023.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001**. Brasília, DF: Presidência da República, 2001b [2017]. Disponível em: https://bit.ly/3tOkN1w. Acesso em: 7 nov. 2023.

BRASIL. **Mensagem nº 730, de 10 de julho de 2001**. Brasília, DF: Presidência da República, 2001c. Disponível em: https://bit.ly/3NYDq9U. Acesso em: 28 dez. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Atenção Básica**. Portaria MS nº 2.488/2011. Brasília, 2012. Disponível em: https://bit.ly/3vv8mYU. Acesso em: 29 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **RE nº 631.240**. Relator: Min. Roberto Barroso, 10 nov. 2014. Disponível em: https://bit.ly/3RPA5ep. Acesso em: 22 dez. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Lista de alto risco da Administração Pública federal**. Brasília, 2022. Disponível em: https://bit.ly/3NZu4e6. Acesso em: 9 jan. 2024.

BROWNE, Ana Paula Goyos. **Direito à moradia e o princípio da reserva do possível**. Conteúdo Jurídico. Brasília, 11 mai. 2021. Disponível em: https://bit.ly/3TPfxFv. Acesso em: 9 jan. 2024.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CASEF, Gabriela. Soluções para moradia digna passam por retrofit e aluguel acessível. **Folha de São Paulo**, 4 out. 2023. Disponível em: https://bit.ly/3vwVu4E. Acesso em: 10 jan. 2024.

CASTELANI, Clayton; KRUSE, Tulio. Aluguel de moradia social em São Paulo enfrenta barreira de mercado. **Folha de São Paulo**, 11 jul. 2023. Disponível em: https://bit.ly/4aNWLEu. Acesso em: 10 dez. 2023.

CAU/SP. **Manifestação sobre o desabamento na comunidade de Muzema no Rio de Janeiro**. São Paulo, 2019. Disponível em: https://bit.ly/3Sd9QzS. Acesso em: 19 dez. 2023.

CHAGAS, Cassiele Arantes de Moraes. **A periferização da pobreza e da degradação sócioambiental na Região Metropolitana de São Paulo**, o caso de Francisco Morato. 2007. Dissertação (Mestrado em Planejamento Urbano e Regional) - Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: https://doi.org/10.11606/D.16.2007.tde-19032009-152622. Acesso em: 8 jan. 2024.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 35, n. 138, abr/jun, 1998.

DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLINI, Patrícia Tuma Martins (orgs.). **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRANÇA, R. L. **Manual de Direito Civil**. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

GLOBAL PLATFORM FOR THE RIGHT TO THE CITY. **Carta Mundial do Direito à Cidade**. Porto Alegre, 2005. Disponível em: https://bit.ly/48uEn1S. Acesso em: 9 jan. 2024.

MARQUES, Eduardo César; TORRES, Haroldo. **São Paulo**: segregação, pobreza e desigualdades sociais. São Paulo: Editora Senac, 2004.

MELO, Marcelo Augusto Santana. O direito à moradia e o papel do registro de imóveis na regularização fundiária. **Revista de Direito Imobiliário**, [*S.l*], v. 69, p. 9, jul. 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das coisas. v. 3. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MST. **Desabamento de ponte impede trânsito de famílias sem terra e comunidades no RS**. [*S.l*], 2022. Disponível em: https://bit.ly/3tE1PL3. Acesso em: 19 dez. 2023.

NAVARRO, Roberto. Qual foi a primeira favela do Brasil? **Revista Super Interessante**, [*S.l*], 4 jul. 2018. Disponível em: https://bit.ly/48tFSxf. Acesso em: 9 jan. 2024.

ONU. **Universal Declaration of Human Rights**. Paris, 1948. Disponível em: https://bit.ly/48u6zBU. Acesso em: 10 jan. 2024.

PEÑA, C. R. Um modelo de avaliação da eficiência da administração pública através do método análise envoltória de dados. **Revista de Administração Contemporânea**, [*S.l*], v. 12, n. 1, p. 83–106, jan. 2008. Disponível em: https://bit.ly/3Sc9Hwt. Acesso em: 9 jan. 2024.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. 6. ed. adaptação ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALLES, V. A. de P. Regularização fundiária. In: ROLNIK, Raquel *et. al*. **Regularização fundiária de assentamentos informais urbanos**. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2006.

SÃO PAULO (SP). **Decreto nº 49.498 de 16 de maio de 2008**. São Paulo, SP: Prefeitura Municipal, 2008. Disponível em: https://bit.ly/3ScjrXJ. Acesso em: 5 dez. 2023.

SÃO PAULO (SP). **Lei nº 14.665 de 8 de janeiro de 2008**. São Paulo, SP: Prefeitura Municipal, 2008. Disponível em: https://bit.ly/48E5pDI. Acesso em: 5 dez. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 0008794-36.2009.8.26.0053**. Relator: Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro, 14 mai. 2015. Disponível em: https://bit.ly/3vsKm8J. Acesso em: 19 dez. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 0043776-07.2011.8.26.0506**. Relator: Des. Francisco Bianco, 2 jun. 2023. Disponível em: https://bit.ly/3TPea9P. Acesso em: 19 dez. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 0112487-70.2008.8.26.0053**. Relator: Des. Marcelo Berthe, 20 out. 2015. Disponível em: https://bit.ly/4aTKFKe. Acesso em: 19 dez. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1003292-25.2018.8.26.0299**. Relator: Des. Sidney Romano dos Reis, 19 mai. 2021. Disponível em: https://bit.ly/4aS4cdW. Acesso em: 19 dez. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1005097-47.2018.8.26.0223**. Relator: Des. Aroldo Viotti, 24 out. 2018. Disponível em: https://bit.ly/3TVo1uK. Acesso em: 19 dez. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Arguição de Inconstitucionalidade 0041454- 43.2012.8.26.0000**. Relator: Des. José Renato Nalini, 22 mar. 2013. Disponível em: https://bit.ly/4aMP2GF. Acesso em: 19 dez. 2023.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHREIBER, Mariana. Aluguel caro pressiona deficit habitacional nas metrópoles. **BBC News Brasil**, 29 mai. 2014. Disponível em: https://bit.ly/48qw33i. Acesso em: 5 dez. 2023.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas**: conceitos, esquemas de análises, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. Usucapião coletiva. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**: São Paulo, 2020. Disponível em: https://bit.ly/3NWCu5R. Acesso em: 1 dez. 2023.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLINI, Patrícia Tuma Martins (orgs). **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, a. 8, n. 16, p. 20-45, jul/dez 2006. Disponível em: https://bit.ly/41S2d5a. Acesso em: 4 jan. 2024.

STABILE, Arthur. Censo 2022: imóveis desocupados representam 12 vezes a

população de rua da cidade de SP. **G1**, 1 set. 2023. Disponível em: https://bit.ly/3TWVYLo. Acesso em: 10 jan. 2024.

STRECK, Luis Lenio. O direito e o constrangimento epistemológico. Estado da Arte, 21 jul. 2020. São Paulo, **Estadão.** Disponível em: https://bit.ly/48vjOCC. Acesso em: 8 jan 2024.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade e legalidade constitucional. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 17, p. 41-57, ago/dez, 2000.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. O direito à moradia. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [*S. l.*], v. 95, p. 543-552, 2000. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67487. Acesso em: 8 jan. 2024.

WÖHLKE, Roberto. **Análise de políticas públicas**: o papel das instituições participativas na efetividade da Política Municipal de Assistência Social de Florianópolis no período de 2011 a 2015. Dissertação (Mestrado em Sociologia Política), Programa de Pós-graduação em Sociologia Política, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis-SC, 2016.

Arrematação Judicial e a Responsabilidade Tributária pelos Débitos de IPTU: Análise da Lei e da Jurisprudência

Fábio Wyner Portela Petri[1]

RESUMO

O objetivo deste artigo científico é analisar a eventual responsabilidade tributária pelos débitos de IPTU incidentes sobre o imóvel anteriores a arrematação em alienações judiciais. Para isso analisou-se a legislação e a jurisprudência dos tribunais superiores objetivando-se uma solução para a controvérsia acerca da responsabilidade pelos débitos tributários de IPTU e eventuais requerimentos de certidões negativas de débitos. A controvérsia, em resumo, reside na eficácia e validade do edital de leilão e suas disposições em detrimento do disposto no Código Tributário Nacional. Em síntese pacificou-se na jurisprudência das Cortes Superiores que o disposto no edital de leilão deve ser observado para apurar se há responsabilidade ou não do arrematante.

Palavras-chave: arrematação; IPTU; responsabilidade tributária.

ABSTRACT

The objective of this scientific article is to analyze the possible tax liability for property tax debts levied on the property prior to the auction in judicial alienations. To this end, the legislation and jurisprudence of the higher courts were analyzed, aiming at a solution to the controversy about the liability for IPTU tax debts and possible requests for debt clearance certificates. The controversy, in short, lies in the effectiveness and validity of the auction notice and its provisions to the detriment of the provisions of the National Tax Code. In summary, it has been settled in the jurisprudence of the Superior Courts that the provisions of the auction notice must be observed to determine whether or not there is liability of the bidder.

Keywords: auction; IPTU; tax liability.

1.Introdução

A busca pela modalidade do leilão para a aquisição de imóveis intensificou-se. Com isso, análises diferentes acerca dos prós e contras desta prática foram aumentando no mesmo tempo em que crescia a divulgação do negócio no Brasil.

Daí a importância de se realizar um exame aprofundado acerca das nuances do leilão, como funciona, em relação aos impostos envolvidos, as regras e legislações relacionadas, bem como as vantagens e riscos inerentes à modalidade.

Nesse sentido, ao se optar por essa modalidade de compra é de suma importância verificar atentamente as regras específicas do leilão e as previsões contidas em seu respectivo edital de leilão.

É necessário realizar o levantamento de todos os problemas processuais para a avaliação do risco que envolve a compra do bem.

[1] Residente Jurídico do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, alocado no Departamento Fiscal - FISC (2022-2025). E-mail: fabiowyner@hotmail.com

Dentre os riscos que se pode enfrentar nesta modalidade de aquisição de imóveis, destacaremos no presente artigo científico, a existência de débitos de IPTU com valores superiores aos lançados pelo arrematante.

A grande controvérsia, neste caso, reside na responsabilidade tributária pelos débitos de IPTU pendente sobre os imóveis e as previsões contidas na legislação, no edital de leilão e solução trazida pela jurisprudência, a qual ainda, apesar de "pacífica", ainda profere decisões dissonantes em alguns casos, já que toda a controvérsia reside numa interpretação das disposições do edital de leilão e as regras previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

O presente tema envolve a analise do processo de arrematação de imóveis em leiloes judiciais, com foco na responsabilidade tributária, especificamente no que diz respeito aos débitos de Imposto Predial e territorial urbano (IPTU).

A abordagem incluirá aspectos legais, como o código de Processo Civil, Código Tributário Nacional e jurisprudenciais, destacando o posicionamento de tribunais, como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), sobre essa matéria.

Portanto, esta pesquisa tem por objetivo trazer a solução no momento de interpretação e manutenção ou não na cobrança do débito de IPTU ao contribuinte que adquiriu/arrematou o imóvel em leilão ou sobre o antigo proprietário, já que a arrematação, independente da situação jamais terá o condão de extinguir o débito tributário.

2.Contextualização do Tema – Análise da Responsabilidade Tributária pelos Débitos de IPTU de Acordo com a Lei e aJurisprudência

Conforme disposto no art. 130, parágrafo único, Código Tributário Nacional (CTN), em regra, quando há a arrematação em leilão judicial de imóveis, ocorre a sub-rogação real dos créditos tributários no montante apurado pela alienação do bem:

> Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.
> Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub- rogação ocorre sobre o respectivo preço. (BRASIL, 1966)

A controvérsia em relação a arrematação está em definir se há responsabilidade do arrematante pelos débitos tributários anteriores à arrematação, incidentes sobre o imóvel, em consequência de previsão em edital de leilão.

É certo que em caso de arrematação de imóvel em hasta pública, a regra é que o arrematante receba o bem livre de quaisquer encargos tributários, cujo fato gerador seja a propriedade, domínio útil ou posse.

Consequentemente, as dívidas eventualmente existentes devem ser abatidas do preço da aquisição, a teor do que estabelece o parágrafo único do artigo 130 do Código Tributário Nacional.

Assim, se o débito pendente não for quitado com o preço do imóvel, deverá o antigo proprietário ser o responsável pelo pagamento, não podendo, em regra, o atual adquirente do bem ser responsabilizado pelo débito pretérito.

Todavia, esta regra pode ser afastada se houver previsão expressa no edital de que os débitos pendentes serão suportados pelo arrematante, nos termos do inciso VI, do art. 886, do CPC/2015:

> Art. 886. O leilão será precedido de publicação de edital, que conterá: (…)
> VI – menção da existência de ônus, recurso ou processo pendente sobre os bens a serem leiloados.(BRASIL, 2015)

Em suma, se o arrematante participou do leilão e, consequentemente, teve ciência inequívoca de que, a partir da aquisição em hasta pública, seria responsável pela dívida pendente, conhecendo, inclusive, o valor do débito àquela ocasião, procedendo à arrematação do imóvel, evidentemente, aceitou as condições ali contidas, logo, inviável o afastamento da responsabilidade expressamente assumida.

Cumpre registrar que a jurisprudência do Tribunal tem prestigiado, em casos semelhantes, as normas do edital do leilão, inclusive no sentido de que a responsabilidade pelo pagamento de débitos tributários existentes sobre imóvel arrematado, mas que não foram mencionados no edital de praça, não pode ser atribuída ao arrematante (REsp 540.025/RJ, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJ 30/06/2006, p. 214).

O REsp 540.025/RJ de Relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ de 30/06/2006, citando o REsp 166.975/SP de Relatoria do Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 04/10/1999, assim consignou: No que concerne aos débitos tributários existentes sobre imóvel arrematado, já decidiu a matéria, o REsp n.° 166.975/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (DJ 04.10.1999), assim ementado, no que interessa:

> A arrematação tem o efeito de extinguir os ônus que incidem sobre o bem imóvel arrematado, passando este ao arrematante livre e desembaraçado dos encargos tributários." Por conseguinte, tanto a responsabilidade pelo pagamento dos débitos tributários como as despesas condominiais referentes ao imóvel arrematado não é do arrematante, pois os mesmos são pagos por sub-rogação com o produto da arrematação. Tanto deve ser assim, que eventual omissão do edital a respeito de existência de ônus sobre o bem a ser arrematado pode acarretar a nulidade da arrematação, a ser arguida pelo arrematante, nos termos do inciso I, do parágrafo único, do art. 694, do CPC.

Neste sentido, os seguintes julgados:

> RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. ARREMATAÇÃO. EDITAL DO LEILÃO QUE PREVÊ A RESPONSABILIDADE DO ARREMATANTE POR DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS. OBSERVÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 130 DO CTN. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. (REsp 716.438/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 17/12/2008).

> RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO - PRAÇA - ARREMATAÇÃO - DÉBITOS FISCAIS E CONDOMINIAIS - RESPONSABILIDADE DO ARREMATANTE, DESDE QUE HAJA PREVISÃO EXPRESSA NO EDITAL - PRECEDENTES DO STJ - HIPÓTESE OCORRENTE, NA ESPÉCIE - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO – RECURSO IMPROVIDO. I - Em regra, o preço apurado na arrematação serve ao pagamento do IPTU e de taxas pela prestação de serviços incidentes sobre o imóvel (art. 130 e 130, parágrafo único, do CTN); II - Contudo, havendo expressa menção no edital acerca da existência de débitos condominiais e tributários incidentes sobre o imóvel arrematado, a responsabilidade pelo seu adimplemento transfere-se para o arrematante; III - No tocante ao alegado dissídio jurisprudencial, é certo que não houve cotejo analítico, bem como não restou demonstrada a perfeita similitude fática entre o acórdão impugnado e os paradigmas colacionados; IV - Recurso especial

> improvido. (REsp 1114111/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 04/12/2009).

Decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a previsão em edital de hasta pública com previsão da responsabilidade do arrematante por débitos tributários de IPTU, não viola as disposições do já mencionado Art. 130 do código tributário nacional, conforme decisão abaixo:

> PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. HASTA PÚBLICA. EDITAL. OMISSÃO. ANULAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. NECESSIDADE. RESPONSABILIZAÇÃO DO ARREMATANTE POR DÉBITOS DE IPTU. POSSIBILIDADE. POSTERIOR FALÊNCIA DA EMPRESA DEVEDORA. IRRELEVÂNCIA. 1. O art. 686 do CPC estabelece o conteúdo mínimo do edital de hasta pública, visando preponderantemente aos interesses dos potenciais arrematantes, de modo a conferir-lhes informações indispensáveis à definição do efetivo interesse no bem levado a leilão, bem como do valor máximo que estarão dispostos a oferecer a título de lanço. De regra, pois, eventual nulidade relacionada à omissão do edital aproveita apenas ao arrematante e depende da demonstração da existência de prejuízo, sendo incabível tal alegação pelo devedor que não foi prejudicado. 2. **Não viola o art. 130 do CTN o edital de hasta pública que prevê a responsabilidade do arrematante por débitos fiscais de IPTU**. Assumindo o arrematante do imóvel a responsabilidade pelo pagamento do IPTU, o Município passa a ter dupla garantia de quitação da dívida tributária, quais sejam: (i) a garantia pessoal do arrematante, aceita judicialmente por ocasião da arrematação; e (ii) a garantia real representada pelo imóvel arrematado, que dá origem ao próprio débito de IPTU. 3. Tendo a arrematação ocorrida mais de 06 meses antes da falência da empresa devedora, o imóvel arrematado não integrará a massa falida, eis que terá deixado o patrimônio da empresa antes da decretação da quebra. Assim, não se poderá falar em prejuízo aos credores, muito menos em habilitação do crédito relativo ao débito de IPTU, pois a dívida do Município terá como sujeito passivo o arrematante, novo proprietário do imóvel. 4. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1316970/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 07/06/2013).

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DO IPTU DE BEM IMÓVEL ARREMATADO EM HASTA PÚBLICA. EXPRESSA PREVISÃO DE RESPONSABILIDADE DO ARREMATANTE NO EDITAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. 1. Firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, "havendo expressa menção no edital de hasta pública nesse sentido, a responsabilidade pelo adimplemento dos débitos tributários que recaiam sobre o bem imóvel é do arrematante" (AgRg no AREsp 248.454/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 12/9/2013). No mesmo sentido: AgInt nos EDcl no AREsp 1.006.727/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 13/2/2019. 2. No caso dos autos, tendo a Corte de origem consignado que o edital de hasta pública previa, expressamente, que os créditos tributários relativos ao IPTU seriam transferidos ao arrematante do bem imóvel, não há como afastar a responsabilidade deste pelo adimplemento do referido débito tributário. 3. A matéria referente ao art. 686, V, do CPC não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem, ainda que implicitamente. Desse modo, carece o tema do indispensável prequestionamento viabilizador do apelo extremo, motivo pelo qual não merece ser apreciado, consoante o que preceitua a Súmula 211 do STJ. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1845861/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2020, DJe 20/05/2020).

Desta forma, admite-se o afastamento do parágrafo único do artigo 130 do CTN, se o respectivo edital de leilão expressamente indicar a existência de ônus sobre o bem levado à venda pública e, assim, caberá ao arrematante a responsabilidade pela quitação dos impostos devidos, em observância ao disposto no inciso VI do artigo 886 do CPC/2015.

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IPTU. ARREMATAÇÃO DEIMÓVEL. AFASTAMENTO DA REGRA DO ART. 130, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN SE HOUVER EXPRESSA ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO ARREMATANTE, NO EDITAL DE LEILÃO. REVISÃO DAS PREMISSAS FIXADAS NO ACÓRDÃO HOSTILIZADO. SÚMULA 7/STJ. 1. Em regra, na hipótese de arrematação de imóvel em hasta pública, os débitos de IPTU ficam sub-rogados no preço, liberando-se o arrematante. 2. A jurisprudência do STJ admite o afastamento do art. 130, parágrafo único, do CTN, se o respectivo edital de leilão expressamente indicar a existência de débitos de IPTU e atribuir ao arrematante a responsabilidade pelo seu pagamento. Nesse sentido: REsp 1.316.970/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 7/6/2013 e REsp 799.666/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 14/9/2009.3. Na hipótese dos autos, afirma o recorrente que a previsão quanto à responsabilidade do arrematante "constou expressamente do edital de praça publicado em 03 de março de 2010, no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Justiça do Trabalho da 2ª Região", mas isso contrasta frontalmente com a premissa fixada no acórdão hostilizado, segundo o qual não há "nenhuma disposição no tocante à responsabilização tributária do arrematante pelos débitos até então devidos" (fl. 227, e-STJ).4. Dessa forma, para afastar o entendimento adotado no acórdão hostilizado, seria necessário incursão no acervo fático-probatório dos autos, o que atrai, no caso, a incidência da Súmula 7/STJ. 5. Recurso Especial não conhecido. (REsp 1685627/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN,SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 10/10/2017)

> TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTALNO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IPTU. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ARREMATAÇÃO DE IMÓVEL EM HASTA PÚBLICA. SUB-ROGAÇÃO NO PREÇO. ART. 130, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN.1. Por força do parágrafo único do art. 130 do CTN, "no caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço". A respeito: AgRg no AREsp 605.272/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15/12/2014;AgRg no AREsp 510.139/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 12/06/2014; AgRg no AREsp 132.083/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 05/09/2012.2. São diversas as hipóteses estabelecidas no caput e no parágrafo único do art. 130 do CTN; consignado que a aquisição se deu força de arrematação, não se pode entender aplicável a norma do caput do mencionado dispositivo. Aplicação da orientação contida na Súmula n.284 do STF. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 718.813/SP, Rel. Ministro BENEDITOGONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe04/09/2015)

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que a arrematação é forma de aquisição originaria, na qual não há relação do arrematante com o proprietário anterior do imóvel, mas sim do Estado-Juiz com o arrematante, aplicando-se, desta forma, as regras contidas no Art. 130, parágrafo único do Código Tributário Nacional. Conforme decidido e ementado abaixo:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EMRECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. ARREMATAÇÃO DE IMÓVEL EM HASTA PÚBLICA. AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 130 DOCTN. SUB-ROGAÇÃO DOS DÉBITOS SOBRE O RESPECTIVO PREÇO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.1. "Assinado o auto de arrematação de bem imóvel, não pode ele ser objeto de posterior penhora em execução fiscal movida contra o proprietário anterior, mesmo que ainda não efetivado o registro na respectiva carta no registro imobiliário" (REsp 866.191/SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJe 28/02/2011).2. Os créditos relativos a impostos decorrentes da propriedade sub-rogam-se sobre o respectivo preço quando arrematados em hasta pública, não sendo o adquirente responsável pelos tributos inadimplidos até a arrematação do bem, a teor do que disposto no parágrafo único do art. 130 do CTN. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 605.272/MG, Rel. Ministro MAUROCAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 15/12/2014)

Ademais, não impede, segundo jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a expedição de Certidão Negativa de Débitos ou de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, em favor do arrematante, conforme decisão abaixo:

> RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – IPTU – Município de São Paulo – Débitos anteriores à arrematação – Dívidas tributárias que se sub-rogam no preço do imóvel arrematado – Disposição do art. 130, parágrafo único do CTN – Hipótese em que o arrematante não responde por obrigações geradas anteriormente à arrematação – Termo inicial da responsabilidade que recai na data de expedição da carta de arrematação – Possibilidade de expedição de certidão negativa em favor do impetrante/recorrente ou de certidão positiva, com efeitos de negativa, que aponte a existência de débitos anteriores à expedição da carta de arrematação que não estão sendo cobrados dele – Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 1054093- 43.2014.8.26.0053; Relator (a): Erbetta Filho; Órgão Julgador: 15ªCâmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 10ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 25/01/2021; Data de Registro: 25/01/2021)

> PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. HASTA PÚBLICA. EDITAL. OMISSÃO. ANULAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. NECESSIDADE. RESPONSABILIZAÇÃO DO ARREMATANTE POR DÉBITOS DE IPTU. POSSIBILIDADE. POSTERIOR FALÊNCIA DA EMPRESA DEVEDORA. IRRELEVÂNCIA. 1. O art. 686 do CPC estabelece o conteúdo mínimo do edital de hasta pública, visando preponderantemente aos interesses dos potenciais arrematantes, de modo a conferir-lhes informações indispensáveis à definição do efetivo interesse no bem levado a leilão, bem como do valor máximo que estarão dispostos a oferecer a título de lanço. De regra, pois, eventual nulidade relacionada à omissão do edital aproveita apenas ao arrematante e depende da demonstração da existência de prejuízo, sendo incabível tal alegação pelo devedor que não foi prejudicado. 2. Não viola o art. 130 do CTN o edital de hasta pública que prevê a responsabilidade do arrematante por débitos fiscais de IPTU. Assumindo o arrematante do imóvel a responsabilidade pelo pagamento do IPTU, o Município passa a ter dupla garantia de quitação da dívida tributária, quais sejam: (i) a garantia pessoal do arrematante, aceita judicialmente por ocasião da arrematação; e (ii) a garantia real representada pelo imóvel arrematado, que dá origem ao próprio débito de IPTU. 3. Tendo a arrematação ocorrido mais de 06 meses antes da falência da empresa devedora, o imóvel arrematado não integrará a massa falida, eis que terá deixado o patrimônio da empresa antes da decretação da quebra. Assim, não se poderá falar em prejuízo aos credores, muito menos em habilitação do crédito relativo ao débito de IPTU, pois a dívida do Município terá como

sujeito passivo o arrematante, novo proprietário do imóvel. 4. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1316970/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 07/06/2013)

LOCAÇÃO. EXECUÇÃO. HASTA PÚBLICA. ARREMATAÇÃO. IMÓVEL COM DÉBITOS RELATIVOS AO IPTU. MENÇÃO EXPRESSA NO EDITAL DE PRAÇA E NO AUTO DE ARREMATAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ARREMATANTE. 1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que o arrematante recebe o imóvel livre de quaisquer ônus, porquanto, havendo alienação em hasta pública, transfere-se ao credor o saldo após dedução dos impostos, no limite da arrematação. 2. No caso de expressa menção da existência de ônus sobre o bem levado à venda pública, em estrita observância ao disposto no artigo 686, inciso V, da Lei Adjetiva Civil, caberá ao arrematante a responsabilidade pela quitação dos impostos devidos. Precedentes. 3. Recurso especial improvido. (REsp 799666/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 14/09/2009)

RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO - PRAÇA - ARREMATAÇÃO - DÉBITOS FISCAIS E CONDOMINIAIS - RESPONSABILIDADE DO ARREMATANTE, DESDE QUE HAJA PREVISÃO EXPRESSA NO EDITAL - PRECEDENTES DO STJ - HIPÓTESE OCORRENTE, NA ESPÉCIE - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO - RECURSO IMPROVIDO. I - Em regra, o preço apurado na arrematação serve ao pagamento do IPTU e de taxas pela prestação de serviços incidentes sobre o imóvel (art. 130 e 130, parágrafo único, do CTN); II - Contudo, havendo expressa menção no edital acerca da existência de débitos condominiais e tributários incidentes sobre o imóvel arrematado, a responsabilidade pelo seu adimplemento transfere-se para o arrematante; III - No tocante ao alegado dissídio jurisprudencial, é certo que não houve cotejo analítico, bem como não restou demonstrada a perfeita similitude fática entre o acórdão impugnado e os paradigmas colacionados; IV - Recurso especial improvido. (REsp 1114111/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, DJe 04/12/2009)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - HASTA PÚBLICA - ARREMATAÇÃO DE IMÓVEL - TRIBUTOS - RESPONSABILIDADE DO ARREMATANTE, QUANDO HÁ EXPRESSÃO PREVISÃO NO EDITAL DO LEILÃO - DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL POR INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 83 DA SÚMULA DO STJ.
INSURGÊNCIA DO DISTRITO FEDERAL.
1. O Tribunal de origem consignou que o edital do leilão foi expresso quanto à responsabilidade do arrematante sobre os débitos que recaíssem sobre o imóvel, incluindo os relativos a impostos, bem como a inexistência de reserva sobre parte do preço ofertado para a quitação dos débitos.
2. Fixadas tais premissas, as quais não podem ser alteradas em sede de recurso especial, ante o óbice do enunciado nº 7 da Súmula do STJ, observa-se que **o acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que, havendo previsão expressa no edital do leilão, a responsabilidade pela quitação dos débitos existentes sobre o imóvel, inclusive quanto aos tributos, é do arrematante. Precedentes.**
3. Agravo regimental desprovido.
(AgRg no REsp 1168950/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 30/09/2014)
Portanto, nessas hipóteses, verifica-se uma dupla garantia à Fazenda Pública para a satisfação dos débitos tributários. No caso de ausência da dupla garantia, se o edital do leilão não informar a existência de débitos tributários

> em relação ao imóvel, as determinações judiciais, após a arrematação, de liberação dos ônus incidentes sobre o bem, não significam que os magistrados estão reconhecendo a quitação dos débitos respectivos; trata-se apenas do reconhecimento de inexistência de responsabilidade tributária por transferência na modalidade de sucessão imobiliária, prevista no art. 130, *caput*, CTN, para os arrematantes.

Importante destacar que ainda há algumas decisões recentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que aplicam o parágrafo único do Art. 130 do CTN, de forma absoluta, sem levar em conta as disposições do edital da hasta pública. A matéria abaixo extraída do site conjur expõe decisões extraídas de processos julgados por esta Corte de justiça.

A corte leva em conta o artigo 130 do Código Tributário Nacional, segundo o qual créditos tributários do fisco municipal são transferidos para o próprio preço do imóvel em caso de hasta pública. Assim, os editais de leilões não poderiam exigir que o arrematante ficasse responsável pelos encargos fiscais.

A Prefeitura de São Paulo tentou reverter uma decisão que afastou tais encargos de uma construtora que arrematou um imóvel. Mas, no último mês de abril, a 18ª Câmara de Direito Público do TJ-SP manteve os fundamentos. O relator, desembargador Henrique Harris Júnior, ressaltou que "o arrematante recebe o imóvel livre de quaisquer ônus tributários pretéritos à arrematação".

O magistrado explicou que o edital tem natureza jurídica de oferta pública, e não de lei. Assim, deve seguir as determinações legais, sem modificar a responsabilidade pelo pagamento. "A previsão que estabelece ao arrematante a responsabilidade por eventuais débitos tributários é inválida e, portanto, nula de pleno direito", destacou.

A prefeitura alegava que a construtora teria consentido com as disposições do edital ao aceitar a participação no certame. Mas o desembargador afirmou que "é irrelevante a concordância do arrematante tocante às regras contidas no edital, pois as normas de Direito Tributário são imperativas".

Em fevereiro, a 14ª Câmara de Direito Público tomou decisão semelhante, referente a um leilão promovido pela Prefeitura de Praia Grande (SP). A desembargadora-relatora Silvana Malandrino Mollo manteve decisão favorável ao comprador:

> Não poderia o edital condicionar previsão legal de irresponsabilidade tributária — ao fazer expressa menção acerca da existência de débitos tributários incidentes sobre o imóvel — se o próprio Código Tributário Nacional não faz qualquer ressalva à aplicação da exceção do parágrafo único do artigo 130 para casos como o presente;

A relatora ainda lembrou que o comprador não fica responsável pelo pagamento nem mesmo se o preço de arrematação for insuficiente para cobrir o débito tributário. Nesses casos, segundo ela, é possível ajuizar execução fiscal para cobrar o saldo remanescente do antigo proprietário do bem, "tendo em vista a ausência de vínculo jurídico entre o executado e o arrematante, tampouco deste com o fato gerador que ensejou o lançamento do crédito tributário anteriormente".

A mesma câmara do tribunal já havia firmado esse entendimento em novembro do último ano, em outro caso envolvendo a prefeitura da capital paulista. Na ocasião, o desembargador Octavio Machado de Barros, que proferiu o voto vencedor, explicou que "a arrematação não tem o condão de modificara relação jurídico-tributária primitiva, devendo subsistir a responsabilidade do antigo proprietário".

Acórdão na íntegra 100078230.2020.8.26.0053

Acórdão na íntegra 100048342.2020.8.26.0477

Acórdão na íntegra 101430983.2019.8.26.0053

3. Momento da Responsabilidade Tributária do Arrematante

O arrematante do imóvel passa a ser sujeito passivo das obrigações tributárias surgidas após o dia em que obteve o imóvel em hasta pública, não sendo exigido que se aguarde o registro da carta de arrematação, uma vez que nos termos do artigo 903 do CPC/15, considera-se perfeita, acabada e irretratável a arrematação quando assinado o auto de arrematação:

> Art. 903. Qualquer que seja a modalidade de leilão, assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo leiloeiro, a arrematação será considerada perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado ou a ação autônoma de que trata o § 4º deste artigo, assegurada a possibilidade de reparação pelos prejuízos sofridos.(BRASIL, 2015)

Neste sentido, o precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

> APELAÇÃO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - IPTU, exercícios de 2000 a 2004 - Município de Ribeirão Preto - O anterior proprietário do imóvel não é responsável pelos débitos posteriores à data em que o imóvel foi arrematado - Incumbe ao arrematante as dívidas geradas após a lavratura do auto de arrematação, nos termos do art. 694 do CPC/73 - Precedentes desta Corte e do C. STJ - Sentença mantida RECURSO IMPROVIDO. (TJSP, Apelação nº1000010-18.2010.8.26.0506, 15ª Câmara de Direito Público, Rel. Rodrigues de Aguiar, j. 09/02/2017, V. U.)

Do corpo do acórdão pode-se extrair:

> Com efeito, se por um lado a lavratura do auto garante ao arrematante o exercício dos direitos inerentes à propriedade, bem assim a assunção de obrigações de natureza tributária, sobre o bem arrematado; por outro lado libera o devedor expropriado das dívidas geradas após a arrematação do imóvel, não podendo mais ser demandado por tributos e despesas geradas após a arrematação. Ademais, é irrelevante a inexistência do registro do título translativo no respectivo CRI, pois, muito embora a tradição dependa do registro, isso não retira a eficácia do auto de arrematação expedido em favor do arrematante, pois mencionado documento é título de propriedade, de acordo com o art. 130 do CTN c.c art. 694 do CPC/73. Vale lembrar, ainda, que a aquisição de imóvel por meio de hasta pública enseja a aquisição originária da propriedade pelo arrematante, de modo que inexiste relação jurídica entre o anterior proprietário e o arrematante, razão porque não se sustenta a tese do Município de que poderia demandar o crédito de ambos. (TJSP, Apelação nº 1000010-18.2010.8.26.0506, 15ª Câmara de Direito Público, Rel. Rodrigues de Aguiar, j. 09/02/2017, V. U.)

No mesmo sentido, precedente do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> Apelação Mandado de Segurança Arrematação – Imóvel adquirido em hasta pública Direito assegurado ao arrematante de receber o imóvel isento de tributos lançados anteriormente à arrematação Exceção à regra que se dá

> somente no caso de expressa menção no edital quanto à responsabilidade do arrematante pelos débitos tributários não é suficiente a expressão genérica de que há débitos de IPTU. O termo a quo da responsabilidade é a datada arrematação - Sentença que responsabilizou os arrematantes a partir da data da expedição da carta de arrematação Impossibilidade - Auto de arrematação que gera efeitos possessórios, independentemente de registro no Cartório Imobiliário – Inteligência do art. 694, do CPC - Tributos devidos antes de tal marco são de responsabilidade do antigo proprietário Inteligência do parágrafo único do art. 130, do CTN Sentença reformada em reexame necessário - Recurso parcialmente provido".(TJSP; Apelação 1032619-45.2016.8.26.0053; Relator (a): Roberto Martins de Souza; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 14/09/2017; Data de Registro: 14/09/2017)

No mesmo sentido, ainda, precedente deste E. Tribunal de Justiça:

> Embargos de declaração - Ocorrência de omissão Acórdão que não apreciou pedido de inaplicabilidade do artigo 130, do CTN no período posterior à arrematação e anterior ao registro da carta de arrematação no Cartório Imobiliário - Responsabilidade tributária do arrematante contada a partir da assinatura do auto de arrematação, que representa o termo 'a quo' de sua posse sobre o bem arrematado, independentemente de registro no Cartório Imobiliário - Auto de arrematação que gera efeitos possessórios, independentemente de registro no Cartório Imobiliário - Inteligência do art. 694, do CPC e art. 34 do CTN. Prequestionamento - Desnecessidade de menção expressa aos dispositivos legais - Embargos acolhidos parcialmente, com efeito modificativo do julgado. (TJSP, Embargos de Declaração nº0021910-70.2013.8.26.0053/50000, 18ª Câmara de Direito Público, Rel. Roberto Martins de Souza, j. 26/03/2015, V. U.)

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, também já se manifestou sobre a desnecessidade de haver a transcrição no registro imobiliário da carta de arrematação:

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA07/STJ. O Tribunal a quo, ao estabelecer solução para a controvérsia, reportou-se a suporte fático-probatório contido no feito. Ocorre que não cabe a esta Corte Superior de Justiça reexaminar matéria de prova que serviu de base para esse entendimento. Concluir de modo diferente é ignorar o óbice disposto na Súmula 7 deste Sodalício. Mais a mais, é irrelevante o fato de haver ou não transcrição no registro imobiliário da carta de arrematação, uma vez que já decidiu este Tribunal que assinado o auto pelo juiz, considera- se perfeita, acabada e irretratável a arrematação que só pode ser anulada por meio de ação própria (REsp 426.106/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 11.10.2004).Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no Agravo de Instrumento nº607.531/MG, Segunda Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, j.03/08/2006, DJ: 17/08/2006)

Dessa forma, o arrematante, na condição de possuidor do bem, passa a ser sujeito passivo da obrigação tributária a contar do dia em que obteve o bem em hasta pública, não se exigindo que se aguarde o registro da carta de arrematação para que se efetue o lançamento.

4.Conclusão

Ante todo o exposto no presente artigo científico, conclui-se que em regra, na hipótese de arrematação judicial de bem imóvel sub-rogam-se os créditos tributários de

IPTU no respectivo valor da aquisição, conforme art. 130, parágrafo único do CTN, não se aplicando, desta forma, a responsabilidade tributária do adquirente prevista no *caput* do mencionado dispositivo legal.

De forma excepcional, na hipótese em que há expressa previsão editalícia informando a existência de débitos de IPTU pendentes sobre o imóvel e eventualmente, atribuindo a responsabilidade ao adquirente/arrematante sobre tais débitos, há, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, dupla possibilidade para a satisfação dos créditos da Fazenda Pública Municipal, já que, a princípio será requerida a reserva do produto da arrematação para a satisfação e quitação do débito de IPTU ou na falta de valores que cubra o montante do débito apurado, ocorrerá a atribuição de responsabilidade tributária ao arrematante/adquirente.

Ademais, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em relação aos débitos de IPTU pendentes sobre os imóveis lançados antes da arrematação, no caso de não existir expressa menção dos débitos tributários no edital da hasta pública, o Município deve fornecer a respectiva Certidão Negativa de Débitos (CND) ao arrematante.

Por fim, ressalta-se a relevância em se assegurar a segurança jurídica no momento da arrematação judicial, dada a importância de se estabelecer parâmetros e regras especificas, como fez o Superior Tribunal de Justiça, pacificando a matéria, proporcionando um estímulo e um crescimento no mercado de leilões, o qual desempenha um papel importante dentro do poder judiciário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de Outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília: Senado, 1988.

HIGÍDIO, José. Arrematante de imóvel em leilão não precisa pagar dívidas de IPTU, diz TJ-SP. **Conjur**, [S. l.], 22 jul. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jul-22/arrematante-imovel-leilao-nao-pagar-dividas-iptu/

A Tributação da distribuição de lucros e dividendos no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Felipe Monteiro dos Santos[1]

RESUMO

O artigo 10 da Lei n° 9.249/1995 concede isenção do imposto de renda incidente sobre a distribuição de lucros e dividendos aos sócios e acionistas das pessoas jurídicas. A discussão sabre a tributação (ou não) desse tipo de rendimento é um assunto de muita importância na atualidade, tendo em vista a carga tributaria suportada pelos contribuintes, de um lado, a regressividade da matriz brasileira na atualidade, que contribui para o aumento da desigualdade social, do outro. No presente trabalho, pretendemos questionar a justiça fiscal da concessão desse beneficio tributário. Faremos isso a partir da análise da compatibilidade da isenção a distribuição de lucros e dividendos com os princípios tributários que orientam a instituição do imposto sobre a renda, levando também em consideração as funções que a tributação desempenha na sociedade, principalmente do ponto de vista extrafiscal, Veremos, ainda, o impacto de uma eventual tributação dos lucros e dividendos distribuídos no contexto da matriz tributária brasileira. Dessa forma, o presente texto terá como escopo uma análise detalhada do emprego dessa tributação no Brasil (um dos únicos países do mundo que isentam lucros e dividendos do imposto de renda), desde as definições de lucro e dividendo, transitando pelo instituto do Imposto de Renda e analisando os benefícios e malefícios que tal cobrança geraria, levando em consideração as funções determinadas da tributação, os princípios que regem a mesma, e os impactos sociais derivados de sua utilização.

Palavras-chave: tributação; matriz tributária; justiça fiscal; função extrafiscal; imposto de renda; isonomia tributária; capacidade contributiva; isenção; lucros e dividendos.

1.Introdução

Não há dúvidas de que o Estado precisa cobrar tributos de seus cidadãos com vistas ao financiamento de suas atividades. Observa-se, porém, que a tributação no Brasil contribui para o aumento da desigualdade, uma vez que a carga tributaria imposta aos mais pobres é proporcionalmente maior do que a imposta aos mais ricos, resultado de uma matriz tributaria regressiva.

Passados vinte e sete anos após a concessão do benefício, um dos assuntos que mais movimenta o Setor Tributário desde o ano passado é a possível aprovação da Reforma Tributária do Imposto de Renda, através dos diversos projetos de lei em tramitação sobre o tema.

Por exemplo, havia expectativa de que o Projeto de Lei nº 2.337/2021 fosse aprovado no ano passado, de forma que as modificações vigorassem já no início do ano de 2022. Porém, até o presente momento, o PL ainda não passou pelo crivo do Senado Federal. Caso aprovado, será remetido à Presidência da República para sanção ou veto.

[1] Residente Jurídico do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, alocado no Departamento Fiscal - FISC (2022-2025). Email: felipe.monteiro13@hormail.com

Analisando as propostas, há diversos pontos positivos e negativos, e trazem grande preocupação para a sociedade, principalmente ao empresariado, tendo em vista que, caso aprovado nos moldes atuais, haverá uma elevação significativa da carga tributária, sobretudo para setores essenciais da economia, o que ensejará na redução de possibilidades de investimento e aumento da ineficiência do uso do dinheiro.

Por outro lado, é inegável que uma reforma tributária é reivindicada por toda a sociedade, visando dirimir entraves burocráticos do atual sistema tributário e, consequentemente, otimizar a arrecadação dos tributos, aprimorando competitividade no mercado global e atraindo mais investidores para o Brasil. Outrossim, tal otimização é de interesse dos entes federativos (União, estados e municípios), a fim de que efetivem seus papéis na efetiva destinação dos recursos arrecadados para os cidadãos.

A temática merece maior debate em âmbito Econômico e Legislativo, com o intuito de tenda os anseios de toda a sociedade, até mesmo porque apressar o trâmite para aprovação de uma reforma, sem uma análise minuciosa de seus efeitos, certamente elevará o número de litígios sobre o tema.

Além disso, devido a tramitação de mais de um projeto sobre o tema, que muitas vezes não se conversam sobre suas proposições, há necessidade de esclarecer diversos pontos antes de prosseguir com a efetivação da proposta em Lei.

O artigo a seguir abordará uma das disposições que abarcam o projeto: a tributação de lucros e dividendos e seus potenciais efeitos frente ao mercado de capitais e a arrecadação de tributos no país. O atual cenário do país é o de expectativa em relação ao Imposto de Renda e a normatização da tributação de lucros e dividendos. Dessa forma, analisaremos os impactos dessa tributação no Brasil, que ainda isenta lucros e dividendos do Imposto de Renda desde o ano de 1996, seguinte a publicação da Lei nº 9.249 de 1995, que gerou tal benefício de isenção aos lucros e dividendos.

2.Direito Tributário

2.1 Definição de Direito Tributário

Ainda que se saiba que a existência do tributo remonta a antiguidade[2] importa, para este trabalho, compreender a origem da tributação no Estado de Direito. Sob esse ponto de vista, verifica-se que a tributação, como entendida atualmente, tem a sua origem diretamente relacionada ao próprio surgimento do Estado de Direito.

No plano normativo do país, a expressão "direito tributário" foi efetivamente firmada com a Emenda nº 18, de 1965, que estruturou o "Sistema Tributário Nacional", seguida da Lei nº 5172, de 1966, posteriormente intitulado de Código Tributário Nacional pelo Ato Complementar nº 36 de 1967[3]. A partir de então, o termo Direito Tributário foi sendo consolidado no plano doutrinário e jurisprudencial.

Eduardo Sabbag[4] define:

> (...) Direito Tributário é a representação positivada da ciência jurídica que abarca o conjunto de normas e princípios jurídicos, reguladores das relações intersubjetivas na obrigação tributária, cujos elementos são as partes, a prestação e o vínculo jurídico.

2.2 Conceito de Tributo

Como visto anteriormente, o direito tributário é a disciplina jurídica dos tributos.

---

[2] AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
[3] *Ibid*.
[4] SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 35.

Dessa forma, faz-se extremamente importante aprofundarmos o conceito de *tributo*.[5]

Se em muitos momentos da evolução da sociedade, o conceito de tributo foi dado com imprecisão, desde prestações pecuniárias ou em bens, arrecadados pelo Estado ou Monarca para atender gastos públicos e/ou as despesas da coroa, até a cobrança do proletariado, ora como "auxílios" aos reis para suprir seus gastos e caprichos, ora como obrigações a serem quitadas perante os soberanos, no Estado de Direito o dever de pagamento do tributo ganhou forma como uma relação jurídica: a imposição passou a ser estritamente e previamente definida em lei e ter a finalidade dos contribuintes participarem das despesas da coletividade.

Luciano Amaro, em seu manual do Direito Tributário Brasileiro[6], concorda com tal raciocínio, quando afirma que "*o tributo, portanto, resulta de uma exigência do Estado, que nos primórdios da história fiscal decorria da vontade do soberano, então identificada com a lei, e hoje se funda na lei, como expressão da vontade coletiva*."

O Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172 de 1966, define tributo, em seu art. 3º, nos seguintes termos: "*Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção a ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.*"[7]

Extraído de tal conceito, podemos verificar, segundo Luciano Amaro:

> (I) o caráter pecuniário da prestação tributária (como prestação em moeda); (II) a compulsoriedade dessa prestação, ideia com a qual Código Tributário Nacional buscou evidenciar que o dever jurídico de prestar o tributo é imposto pela lei, abstraída a vontade das partes que vão ocupar os polos ativo e passivo da obrigação tributária, opondo-se, dessa forma, a compulsoriedade do tributo à voluntariedade de outras prestações pecuniárias; (III) a natureza não sancionatória de ilicitude, o que afasta da noção de tributo certas prestações também criadas por lei, como as multas por infração de disposições legais, que têm a natureza de sanção de ilícitos, e não de tributos; (IV) a origem legal do tributo (como prestação "instituída em lei"), repetindo o Código a ideia de que o tributo é determinado pela lei e não pela vontade das partes que irão figurar como credor e devedor da obrigação tributária; (V) a natureza vinculada (ou não discricionária) da atividade administrativa mediante a qual se cobra o tributo.[8]

Porém, em seu manual de Direito Tributário Brasileiro, Amaro traz críticas ao conceito de tributo definido na Lei nº 5.172 de 1966, ponderando que a forma mais correta de defini-lo seria: "*Tributo é a prestação pecuniária não sancionatória de ato ilícito, instituída em lei e a devida ao Estado ou a entidades não estatais de fins de interesse público.*"

Tal conceituação, como defendida pelo jurista, afirma o caráter pecuniário da prestação, que qualifica o tributo; registra o seu caráter não sancionatório, dele diferenciando as prestações pecuniários que configurem punições de infrações; assiná-la a necessidade de ser uma obrigação instituída em lei, em atenção ao princípio da legalidade tributária; especifica o credor da obrigação, que são o Estado e outras instituições não estatais, que persigam fins de interesse público.[9]

---

[5] AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro** – 24. ed. 2021. São Paulo. Saraiva Educação S.A., v. 3, 2021.
[6] AMARO, *op. cit*., 2015.
[7] BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 5172, de 24 de outubro de 1966**. Diário Oficial da União, Brasília, 25 de outubro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.
[8] AMARO, *op. cit*., 2015.
[9] AMARO, *op. cit*., 2015.

O conceito tratado acima exclui as disposições que tornam redundante a acepção de tributo empregada pelo Código Tributário Nacional, muitas vezes gerando obscuridade em sua interpretação.

Geraldo Ataliba,[10] define tributo da seguinte forma:

> (...) obrigação jurídica pecuniária, ex-lege, que se não constitui em sanção de ato ilícito, cujo sujeito ativo é uma pessoa pública, e cujo sujeito passivo é alguém nessa situação posto pela vontade da lei, obedecidos os desígnios constitucionais.

Nesse diapasão, abordado o conceito de tributo para fins de Direito Tributário, passamos a definir o Imposto de Renda para, mais adiante, aprofundarmos a análise proposta na pesquisa. Vejamos:

3. Imposto de renda

3.1 Histórico do Imposto de Renda

Há mais de um século se fala sobre a tributação de renda no Brasil. Em meados do século XIX, quando a composição econômica do país era majoritariamente agrária e extrativista, já existia a ideia de adotar o imposto de renda.

No art. 3º da Lei nº 4.625 de 1922 podemos verificar o imposto de renda em simples dispositivo. Sua arrecadação foi iniciada de forma apática, mas tomou forma quando preenchidas as lacunas do dispositivo por leis como Lei nº 4.738 de 1923, Lei nº 4.984 de 1925, tendo sido decretado, no ano seguinte, o Regulamento Sousa Reis, inspirado no modelo francês de tipo compósito.

Os rendimentos foram categorizados e tributos de forma proporcional. A soma dos rendimentos era denominada renda bruta, que passava por deduções até sofrer a incidência do imposto.[11]

Dentre desse prisma de evolução, ocorreu a separação entre a tributação das sociedades e das pessoas físicas.

O imposto de renda, como verificado ao longo dos anos em países avançados economicamente, nos quais já equivale a 70% da arrecadação das receitas tributárias, tende a ocupar, no Brasil a primeira posição no orçamento, apenas superado no momento pelo IPI.[12]

3.1.2 Definição Legal

O imposto de renda é imposto direto e pessoal e encontra seu fundamento no art. 153, inciso III da Constituição Federal de 1988, da seguinte forma: “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: (...) III – renda e proventos de qualquer natureza;”[13]

---

[10] ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6. ed., 7. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 34.

[11] BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel. **Direito Tributário Brasileiro**. 14. ed. São Paulo - SP: Forense, 2018.

[12] ASSOCIAÇÃO COMERCIAL DE SÃO PAULO. **Impostômetro**. São Paulo. Disponível em: https://impostometro.com.br. Acesso em: 27 abr. 2022. Dados referente ao período entre 01 jan. 2022 e 27 abr. 2022

[13] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 04 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 mar. 2022.

Além disso, nos ensinamentos de Marcos Abraham[14], o Imposto de Renda é de competência privativa da União, conforme art. 153, III da CF/88, e seu fato gerador é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de rendas e proventos de qualquer natureza. Tem índole arrecadatória, ainda que, de forma suplementar, possua função de redistribuição de rendas.

Segundo o art. 121 do Código Tributário Nacional,[15] o sujeito passivo, ou contribuinte do imposto de renda poderá ser a pessoa física ou pessoa jurídica:

> Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.
> Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:
> I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

Ainda segundo o Código Tributário Nacional, faz-se importante mencionar seus artigos 43 a 45. Em especial, vejamos o art. 43:

> Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:
> I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;
> II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.
> § 1o A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

Da leitura do supramencionado artigo, é possível inferir que o fato gerador do imposto de renda ocorre quando há disponibilidade econômica da riqueza nova, ou seja, o acréscimo patrimonial já estudado neste trabalho. Nas palavras de Abraham:[16]

> O fato gerador do Imposto de Renda é o acréscimo patrimonial (riqueza nova) disponível (faculdade de usar), independente da sua origem ou titularidade, desdobrando-se nos seguintes elementos: a) renda: acréscimo patrimonial, de caráter pessoal, graduada segundo a capacidade contributiva. Trata-se dos ganhos derivados do capital, do trabalho ou de ambos combinados. Importâncias recebidas por pessoa física ou jurídica, durante certo período, como remuneração de trabalho, lucro ou de investimento de capital; b) proventos: são os rendimentos derivados de aposentadoria, pensão e benefícios de natureza previdenciária, ou prêmios de loteria, recompensas, doações, e até ganhos ilícitos, entre outros.

No tocante ao fato gerador, deve ser destacado que a existência de dois tipos: (I) Imposto de renda pessoa física, no qual toda receita líquida auferida, ou seja, o resultado de tudo o que se ganhou em determinado período deduzidos as despesas autorizadas por

---

[14] ABRAHAM, Marcus; BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Gen|Forense, 2018, 476 p.
[15] BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 5172, de 24 de outubro de 1966**. Diário Oficial da União, Brasília, 25 de outubro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.
[16] ABRAHAM; BARROSO, *op. cit.*

Lei[17]; (II) Imposto de renda pessoa jurídica, onde o fato gerador será aplicado sobre a obtenção do lucro em três possíveis critérios de apuração: o lucro real, presumido ou o arbitrado.

Não é essencial aprofundarmos a análise do IRPJ nessa pesquisa, tendo em vista que o enfoque se dá sobre o Imposto de Renda da Pessoa Física quando falamos da tributação de dividendos. Dessa forma, compreendido o conceito de imposto de renda e seus fatos geradores, seguiremos com o entendimento da definição de renda, no plano do direito.

3.2 Definição de Renda

Em um primeiro momento, tendo em vista as mais diversas acepções que a palavra "renda" pode ser empregada, é extremamente importante definir o objeto do estudo a ser realizado: Aqui, será examinado o conceito de renda necessário para materializar o imposto a que se refere as principais fontes do direito Tributário, que são a Constituição Federal de 1988 (art. 153, III) e o Código Tributário Nacional (art. 43 e s.). Dessa forma, por meio das premissas fixadas, que irão balizar o projeto, caracterizar-se-á a área de incidência do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

Mesmo buscando o conceito de renda que importa para a definição do tributo em si, oportuno destacar a existência de divergência doutrinária sobre o tema. Paulo de Barros Carvalho[18] identifica três correntes predominantes que versam sobre o conceito de renda: a teoria da fonte, a teoria legalista e a teoria do acréscimo patrimonial. Vejamos:

> a)"teoria da fonte", para a qual "renda" é o produto de uma fonte estável, susceptível de preservar sua reprodução periódica, exigindo que haja riqueza nova (produto) derivada de fonte produtiva durável, devendo esta subsistir ao ato de produção;
> b)"teoria legalista", que considera "renda" um conceito normativo, a ser estipulado pela lei: renda é aquilo que a lei estabelecer que é; e
> c)"teoria do acréscimo patrimonial", onde "renda" é todo ingresso líquido, em bens materiais, imateriais ou serviços avaliáveis em dinheiro, periódico, transitório ou acidental, de caráter oneroso ou gratuito, que importe um incremento líquido do patrimônio de determinado indivíduo, em certo período.

Apesar de não termos um entendimento pacífico no direito nacional, podemos observar a persistência da "*teoria do acréscimo patrimonial"*, onde o que se faz importante para o conceito de renda é o aumento do patrimônio líquido, sendo considerado como lucro tributável exatamente o acréscimo líquido verificado no patrimônio da empresa, durante período determinado, independentemente da origem das diferentes parcelas. É o que se depreende do art. 43 do Código Tributário Nacional.[19]

Haigh-Simons apresentou nova acepção a teoria do acréscimo patrimonial, que define a renda como a soma algébrica de todos os consumos mais o incremento do valor do patrimônio, uns e outros medidos em dinheiro, no princípio e no fim de certo período, ou, em suas palavras "*a soma algébrica do valor, a preço de mercado, dos direitos*

[17] Não obstante a isso, o artigo 3º da Lei 7.713 dispõe que o imposto de renda na pessoa física incidirá sobre o rendimento bruto e sem nenhum tipo de dedução, exceto pelo que preconiza os artigos 9º ao 12º-A da mesma lei.
[18] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
[19] *Ibid.*

exercidos sob forma de consumo e da modificação do valor do acervo patrimonial entre o começo e o fim de determinado período".[20]

Para os doutrinadores que sustentam tal teoria, o conceito de renda é pré-definido pelos preceitos constitucionais, identificando-o como um acréscimo patrimonial que se incorpora ao patrimônio pré-existente do contribuinte em um delimitado espaço de tempo. A renda sempre constituirá um adicional, e não algo percebido para fins de substituir uma perda patrimonial, razão pela qual, ao auferir renda ou proventos, o contribuinte necessariamente manifestará capacidade contributiva.[21]

3.3 Conceito de Renda nos textos legais

3.3.1 Constituição Federal de 1988

Tarefa complexa extrair o conceito de "renda" do Texto Constitucional, tendo em vista que a CF/88 não traz expressamente tal definição. Dessa forma, o conteúdo do art. 153, III, da *Carta Magna* deve ser complementado pelas leis complementares e ordinárias. Fato é que, conforme será desenvolvido adiante, a jurisprudência e a doutrina têm reconhecido que o conceito de renda está justamente atrelado ao "*acréscimo de patrimônio*".

Nesse ponto, é de extrema importância elucidar que o conceito de renda para o direito tributário é distinto daquele aplicado no âmbito econômico: o Conceito Jurídico de renda, se comparado as demais áreas da ciência, tem alcance muito mais restrito, isto é, o acréscimo patrimonial, recebido durante período determinado, que somente poderá experimentar tributação quando respeitados os princípios fundamentais (isonomia, vedação ao confisco, capacidade contributiva etc.) e os limites constitucionais e infraconstitucionais.

Assim, podemos observar que apesar da Constituição não apresentar explicitamente um conceito de renda, faz delimitação de tal forma a que é possível concluir que a definição de renda e proventos de qualquer natureza representa os ganhos, riquezas atendendo aos princípios fundamentais do Direito Tributário, fundamentalmente a capacidade contributiva do sujeito.

Antonio Agulló Agüero partilha do mesmo pensamento, dispondo, em outras palavras, que uma definição fiscal de renda deve ser apta medir a capacidade contributiva e é exatamente tal característica o que a diferencia de outras definições que, como a contábil ou a econômica, perseguem outros fins que não apurar a capacidade contributiva, assim como a comparação entre os resultados de vários exercícios econômicos ou o cômputo de valor agregado num processo de produção.[22]

Conforme destacado anteriormente, o imposto de renda está previsto no art. 153, III e § 2º da Constituição Federal.[23] Vejamos:

> Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:
> - importação de produtos estrangeiros;
> - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;
> **- renda e proventos de qualquer natureza;**
> - produtos industrializados;
> - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores

[20] BALEEIRO; DERZI, *op. cit.*
[21] COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário.** São Paulo: Saraiva Educação S.A., v. 3, 2018.
[22] AGÜERO, Antonio Aguiló. La Prohibición de Confiscatoriedad em el Sistema Tributario Español. **RDT**, nº 42. BR
[23] BRASIL, 1988.

> mobiliários;
> - propriedade territorial rural;
> - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.
> § 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.
> **§ 2º O imposto previsto no inciso III:**
> **- será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei; [...]**
> (Destaques meus)

Sobre o sentido da expressão "*renda e proventos de qualquer natureza*", conforme ensina Aliomar Baleeiro, a ideia de rendimento é só a de determinado ganho e sua noção independe do tempo. Já a renda está atrelada, necessariamente, à ideia de período. A soma dos rendimentos pessoais, por certo lapso de tempo, é que configura a renda.[24]

Ainda, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal de 1988[25], teve entendimento na mesma linha de raciocínio quando do julgamento do RE n.º 117.887 SP, o qual foi assim ementado:

> CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE% RENDA – CONCEITO. Lei n. 4.506, de 30.XI.64, art.38, C.F./46, art. 15, IV; CF/67, art. 22, IV; EC 1/69, art. 21, IV. CTN, art. 43. I. – **Renda e proventos de qualquer natureza: o conceito implica reconhecer a existência de receita, lucro, proveito, ganho, acréscimo patrimonial que ocorreram mediante o ingresso ou auferimento de algo**, a título oneroso. C.F., 1946, art.15, IV; CF/67, art. 22, IV; EC 1/69, art. 21, IV. CTN, art. 43. II. – Inconstitucionalidade do art. 38 da Lei 4.506/64, que institui adicional de 7% de imposto de renda sobre lucros e dividendos. III.- RE conhecido e provido.[26]

Assim, em consonância com o texto Constitucional, a materialidade do Imposto de renda está atrelada a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, seja ela proveniente do capital e/ou remuneração do trabalho. Necessário portanto enfatizarmos que a expressão "renda e provento de qualquer natureza" significa sempre "acréscimo patrimonial".

Não obstante, quando tratamos de renda, sempre observamos determinado período em que os resultados foram apurados, para delimitarmos o fato gerador da obrigação tributária e sua base de cálculo.

Se observarmos o parágrafo segundo do artigo 153 da CF/88, iremos verificar que o imposto de renda está condicionado aos critérios da *generalidade, da universalidade e da progressividade.* Tais critérios, são simples especializações dos princípios mais amplos da capacidade econômica, pessoalidade, unicidade (art. 145, § 1º da CF/88) e da proibição ao confisco (art. 150, IV da CF/88).[27]

É de pleno conhecimento que a universalidade é um imperativo de justiça, princípio por força do qual nenhuma forma de renda, advinda do trabalho, do capital ou

---

[24] BALEEIRO; DERZI, *op.cit.*

[25] Conforme define o art. 102 da CF/88, "*Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição*(...)". Em outras palavras, o STF deve manter todos os órgãos e atos estatais em conformidade com os ditames da Constituição.

[26] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário n. 117.887/SP**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgamento em 23 de abril de 1993. Diário Oficial da União. São Paulo – Destaques meus.

[27] BALEEIRO; DERZI, *op.cit.*

da combinação de ambos, pode estar fora da incidência desse tributo. Em geral, toda e qualquer forma de renda deverá ser tributada.[28]

A generalidade é pressuposto de igualdade, tendo em vista que proíbe o legislador manter fora do âmbito de incidência pessoas que demonstram ter a mesma capacidade econômica dos contribuintes sujeitos ao Imposto de Renda.

A progressividade é a maneira e modo como define a Constituição Federal para estabelecer tratamento igual aos iguais e desigual aqueles que estão em condições distintas.

Significa dizer que aquele que aufere maior renda, contribuirá com maior valor e, logicamente, quem ganha menos irá pagar menos.[29]

Nas palavras do ilustre jurista Aliomar Baleeiro:[30]

> A progressividade nos tributos é a melhor técnica que permite a personalização dos impostos, como determina expressamente o art. 145, § 1º da Constituição de 1988. É que na medida que o legislador considera as necessidades pessoais dos contribuintes, passa também a conceder reduções e isenções. Tais renúncias de receita, ocorrentes em favor do princípio da igualdade, têm de ser compensadas por meio da progressividade a fim de que o montante da arrecadação se mantenha no mesmo total.

Para Humberto Àvila, o conceito de renda que pode ser obtido da Constituição Federal é o "*produto líquido (receitas menos as despesas necessárias à manutenção da fonte produtora ou da existência digna do contribuinte) calculado durante o período de um ano*".[31]

Paulo Ayres Barreto precisamente afirma que:

> (...) a expressão renda e proventos de qualquer natureza é de ser interpretada, nos estritos termos em que constitucionalmente plasmada, como acréscimo a um dado conjunto de bens e direitos (patrimônio), pertencente a uma pessoa (física ou jurídica), observado um lapso temporal necessário para que se realize o cotejo entre determinados ingressos, de um lado, e certos desembolsos, de outro. Tomaremos a expressão proventos de qualquer natureza como espécie do gênero renda, pressupondo-se sempre a verificação de efetivo acréscimo patrimonial.[32]

Dessa forma, podemos extrair da definição de renda os seguintes elementos: (i) o acréscimo de patrimônio a certa (ii) pessoa (física ou jurídica), em um (iii) determinado período, resultante do (iv) cotejo entre os ingressos e desembolsos.[33]

Podemos inferir que a tributação sobre a renda, no prisma da Carta Magna, está condicionada a obtenção de acréscimo patrimonial, que podemos afirmar ser a natureza do critério material do Imposto de Renda.

---

[28] Não é correto afirmar que a União irá exigir imposto de renda de todas as pessoas que irão auferir renda, visto que existe a possibilidade deste ente, respeitados os limites constitucionais, estabelecer isenções tributárias para que não ocorra a cobrança de IR. Um exemplo é o objeto deste trabalho, que é a isenção na tributação de lucros e dividendos, prevista na Lei nº 9.249/95.

[29] SILVA, Guilherme Pedrozo da. **Direito Tributário**. 1a ed. São Paulo - SP: RIDEEL, 2021.

[30] BALEEIRO; DERZI, *op. cit.*

[31] ÁVILA, Humberto Bergmann. **Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais**. São Paulo: Malheiros, f. 44, 2011, p. 87.

[32] BARRETO, Paulo Ayres. **Imposto sobre a renda e preços de transferência**. São Paulo: Dialética, f. 96, 2001. 191 p.

[33] BARRETO, Simone Rodrigues. Tomo Direito Tributário. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo, 2019. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/295/edicao-1/renda. Acesso em: 6 abr. 2022.

Ademais, além da Carta Magna e outros materiais, o Imposto de Renda é ordenado pelo Código Tributário Nacional[34], em seus artigos. 43 a 45, bem como por uma vasta quantidade de leis, por exemplo, Leis nº 9.430/1996, 7.713/1998, 8.981/1995, 9.249/1995 e 11.482/3007, dentre diversos outros textos legais.

Vejamos definição de renda para o Código Tributário Nacional.

3.3.2 Código Tributário Nacional

Acerca do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, o Código Tributário Nacional, em seu art. 43, assim dispõe:

> Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:
> – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;
> – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.
> § 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.
> § 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo. (BRASIL, 1966)

O Código Tributário Nacional, por sua vez, adota conceito amplo de renda: "o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos"; além dos "os acréscimos patrimoniais" não compreendidos no inciso I do supramencionado artigo. Tais definições devem ser conciliadas com as limitações trazidas pela Constituição Federal de 1988, que consagra importantes princípios como a capacidade contributiva, a pessoalidade e a universalidade.

O legislador ordinário bem esclareceu que a renda seria o produto do capital, trabalho ou, ainda, da combinação de ambos; já os proventos de qualquer natureza são os acréscimos patrimoniais que não se incluiriam na definição de renda adotada.[35]

Nessa perspectiva, em conformidade com o conceito constitucional de renda, o Código Tributário Nacional considerou como materialidade do imposto sobre a renda os acréscimos patrimoniais, seja considerando-os como renda ou como proventos de qualquer natureza.

Logo, podemos afirmar que o conceito legal de "renda" trazido pelo Código guarda e reitera o conteúdo disposto no texto constitucional, no sentido de que o imposto sobre a renda tem como materialidade os acréscimos patrimoniais.

O texto legal, ao pormenorizar a materialidade do imposto sobre a renda, acrescentou a expressão disponibilidade jurídica e disponibilidade econômica. De plano, destaca-se, nas palavras de Luciano Amaro, que "o CTN qualifica como "econômica" ou "jurídica" é a disponibilidade da renda e não a origem desta".[36] A disponibilidade jurídica se verifica no instante em que a renda for auferida, independentemente do momento em que for percebida; já a disponibilidade econômica somente ocorrerá quando do recebimento da renda já auferida.[37]

---

[34] BRASIL, 1966.
[35] BARRETO, *op. cit.*, 2019.
[36] AMARO, *op. cit.*, 2015, p. 319
[37] BARRETO, *op. cit.*, 2019.

O jurista Paulo Ayres Barreto salienta a desnecessidade da inclusão, na redação legal, dos termos disponibilidade econômica ou jurídica, uma vez que esta disposição não altera o conteúdo do enunciado prescritivo. Não obstante a menção a estes termos, poderia o legislador ordinário instituir o imposto sobre a renda e determinar como se daria sua incidência: sobre a renda auferida e não percebida, ou tão somente sobre a renda auferida e recebida.[38]

3.4 Princípios fundamentais inerentes ao Imposto de Renda

Superada a conceituação de renda, fundamental discorrer acerca dos princípios que regem a aplicação do Imposto de Renda. Em relação aos princípios gerais, destacam-se a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade. No tocante aos princípios específicos deste tributo, devem ser realçados a periodização anual, a universalidade (unidade) e a progressividade (como efetivação da capacidade econômica).

O princípio da Legalidade está definido na Constituição de 1988 em seu art. 150, inciso I [39], e impõe a necessidade de lei prévia para instituir e majorar tributo proporcionando ao contribuinte uma segurança, bem como impondo ao Estado uma limitação ao seu poder de tributar.

O princípio da legalidade tributária decorre do princípio da legalidade, contido genericamente no inciso II do art. 5º da Constituição, que estabelece: *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".*[40].

Portanto, para instituir, majorar ou extinguir um tributo se faz imprescindível à criação de uma norma, de outra forma, os entes federados não possuem a discricionariedade de criar tributos sob o que lhes convém. Denota-se a importância e abrangência do princípio da legalidade tributária, que visa proteger o contribuinte da imperatividade estatal, garantindo proteção tanto na instituição como na majoração de um tributo de forma não prejudicial.

Nas palavras de Luciano Amaro:[41]

> O conteúdo do princípio da legalidade tributária vai além da simples autorização do legislativo para que o estado cobre tal ou qual o tributo. É mister que a lei defina in abstracto todos os aspectos relevantes para que, in concreto, se possa determinar quem terá de pagar, quanto, a quem, à vista de que fatos ou circunstâncias. A lei deve esgotar, como preceito geral e abstrato, os dados necessários à identificação do fato gerador da obrigação tributária e a quantificação do tributo, sem que restem à autoridade poderes para, discricionariamente, determinar se "A" irá ou não pagar tributo, em face de determinada situação. Os critérios que definiram se "A" deve ou não contribuir, ou que montante está para obrigado a recolher, devem figurar na lei e não no juízo de conveniência ou oportunidade do administrador público.

A constituição de 1988 consagra o princípio da irretroatividade de forma ampla, como direito fundamental do cidadão (art. 5º, XXXVI) e de maneira específica, como direito fundamental do contribuinte em seu art. 150, inciso III, alínea "a". Consagra, ainda, o princípio da anterioridade em seu art. 150, III, alínea "b" e "c".

Segundo o princípio da irretroatividade, a lei deve compreender fatos geradores posteriores à sua edição e, portanto, não pode retroceder para abranger situações

[38] BARRETO, *op. cit.*, 2001, p. 74.
[39] Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça"
[40] BRASIL, 1988.
[41] AMARO, *op. cit.*, 2015, p.134.

passadas. Dessa forma, deverá ser aplicada a lei vigente no momento do fato gerador do Imposto de Renda.

Enfatiza Láudio Camargo Fabretti[42] que *"a lei aplica-se somente aos fatos que ocorreram após a sua entrada em vigor. Não pode retroagir para alcançar fatos já ocorridos na vigência da lei anterior, pela qual se regem".*

O Código Tributário Nacional, em seu art. 105, afirma que os conteúdos de novas legislações serão aplicados somente aos fatos geradores[43] posteriores.

Entretanto, quando tratamos do imposto de renda, à luz dos princípios da anualidade e irretroatividade da lei tributária, ocorreria à retroatividade da lei tributária uma vez que o referido imposto utiliza como fato gerador fatos pretéritos (auferir renda no ano anterior, ou ano-base).

No caso do Imposto de Renda, o "*ano-base*" é aquele em que o contribuinte aufere a renda, e "*ano de exercício*" equivale ao ano seguinte, quando o mesmo deverá declarar os rendimentos percebidos no lapso temporal de 01 de janeiro a 31 de dezembro do ano anterior ("*ano-base*").

Todavia, para Aliomar Baleeiro:

> (...) o princípio da irretroatividade está conjugado ao da anterioridade. E a anterioridade, segundo o Supremo Tribunal Federal, adia a eficácia (ou a vigência) da lei para exercício financeiro subsequente àquele em que foi publicada. Portanto, lei nova, majoradora do imposto de renda da pessoa física ou jurídica, publicada antes do encerramento do ano-base, somente será vigente e eficaz no exercício financeiro seguinte, quando encontrará o fato gerador do ano anterior inteiramente consumado.[44]

Dessa forma, quando fazemos referência ao imposto de renda, será aplicada a lei vigente, não obstante que haja sido publicada antes do encerramento do ano-base, que servirá de fato gerador para o exercício seguinte.

O princípio da anterioridade, tem o condão de adiar a vigência de lei, que cria ou majora um tributo, sendo inoperantes no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei ou antes de decorridos noventa dias da data da publicação.[45] Não resta dúvida, inclusive a luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores, de que o citado princípio impede, desde logo, a vigência ou eficácia da lei tributária.[46]

Quando, nos impostos periódicos, grupo que se enquadra o Imposto de Renda, advém lei nova, que majora o imposto, mesmo antes do encerramento do ano-base para cobrança do tributo, a conciliação dos princípios da anterioridade e da irretroatividade torna-se obstáculo para a aplicação da lei no mesmo ano de sua publicação.

Portanto, conforme conclui Luciano Amaro:

> A conjugação dos princípios da irretroatividade e da anterioridade leva, em relação ao imposto de renda como fato gerador periódico, à inaplicabilidade da lei editada no curso de certo exercício financeiro nas seguintes situações: a) fato aperfeiçoado antes da lei; b) fato em curso no momento da edição da lei; c) fato cujo período seja posterior à lei, mas que se inicie no mesmo exercício de edição da lei (hipótese em que a lei não seria retroativa, mas

---

[42] FABRETTI, Láudio Camargo. **Direito Tributário Aplicado: Impostos e Contribuições das Empresas.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 56.

[43] Fato gerador é a ação humana, uma situação definida em lei como necessária e suficiente para configurar na cobrança do tributo (art. 114 do CTN).

[44] BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 202.

[45] BRASIL, 1988.

[46] BALEEIRO; DERZI, *op. cit*.

atentaria contra o princípio da anterioridade).[47]

3.5 A periodização anual da renda

Como observado, o Imposto de Renda se encontra no grupo dos impostos periódicos. As expressões "*exercício financeiro da declaração"* e *"ano-base"*, tanto nas pessoas físicas quanto nas jurídicas, presumem a periodização da renda anual. Nas palavras de Aliomar Baleeiro: "Se renda não é rendimento ou mera remuneração bruta do fator de produção, mas acréscimo patrimonial, riqueza nova ou excedente, a periodização, dentro da qual se apurem os ganhos, deduzidos das despesas essenciais a obtenção e manutenção da renda, é essencial."[48]

Em períodos anteriores do desenvolvimento tributário, os resultados das atividades empresariais eram apurados ao final de uma série de operações idênticas, aguardando o término dessas situações. Isso tornava o procedimento de tributação extremamente complexo de tal forma que, como desenvolvimento comercial da sociedade, iniciou-se a periodização para apurar o tributo devido.

No entendimento de Freitas Pereira, a regra da periodização anual foi adotada pelas seguintes razões: (I) o período não pode ser curto a ponto de que os resultados não sejam significativos, nem extenso de forma que impeça sua renovação; (II) a duração do período deve permitir que seja possível realizar comparações com períodos que se sucedem; (III) o período deve integrar todas as estações existentes, de forma que certos tipos de negócios não sofram influências sazonais.

Em suas palavras:

> A adoção de uma base anual para a elaboração de contas preenche estes requisitos e reflete o juízo de uma longa experiência segundo a qual o ano nem é demasiado longo nem demasiado curto e, além disso, projeta o ritmo normal em que se desenvolve a vida econômica e social, toda ela marcada pelo ciclo das estações.[49]

A periodização nada mais é que um corte feito em uma atividade que é ininterrupta, sendo a regra da continuidade da exploração um princípio contábil e de Direito Comercial universal.[50] Dela acarretam outras regras, que tem a função de atenuar os efeitos nocivos da periodização.

4.Lucros e dividendos

4.1 Conceitos e Elementos Característicos

Estudar e entender os conceitos de "lucro" e "dividendo" em âmbito legal é primordial para o desenvolvimento e entendimento mais a fundo do proposto para a pesquisa em tela. Nesse contexto, conforme o art. 10 da Lei nº 9.249 de 26 de dezembro de 1995:

> Art. 10º - Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos a incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou

[47] AMARO, *op. cit.*, 2015, p. 157
[48] BALEEIRO; DERZI, *op. cit*.
[49] PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas (1986). **A periodização do lucro tributável.** Dissertação de Mestrado, Universidade Técnica de Lisboa. Lisboa: Instituto Superior de Economia, 1986. Disponível em: http://hdl.handle.net/10400.5/12349. Acesso em: 04. fev. 2022.
[50] BALEEIRO; DERZI, *op. cit*.

> jurídica, domiciliada no país ou exterior(...). (BRASIL, 1995)

Segundo tal norma, o dividendo distribuído por pessoa jurídica tributada com base no lucro real, presumido ou arbitrado, e com base nos resultados apurados a partir de janeiro de 1996, é isento de Imposto de Renda. Portanto, pode-se inferir que se o lucro está enquadrado nas condições acima, a isenção do imposto é integral e incondicional sobre qualquer valor que a regra define como *"dividendo"*.

Como ensina Andrea Bazzo Lauletta[51]: "*Os dividendos são valores pagos aos acionistas, titulares ou sócios, decorrentes da distribuição do resultado da sociedade, por meio da apuração do seu lucro líquido do exercício, de lucros acumulados e de reserva de lucros"*.

Sobre o assunto, determina o art. 201 da Lei de Sociedade Anônima:

> Art. 201. A companhia somente pode pagar dividendos à conta de lucro líquido do exercício, de lucros acumulados e de reserva de lucros; e à conta de reserva de capital, no caso das ações preferenciais de que trata o § 5º do artigo 17.
> § 1º A distribuição de dividendos com inobservância do disposto neste artigo implica responsabilidade solidária dos administradores e fiscais, que deverão repor à caixa social a importância distribuída, sem prejuízo da ação penal que no caso couber.
> § 2º Os acionistas não são obrigados a restituir os dividendos que em boa-fé tenham recebido. Presume-se a má-fé quando os dividendos forem distribuídos sem o levantamento do balanço ou em desacordo com os resultados deste.

Destarte, os dividendos partem de valores de lucros da sociedade, a partir de deliberação de sua administração.[52] É hialino que a natureza jurídica do dividendo está totalmente atrelada ao lucro auferido por uma sociedade, sendo correto afirmar que, a existência de lucro possibilita a distribuição de dividendos aqueles que são qualificados a recebê-los.

Conforme define De Plácido e Silva[53], os dividendos são nada mais que:

> (...) a percentagem ou rendimento que cabe aos sócios ou acionistas de uma sociedade. Representa, nesse sentido, a parte do lucro que compete ao sócio, segundo o valor de sua cota ou cotas no capital da sociedade, o qual, denominado de lucro líquido, desde que está apurado de todos os rebates e abatimentos contratuais, estatutários ou legais, é distribuído na conformidade do que nos contratos ou estatutos, está prescrito.[54]

Nos ensinamentos de José Edwaldo Tavares Borba[55], os dividendos podem ser definidos da seguinte forma:

> Os lucros distribuídos pelas sociedades anônimas a seus acionistas recebem o nome de dividendos (...) A distribuição de qualquer importância aos acionistas, a título de dividendo, encontra-se condicionada à existência de lucros na sociedade, apenas podendo ter essa destinação o lucro líquido do exercício, os lucros acumulados e as reservas de lucro. (...) O primeiro resquício para o pagamento de dividendos é a ocorrência de lucros (...).

---

[51] *Apud* MOSQUERA, Roberto Quiroga. *et al.* **Controvérsias Jurídico-Contábeis** (Aproximações e Distanciamentos). São Paulo - SP: Dialética, 2014. v. 5
[52] Conforme ensina o art. 132, inciso II, da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76)
[53] SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 873 p.
[54] MOSQUERA, *op. cit.*, p.15
[55] BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário.** Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 555.

O conceito de dividendo que está sendo debatido é proveniente do Direito Societário.[56] Dessa forma, podemos inferir que não há na legislação tributária a definição de dividendo, com a finalidade de aplicação da isenção prevista na Lei nº 9.249/1985. Em regra, a legislação tributária dispõe sobre o tratamento tributário a ser dado aos negócios jurídicos, não intervindo na definição do que será transacionado, dever esse que pertence às legislações atinentes a cada tema.

Nesse diapasão, o Código Tributário Nacional define, em seus artigos 109 e 110[57], que:

> Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.
> Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Logo, se há conceitos de outros ramos do Direito que aproveitam as imposições tributárias, estes devem ser utilizados por aquele que aplica o Direito Tributário, respeitado pelas autoridades fiscais, sob pena de contrariar o CTN, devendo, ainda, estar em linha com o Direito Privado.

Essa é a explicação para o fato de conceitos e princípios fundamentais do Direito Privado poderem balizar e delimitar as definições necessárias à formação de um fato gerador de uma obrigação tributária.[58]

Na opinião de Ricardo Mariz de Oliveira:

> (...) os dispositivos do CTN estão acordes quanto à prevalência do direito privado na definição dos seus conceitos, institutos e formas, até porque ambos perseguem a totalidade e unicidade orgânica do ordenamento jurídico, observadas as finalidades próprias de cada ramo.[59]

Importante, para fins de entendimento, compreender qual a definição de lucro, que irá possibilitar a existência de repartição de dividendos: lucro nada mais é do que a quantia recebida pela produção, levando em conta as condições desse empreendimento e o seu patrimônio. É forma de recompensar o investimento feito pelos sócios de ume empresa. Conforme define Fábio Ulhoa Coelho:

> No plano conceitual, os lucros remuneram o capital investido na sociedade. Todos os sócios, empreendedores ou investidores, têm direito ao seu recebimento, nos limites da política de distribuição contratada entre eles.[60]

Dessa forma, quando uma sociedade empresária aufere lucro, o mesmo deve ser aproveitado pelos seus acionistas, que aplicaram valores na empresa para que esta

---

[56] BRASIL. **Lei n. 6.404, de 14 de dezembro de 1976**. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 17 abr. 2022.
[57] BRASIL, 1966.
[58] MOSQUERA, *op. cit.*, p.17.
[59] OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do imposto de renda**. Editora Quartier Latin Do Brasil, f. 580, 2007, p. 1159.
[60] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial** - direito de empresa. 19. ed. São Paulo - SP: Saraiva, 2015, p. 455.

prosperasse, gerando resultados. Os dividendos são uma forma de distribuição do lucro de uma companhia.

4.2 Comparação com os juros sobre capital próprio

Nesse momento, é importante salientar a diferença entre os juros sobre capital próprio e os dividendos. Os juros sobre capital próprio, também são uma forma de remuneração dos acionistas de uma empresa, feita em razão do investimento que é realizado na atividade desenvolvida pela companhia pagadora. Porém, tal remuneração tem natureza diferente dos dividendos.

Há na doutrina quem defenda que os juros sobre capital próprio são uma espécie de dividendo, como o jurista Modesto Carvalhosa (CARVALHOSA, 1977, 1:139). Porém, existem motivos para entender que estes não têm a mesma natureza. Vejamos:

Em primeiro lugar, podemos mencionar o art. 9º, parágrafo 7º, da Lei nº 9.249/95, que autoriza o computo dos juros sobre capital próprio no montante referente aos dividendos obrigatórios de uma empresa[61], indicando que o legislador atribuiu natureza diversa da dos dividendos. É hialino, visto que, se os juros fossem espécies de dividendos, desnecessário seria o dispositivo supramencionado, pois os juros já estariam, por definição, incluídos nos dividendos obrigatórios. Nas sábias palavras de Fabio Ulhoa Coelho:

> (...) como a lei não possui termos inúteis, deve-se concluir que os juros sobre capital próprio correspondem a uma categoria de pagamentos em favor dos acionistas, distinta dos dividendos, a uma forma *sui generis* de remuneração do investimento na empresa.[62]

Em um segundo momento, devemos considerar o regime tributário diferente das espécies, além do princípio constitucional da isonomia. Vejamos a Lei nº 9.249/95, que isentou, em seu art. 10º, os dividendos de Imposto de Renda, mas não proporcionou o mesmo tratamento aos juros sobre capital próprio, que estão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de quinze por cento (art. 9º, § 2º).

Pode-se concluir que as espécies mencionadas possuem necessariamente natureza distinta: não é possível atribuir tratamento diferente, no prisma da tributação, a duas situações idênticas, pois isso contraria o princípio constitucional da Igualdade, previsto no art. 150, II da Constituição Federal. Estando claro que os tratamentos tributários são distintos, fica impossível sustentar que tais institutos são juridicamente iguais. Como afirma Ulhoa, "tomar a remuneração dos acionistas representada pelos juros como parte dos dividendos é pôr em questão a constitucionalidade da diferenciação no tratamento tributário".[63]

Por fim, deixo conclusão do mesmo jurista, que fixa a ideia de divergência jurídica das espécies:

> Os juros sobre capital próprio não podem ser considerados espécie de dividendos. Se os primeiros podem ser imputados aos últimos, como prevê a lei, então isso já demonstra tratar-se de institutos diversos. Além do mais, as diferenças tributárias impedem sejam considerados pagamentos do mesmo

[61] De acordo com o art. 202 da LSA, deve ser destinado ao pagamento de dividendos o percentual dos lucros estabelecido em cláusula estatutária. No caso de omissão no estatuto, o dividendo devido será de metade do "lucro líquido ajustado", que é uma categoria contábil específica da disciplina desse direito dos acionistas. Dessa forma, os dividendos obrigatórios são nada mais que o percentual de lucro de uma empresa que deve ser obrigatoriamente distribuído aos acionistas. (COELHO, *op. cit*., p.361).
[62] COELHO, *op. cit.*, p.374.
[63] COELHO, *op. cit.*, p.375.

tipo, em vista do princípio constitucional da igualdade.[64]

4.3 Isenção de Imposto de Renda para lucros e dividendos no Brasil

4.3.1 Definição de isenção do ponto de vista jurídico

Para tratarmos da isenção do Imposto de Renda em específico, mister definirmos o conceito de isenção, como espécie do gênero benefício fiscal.

Alfredo Augusto Becker, em seu clássico *Teoria Geral do Direito Tributário*, constatou que o Direito tributário seria forma instrumental do Estado realizar intervenções na Economia.[65] Tal visão mostrou-se acertada na medida em que, no decurso do tempo, as Administrações utilizaram dos tributos como dispositivo de ajuste na Economia, incentivando e desincentivando comportamentos dos particulares, demonstrando o valor dos tributos como instrumentos de intervenção do Estado na Economia.

Assim, podemos falar nos incentivos fiscais, que possuem o condão de influenciar comportamentos a serem adotados pelos contribuintes, sendo o Estado o grande responsável por indicar o rumo desses comportamentos, por meio da tributação.

Entretanto, os benefícios fiscais são mais amplos que os incentivos. Como dito anteriormente, o benefício fiscal é um gênero do qual o incentivo fiscal é uma das espécies, e pode ser definido como uma situação que gera "desoneração da carga tributária".[66] Indica um estado de sujeição do particular a uma determinada desoneração tributária, resultado da incidência de uma norma jurídica. Tal desoneração pode ser tanto relativa ao tributo (obrigação principal), quanto aos custos de conformidade a ele relacionados (obrigação acessória).[67]

Dentre as espécies que compõe o gênero benefício fiscal, destaco a isenção fiscal, que será objeto de estudo nesta pesquisa.

A isenção foi definida pela doutrina clássica do direito tributário como dispensa legal do pagamento de tributo devido. Muito embora essa definição encontrasse fortes críticas desde há muito tempo, representava o pensamento dominante e que acabou se positivando no código tributário nacional, em seu artigo 175, I, Hipótese de "exclusão do crédito tributário".

Como sustentavam os entusiastas dessa corrente de pensamento, tal situação ocorria da seguinte forma: primeiramente, tinha-se a incidência da norma tributária fundada na ocorrência do fato gerador e, por fim, tinha-se a incidência da norma que estabelecia a isenção tributária, desonerando o contribuinte daquele pagamento.

Alfredo Augusto Becker bem notou que essa concepção é insustentável, porque o que se verifica é que a situação descrita no primeiro momento (incidência da regra que estabelece a obrigação tributária), na verdade, nunca aconteceu na medida em que "faltou ou excedeu um dos elementos da composição de sua hipótese de incidência sem o qual ou com o qual ela não se realiza"[68]-[69]

Paulo de Barros Carvalho concluiu da mesma forma, onde a norma isentiva conforma o âmbito de aplicação da norma tributante, fazendo com que essa última incida unicamente sobre os fatos anteriormente previsto, excluídos os fatos isentos.[70]

---

[64] COELHO, *op. cit.*, p.375.
[65] BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1963, p.541.
[66] ALHO NETO, João de Souza. **Interpretação e Aplicação de Benefícios Fiscais**. São Paulo - SP: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021. v. XLIII, p.70
[67] ALHO NETO, *op. cit.*, p.71
[68] BECKER, *op. cit.*, p.277
[69] ALHO NETO, *op. cit.*, p.78
[70] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.456

Assim, conforme conclui João de Sousa Alho Neto:[71]

> (...) a isenção está no plano normativo (dever ser) e não no plano dos fatos (ser). Assim, quando o art. 114 do CTN estabelece que o "fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência", tem-se que norma isentiva opera no sentido de impedir a existência do próprio fato jurídico tributário que dará ensejo a tributação. Logo, se não há fato, inexiste obrigação, sendo decorrência lógica à inocorrência de crédito tributário cujo pagamento será desonerado.

Nas lições de José Souto Maior Borges a isenção é a "hipótese de não-incidência legalmente qualificada"[72], onde a norma isentiva exclui previamente as situações (pessoas, bens, atos ou fatos) isentas no âmbito das normas obrigacionais tributárias, deixando esta última de incidir porque a lei qualificou aquelas situações como isentas, cuja consequência jurídica é a não obrigação.

4.3.2 Lei 9.249/95 – Isenção ou simples reconhecimento de que tais rendas já foram tributadas na pessoa jurídica?

Superada a definição de isenção, nesse momento, é importante salientar que, antes da Lei nº 9.249/95, os lucros e os dividendos da pessoa jurídica eram tributados no Brasil.

Preliminarmente, os lucros e os dividendos da pessoa jurídica eram tributados na sua integralidade a uma alíquota progressiva no momento que eram distribuídos a pessoa física dos sócios e acionistas, isso significava que não era realizado a retenção do imposto na fonte. No período de 1995 até a promulgação da Constituição Federal de 1988, a distribuição de lucros e dividendos passou a sofrer retenção na fonte. Tal regra foi modificada a partir da origem do Imposto sobre o Lucro Líquido.[73] Foi em 1993 que distribuição de lucros esteve isenta, exclusivamente aos sócios domiciliados no Brasil. Em 1994, a Lei 8.849/94 alterou tal entendimento e o lucro distribuído volta a ser tributado para os sócios das pessoas jurídicas do lucro real, até a promulgação da Lei 9.249/95, que instituiu a isenção do imposto de renda para lucros e dividendos no país.[74]

Dessa forma, podemos inferir de forma clara que, para o legislador, até a a promulgação da Lei 9.249/95, a distribuição de lucros e dividendos era fato gerador do imposto de renda da pessoa física. A partir de então, o art. 10 da supramencionada lei regeu de tal forma:

> Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior. (BRASIL, 1995)

Pela leitura do artigo, depreende-se de forma clara que o fato gerador do imposto de renda em relação aos lucros e dividendos não deixou de ocorrer, houve o

---

[71] ALHO NETO, *op. cit*.
[72] BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral da isenção tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 199 e seg.
[73] BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 7.713, de 21 de dezembro de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 22 de dezembro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7713.htm. Acesso em: 22 abr. 2022
[74] NÓBREGA, Cristóvão Barcelos da. **História do imposto de renda no Brasil, um enfoque da pessoa física (1922-2013)**. Brasília: Receita Federal do Brasil. 2015, p. 209 e 231.

reconhecimento por parte do legislador de que o imposto já havia sido pago na apuração do lucro da pessoa jurídica que originou a sua distribuição.

Ainda, importante destacar que os lucros e dividendos distribuídos, conforme o artigo 43 do CTN, quanto a sua definição é uma hipótese de incidência do Imposto de Renda. A isenção presente no caso em dela, não é hipótese de extinção a ocorrência do fato gerador do imposto de renda, sendo mais bem definida como uma exceção ao seu pagamento.

Nas palavras de Hugo de Brito Machado:

> Distingue-se a isenção da não incidência. Isenção é a exclusão, por lei, de parcela da hipótese de incidência, ou suporte fático da norma de tributação, sendo objeto da isenção a parcela que a lei retira dos fatos que realizam a hipótese de incidência da regra de tributação. A não incidência, diversamente, configura-se em face da própria norma de tributação, sendo objeto da não incidência todos os fatos que não estão abrangidos pela própria definição legal da hipótese de incidência (MACHADO, 2015, p. 232 *apud* TELLES, 2016, p. 51)

Assim, para responder à questão que é colocada no presente tópico, devemos observar que qualquer isenção tributária concedida, deve ter como pretexto alcançar objetivos sociais, sempre estabelecidos na Constituição Federal. Entretanto, dar tratamento desigual, acionistas, quotistas entre outras definições de uma empresa, dos demais contribuintes do Imposto de Renda, certamente afronta o princípio da isonomia tributária, suprimindo o critério de generalidade que é preceito fundamental do imposto em análise.

Nesse diapasão, a isenção dos lucros e dividendos, atualmente, não atinge o objeto a que se prestou quando da sua promulgação, que é de estimular o crescimento econômico do país. Podemos verificar que tal benefício é utilizado muitas vezes pelo contribuinte como forma de se beneficiar de tal instituto: a pessoa física transfigura-se em pessoa jurídica com o intuito de usufruir da isenção dos lucros e dividendos, tendo em vista que a alíquota do imposto de renda da pessoa jurídica é muito mais atrativa do que a alíquota da pessoa física.[75]

Por fim, verificamos que o benefício, assim como estabelecido na Lei, dá margem para entendimentos diversos sobre a temática.

5.Dos diversos projetos de lei em trâmite sobre a Reforma Tributária do Imposto de Renda

Tendo em vista a complexidade do tema, conforme foi abordado no preâmbulo do texto, importante salientar a existência de diversos Projetos de Lei sobre a temática da tributação de dividendos. Tais projetos, em muitas ocasiões, divergem sobre determinados assuntos, o que por si só demonstra que a taxação de lucros dividendos é um assunto que ainda pende de amadurecimento no Brasil. De fato, não se trata somente de fim da isenção de Imposto de Renda, mas de uma sistemática existente há mais de 26 anos.

Dentre os projetos que estão atualmente em trâmite perante o Congresso Nacional com o intuito de fazer modificações no atual sistema tributário, podemos destacar os Projetos de Lei 1.952/2019, de autoria do Senador Eduardo Braga e o 2.015/2019, do Senador Otto Alencar.[76] A título exemplificativo, o primeiro propõe

[75] Tal fenômeno é denominado “pejotização” e será analisado adiante nesse artigo.
[76] BRASIL. Senado Federal. **Pesquisa de Matérias.** Brasília. Disponível em:

instituir imposto sobre lucros e dividendos inclusive dos adeptos ao Simples Nacional, bem como reduzir a atual alíquota do IR, enquanto o segundo cria alíquota de 15% sobre lucros e dividendos.

Por essa análise, podemos reforçar o entendimento de que o tema da taxação de lucros e dividendos não é pacífico e prescinde de uma minuciosa análise para se chegar a uma solução que seja favorável para a sociedade e não acabe por gerar grandes prejuízos para nenhuma classe.

6.Análise dos desdobramentos relacionados à tributação de lucros e dividendos no Brasil

Tendo em vista que o debate a que se propôs esse trabalho não é simples, mister elencar alguns de seus possíveis desdobramentos caso a taxação de lucros e dividendos venha a ser estabelecida no Brasil. Vejamos:

6.1 O tratamento distinto concedido pela isenção prevista na Lei nº 9.249/1995

Como verificado anteriormente no trabalho, ao isentar a distribuição dos lucros e dividendos, sob o ponto de vista jurídico, o legislador ordinário diferenciou de forma defesa e desproporcional os contribuintes do Imposto de Renda, ferindo princípio constitucional basilar do Direito Tributário, que é o Princípio da Isonomia.

O Princípio da Isonomia é apresentado na Constituição Federal, em seu art. 150 da CF/88:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> I. - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;
>
> II. - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

Analisando o benefício inserido pela Lei 9.249/95, podemos facilmente perceber que o legislador deixou de observar aspecto fundamental para a conceituação de contribuinte: a de que um, é a pessoa física, e o outro, é a pessoa jurídica, ou seja, as duas pessoas não se confundem, embora estejam ligadas por força de contrato firmado entre elas.

Quando ocorreu a isenção do lucro, o contribuinte pessoa física, sócio ou acionista, foi colocado em patamar diferente pela sua ocupação exercida, seja de empresário, capitalista investidor etc., privilegiando-o com menor carga tributária. Essa situação desencadeou uma enorme divergência entre o que preconiza a CF/88 em relação ao Princípio da Isonomia e o que ficou definido pela norma.

É hialino, nessa situação, o tratamento desproporcional do contribuinte sócio ou acionista, em relação ao contribuinte assalariado, ou seja, com a isenção, o aumento patrimonial provocado pela distribuição dos lucros não será tributado no caso do primeiro, enquanto o segundo deverá recolher imposto sobre o aumento patrimonial que observar.

Seguindo com a análise do dispositivo constitucional, imperioso destacar outro princípio decorrente da isonomia: o princípio da *pecunia non olet*, do latim, significa

---

https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias//materia/136117%3E%20%3Chttps://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136156. Acesso em: 2 mai. 2022.

dizer, em outras palavras que o tributo não tem cheiro. A partir dessa ideia, pode-se concluir que não importa a origem ou nomenclatura, o tributo deverá ser aplicado de maneira uniforme a todos os contribuintes que se encontrem em uma mesma situação. Significa dizer que os lucros e dividendos são apenas nomenclaturas contábeis utilizadas para diferenciar a origem do recurso, não os desqualificando de ser um fato gerador do Imposto de Renda.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1208583 do Espírito Santo, defende o mesmo posicionamento:

> RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL.VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (...)
> Já o princípio pecunia non olet carrega consigo a idéia de igualdade de tratamento entre as pessoas que tenham capacidade contributiva semelhante, independentemente da maneira utilizada para alcançar essa disponibilidade econômica, isto é, não importa se os rendimentos tributáveis tenham ou não fonte lícita. Cuida-se de princípio de direito tributário.(…)
> (STJ - REsp: 1208583 ES 2010/0162642-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 04/12/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/12/2012)

Dessa forma, podemos inferir que a tributação de lucros e dividendos pode ser uma forma de conferir, novamente, tratamento proporcional entre os contribuinte sócios ou acionistas, em relação aos contribuintes assalariados, recuperando, dessa forma, a Isonomia entre esses contribuintes.

6.2 A possibilidade de uma tributação mais justa da renda

Uma das vantagens da tributação de lucros e dividendos em relação a tributação do lucro de uma empresa, é que a primeira pode seguir o princípio da progressividade, sendo mais justa. Nas palavras de Regina Helena Costa:[77]

> A progressividade, por seu turno, implica seja a tributação mais do que proporcional à riqueza de cada um. Um imposto é progressivo quando a alíquota se eleva à medida que aumenta a base de cálculo. Se a igualdade na sua acepção material, concreta, é o ideal para o qual se volta todo o ordenamento jurídico-positivo, a progressividade dos impostos é a técnica mais adequada ao seu alcance. Isso porque a graduação dos impostos meramente proporcional à capacidade contributiva dos sujeitos não colabora para aquele fim. Diversamente, na tributação progressiva, aqueles que detêm maior riqueza arcarão, efetivamente mais, pelos serviços públicos em geral, em favor daqueles que pouco ou nada possuem e, portanto, não podem pagar(…)

A adoção do princípio da progressividade é originária do texto do art. 145, § 1º, da Constituição Federal, segundo o qual "sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte (…)".78

Portanto, se a tributação na distribuição de lucros e dividendos for feita em conluio com o que rege o princípio da progressividade tributário, poderá ser observada uma taxação do contribuinte de forma mais justa, baseada em suas respectivas riquezas.

---

[77] COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário** - Constituição e Código Tributário Nacional – 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
[78] *Ibid.*

6.3 O desestímulo ao fenômeno da “pejotização”

A isenção proporcionada pela Lei nº 9.249/95 gerou uma enorme movimentação na abertura de novas pessoas jurídicas. Esse fenômeno, denominado “pejotização”, vem transformando-se, segundo definição da Receita Federal, “*em mecanismo cada vez mais comum para potencializar a realização de lucros e resultados financeiros, mediante a redução dos encargos trabalhistas para as empresas e do imposto sobre a renda para os profissionais prestadores de serviços*”.[79]

Do ponto de vista do Direito Tributário, o principal aspecto a ser analisado é a redução do ônus tributário na contratação de serviços de profissões regulamentadas, tanto para as empresas contratantes, quanto para o profissional contratado. A redução dos custos fiscais e previdenciários é o principal motor da adoção dessa sistemática.[80]

Se, no momento da concessão da isenção proporcionada pela Lei nº 9.249/95, a ideia do legislador era de fomentar a economia, atualmente e na grande maioria dos casos, os profissionais “pejotizados” se utilizam desse benefício para unicamente reduzir o pagamento de tributos. Tais pessoas jurídicas passam a receber seus pagamentos através do lucro, que corresponde ao seu salário, só que isento de tributação do Imposto de Renda.

Como pode ser observado, a "pejotização" é um dos maiores entraves da reforma tributária, devido aos diversos benefícios que os adotantes dessa sistemática podem conferir. A possível tributação na distribuição de lucro desencorajaria tal prática: A tributação dos lucros e dividendos, potencialmente elevaria a carga tributária do profissional "pejotizado", antes sujeito a regimes fiscais incentivados, quando comparado ao empregado celetista (sujeito às regras da CLT[81]), inclusive estimulando um retorno da prestação de serviços mediante carteira assinada.[82]

Nas palavras da Receita Federal:[83]

> O fenômeno, que vem ocorrendo como mecanismo alternativo para submissão de rendas do trabalho de profissionais liberais à sistemática de tributação das pessoas jurídicas, é motivado pela significativa vantagem tributária e pela redução do custo administrativo com a desobrigação das exigências trabalhistas.

Dessa forma, pode-se inferir que a reforma tributária seria uma forma de desestimular tal sistemática, que demonstra total desvirtuamento dos usos atribuídos a uma pessoa jurídica.

6.4 Panorama Mundial frente a tributação de lucros e dividendos

Segundo estudo realizado pela Tax Foudation[84], o Brasil possui um dos sistemas tributários mais complexos do mundo. Em suas palavras:

---

[79] BRASIL. Receita Federal. **O Fenômeno da “pejotização” e a motivação tributária**. Brasília, 2016. Disponível em <https://www.gov.br/receitafederal%22/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos/outrosestudos/pejotizacao.pdf/view>. Acesso em 02/05/2022.

[80] *Ibid.*

[81] BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei n. 5.453, de 30 de abril de 1943**. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.html. Acesso em: 08/04/2022

[82] PERREGIL, Fernanda; MANSUR, Luiz Rafael. A tributação de lucros e dividendos e seus potenciais efeitos tributários e trabalhistas para o mercado. **Migalhas**. 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/297334/a-tributacao-de-lucros-e-dividendos-e-seus-potenciais efeitostributarios-e-trabalhistas-para-o-mercado. Acesso em: 09/05/2022.

[83] BRASIL, 2016.

> (...)Segundo o Banco Mundial, enquanto uma empresa típica gasta 234 horas para cumprir suas obrigações fiscais, uma empresa brasileira enfrenta 1.500 horas. O sistema fiscal do Brasil é caracterizado por regulamentações opacas e regras em constante mudança nos níveis federal, estadual e municipal. A revisão do sistema tributário criaria eficiência para as empresas e ajudaria a promover o investimento privado.

Ainda, de acordo com estudo realizado pela Confederação Nacional de Municípios[85], o Brasil é um dos poucos países ao redor do mundo que não tributa o pagamento de dividendos aos acionistas. Entre o os outros Estados, a Estônia e a Letônia são territórios que não cobram impostos na distribuição de resultados.

Entre os Estados que adotam a isenção de impostos para dividendos, o modelo de aplicação é o mesmo: os tributos incidem sobre os lucros auferidos pelas companhias (pessoas jurídicas), e não pelas pessoas físicas. Por outro lado, na parte majoritária dos países, em que há tributação de dividendos, a carga tributária incide sobre os lucros da Pessoa Jurídica e, também, no momento da distribuição dos valores aos acionistas.

Dessa forma, caso os projetos existentes sobre a temática da tributação de lucros e dividendos cheguem à aprovação e conversão em lei, o Brasil se adequaria ao modelo de taxação adotado pela grande maioria dos países em nível mundial.[86]

Seguir tal exemplo de modelo adotado pelas maiores economias (como, por exemplo, os Estados Unidos, Japão, Alemanha[87]) em nível global pode ajudar o país em seu desenvolvimento em âmbito arrecadatório e econômico.

6.5 Uma questão que poderá levar ao crescimento das judicializações sobre o tema: a *bitributação* e o *bis in idem*.

Uma questão que deve ser analisada nesse contexto é que, há a possível interpretação de que a medida proposta configura hipótese de tributação em duplicidade, a chamada *bitributação*, tendo em vista que os lucros auferidos em determinado exercício financeiro já são tributados por meio do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas. Portanto, a aplicação do tributo sobre a distribuição desses lucros, quando do recebimento pelos acionistas, implicaria em *bis in idem*, o que não encontra amparo no sistema tributário brasileiro.

Porém, tal entendimento é dificilmente levado a diante tendo em vista que, conforme verifica-se no Direito Civil, que traz a definição de pessoa física e pessoa jurídica, estabelece que elas não se confundem, nem se assemelham.

A Lei nº 13.874/2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica, acrescentou o art. 49-A e alterou o art. 50, ambos da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil). Ficou definido no caput do art. 49-A que a "pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores".

Segundo Regina Helena Costa:[88]

---

[84] ENACHE, Cristina. Brazil has the Opportunity to Implement a Simple Consumption Tax and Foster Tax Progressivity at the Same Time. **Tax Foundation**. Washington, DC, 2020. Disponível em: https://taxfoundation.org/brazil-consumption-tax-brazil-progressivity/. Acesso em: 25 abr. 2022.

[85] CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. **Estudos técnicos CNM**: Estudos sobre a não tributação de lucros e dividendos no Brasil. V.8. Disponível em: https://www.cnm.org.br/biblioteca/exibe/2851.Acesso em 02/05/2022

[86] LOTT, Diana. Por que o Brasil é um dos poucos países do mundo que não tributa dividendos. **Forbes**. São Paulo. 2021. Disponível em: https://forbes.com.br/forbes-money/2021/07/por-que-o-brasil-e-um-dos poucospaises-do-mundo-que-nao-tributa-dividendos/.Acesso em: 02/05/2022

[87] CHAVES, Gardel I. G. **Tributação dos lucros e dividendos no Brasil sob a perspectiva da justiça federal**: uma análise comparada. 2021. 33 fls. Bacharel em direito. UFERSA, Mossoró/RN, 2021.

[88] COSTA, *op. cit.*, 2019.

> A bitributação significa a possibilidade de um mesmo fato jurídico ser tributado por mais de uma pessoa. Diante de nosso sistema tributário, tal prática é vedada, pois cada situação fática somente pode ser tributada por uma única pessoa política, aquela apontada constitucionalmente, pois, como visto, a competência tributária é exclusiva ou privativa. Inviável, portanto, que haja mais de uma pessoa política autorizada a exigir tributo sobre o mesmo fato jurídico. Já o bis in idem é ideia distinta, traduzida na situação de o mesmo fato jurídico ser tributado mais de uma vez pela mesma pessoa política, sendo permitido pelo sistema pátrio desde que expressamente autorizado pela Constituição.

Ora, constatado que há distinção patrimonial entre a pessoa do sócio, cotista, acionista etc. e a pessoa jurídica, e pelo fato desta ser um organismo independente, com capacidade de gerir seus próprios bens, não há de se falar em *bis in idem* e nem em *bitributação*, tendo em vista que não está sendo tributada mais de uma vez a mesma situação fática, pois as partes que compõe a relação tributária são distintas.

Entretanto, ainda que na situação fática analisada seja inviável a constatação do *bis in idem* e *bitributação*, fato é que, caso a taxação na distribuição de lucros e dividendos no país passe a vigorar, é muito provável que o debate será levado ao judiciário fervorosamente, como forma daqueles que aproveitam a isenção do imposto manterem seu benefício, não sendo compelidos ao seu recolhimento.

6.6 A possibilidade de elevação na carga tributária das empresas

Com a Reforma Tributária, as empresas teriam uma possível elevação na carga tributária sobre o lucro da empresa, quando vários setores ainda estão em recuperação dos danos provocados pela pandemia do coronavírus, implicando ainda em aumento da complexidade no custo de conformidade fiscal para cumprir todas as obrigações governamentais impostas para a adequação, quase que imediata.

O país passa por um momento de recuperação econômica, em que é necessário a retomada do crescimento econômico, atração de novos investimentos, caminhando em conjunto com a simplificação do sistema tributário. Uma reforma tributária deve ser extremamente planejada para que não gere mais prejuízos do que benefícios à sociedade.

7.Conclusão

Pelo exposto, pode-se concluir que o projeto de tributação tem diversos pontos positivos e negativos em sua implementação, muitas questões a serem amadurecidas, e por isso deve ser tratado com cautela. Será crucial debater a Reforma Tributária em nossa sociedade para alcançar uma solução que funcione para a sua maioria e gere bem-estar social aos seus contribuintes.

No momento, ao invés do debate em relação à Reforma Tributária, seria apresentando soluções para a redução dos gastos públicos e para o estímulo ao investimento nas atividades produtivas que o Congresso Nacional atuaria para pôr o país em pé de igualdade competitiva com o restante do mundo.

Conforme estudo realizado pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) em 2020, apesar do Brasil não ter um número muito elevado de servidores públicos em proporção da população ou do total de trabalhadores, as despesas totais com esses trabalhadores (ativos e inativos) são elevadas e representam percentual do PIB próximo, ou até superior, ao de países ricos e reconhecidos pelo tamanho grande do Estado.[89]

[89] CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **NOTA ECONÔMICA Nº15**: O peso do funcionalismo público no Brasil em comparação com outros países. Portal da Industria. 2020. Disponível

Segundo dados do Fundo Monetário Internacional (FMI), as despesas com servidores públicos, ativos e inativos, no Brasil equivaleram a 13,4% do PIB, em 2018 – considerando o governo geral (União, estados e municípios). Esse percentual coloca o Brasil na 7ª colocação entre mais de 70 países para os quais o FMI disponibiliza dados para 2018.[90]

Além da redução com os gastos do Funcionalismo Público, outras iniciativas que poderiam melhorar tal cenário e que, inclusive, o próprio Governo Federal vem aplicando são: a busca por formas desburocratizar a máquina pública e de simplificar as normas internas; modernizar e virtualizar os procedimentos internos do Governo; revogar decretos e portarias que acarretavam custos ao empregador e travam o desenvolvimento econômico, dentre outras. No entanto, enxugar a folha de pagamento e reduzir a carga tributária ainda são um desafio a ser enfrentado para criar um cenário favorável ao desenvolvimento econômico.

O Brasil deve se concentrar em simplificar seu Sistema Tributário e tornar os impostos mais eficientes, ampliando suas bases tributárias, reduzindo alíquotas e eliminando isenções fiscais desnecessárias, por exemplo. Isso melhoraria a máquina arrecadatória tributária e abriria o caminho para a recuperação econômica, extremamente importante no atual cenário que resiste no país.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus; BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro. Gen|Forense, 2018. 476 p.

ALHO NETO, João de Souza. **Interpretação e Aplicação de Benefícios Fiscais**. São Paulo – SP: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021. v. XLIII.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

AMARO, Luciano da Silva. **Direito Tributário Brasileiro.** 24 ed. 2021. São Paulo: Saraiva Educação S.A., v. 3, 2021.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira**. Imposto de Renda das Empresas**. 3. edição. São Paulo: Atlas, 2006.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**, 6. ed., 7ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Competências tributárias**: um ensaio sobre a sua compatibilidade com as noções de tipo e conceito. São Paulo: Malheiros. 2018.

BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel. **Direito Tributário Brasileiro**. 14. ed. São Paulo - SP: Forense, 2018.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARRETO, Paulo Ayres. **Imposto sobre a renda e preços de transferência**. São Paulo: Dialética, f. 96, 2001. 191 p.

em: https://www.portaldaindustria.com.br/publicacoes/2020/10/nota-economica-15-o-peso-do-funcionalismopublicono-brasil-em-comparacao-com-outros-paises/. Acesso em: 6 mai. 2022.

[90] INTERNATIONAL MONETARY FUND. **Government Finance Statistics**. IMF DATA Washington, DC. Disponível em: https://data.imf.org/?sk=a0867067-d23c-4ebc-ad23-d3b015045405&sid=154444838607. Acesso em: 3 mai. 2022.

BARRETO, Simone Rodrigues. Tomo Direito Tributário. **Enciclopédia jurídica da PUC- SP**. São Paulo, 2019. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/295/edicao-1/renda.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1963.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 555 p.

BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral da isenção tributária**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 5172, de 24 de outubro de 1966**. Diário Oficial da União, Brasília, 25 de outubro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 04 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Lei n. 6.404, de 14 de dezembro de 1976**. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm.

BRASIL. Receita Federal. **O Fenômeno da "pejotização" e a motivação tributária**. Brasília, 2016. Disponível em: https://www.gov.br/receitafederal%22/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos/outros-estudos/pejotizacao.pdf/view.

CARVALHO, Cristiano Viveiros de, et. all; SILVA, Jules Michelet Pereira Queiroz e (Coord.) **Tributação de lucros e dividendos no Brasil**: uma perspectiva comparada. Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa. 2015 Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/26840.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO JUNIOR, Pedro H. B. D. **O sistema tributário dos países da OCDE e as principais recomendações da entidade:** fornecendo parâmetros para a reforma tributária no Brasil. IPEA. 2022. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=39017 &Ite mid=466. Acesso em: 15/03/2022

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial - direito de empresa**. 19a ed. São Paulo - SP: Saraiva, 2015.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **NOTA ECONÔMICA Nº15**: O peso do funcionalismo público no Brasil em comparação com outros países. Portal da Industria. 2020. Disponível em: https://www.portaldaindustria.com.br/publicacoes/2020/10/nota-economica-15-o-peso-do-funcionalismo-publico-no-brasil-em-comparacao-com-outros-paises/.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva Educação S.A., v. 3, 2018.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário** - Constituição e Código Tributário Nacional – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

COSTA, Regina Helena. Imposto de renda e capacidade contributiva. **Revista CEJ**, Fortaleza-CE. v. 7, n. 22, p. 25-30, 2 set. 2003. Disponível em: https://www.inesul.edu.br/professor/arquivos_alunos/doc_1330259554.pdf.

FABRETTI, Láudio Camargo. **Direito Tributário Aplicado:** Impostos e Contribuições das Empresas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. pág. 56

GOBETT, Sérgio Wulff; ORAIR, Rodrigo Octávio. **Tributação e distribuição da renda no Brasil: novas evidências a partir das declarações tributárias das pessoas físicas**. IPCIG. Brasília, 2016. Disponível em: https://ipcig.org/pt-br/publication/27836?language_content_entity=pt-br.

GRANER, Fabio. Entidades setoriais pedem que Congresso rejeite reforma do Imposto de Renda. **Valor Investe**. Brasília, 2021. Disponível em: https://valorinveste.globo.com/mercados/brasil-e-politica/noticia/2021/07/26/entidades-setoriais-pedem-que-congresso-rejeite-reforma-do-imposto-de-renda.ghtml. Acesso em: 25 jan. 2022.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. et al. **Controvérsias Jurídico-Contábeis** (Aproximações e Distanciamentos). São Paulo - SP: Dialética, 2014. v. 5

NÓBREGA, Cristóvão Barcelos da. **História do imposto de renda no Brasil, um enfoque da pessoa física (1922-2013)**. Brasília: Receita Federal do Brasil. 2015.

OECD (2021), **Corporate Income Tax**: Overall statutory tax rates on dividend income (Edition 2020), OECD Tax Statistics (database), Disponível em https://doi.org/10.1787/9587a850-en (accessed on 04 May 2022).

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do imposto de renda**. Editora Quartier Latin Do Brasil, f. 580, 2007. 1159 p.

PARENTE, Norma Jonssen. **Mercado de Capitais**: Tratado de Direito Empresarial 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 880 p.

PAUSEN, Leandro. **Direito Tributário Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência.** 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2008.

PEREIRA, José Luiz Bulhões. **Imposto sobre a Renda**: Pessoas Jurídicas. Rio de Janeiro: Justec, 1979.

PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas (1986). **A periodização do lucro tributável.** Dissertação de Mestrado, Universidade Técnica de Lisboa. Lisboa: Instituto Superior de Economia, 1986. Disponível em: http://hdl.handle.net/10400.5/12349. Acesso em: 04. fev. 2022.

PERREGIL, Fernanda; MANSUR, Luiz Rafael. A tributação de lucros e dividendos e seus potenciais efeitos tributários e trabalhistas para o mercado. **Migalhas**. 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/297334/a-tributacao-de-lucros-e-dividendos-e-seus-potenciais-efeitos-tributarios-e-trabalhistas-para-o-mercado.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Campinho, Sergio Murilo. **Curso de Direito Comercial - Sociedade Anônima**. São Paulo: Saraiva Educação S.A., v. 3, 2020.

SILVA, Guilherme Pedrozo da. **Direito Tributário**. 1a ed. São Paulo - SP: RIDEEL, 2021.

A legitimidade do ente jurídico interessado e o Supremo Tribunal Federal

The legitimacy of the interested legal entity and the Federal Supreme Court

Henrique Eurico da Silva[1]

RESUMO

A improbidade administrativa se apresenta como um dos grandes problemas da sociedade atual. A preocupação com a retidão no desempenho das funções públicas e com a correta alocação dos recursos do Estado se torna cada vez mais relevante, considerando-se que o atual modelo de Estado tem como funções garantir e fornecer os meios necessários para a fruição dos direitos fundamentais de seus cidadãos. Diante disso, o presente artigo busca descortinar os elementos que estruturam o combate à improbidade, apresentando seu sistema constitucional e os legitimados para sua utilização. Ademais, busca delimitar as bases da legitimidade processual ativa do ente jurídico interessado, vale dizer, da pessoa jurídica vítima do ato ímprobo, para o cotejo da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de sua restrição pelo legislador ordinário. A análise estará ancorada, essencialmente, nas balizas estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADI's 7042 e 7043, de modo que se dissecará os argumentos em um e outro sentido, a fim de compreender qual a determinação implícita no texto constitucional.

Palavras-chave: improbidade administrativa; direito administrativo; direito processual civil.

ABSTRACT

Administrative improbity is one of the biggest problems in today's society. The concern with the correct performance of public functions and the correct allocation of State resources becomes increasingly relevant, considering that the current State model's functions are to guarantee and provide the necessary means for the enjoyment of fundamental rights. of its citizens. In view of this, this article seeks to uncover the elements that structure the fight against misconduct, presenting its constitutional system and those legitimized for its use. Furthermore, it seeks to delimit the bases of the active procedural legitimacy of the interested legal entity, that is, of the legal entity victim of the unlawful act, for the comparison of the constitutionality or unconstitutionality of its restriction by the ordinary legislator. The analysis will be anchored, essentially, in the guidelines established by the Federal Supreme Court in the judgment of ADI's 7042 and 7043, so that the arguments will be dissected in one sense and the other, in order to understand what is the determination implicit in the constitutional text.

Keywords: administrative dishonesty; administrative law; civil procedural law.

1. Introdução

A malversação e o desprezo com os dinheiros e princípios do Estado desde muito representam perigo e obstáculo à correta e harmoniosa vida em sociedade. Não

[1] Residente Jurídico do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, alocado na Secretaria Municipal de Educação - SME (2022-2025). Email: henrique.eurico.re@gmail.com

foram poucas as sociedades que se ocuparam, de diversas formas, com o combate à corrupção e à improbidade administrativa, ainda que não sob essa denominação.

A evolução da estrutura e das finalidades estatais, especialmente a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, a preocupação com a correta e eficiente administração pública foi ganhando contornos ainda mais delimitados e interessados. Acompanhando a evolução do Estado e de sua função ante os cidadãos, evoluiu, por consequência, a tutela da probidade administrativa, tema de diversos debates e estudos na sociedade atual.

Nos dias de hoje, a probidade foi alçada a patamar constitucional, sendo dever do Estado, comum a todos os entes políticos sua tutela. Tutela essa que é feita, de maneira repressiva, mediante a utilização da ação de improbidade administrativa, que busca aplicar as sanções legal e constitucionalmente previstas.

Em cumprimento aos mandamentos constitucionais, o Poder Legislativo editou a Lei 8.429/92, lei de improbidade administrativa, para regular a apuração e aplicação das sanções aos atos ímprobos. Passados quase 30 trinta anos de sua inserção no mundo jurídico, as controvérsias a respeito de sua aplicação, os abusos no manejo da ação e a ideia de uma necessária atualização, ensejaram uma profunda modificação em sua estrutura. Adiante analisaremos alguns dos aspectos modificados.

2. A Improbidade Administrativa

2.1 Noções gerais sobre a Improbidade Administrativa

A tutela da probidade na administração é tema de extrema relevância e que suscita divergências e debates, em doutrina e jurisprudência, nos seus mais diversos aspectos. A discordância se faz presente desde o conceito de probidade, seu reconhecimento como princípio constitucional, até sobre qual seria o princípio violado pelo ato ímprobo, o da probidade administrativa ou o da moralidade administrativa.

Renomadas e abalizadas vozes na doutrina compreendem a similaridade de conceito entre os princípios da moralidade e da probidade administrativa. Seriam, portanto, sinônimos para o mesmo conteúdo axiológico protegido pela Constituição, se diferenciando, apenas quando da caracterização de ato ilícito, tendo em vista que, conforme o tratamento constitucional e legal, a improbidade apresenta conceito amplo que, inclusive, engloba a imoralidade. Sustentam essa posição, por exemplo, Maria Sylvia Zanella Di Prieto (DI PIETRO, 2023) e José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, 2023).

Tal dificuldade ocorre em razão de serem os princípios da moralidade administrativa e da probidade administrativa conceito jurídicos indeterminados, que não permitem uma delimitação suficientemente segura no direito positivo, ao contrário do que sucede com o princípio da legalidade.

Entretanto, em razão do díspar tratamento constitucional, nos parece que moralidade e probidade representam conteúdos de valor de distinto, mas complementares, que se interligam e compõem o sistema de defesa do patrimônio e dos valores da Administração Pública, isso porque, de um lado, a tutela da moralidade administrativa, a despeito de ter objeto mais restrito, possui outros meios de defesa além da Ação de Improbidade, como a Ação Civil Pública e a Ação popular, enquanto a tutela da probidade, de outro lado, possui maior campo de abrangência, alcançado atos ilegais devidamente tipificados na Lei 8.429/92, como as modificações efetuadas pela Lei 14.230.

2.2 O ato de Improbidade Administrativa

Se o conceito de probidade suscita divergências e discussões doutrinárias de diversas ordens, a caracterização do ato de improbidade, por sua vez, possui bases bem mais assentadas e pacíficas, possuindo, inclusive, uma enumeração taxativa nos arts. 9º, 10 e 11.

Por praticidade podemos adotar o conceito exposto pelo Ministro Alexandre de Moraes:

> Atos de improbidade administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificados em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário público. (MARQUES, 2016)

A minuciosa descrição se faz necessária em razão de o sistema de responsabilização por improbidade administrativa estar inserido no campo do direito administrativo sancionador, vale dizer, o combate aos atos corruptos e ímprobos na esfera cível é realizado por meio do exercício do poder punitivo estatal e, considerando, inclusive, a gravidade das sanções aplicáveis, essencial que haja uma correta delimitação de seus elementos objetivos e subjetivos, tais como hipóteses de ocorrência, gradatividade das sanções, estrita caracterização dos tipos etc.

Em outras palavras, para a aplicação das sanções de improbidade é preciso que se respeite alguns dos princípios constitucionais e legais que informam o campo do direito penal, tais como a tipicidade, anterioridade, intranscendência da pena, entre outros, a demonstrar uma correlação entre tais campos do direito que, em última análise, representam vertentes do mesmo poder sancionador do Estado.

2.3 Antecedentes normativos

O combate à malversação dos dinheiros públicos e à utilização do Estado, e de suas instituições e estruturas, para consecução de fins diversos do interesse público representa problema antigo e que se atualiza e evolui com o desenvolvimento da tecnologia e da sociedade. Dentre as inúmeras preocupações daqueles que organizam o estado está a proteção da probidade na Administração.

A Constituição de 1824, a despeito de impossibilitar a responsabilização do chefe da Administração, vistoso resquício absolutista da monarquia constitucional recém instituída, em seu art. 133, demonstrou uma preocupação, ainda que tímida, com a retidão daqueles que gerenciavam a atividade e os bens públicos:

> Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsáveis (...)
> II. Por peita, suborno, ou concussão.(…)
> VI. Por qualquer dissipação dos bens públicos. (BRASIL, 1824)

As constituições seguintes, em menor ou maior medida, também se ocuparam da proteção a retidão administrativa e dos atos daqueles detentores do poder-dever de administrar. A Constituição de 1891, por exemplo, indo além da mera responsabilização dos ministros de Estado da Carta anterior, tratou de inserir a violação a esse bem jurídico no rol crimes de responsabilidade do Presidente da República:

> Art 54 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra: (...)
> 6º) a probidade da administração;
> 7º) a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos; (…) (BRASIL, 1891)

A citada disposição foi praticamente repetida na Constituição de 1934, em seu art. 57.

Da mesma forma, a Constituição de 1937 adotou dispositivo semelhante, mantendo a violação à probidade e a mazela com os dinheiros públicos como crime de responsabilidade. A sistemática de responsabilização do Presidente da República, com a prática de crime de responsabilidade, por atos de improbidade na Administração foi mantida na Constituição de 1946, art. 89, na Constituição de 1967, art. 84, bem como na Emenda Constitucional de 1969, art. 82.

A Constituição democrática de 1988, por sua vez, foi além e contemplou o combate à improbidade de forma muito mais ampla e rigorosa. A necessidade de transparência e controle dos atos da Administração, no período subsequente à ditadura militar, deu origem a todo um sistema de responsabilização dos agentes públicos, inserindo-o no mesmo dispositivo que enumera os princípios explícitos a serem observados pela Administração, além de regular diversos da estrutura organizacional do Estado e as formas de ingresso dos particulares nos cargos e funções públicos.

Além disso, a própria Constituição previu as sanções cabíveis àqueles praticantes de atos ímprobos, delegando a lei sua gradação e forma de aplicação, bem como estabeleceu textual- mente sua independência frente à responsabilização penal. Ainda, assentou a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, em seu art. 37, § 5º (conforme tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 852475 – Tema de Repercussão Geral 897).

2.4 A ação de Improbidade Administrativa

De acordo com a lição do professor José dos Santos Carvalho Filho, a ação de improbidade administrativa tem como objetivo o:

> reconhecimento judicial de condutas de improbidade na Administração, perpetradas por Administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação das sanções legais, com o escopo de preservar o princípio da moralidade administrativa(CARVALHO FILHO, 2023, p. 920).

A ação de improbidade possui natureza cível e observa procedimento processual próprio, além de seguir as normas do rito comum previsto no Código de Processo Civil, no que lhe forem compatíveis, conforme a dicção do art. 17 da Lei 8.429/92.

É por meio desse instrumento legal, portanto, que se tutela, de maneira repressiva, a probidade administrativa, buscando-se a aplicação das sanções previstas na lei de improbidade.

Diversas modificações foram introduzidas na Lei de Improbidade, por força da edição da Lei 14.230/21, tais como a exclusão da possibilidade de configuração de ato de improbidade decorrente de conduta culposa e a enumeração taxativa das hipóteses de atos ímprobos viola- dores dos princípios da Administração Pública, por exemplo.

Uma das mais significativas, no entanto, foi a exclusão da legitimidade da pessoa jurídica interessada para a propositura da ação de improbidade, cuja análise será o objeto central deste artigo.

A redação original da Lei 8.429/92, em seu artigo 17, previa a legitimidade concorrente e disjuntiva do Ministério Público e da pessoa jurídica lesada para a repressão ao ato ímprobo pela via judicial. Vale dizer, qualquer dos legitimados poderia promover a responsabilização do agente por improbidade, pleiteando a aplicação das sanções previstas na Lei 8.429/92.

Após a reforma, até a resolução da questão pelo Supremo Tribunal Federal (ADI’s 7042 e 7043), apenas o Ministério Público poderia promover tal

responsabilização judicial, restringindo o campo de agentes competentes para a perseguição dos atos que maculam a probidade administrativa. É esta restrição que nos interessa.

3. A legitimidade do ente jurídico lesado

3.1. Análise da defesa à legitimidade exclusiva do Ministério Público

As modificações da Lei 8.429/92, promovidas pela Lei 14.230/21, representaram uma expressiva mudança de paradigma na proteção constitucional da probidade, suscitando elogios e críticas de diversos setores da sociedade, especialmente no campo acadêmico. As mudanças inspiraram debates acerca de sua necessidade, correção ou até realinhamento das disposições legais com os preceitos da constituição, especialmente quanto à supressão da configuração de improbidade por conduta culposa.

No campo da legitimidade para a propositura da ação sancionatória, não foram poucas as vozes que se levantaram para corroborar o entendimento positivado pelo legislador, elencando motivos, que, ao menos de início, nos parecem muito mais relacionados à prática forense do que a uma estrutura constitucional, mas que certamente merecem análise e consideração.

Segundo assentado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento ora em análise, um dos fundamentos da legitimação exclusiva do Parquet em sede de improbidade, talvez o maior deles, seria a gravidade das sanções impostas pela lei de improbidade. Como bem salientou o Ministro Dias Toffoli:

> Nesses termos, considerando que a ação de improbidade administrativa veicula uma relação jurídica entre o Estado e o cidadão, essencialmente assimétrica, entendo que o ajuizamento dessa ação — e a consequente possibilidade de imposição das severas sanções político-administrativas previstas no art. 37, § 4º da Constituição Federal – não pode estar sujeita à conveniência política do representante do ente público lesado, a qual, como se tem observado, pode sofrer os influxos de interesses partidários ou eleitorais.
> (...)
> De outra sorte, a opção do legislador de eleger o Ministério Público como o órgão legitimado, em caráter exclusivo, para a propositura da ação de improbidade parece privilegiar a ideia de que tais sanções sejam pleiteadas por uma instituição de Estado, permanente, autônoma e independente, a quem incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, de forma a mitigar a possibilidade de que as relações políticas – sejam elas de afinidade ou aversão – subvertam o nobre intuito do instituto.

Vale dizer, a potencialidade de restrição aos direitos individuais daquele eventualmente condenado por ato ímprobo, justificaria, *per si*, a adoção de um sistema de responsabilização ainda mais restrito com a legitimidade ativa de apenas um ente, o Ministério Público. Outra não é a lição de Daniel Amorim Assumpção Neves:

> Conforme já devidamente analisado no Capítulo 7, o legislador consagrou a natureza sancionatória da ação de improbidade administrativa e, mesmo que contraditoriamente, previu que esse tipo de demanda não serviria mais à tutela do patrimônio público, o que deveria ser buscado em ação civil pública. Também conforme já defendido, a aplicação das sanções previstas em lei não tutela o patrimônio público nem qualquer outra espécie de direito difuso.
> Diante de tais premissas, parece razoável limitar os pedidos sancionatórios à legitimidade ativa do Ministério Público, que, eventualmente, poderá, além

> deles, elaborar pedidos de outras naturezas. A pessoa jurídica interessada, por outro lado, continua legitimada à propositura da ação civil pública, por meio da qual poderá, de forma ampla e completa, tutelar o patrimônio público. (NEVES, 2022, p. 182)

É inegável que a natureza civil da ação de improbidade administrativa, somada a gravidade das sanções aplicáveis, situa referida ação no campo do direito administrativo sancionador, em que necessária a observância de procedimentos rígidos e maior influência dos direitos e garantias fundamentais, mas seria, tal gravidade, portanto, fundamento idôneo constitucionalmente à exclusão da iniciativa do ente jurídico interessado?

Ressalte-se, ainda, que há, na doutrina, quem entenda que a gravidade de tais sanções é tamanha que determina uma aproximação ainda mais intrincada entre direito sancionador e direito penal, ao ponto de afastar a natureza cível da referida responsabilização. Esse é o posicionamento, por exemplo, do Ministro Gilmar Mendes, exposto tanto no julgamento das ADI's 7042 e 7043, quanto em obra doutrinária:

> Salientei essa superposição de regimes de responsabilidade em voto proferido no julgamento da Reclamação n. 2.138 (acórdão publicado no DJe de 18/04/2008):
> Em verdade, manifestei-me há muito sobre o tema, cujo estudo, em coautoria com o professor Arnoldo Wald, publicado em março de 1997 no jornal Correio Braziliense – Competência para julgar improbidade administrativa -. (...) Naquele estudo de 1997, firmou-se posicionamento no sentido de que as ações de improbidade ajuizadas contra as referidas autoridades deveriam observar a regra de competência fixada no artigo 102, I, c , da Constituição. Registrou-se, ainda, que tal prerrogativa constitucional de foro decorreria não em razão de qualquer suspeição contra o juiz de primeiro grau, mas, fundamentalmente, em decorrência do significado da decisão no quadro político-institucional. Afirmou-se, ademais, que a simples possibilidade de suspensão de direitos políticos, ou a perda de função pública, isoladamente consideradas, seria suficiente para demonstrar (...) o forte conteúdo penal, com incontestáveis aspectos políticos da ação de improbidade. Nesse ponto, seguindo a doutrina, observou-se que a sentença condenatória proferida nessa peculiar ação civil é dotada de efeitos que, em alguns aspectos, superam aqueles atribuídos à sentença penal condenatória, sobretudo na perspectiva do equilíbrio jurídico institucional. Tal observação, registrou-se, daria razão àqueles que entendem que, sob a roupagem da ação civil de improbidade, o legislador acabou por elencar, na Lei 8.429/92, uma série de delitos que, teoricamente, seriam crimes de responsabilidade e não crimes comuns. Lembrou-se, também, que muitos dos ilícitos descritos na Lei de Improbidade configuram, igualmente, ilícitos penais, que podem dar ensejo à perda do cargo ou da função pública, como efeito da condenação, como fica evidenciado pelo simples confronto entre o elenco de atos de improbidade, constante do art. 9º da Lei 8.429/92, com os delitos contra a Administração. Tal coincidência, afirmou-se, (...) evidenciaria a possibilidade de incongruências entre as decisões na esfera criminal e na ação civil com sérias consequências para todo o sistema jurídico. Decorridos mais de cinco anos da publicação do referido estudo, podemos verificar hoje que as reflexões ali colocadas jamais poderiam ser consideradas meras especulações abstratas. Multiplicam-se as ações de improbidade ajuizadas em Primeira Instância, com o propósito de afastar de suas funções autoridades que gozam de prerrogativa constitucional de foro. Hoje, tenho a firme convicção de que os atos de improbidade descritos na Lei 8.429 constituem autênticos crimes de responsabilidade.
> Essa constatação da gravidade do regime sancionatório dos atos de improbidade administrativa estimulou, ao longo das últimas décadas, o aperfeiçoamento (pelas vias jurisprudencial e legislativa) da estrutura

> processual do regime da improbidade administrativa. Nesse sentido, a Lei 13.420/2021 afirmou o caráter sancionatório da norma, **apartando-a definitivamente** das ações civis, tanto em relação à principiologia quanto no que concerne à finalidade dos institutos. (MENDES; WALD, 1998, grifo do autor)

No entanto, não nos parece que a gravidade das sanções aplicáveis possua o condão de justificar a legitimação exclusiva, onde a própria Constituição não o fez.

Até porque, como bem ressaltado nos debates do julgamento em questão, especialmente pelo Ministro, ora aposentado, Ricardo Lewandowski, a aplicação, ou não, das sanções e sua gradação ficará, a cargo do juiz competente para causa, não diferindo em sua análise a pessoa jurídica responsável pela propositura da ação.

Outra relevante justificativa seria a premente necessidade de se impedir a utilização desvirtuada, abusiva e política da ação de improbidade. Pelos debates registrados nas notas taquigráficas, é de fácil percepção a preocupação e o incômodo dos julgadores com a possibilidade de ajuizamento de ações cujas sanções podem chegar até a perda do cargo ou função pública e suspensão dos direitos.

Apesar de louvável a preocupação demonstrada pelos ministros, novamente nos parece ser um motivo de ordem muito mais pragmática do que propriamente de interpretação dos preceitos incutidos na carta constitucional. A norma constitucional, ao prever as sanções aplicáveis aos atos ímprobos não se ocupou, nem haveria de se ocupar, da possibilidade de má utilização do instrumento constitucional.

Além de, *prima facie*, não nos parecer de ordem constitucional, a própria lei de improbidade tratou de sancionar, com regime ainda mais severo, a utilização indevida da ação. A Lei 8.429/92, em seu art. 19, criminalizou a denunciação caluniosa no âmbito das ações de improbidade administrativa.

Ainda mais, além de haver rigorosa repreensão à perversão da denunciação por improbidade, novamente, a procedência dos pedidos, vale dizer, a aplicação das sanções decorrerá da determinação do juiz da causa. Haverá, portanto, a atuação de julgador imparcial e equidistante que verificará todos os aspectos da ação, garantindo, em tese, a correta aplicação das determinações legais e constitucionais.

Além disso, vale destacar que não é possível, ou ao menos recomendável, que o legislador retire a legitimidade para o desempenho de um poder-dever constitucionalmente atribuído por um juízo, *a priori*, de eventual possibilidade de desvirtuamento do manejo das ações de improbidade.

Passemos então à análise do sistema de constitucional de tutela da probidade e os legitimados a provocar a atuação do Poder Judiciário para aplicação das sanções pertinentes.

3.2 Panorama Constitucional de legitimação do ente jurídico interessado

Para compreender o sistema constitucional de combate à improbidade não se pode desconsiderar, também, os elementos políticos que influenciaram o processo de elaboração das normas constitucionais. De grande importância, no ponto, são os comentários de Manoel Gonçalves Ferreira Filho destacando que “a revolta do povo brasileiro contra a corrupção nos escalões governamentais e administrativos” (FERREIRA FILHO, 1997, p. 253).

Referido sistema constitucional nasce, portanto, da necessidade de maior proteção e controle sobre os atos e procedimentos públicos, a fim de legitimar os atos da Administração a partir da observância dos princípios e normas constitucionais.

É nesse espírito que a Constituição de 1988, logo em seu art. 23, que trata das competências comuns (também chamadas materiais) aos entes políticos, situa a

incumbência de guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservação do patrimônio público.

Em outras palavras, é atividade típica da Administração a proteção das instituições democráticas e do patrimônio público, seja ele material ou imaterial (como é o caso da probidade).

Delimitado, portanto, um dos primeiros pilares da legitimidade das pessoas jurídicas lesadas para a promoção da responsabilização dos agentes ímprobos. Em realidade, a proteção das instituições e do patrimônio público se apresenta como um poder-dever da Administração, intimamente ligado ao princípio da indisponibilidade do interesse público, do qual não podem se abster os agentes públicos, que devem empregar todas as formas lícitas, necessárias e adequadas para a consecução de tal fim.

Complementarmente, a Constituição de 1988 dispensou um capítulo (capítulo VII) para estruturar e regulamentar os aspectos objetivos e subjetivos da Administração Pública, situando no caput do art. 37 o princípio da moralidade como de observância obrigatória, ampliando, portanto, o espectro de cuidado que havia sido dispensado pelas Constituições que a antecederam, conforme a narrativa histórica apresentada.

Ainda mais, a carta magna fez expressa menção aos atos de improbidade, inclusive elencando as sanções possíveis. Outra vez a Constituição foi inovadora, prevendo também de maneira expressa o princípio da probidade e as consequências à sua violação.

Aqui importante pontuar o que destacado pelo Ministro André Mendonça, quando do julgamento das ADI's 7042 e 7043:

> No que tange ao primeiro ponto, eu queria, em reforço também ao que já colocado pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes, consignar que a defesa da probidade constitui um princípio constitucional, como nós já havíamos trazido, na última sessão, quando discutíamos o julgamento anterior. Ele é uma derivação ou uma qualificação do próprio princípio da moralidade administrativa. Não é sem razão que ele integra o próprio art. 37, senão no caput, no âmbito do § 4º, até para trazer uma melhor especificidade às consequências de uma infração à moralidade administrativa qualificada. Dentro dessa perspectiva, o art. 37, caput, ao se referir aos princípios da Administração Pública, diz que essa mesma Administração deverá, imperativamente, obedecer a esses princípios. Se ela deve obedecer, ela deve prevenir; se ela deve prevenir, ela deve zelar – como faz-se referência também ao art. 23, inc. I, que todos os entes da Federação devem zelar pela Constituição, pelas leis e pelo patrimônio público. E leia- se, por óbvio, sob a minha perspectiva, patrimônio público em sua ampla extensão, até porque não haveria razão de haver um ente da Administração Pública que tivesse que defender e zelar o patrimônio público numa extensão que não correspondesse à integralidade do que venha a ser patrimônio público. Ou seja, não é simplesmente o patrimônio mensurável financeiramente, este também, não são só os bens públicos, é o patrimônio público em toda a sua magnitude. Em função desse mandamento constitucional, especifica-se no § 4º do art. 37 a indispensável garantia da probidade administrativa. (...) Até porque, não fosse da Administração Pública, esse dispositivo teria que estar no rol do art. 129, que trata das atribuições do Ministério Público. Está no capítulo próprio da Administração Pública, porque o primeiro agente, ou o primeiro ente, ou o primeiro órgão que deve fazer valer essa persecução do ilícito é a própria Administração Pública.

A interpretação dos dispositivos constitucionais, portanto, sem olvidar da compreensão sistêmica, não pode desconsiderar as relações lógicas contidas no texto, como sua alocação em capítulos ou sua separação. Tal escolha não representa apenas

aspectos de coesão textual, mas, também, *in casu*, a ideia do legislador quanto a pertinência das relações entre determinada matéria.

Reforça tal compreensão o fato de que, em momentos diversos, o texto constitucional reafirmou o poder-dever da Administração em zelar pelas instituições e por seu patrimônio. A administração pública é a primeira destinatária dos comandos relativos ao combate à improbidade.

Essa destinação, inclusive, tem relação com a proteção daquilo que chamado de interesse público secundário, ou seja, os interesses da própria instituição enquanto pessoa jurídica. Alerta-se que não se está aqui descurando da dimensão da probidade administrativa como direito fundamental, assim como a classificam diversos autores (FREITAS, 2009; BERTONCINI, 2007; etc.), mas ressaltando uma dupla concepção da probidade no ordenamento brasileiro, posto que para alcançar ao interesse público primário, a Administração deve, necessariamente, concretizar o interesse público secundário.

Esse interesse público, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses público propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, ipso facto, simultaneamente para a satisfação deles. (MELLO, 2010, p.66)

Outro não é caso, por meio da ação de improbidade a pessoa jurídica interessada tutela seu patrimônio, material ou imaterial, concretizando interesses da coletividade e o direito fundamental à probidade.

Portanto, apesar, de a Constituição atribuir ao Ministério Público (art. 129, III) legitimidade para a proteção do patrimônio público e social, tal dispositivo deve ser interpretado a luz das demais determinações constitucionais.

Ainda, há expressa disposição constitucional afastando a legitimação exclusiva do Parquet para o manejo das ações cíveis de proteção ao patrimônio público e demais interesses tutelados pelo ente (art. 129, § 1º).

Essa interpretação pode ser evidenciada, inclusive, pela previsão do art. 18 da Lei 8.429/92, com as modificações incluídas pela Lei 14.230/21, determinando o ressarcimento e a perda ou reversão de valores ilicitamente adquiridos em favor da pessoa jurídica lesada, ressaltando, em seu § 1º, que a liquidação do dano e cumprimento da sentença, quanto ao ressarcimento, é de competência da própria pessoa jurídica vítima. Entendimento ancorado na vedação constitucional supracitada.

Ilustrativamente, a petição inicial da ADI 7043 subsidiou seus argumentos com expressivas estatísticas que denotam a proatividade, a eficiência e a relevância da atuação da Advocacia Pública Federal no combate à improbidade:

> 63. No que diz respeito às ações de improbidade ajuizadas pela AGU,

> somente em 2018, o Grupo Permanente de Atuação Proativa, vinculado ao já mencionado Departamento de Patrimônio e Probidade, propôs 4.345 ações e arrecadou R$ 461,91 milhões ao erário. Ante os excelentes resultados, foi aberto processo seletivo para até 60 Advogados da União reforçarem a equipe do Grupo Permanente, que já contava com cerca de 100 membros.
> 64. Em 2019, a instituição cobrou cerca de R$ 4,1 bilhões em 200 ações contra agentes ímprobos. No ano anterior, 2018, o montante havia alcançado R$ 713 milhões.
> 65. Ademais, após a criação da Equipe de Trabalho Remoto Probidade Administrativa (ETR Probidade) no âmbito da Procuradoria-Geral Federal (PGF), órgão vinculado à Advocacia-Geral da União, a quantidade de ações de improbidade ajuizadas teve um considerável incremento: o período 2016-2020 registrou, em média, 571% mais ações de improbidade do que no período 2002-2015.
> 66. Em relação ao significativo incremento, importante pontuar ainda que, segundo informações trazidas na peça vestibular da ADI nº 7.043/DF, entre os anos de 2016 e 2021 foram instaurados, apenas na PGF, 2.708 Procedimentos de Instrução Preliminar (PIPs), por força do envio de informações das entidades federais representadas pela PGF. Isso representa uma média de 451,3 procedimentos insaturados por ano.
> 67. Por outro lado, tais procedimentos preliminares ensejaram o ajuizamento de 1.060 ações de improbidade administrativa, correspondendo a 39% do volume total de PIPs insaturados, o que demonstra a seriedade e a cautela no cumprimento do dever de controle e persecução do ato de improbidade administrativa pelos órgãos federais, através da autuação da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal.

No âmbito do Município de São Paulo, segundo informações obtidas por meio do Sistema Eletrônico de Informação ao Cidadão - e-SIC e disponíveis na página da Procuradoria- Geral do Município na rede social Instagram, entre 2017 e 2023 foram ajuizadas mais de 160 ações de improbidade administrativa pelo Departamento de Procedimentos Disciplinares – PROCED, o que corresponde a persecução de aproximadamente R$ 545 milhões aos cofres públicos.

A título de comparação, o Ministério Público, no período compreendido entre 2018 e 2022, ajuizou, em todo o Estado de São Paulo 2.174, segundo informações obtidas pelo Sistema Eletrônico de Informação ao Cidadão - e-SIC.

Assim sendo, restringir a proteção da probidade apenas ao Ministério Público representaria violação a eficiência do sistema de proteção da probidade, constitucionalmente delimitado, considerando que em diversos casos ainda seria necessária a participação do ente jurídico lesado, mesmo que este não detenha legitimidade para promover tal responsabilização.

Necessário, ademais, consignar que, conforme assentado no voto condutor do Ministro Alexandre de Moraes (ADI's 7042 e 7043), a restrição a legitimidade ativa da pessoa jurídica interessada, em última análise, incorre em violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º XXXV), ao impedir que a parte lesada recorra ao Poder Judiciário para repressão ao ato lesivo:

> Nesse contexto, portanto, conforme assentei na decisão concessiva da medida cautelar, além de configurar uma espécie de monopólio inexistente sequer nas ações penais públicas, em razão da instituição da ação penal subsidiária no rol de direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, LIX), **a supressão da legitimidade ativa das pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa representa uma grave e inconstitucional limitação ao amplo acesso à jurisdição (CF, art. 5º, XXXV)**, com ferimento ao **princípio da eficiência (CF, art. 37, caput)** e significativo **retrocesso** quanto ao imperativo constitucional de combate à

> improbidade administrativa, e, no limite, um **injustificável obstáculo ao exercício de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios** para "zelar pela guarda da Constituição" e "conservar o patrimônio público" (CF, art. 23, I).

Portando, dois problemas (ao menos) se põem à legitimidade exclusiva do Ministério Público nas ações de improbidade administrativa: a obstaculização da competência (poder-dever) de proteção das instituições e do patrimônio público e maculação do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A Constituição demonstrou imponente zelo e preocupação com a retidão de conduta no interior da Administração, instituindo um sistema pluriparticipativo de repressão aos atos de improbidade, de modo que seria, no mínimo, incongruente a restrição subjetiva desse sistema por parte do legislador ordinário.

Cabe aqui ressaltar que não há, no texto constitucional, qualquer menção a exclusividade do Parquet na defesa do patrimônio e na repressão dos atos ímprobos, o que há, na verdade, é o expresso afastamento de tal restrição, conforme disposto no § 1º do art. 129 "A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei".

Ainda, não se pode, é claro, na esteira da defesa do interesse público secundário, desconsiderar o papel da Advocacia Pública, função essencial à justiça, na tutela dos interesses dos entes administrativos, por meio de representação, judicial ou extrajudicial, consultoria e assessoramento do Poder Executivo (art. 131, CF).

Essa restrição importaria, portanto, em violação à autonomia dos órgãos da Advocacia Pública, tendo em vista a subtração de uma de suas prerrogativas de ação, subordinando a realização de sua função constitucional a atuação de instituição.

Tal esvaziamento foi, inclusive, destacado em trecho do voto, já citado, do Ministro André Mendonça, invocando a necessidade de observância da teoria dos poderes implícitos no que diz respeito à atuação da pessoa jurídica lesada, cuja transcrição se faz necessária:

> 47. Afinal, (i) se, conforme dispõe o art. 23, inc. I, da CRFB, aos entes públicos é outorgada a competência administrativa comum para "zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público"; e (ii) se a defesa da probidade está inserida no § 4º do art. 37 da Constituição ou, mais precisamente, no seu Capítulo VII, que trata da "Administração Pública": está implícito que de tal atribuição devem ressair os instrumentos necessários à sua concretização, tais como o ajuizamento da correspondente ação de improbidade administrativa.
> 48. Quanto ao ponto, rememora-se ainda, por pertinente, relevante observação feita pelo e. Ministro Alexandre de Moraes em passagem final da decisão cautelar proferida, chamando a atenção para a sistemática constitucional relativa à titularidade da própria ação penal pública. 49. Nesse ponto, a Constituição foi expressa ao reservar como única função judicial privativa ao Ministério Público a ação penal pública (art. 129, inc. I). A contrario sensu, todas as demais ações públicas, de qualquer natureza, por força da Constituição, não são privativas ao Parquet. 50. Ainda, importante notar que, mesmo quanto ao manejo da ação penal pública, em relação à qual o Parquet é o seu privativo "dominus litis", a Constituição expressou como direito fundamental que "será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal" (art. 5º, inc. LIX). Ora, se até mesmo no âmbito penal, no tocante ao qual a Constituição da República preconiza a atuação privativa do Ministério Público enquanto dominus litis (art. 129, inc. I), assegura-se à vítima — se inerte o Parquet — a garantia fundamental de acionar o Poder Judiciário na busca da prestação de tutela de

> natureza penal, legitimando-a para o ajuizamento da medida processual adequada — no caso, pelo manejo da ação penal privada subsidiária da pública (art. 5º, inc. LIX); não há como afastar da vítima direta do ato ímprobo a legitimidade para postular em juízo a respectiva responsabilização adequada pelo ilícito, o que, in casu, se dá pelo manejo da ação de improbidade administrativa. Portanto, é inconstitucional excluir- se a legitimidade ativa do ente público vítima do ato de improbidade administrativa.

A lógica é inegável, se a Constituição, como dito anteriormente, atribuiu à Administração a defesa do patrimônio público e das instituições, também lhe conferiu os meios necessários para tanto. Em outras palavras, se a Constituição determina à Administração combate a improbidade administrativa, também lhe conferiu, por consequência, a legitimidade para reprimir judicialmente os atos ímprobos.

Isso considerado, a restrição do rol de legitimados nas ações improbidade, portanto, se afigura, no mínimo, incompatível com as determinações constitucionais vigentes, desvirtuando um sistema que se pretende plural e complementar, que prevê formas de atuação diversas e integrantes na tutela da probidade na Administração. Salutar é a conclusão exposta pelo Ministro Alexandre de Moraes no julgamento das ADI's 7042 e 7043:

> Não se desconhece que a norma constitucional em questão [art. 129, § 1º] deixa certa margem de conformação ao legislador infraconstitucional para a disciplina e regulamentação da legitimação desses terceiros (o que, como abordarei na sequência, não significa, em absoluto, a inexistência de um dever de coerência e racionalidade nesse exercício, buscando eficiência sistêmica no combate à corrupção e proteção ao patrimônio público em sentido amplo). A toda evidência, contudo, sua redação revela um comando impeditivo à previsão de exclusividade por parte do Ministério Público nas ações civis por ato de improbidade administrativa, impondo, assim, a necessidade de alguma espécie de concorrência de atuação.

Existem, outrossim, aspectos de ordem processual que revelam a incompatibilidade entre a previsão de legitimidade exclusiva do Ministério Público nas ações de improbidade e a sistemática da legitimidade enquanto pressuposto processual, o que será abordado no tópico seguinte.

3.3 Aspectos de Teoria Geral do Processo

Outras questões se põem quanto a compatibilidade ou incompatibilidade da restrição subjetiva promovida pela Lei 14.230/2021, essas de ordem processual e que evidenciam a necessidade de legitimação do ente jurídico lesado no combate à improbidade, a luz de uma eventual relação processual.

A primeira delas é o interesse de agir, que nada mais representa do que a exigência de socorro ao poder judiciário em busca da satisfação do interesse material (bem ou direito pleite- ado).

O interesse de agir é caracterizado pelo binômio necessidade-utilidade/adequação. A necessidade seria, portando, a configuração da via judiciária como a única forma de resolução do conflito de interesses que afeta o direito material. Já a utilidade, por sua vez, diz respeito a possibilidade de a via processual fornecer o resultado pretendido pelo autor.

Em outras palavras, a parte apenas possuirá interesse processual caso tenha que, necessariamente, se utilizar da via judicial, e, ademais, possa, dessa forma, obter o provimento pleiteado.

No ponto, são elucidativos os comentários de Humberto Theodoro Júnior:

> A primeira condição da ação é o interesse de agir, que não se confunde com o interesse substancial, ou primário, para cuja proteção se intenta a mesma ação. O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter por meio do processo a proteção ao interesse substancial.207 Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual "se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais". 208
>
> Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade, como adverte Allorio.209 Essa necessidade se encontra naquela situação "que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não o fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares)".210 Vale dizer: o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica. Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação. Falta interesse, portanto, se a lide não chegou a configurar-se entre as partes, ou se, depois de configurada, desapareceu em razão de qualquer forma de composição válida.211
>
> O interesse processual, a um só tempo, haverá de traduzir-se numa relação de necessidade e também numa relação de adequação do provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução judicial. (THEODORO JUNIOR, 2023, p. 197)

Disso resulta que o processo não deve, apenas, ser necessário e útil, mas, também, deve ser o meio mais adequado para o provimento que se pretende, ou seja, o meio processual escolhido deve ser o que melhor se amolda satisfação do bem da vida reclamado, observando-se, ainda, os direitos fundamentais daquele reclamado.

Isso posto, não há como se negar a existência, em tese, de interesse de agir por parte do ente jurídico lesado. A pessoa jurídica interessada é aquela que sofreu o dano decorrente do ato ímprobo, seja em seu patrimônio material ou imaterial, tem o dever constitucional de zelo de tal patrimônio e necessita da ação de improbidade para aplicação de sanções legal e constitucionalmente previstas.

Portanto, tem a necessidade, visto que a aplicação das sanções ao ato de improbidade apenas pode ocorrer pela via judicial, tem a utilidade, a repressão aos atos ímprobos deve ser feita mediante a tutela judicial específica, e tem a adequação, não há procedimento que melhor satisfaça as incumbências constitucionais da Administração, na situação, do que a ação de improbidade.

Outra questão que se coloca é a legitimidade, também em tese do ente lesado. Segundo os ditames da teoria geral do processo, a legitimidade de parte é, nas palavras de Buzzaid "*a pertinência subjetiva da ação*" (BUZZAID, 1956, p. 89).

Dito de outra forma, a legitimidade faz referência a titularidade do direito debatido em juízo, situando nos polos ativo e passivo aqueles que possuem relação com o bem da vida disputado. Em lição mais restrita, Humberto Theodor Júnior Leciona que "Destarte, legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão" (THEODORO JUNIOR, 2023, p. 196).

Ainda, a legitimação ativa, capacidade de promover a demanda, se divide em legitimidade ordinária e extraordinária. A legitimação ou capacidade ordinária é a que decorre da situação em que o titular do direito ou interesse pleiteado é o responsável pela promoção da ação processual. Essa é a regra em nosso ordenamento, conforme prevê o art. 18 do Código de Processo Civil.

Já a legitimação extraordinária trata das hipóteses excepcionais, daí seu nome, em que o ordenamento jurídico prevê a possibilidade de um terceiro, que será parte, demandar direito ou interesse alheio, em nome próprio. São situações específicas em que ocorre o fenômeno chamado substituição processual, não excluindo, ainda, a participação do substituto.

Novamente nos valemos das lições de Humberto Theodoro Júnior:

> De par com a legitimação ordinária, ou seja, a que decorre da posição ocupada pela parte como sujeito da lide, prevê o direito processual, em casos excepcionais, a legitimação extraordinária, que consiste em permitir-se, em determinadas circunstâncias, que a parte demande em nome próprio, mas na defesa de interesse alheio. Ressalte-se, porém, a excepcionalidade desses casos que, doutrinariamente, se denominam "substituição processual", e que podem ocorrer, por exemplo, com o alienante da coisa litigiosa, com o Ministério Público na ação de acidente do trabalho, ou na ação civil de indenização do dano ex delicto, quando a vítima é pobre etc. (THEODORO JUNIOR, p. 197)

De rigor, outrossim, destacar a celeuma doutrinária que se impõe acerca da legitimidade ativa nas ações de improbidade administra, como bem abordado por Daniel Amorim Assumpção Neves:

> Existe certo dissenso doutrinário a respeito da legitimação extraordinária e da substituição processual. Enquanto parcela da doutrina defende tratar-se do mesmo fenômeno, sendo substituto processual o sujeito que recebeu pela lei a legitimidade extraordinária de defender interesse alheio em nome próprio,4 outra parcela da doutrina entende que a substituição processual é uma espécie de legitimação processual.5 Há aqueles que associam a substituição processual à excepcional hipótese de o substituído não ter legitimidade para defender seu direito em juízo, sendo tal legitimação exclusiva do substituto. Para outros, a substituição processual só ocorre quando o legitimado extraordinário atua no processo sem que o legitimado ordinário atue em conjunto com ele. 6
>
> As explicações não convencem, sendo amplamente superior a corrente doutrinária que entende tratarem-se a substituição processual e a legitimação extraordinária do mesmo fenômeno. Além disso, no âmbito da tutela coletiva, parece não haver qualquer empecilho para a utilização da expressão substituição processual, ao menos para aqueles que entendem ser a legitimidade ativa uma legitimação extraordinária. Para tanto, basta lembrar que o titular do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo não é legitimado, ao menos por meio de ação coletiva, à defesa do direito em juízo. Dessa forma, mesmo para a corrente doutrinária que diferencia a legitimação extraordinária da substituição processual, na tutela coletiva não restará dúvida de que os legitimados são substitutos processuais e os titulares do direito, substituídos.
>
> Registre-se a existência de corrente doutrinária que defende a limitação da legitimação extraordinária à tutela individual, afirmando que, por meio dessa espécie de legitimação, se defende em juízo um direito subjetivo singular de titularidade de pessoa deter- minada. Sendo o direito difuso de titularidade da coletividade (sujeitos indetermina- dos e indetermináveis) e o direito coletivo de uma comunidade – classe, grupo ou categoria de pessoas (sujeitos indeterminados, mas determináveis) –, inaplicável a eles a legitimação extraordinária. Sob forte influência dos estudos alemães a respeito do tema, defende que a legitimação ativa nas ações que têm como objeto direito difuso ou coletivo é uma terceira espécie de legitimidade, chamada de legitimidade autônoma para a condução do processo. (NEVES, 2022, p. 179)

Faz-se necessário pontuar que, no presente artigo, não se desconsidera as discrepantes e relevantes dissenções doutrinárias, fazendo-se, no entanto, a opção de analisar a questão proposta a partir dos contornos delimitados pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento conjunto das ADI's 7042 e 7043.

Conforme restou amplamente consolidado no referido julgamento, há, em entendimento contrário à lição supra, real distinção entre a legitimidade da pessoa jurídica lesada e a legitimidade do Ministério Público na propositura das ações de improbidade Administrativa.

Como não haveria de ser diferente consignou-se que a legitimidade do Ministério Público para o oferecimento de ação contra os agentes ímprobos está inserida no campo da legitimidade extraordinária. Ao promover o combate à improbidade, o Parquet atua em representação de uma coletividade indeterminada, promovendo e concretizando, em última ratio, o direito fundamental da sociedade à probidade administrativa.

O Ministério Público, portanto, na persecução das sanções previstas pela Lei 8.429/92, atua desempenhando os misteres constitucionalmente atribuídos, na defesa de interesses difusos, não possuindo, portanto, relação direta com o objeto da pretensão deduzida em juízo. Essa atuação, no entanto, deve observar as limitações impostas pelo texto constitucional, como bem ressaltado pelo Ministro Alexandre de Moraes (ADI's 7042 e 7043):

> A natureza extraordinária dessa legitimação decorre, inclusive, da proibição constitucional expressa de que o Ministério Público exerça a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (CF, art. 129, IX). Mais recentemente, ao apreciar essa restrição constitucional, a mesma conclusão (extensível, a contrário sensu, para os casos sob análise) foi reafirmada pelo Ministro LUIZ FUX no julgamento do Recurso Extraordinário 409.356 (Tribunal Pleno, DJe de 29/07/2020), nos seguintes termos (...)

No ponto reside a distinção entre a legitimidade do Ministério Público e a legitimidade da pessoa jurídica interessada, no campo da improbidade administrativa. A atuação da pessoa jurídica interessada é feita em nome próprio e na proteção de direito ou interesse próprio. Ainda, referida atuação é de incumbência de órgão da advocacia pública.

Ainda colhendo fundamentos no voto Ministro Alexandre de Moraes (ADI's 7042 e 7043):

> Ao revés, a legitimidade da pessoa jurídica interessada, enquanto "entidade que sofreu os efeitos gravosos do ato de improbidade" (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO. Manual de Direito Administrativo. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019 p. 1179), é, por excelência, ordinária, já que atua na defesa de seu próprio patrimônio público, que, compreendido em seu sentido amplo, como bem expressado pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE) na sua peça inicial, 'abarca a reserva moral e ética da Administração Pública brasileira'.

Dessa forma, considerando a existência de uma relação processual em tese, é facilmente perceptível que a pessoa jurídica interessada preencheria todos os elementos necessários ao necessário desenvolvimento do processo, representando sua exclusão um esvaziamento do sistema constitucional de proteção à probidade. Novamente nas razões do ministro relator, dessa vez fazendo referência ao parecer da Procuradoria-Geral da República:

> Pela precisão de seus termos, transcrevo, nesse sentido, os seguintes trechos do parecer do Procurador-Geral da República:

> Perceba-se que a legitimação do Ministério Público e a das pessoas jurídicas lesadas têm naturezas diversas. Enquanto a primeira é de ordem extraordinária – o Ministério Público pleiteia, em nome próprio, direito de toda a coletividade –, a segunda é ordinária – a pessoa jurídica demanda "na defesa de seu patrimônio". Fosse de outro modo, estaria o Ministério Público a exercer a representação judicial de entidades públicas, o que lhe é vedado constitucionalmente (CF, art. 129, IX). […] O direito de acesso ao Poder Judiciário é direito fundamental. Diante de lesão ou ameaça a direito, a todos é garantido recorrer ao Poder Judiciário para ver restabelecida a higidez da ordem jurídica. Isso se aplica tanto às pessoas naturais quanto às jurídicas, públicas ou privadas. Esse ponto é importante para a correta interpretação do § 1º do art. 129 da Constituição Federal, segundo o qual "a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei". Em primeiro lugar, destaque-se o claro vetor constitucional no sentido da ampliação (e não da restrição) da legitimidade ativa para as ações civis públicas. Mesmo assim, é certo ajuizar que essa norma deixa ao legislador ampla margem de conformação. A lei pode, num primeiro momento, prever a legitimação (extraordinária, como se enfatizará adiante) de um sem-número de pessoas e entidades e, depois, restringi-la, ao notar que houve excesso. Acontece que o que a lei pode moldar – ora estendendo muito, ora estendendo pouco – é a legitimação extraordinária para a propositura das ações civis públicas (aquela mesma de que dispõe o Ministério Público). Afinal de contas, "ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico" (CPC, art. 18, caput). **Já a legitimação ordinária – aquela cujo detentor é a própria pessoa lesada – é insuscetível de restrição, pois decorre do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário.** (grifo do autor)

A proteção da probidade, portanto, deve ser efetivada por meio da atuação de todos aqueles constitucionalmente legitimados, no intuito de conferir maior eficiência no combate à improbidade e a malversação dos dinheiros públicos.

4. Conclusão

Como visto, a análise da legitimidade da pessoa jurídica interessada para o ajuizamento da ação de improbidade administrativa perpassa por campos que vão além das lições do direito processual civil. Em realidade, conforme assentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADI's 7042 e 7043, se faz necessária uma análise holística de todo o texto constitucional afim de perceber qual a natureza dos interesses tutelados e qual o dever dos entes responsáveis por tal tutela.

Com as modificações e evoluções incorporadas ao ordenamento jurídico foi se estabelecendo uma estrutura de combate à corrupção e de tutela dos valores essenciais ao bom funcionamento da Administração Pública, merecendo destaque a probidade. A Constituição da República de 1988 inovou e ampliou a referida estrutura, criando verdadeiro sistema de tutela da probidade. A lei maior, além ampliar o espectro de responsabilização, alcançando os agentes públicos em geral, e terceiros participantes, previu uma série de rigorosas sanções e delegou à legislação infra a disposição acerca de sua forma e gradação.

Para o efetivo cumprimento das disposições constitucionais foi editada a Lei 8.429/92, também conhecida como lei de improbidade administrativa. Ocorre que no ano de 2021 o referido normativo foi profundamente modificado pelo advento da Lei 14.230/21, o que suscitou um aprofundamento do debate acerca dos dispositivos contidos na lei de improbidade, tanto no campo acadêmico quanto no campo jurisprudencial.

O presente artigo, portanto, procurou investigar a constitucionalidade da restrição à legitimidade ativa dos entes jurídicos interessados, promovida pelo novel legislação, a partir das balizas traçadas pelo Supremo Tribunal Federal no citado julgamento. Pode-se concluir, então, que a Constituição da República de 1988 institui um verdadeiro sistema de proteção da probidade na Administração. Ainda conforme assentado no julgamento, como consectário do sistema instituído surge a legitimidade do ente jurídico lesado para o combate à improbidade, também, pela via judicial, legitimidade essa que não pode ser restringida pelo legislador infraconstitucional sob pena de violação ao poder-dever de tutela do patrimônio constitucionalmente atribuído às pessoas políticas, bem como ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e ao princípio da eficiência.

REFERÊNCIAS

AMANDO DE BARROS, Laura M. É faz-de-conta, mas não é brincadeira: a absurda ficção trazida pelos parágrafos 9º e 10 do artigo 12 da nova Lei de Improbidade. **Estadão**, São Paulo,10dez.2021.Disponívelem: https://esdpm.pgmsp.net/pluginfile.php/1011/mod_folder/content/0/%C3%89%20faz-deconta%20mas%20n%C3%A3o%20%C3%A9%20brincadeira%20%20a%20absurda%20ficcao%20trazida%20pelos%20paragrafos%209%20e%2010.pdf Acesso em: 10 nov. 2023.

AMANDO DE BARROS, Laura M. Ausência de visão sistêmica do controle: (mais) um pecado capital do PL 10.887/18. **Consultor jurídico**, São Paulo, 2021.Disponível em: https://esdpm.pgmsp.net/pluginfile.php/1011/mod_folder/content/0/PL%2010887%20e%2 0o%20fim%20da%20legitimidade%20das%20procuradorias%20-%20final.pdf Acesso em: 10 nov. 2023.

BERTONCINI, Mateus. Direito Fundamental à probidade administrativa. *In*: OLIVEIRA, Alexandre Albagli; CHAVES, Cristiano; GHIGNONE, Luciano (Coord.). **Estudos sobre improbidade administrativa em homenagem ao prof. J.J. Calmon de Passos**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

BRASIL. **Constituição Federal de 5 de outubro de 1988** com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº1/1992 a 132/2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. de 2023.

BRASIL. **Constituição do Império de 25de março de 1824**.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em: 10 de novembro de 2023.

BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm.

Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. **Constituição do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. **Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. **Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967** com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67EMC69.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 7042**. Rel.: Min. Alexandre de Moraes. Publicado noDJEde28/02/2023.Disponívelem: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15356195111&ext=.pdf. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 852.475**. Rel.: Min. Alexandre de Moraes. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin. Publicado no DJE de 25/03/2019. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339769948&ext=.pdf. Acesso em: 10 nov. 2023.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direto processual civil**: teoria geral do direito processual civil – parte geral do código de processo civil v. 01, 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

BUZAID, Alfredo. **Agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade administrativa**: prescrição e outros prazos extintivos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 37. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2023.

DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Pimenta de. **Lei de improbidade administrativa reformada** [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**.36. ed. [2. Reimp.] Rio de Janeiro: Forense, 2023.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Atlas, 2016.

FERRARESI, Eurico. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Método, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. l.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca [*et al*.] – **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa.** 6. ed.. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. [2. Reimp.] Rio de Janeiro: Forense, 2023.

ARQUES, Mauro Campbell [*et al.*]. **Improbidade administrativa**: temas atuais e controvertidos; coordenação Ministro Mauro Campbell Marques; colaboração André de Azevedo Machado, Fabiano da Rosa Tesolin. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa:** Lei 14.230, de 25.10.2021 comentada artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Improbidade administrativa**: direito material e processual. 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa** [livro eletrônico]: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

SÁ, Acácia Regina Soares de. A legitimidade nas ações de improbidade administrativa. **Migalhas**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/372819/a-legitimidade-nas-acoes-de-improbidade-administrativa. Acesso em: 10 nov. 2023.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, vol. I, 64. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 138, p. 213-216, abr./jun. 1998.

A Lei nº 10.639/03 e o município de São Paulo: do regime jurídico às ações municipais

Luana de Jesus Teles Santos[1]

RESUMO

A Lei n.º 10.639/03 estabelece a obrigatoriedade do ensino da história e da cultura africana e afro-brasileira nos currículos da educação básica no Brasil. O objetivo central do artigo é apresentar o regime jurídico no qual a lei n.º 10.639/03 está inserida e as ações municipais que buscam conferir-lhe maior efetividade no Município de São Paulo. Considerando-se que a lei completou 20 anos em janeiro de 2023 e que representa grande avanço na luta pela educação antirracista, o estudo é relevante para compreender os avanços e os desafios que decorrem desta lei. A pesquisa parte de uma contextualização histórica apresentando as raízes do racismo estrutural, do epistemicídio e sua relação com a educação antirracista e, em seguida, por meio de pesquisa bibliográfica relaciona a Constituição e as diversas normas infraconstitucionais, bem como apresenta algumas das ações municipais desenvolvidas em São Paulo nos últimos 20 anos.

Palavras-chave: lei n.º 10.639/03; educação antirracista; regime jurídico; município de São Paulo.

ABSTRACT

Law nº 10.639/03 establishes the mandatory teaching of African and Afro- Brazilian history and culture in basic education curricula in Brazil. The central objective of the article is to present the legal regime in which law nº 10.639/03 is inserted and the municipal actions that seek to give it greater effectiveness in the Municipality of São Paulo. Considering that the law completed 20 years in January 2023 and that it represents a major advance in the fight for anti-racist education, the study is relevant to understanding the advances and challenges that arise from this law. The research starts from a historical contextualization presenting the roots of structural racism, epistemicide and its relationship with anti-racist education and then, through bibliographical research, it relates the Constitution and the various infra-constitutional norms, as well as presenting some of the municipal actions developed in São Paulo over the last 20 years.

Keywords: law nº 10.639/03; anti-racist education; legal regime; municipality of São Paulo.

1. Introdução

A lei n.º 10.639/03 é considerada um marco legal para a educação antirracista. Ao tornar obrigatório o ensino da história e da cultura afro-brasileira nas escolas esta lei institui uma nova forma de educar pautada no enfrentamento ao racismo estrutural e na construção de uma sociedade mais justa e igualitária fundamentada numa formação antirracista desde o ensino básico.

Em janeiro de 2023 a Lei n.º 10.639/2003 completou 20 anos, assim, após duas décadas de sua entrada em vigor, faz-se necessário verificar qual o caminho percorrido até a atualidade, isto é, identificar quais os avanços obtidos e quais as medidas adotadas, em âmbito municipal, para implementar a obrigatoriedade prevista, pois, a promulgação da

[1] Residente jurídica do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, alocada no Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR (2022-2025). Email luanateles.adv@outlook.com

referida lei, embora represente um passo importante na estrutura normativa do Estado brasileiro, por si só, não é suficiente para efetivar mudanças na realidade, visto que a implementação eficaz requer um conjunto de ações concretas complementares.

O regime jurídico da educação antirracista envolve a Constituição Federal e diversas normas infraconstitucionais desenvolvidas ao longo dos último 20 (vinte) anos. Ao estabelecer os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o repúdio ao racismo, a "Carta Magna" cria verdadeiros alicerces jurídicos que autorizam a implementação de espécies normativas competentes e de políticas educacionais voltadas à promoção da diversidade e à superação do racismo estrutural.

No contexto local, a participação do Município de São Paulo no processo de implementação da Lei n.º 10.639/03 é fundamental, pois, conforme se pode extrair de sua lei orgânica, detém uma série de competências relacionadas à educação, portanto, deve desempenhar um papel ativo na elaboração de políticas educacionais que promovam a inclusão da história e cultura afro-brasileira nos currículos escolares.

O levantamento das normativas municipais do poder público como leis, decretos, planos, etc. e das ações complementares desenvolvidas até o ano de 2023 com o objetivo de efetivar a obrigatoriedade do estudo da história e da cultura afro-brasileira é de grande relevância para compreender qual papel o Município de São Paulo tem desempenhado na concretização da educação antirracista.

2. A lei nº 10.639 de 09 de janeiro de 2003

2.1 Contextualização histórica

A escravização de pessoas negras no Brasil remonta aos períodos colonial e imperial. Consistiu numa prática cruel de desumanização, coisificação, tráfico e comercialização de africanos e africanas originárias de variados países para o território brasileiro sendo forçados a trabalhar em condições desumanas e degradantes. Essa nefasta realidade perdurou por mais de 300 (trezentos) anos e todo esse cenário foi legitimado por um conjunto jurídico-normativo que garantiu a dominação e submissão das pessoas escravizadas, negando-lhes direitos básicos e relegando-os à condição de mera propriedade.

O histórico de escravidão, brevemente referenciado acima, resultou no que hoje compreendemos como racismo estrutural, ou seja, aquele que está enraizado na sociedade, fazendo-se constantemente presente, ainda que de forma inconsciente, em práticas cotidianas e que se perpetua de maneira sistemática por estar nas estruturas políticas, econômicas e culturais. Pode-se afirmar, portanto, que há relação direta entre o histórico de escravidão de pessoas negras no Brasil e o racismo estrutural, uma vez que o fato de o modelo de sociedade escravocrata ter perdurado por mais de três séculos no país inegavelmente reverbera até a atualidade, principalmente porque a abolição não veio acompanhada de políticas públicas de integração de reparação e integração.

Sobre a abolição é importante compreender que:

> Os ex-escravos foram abandonados à própria sorte. Caberia a eles, daí por diante, converter sua emancipação em liberdade efetiva. A igualdade jurídica não era suficiente para eliminar as enormes distâncias sociais e os preconceitos que mais de trezentos anos de cativeiro havia criado. A Lei Áurea aboliu a escravidão mas não seu legado. Trezentos anos de opressão não se eliminam com uma penada. A abolição foi apenas o primeiro passo na direção da emancipação do negro. Nem por isso deixou de ser uma conquista, se bem que de efeito limitado (COSTA, 2008, p.12).

Em relação ao racismo estrutural o renomado jurista e professor de Direito, Silvio de Almeida, leciona que:

> [...]o racismo, como processo histórico e político, cria as condições sociais para que, direta ou indiretamente, grupos racialmente identificados sejam discriminados de forma sistemática. Ainda que os indivíduos que cometam atos racistas sejam responsabilizados, o olhar estrutural sobre as relações raciais nos leva a concluir que a responsabilização jurídica não é suficiente para que a sociedade deixe de ser uma máquina produtora de desigualdade racial. [...] Consciente de que o racismo é parte da estrutura social e, por isso, não necessita de intenção para se manifestar, por mais que calar-se diante do racismo não faça do indivíduo moral e/ou juridicamente culpado ou responsável, certamente o silêncio o torna ética e politicamente responsável pela manutenção do racismo. A mudança da sociedade não se faz apenas com denúncias ou com o repúdio moral do racismo: depende, antes de tudo, da tomada de posturas e da adoção de práticas antirracistas. (ALMEIDA, 2019, p. 34)

A herança nada positiva deixada pela escravidão continuou a moldar as bases sociais, econômicas e culturais do Brasil mesmo após a abolição que, como visto, não promoveu a inserção das pessoas até então escravizadas, ao contrário, apenas perpetuou as desigualdades e intensificou a marginalização não só dos corpos negros, mas também de se seus saberes, crenças e contribuições para formação da sociedade brasileira tendo como resultado um verdadeiro apagamento histórico.

Nesse contexto de apagamento é indispensável trazer a tona o que nos ensina Sueli Carneiro, fundadora do instituto da mulher negra (Geledés), pois, segundo a filósofa:

> [...] o epistemicídio é, para além da anulação e desqualificação do conhecimento dos povos subjugados, um processo persistente de produção da indigência cultural: pela negação do acesso a educação, sobretudo de qualidade; pela produção da inferiorização intelectual; pelos diferentes mecanismos de deslegitimação do negro como portador e produtor de conhecimento e de rebaixamento da capacidade cognitiva pela carência material e/ou pelo comprometimento da autoestima pelos processos de discriminação correntes no processo educativo. Isto por que não é possível desqualificar as formas de conhecimento dos povos dominados sem desqualificá-los também, individual e coletivamente. Como sujeitos cognoscentes. E, ao fazê-lo destituí-lhe a razão, a condição para alcançar o 12 conhecimento "legítimo" ou legitimado. Por isso o epistemicídio fere de morte a racionalidade do subjugado ou a sequestra, mutila a capacidade de aprender etc. (CARNEIRO, 2005, p 97)

Como visto, o epistemicídio consiste em um processo de destruição, marginalização ou silenciamento dos conhecimentos, saberes e perspectivas de determinados grupos sociais. No contexto do racismo, o epistemicídio envolve a supressão dos saberes produzidos por comunidades negras, a desvalorização de suas contribuições intelectuais e culturais, resultando na imposição de uma visão dominante e excludente sobre o conhecimento e cultura.

Os três pontos aqui destacados (escravização de pessoas negras no Brasil, racismo estrutural e epistemicídio) fundamentam, do posto de vista histórico, a existência da lei n.º 10.639/09, pois a obrigatoriedade por ela estabelecida busca reverter o epistemicídio e enfrentar o racismo estrutural, uma vez que ambos são consequências diretas do processo de desumanização estabelecido pela escravidão.

2.2 Trajetória até a promulgação

A lei n.º 10.639/03 decorre do projeto de lei n.º 255/1999 iniciado na Câmara dos Deputados em 11 de março de 1999. A origem do PL e da lei em si, no entanto, remete a lutas anteriores à apresentação e promulgação, sendo fruto do aprofundamento de debates sobre o racismo no Brasil e das reivindicações do Movimento Negro. Sobre a importância desse movimento e sua relação com a educação antirracista, a professora Nina Gomes,

renomada autora de diversas obras especialista na área educacional com ênfase nas relações étnico- raciais, elucida que:

> Foi também no início do terceiro milênio que uma demanda educacional do Movimento Negro desde os anos 1980 foi finalmente contemplada. Em 2003 foi sancionada a Lei 10.639/03, incluindo os art. 26-A e 79-B da LDB e tornando obrigatório o ensino de história e cultura afro-brasileira e africana nas escolas públicas e privadas dos ensinos Fundamental e Médio. Regulamentada pelo parecer CNE/CP 03/04 e pela Resolução CNE/CP 01/04 [ ].
> É possível perceber que o Estado Brasileiro, ao reconhecer a imbricação entre desigualdade e diversidade, vem incorporando, aos poucos, a raça de forma ressignificada em algumas de suas ações e políticas, especialmente na educação. Concordando com Gonçalves Dias (2000), é possível afirmar que a sociedade brasileira não teria chegado a esse momento se não fosse a atuação do Movimento Negro [ ]. (GOMES, 2017, p. 35-36)

Assim, considerando a história do país e as reivindicações do movimento negro, o PL foi apresentado com a seguinte justificativa:

> "[...] A educação é um dos principais instrumentos de garantia do direito de cidadania. Por isso torna-se imprescindível que o Estado assuma o compromisso político de reconstrução dos currículos escolares, adequando-os à realidade étnica brasileirapara responder aos anseios dos diferentes segmentos da população.O que se vê, porém. e que o sistema oficial de ensino cada vez mais apresenta-se como um dos principais veículos de sustentação do racismo, distorcendo o passado cultural e histórico do povo negro. Assim, torna se imperioso e de fundamental importância que se resgate a história do povo negro reformulando o currículo escolar nas suas deformações mais evidentes que impedem a aproximação do negro da sua identidade étnica. E também que se desenvolvam programas de conscientização de todos os agentes envolvidos no processo de educação para que a escola promova uma educação sem complexos, enriquecida de um senso antropológico contribuindo para a criação de uma sociedade em que todos tenham direitos e possam gozar das mesmas oportunidades, seja no plano social, econômico e político na Nação.(BRASIL, 1999)

O trecho da justificativa transcrito acima reflete os aspectos históricos mencionados no tópico anterior e revelando que o PL foi pensado como ferramenta de reparação, do ponto de vista jurídico, para as mazelas deixadas pela escravidão, pois, se ela foi importante instituto jurídico que formou as bases sociais e culturais do Brasil, contando com um complexo normativo que lhe conferia legitimidade, também deve ser pela via jurídica - embora não exclusivamente - que a reparação deve ocorrer.

Após apresentado o PL passou pela Comissão de Educação, Cultura e Desporto que em 17 de agosto de 1999 apresentou aprovação unânime do parecer favorável do relator. Em seguida, foi encaminhado para a Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC) na qual passou por uma análise sobre a constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa da proposição, sendo que em reunião ordinária realizada em 20 de maio de 2000 a comissão se manifestou, de forma unânime, pela constitucionalidade do projeto que seguiu para elaboração da Redação Final.

O PL também passou pelo Senado Federal que, nesse caso, atuou como casa revisora - visto que a iniciativa se deu no Câmara do Deputados que atuou como casa iniciadora - e pela coordenação legislativa do congresso, subsecretaria de ata e pelo serviço de apoio comissões mistas. Encerrados os trâmites em cada uma das casas legislativas, o projeto foi transformado na lei n.º 10.639/03 promulgada em 09 de janeiro de 2003 que assim dispõe:

> Art. 1º **A Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 26-A**, 79-A e 79-B:
> Art. 26-A. Nos estabelecimentos de **ensino fundamental e médio, oficiais e**

> **particulares, torna-se obrigatório o ensino sobre História e Cultura Afro-Brasileira.**
> § 1o O conteúdo programático a que se refere o caput deste artigo incluirá o estudo da **História da África e dos Africanos, a luta dos negros no Brasil, a cultura negra brasileira e o negro na formação da sociedade nacional, resgatando a contribuição do povo negro nas áreas social, econômica e política pertinentes à História do Brasil.**
> § 2o Os conteúdos referentes à História e Cultura Afro-Brasileira serão ministrados no âmbito de **todo o currículo escolar, em especial nas áreas de Educação Artística e de Literatura e História Brasileiras**.
> [...] Art. 79-B. O calendário escolar incluirá o dia 20 de novembro como 'Dia Nacional da Consciência Negra'.
> Art. 2o Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.(BRASIL, 2003, grifo da autora)

Ressalta-se que no ano de 2008 houve alteração feita pela lei n.º 11.645/2008 acrescentando a obrigatoriedade do ensino da história e cultura dos povos indígenas que, embora não seja o foco deste estudo, demonstra a busca pela valorização de outros saberes para além dos conhecimentos eurocêntricos.

3 Regime jurídico

Denomina-se "regime jurídico" o conjunto de normas (em sentido amplo) que dispõe sobre determinado ramo do direito, sujeito, bem ou atividade, assim, o estudo do regime jurídico e das ações destinadas à educação antirracista, promovida especialmente pela lei n.º 10.639/03, consiste em indicar e analisar quais os princípios e demais normas jurídicas pertinentes e indispensáveis para compreender em qual cenário jurídico-normativo a educação antirracista está inserida.

3.1 Constituição Federal

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, é a norma jurídica fundamental do Estado brasileiro, assim, todas as demais normas devem com ela guardar relação sendo esse o seu fundamento de validade. A lei n.º 10.639/03 está alinhada aos princípios e disposições constitucionais, na medida em que atende ao princípio da dignidade humana e promove o direito à educação fundamentado na igualdade e no repúdio ao racismo.

A dignidade humana é fundamento da República Federativa do Brasil conforme o **art. 1º, III da CF**: "*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana*;". Na condição de fundamento da República e também de um princípio do Direito, a dignidade humana norteia toda a ação do Estado que terá de considerá-la e garanti-la tanto em seu modo de atuação em relação aos cidadãos quanto para desenvolver políticas públicas. Dessa maneira, nota-se que é intrínseca a relação entre a dignidade humana e a Lei n.º 10.639/03 na medida em que esta busca valorizar e preservar a dignidade dos povos africanos e afro-brasileiros, e aquela está comprometida com reconhecimento e com o respeito à diversidade cultural, além de incluir a valorização da identidade de todos os os povos e indivíduos.

O princípio da igualdade, consagrado no caput do **art. 5º da Constituição Federal**, que estabelece que "*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade* [...]". Reafirmado por vários outros dispositivos constitucionais, também atua como fundamento jurídico da lei n.º 10.639/03 estando intrinsecamente ligado a ela, visto que partindo do ensino dos conteúdos

previstos o que se pretende é, também, a redução das desigualdades históricas ao desconstruir estereótipos e preconceitos que até os dias atuais alicerçam o racismo estrutural no Brasil.

O repúdio ao racismo, considerando crime inafiançável, também está consagrado no **art. 5º da Constituição**, mais especificamente no **inciso XLII** que estabelece que "*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;*". Da disposição citada se depreende que a Lei n.º 10.639/03 se harmoniza com a Constituição também no que se refere ao repúdio ao racismo, na medida em que pretende combater, desde a base educacional. as manifestações de discriminação racial ao reconhecer e valorizar a contribuição histórica e cultural dos povos negros.

Por fim, merece menção **o art. 242, §1º da Constituição** por estabelecer que *"o ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro*", corroborando a ideia de que a pluralidade de contribuições dos diversos povos e culturas que formam o Brasil deve ser objeto de estudo nas instituições de ensino.

3.2 Parecer n.º 003/2004 do Conselho Nacional de Educação

O **Parecer n.º 003/2004 do Conselho Nacional de Educação (CNE)** consiste em uma recomendação emitida em conjunto com a Resolução n.º 1/2004 para complementar e orientar a implementação das Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana. O referido parecer:

> [...] visa a atender os propósitos expressos na Indicação CNE/CP 6/2002, bem como regulamentar a alteração trazida à Lei 9394/96 de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, pela Lei 10.639/2003, que estabelece a obrigatoriedade do ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana na Educação Básica. Desta forma, busca cumprir o estabelecido na Constituição Federal nos seus Art. 5º, I, Art. 210, Art. 206, I, § 1° do Art. 242, Art. 215 e Art. 216, bem como nos Art. 26, 26 A e 79 B na Lei 9.394/96 de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que asseguram o direito à igualdade de condições de vida e de cidadania, assim como garantem igual direito às histórias e culturas que compõem a nação brasileira, além do direito de acesso às diferentes fontes da cultura nacional a todos brasileiros.(BRASIL, 2004)

Ao indicar diretrizes e recomendações para a efetivação da lei n.º 10.639/03, o parecer ocupa papel relevante, pois apresenta orientações pedagógicas, curriculares e metodológicas para a inclusão da história e cultura afro-brasileira no currículo escolar reforçando a necessidade de superar visões eurocêntricas e estereotipada, principalmente no que se refere ao estudo da história do Brasil, da literatura e das artes.

Destaca-se a importância que o parecer confere à necessidade de formação continuada dos professores, a adequação dos materiais didáticos, a inserção de temas relacionados à cultura afro-brasileira em diferentes disciplinas, além de destacar a importância da disponibilização de subsídios para que as instituições de ensino possam elaborar seus projetos político-pedagógicos de forma a contemplar os objetivos da Lei n.º 10.639/03, fortalecendo a implementação efetiva desses conteúdos no contexto escolar. Ao final do parecer consta um projeto que culminou na resolução n.º 1/2004, apresentada no item a seguir.

3.3 Resolução nº 1/2004 do Conselho Nacional de Educação

A **Resolução nº 1/2004 do Conselho Nacional de Educação (CNE)** estabelece as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana, tal Resolução é considerada uma

normativa importante para a implementação da Lei 10.639/2003.

As diretrizes indicadas na Resolução visam promover a educação das relações étnico-raciais, combater o racismo e valorizar a diversidade étnico-cultural do Brasil ressaltando que a obrigatoriedade da inclusão da temática da história e cultura afro-brasileira e africana nos currículos escolares deve ocorrer em todas as etapas e modalidades da Educação Básica, além de abranger a formação inicial e continuada de professores para esses que tenham condições de atuar com a diversidade étnico-racial em sala de aula por meio de uma abordagem adequada dos conteúdos.

Esta resolução do CNE é essencial para orientação de as escolas e sistemas de ensino na implementação efetiva da Lei 10.639/2003, contribuindo para a promoção de uma educação mais inclusiva, diversa e, portanto, antirracista.

3.4 Lei n.º 12.288/10 (Estatuto da Igualdade Racial)

O Estatuto da Igualdade Racial estabelece diretrizes para a promoção da igualdade racial e a valorização da diversidade étnico-cultural, reconhecendo a necessidade de medidas que assegurem a efetivação dos direitos e a superação das desigualdades históricas enfrentadas pela população afrodescendente, atuando, portanto, como mais um elemento que compõem o regime jurídico reforça a fundamenta a lei n. 10.639/03.

A lei e o estatuto convergem no objetivo de promover a equidade e o reconhecimento da diversidade étnico-cultural. Enquanto a lei n.º 10.639/03 se apresenta como um instrumento pedagógico de desconstrução do racismo estrutural e reversão do epistemicídio, o Estatuto da Igualdade Racial se apresenta como uma norma mais abrangente que se destina a outras áreas para além da educação, pois busca garantir a igualdade de direitos e de oportunidades para a população afrodescendente em diversas esferas da sociedade.

3.5 Plano Nacional de Implementação das Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasil eira e Africana (PNEER)

Publicado no ano de 2013, ou seja, após a lei n.º 10.639/03 completar 10 anos, este Plano Nacional foi desenvolvido com objetivo de fortalecer e institucionalizar as orientações que já existiam em documentos esparsos como os indicados acima, tornando-se instrumento fundamental para nortear a aplicação das diretrizes curriculares estabelecidas para a educação das relações étnico-raciais no Brasil.

No PNEER constam orientações para a prática docente com diretrizes claras e orientações pedagógicas para os educadores, auxiliando na formulação de práticas pedagógicas inclusivas o que, certamente, contribui para o enriquecimento do currículo escolar e para a formação de cidadãos conscientes, críticos e respeitosos à diversidade. Além disso, propõe estratégias e metodologias para a abordagem da história e cultura afro-brasileira e africana, e estimula a formação continuada dos professores, promovendo a reflexão sobre práticas educativas e capacitando-os para lidar com a diversidade cultural em sala de aula.

Também é no PNEER que encontramos as metas e estratégias para a execução da Lei 10.639/2003; a delimitação de responsabilidades dos atores governamentais; a proposição de ações de formação de professores e de sensibilização de gestores; bem como as orientações para a produção de material didático. Portanto, o PNEER desempenha um papel crucial na promoção de uma educação que valoriza a diversidade étnico-racial, fomenta o respeito à pluralidade cultural e contribui para a construção de uma sociedade mais justa, igualitária, sendo que sua implementação efetiva é essencial para a consolidação de uma educação antirracista e para a formação de cidadãos conscientes de sua história e do legado cultural afro-brasileiro.

4 Regime juridico e ações municipais

4.1 Lei orgânica do Município de São Paulo

A Lei Orgânica Municipal (LOM) é a norma fundamental do Município de São Paulo. Trata-se de uma espécie normativa elaborada e aprovada pela Câmara Municipal e pode ser entendida como "uma constituição para o âmbito local", embora não tenha a natureza jurídica de uma Constituição, costuma-se a ela comparar por ser a lei máxima de um Município. A LOM estabelece as bases fundamentais da organização e do funcionamento municipal, determinando competências e atribuições.

No contexto das políticas públicas voltadas para o direito à educação e à educação antirracista, a Lei Orgânica desempenha um papel importante ao definir as competências e as responsabilidades do município nessa área. Nesse sentido, merece destaque o capítulo I (da educação) do título VI (da atividade social do município) da lei orgânica, pois nele constam diversos artigos que se relacionam com o tema aqui estudado, abaixo constam alguns deles:

> Art. 200. A educação ministrada com base nos princípios estabelecidos na Constituição da República, na Constituição Estadual e nesta Lei Orgânica, e inspirada nos sentimentos de igualdade, liberdade e solidariedade, será responsabilidade do Município de São Paulo, que a organizará como sistema destinado à universalização do ensino fundamental e da educação infantil. [...] § 4º O Plano Municipal de Educação atenderá ao disposto na Lei Federal nº 9.394/96 e será complementado por um programa de educação inclusiva cujo custeio utilizará recursos que excedam ao mínimo estabelecido no artigo 212, § 4º, da Constituição Federal.
> Art. 202. Fica o Município obrigado a definir a proposta educacional, respeitando o disposto na Lei de Diretrizes e Bases da Educação e legislação aplicável.
> Art. 203. É dever do Município garantir:
> I - educação igualitária, desenvolvendo o espírito crítico em relação a estereótipos sexuais, raciais e sociais das aulas, cursos, livros didáticos, manuais escolares e literatura; (SÃO PAULO, 1990)

Os dispositivos acima indicados relevam que, no âmbito do Município de São Paulo, a Lei Orgânica deve ser aplicada em consonância com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBN), respeitando seus princípios e incorporando a obrigatoriedade prevista na lei n.º 10.639/03 para assegurar uma educação que contemple a diversidade étnico-racial, promova a igualdade e combata o racismo. Assim, pode-se afirmar que a Lei Orgânica de São Paulo, a LDBN e a Lei n.º 10.639/03 têm interseções que visam garantir uma educação de qualidade, respeitosa à diversidade e antirracista, cada uma contribuindo dentro de seu alcance jurídico e com seus aspectos específicos para o desenvolvimento de políticas educacionais adequadas à realidade local.

4.2 Orientações curriculares e expectativas de aprendizagem étnico-racial na Educação Infantil, Ensino Fundamental e Médio do Município de São Paulo

Publicado em 2008 o documento denominado "*Orientações Curriculares: Expectativas de Aprendizagem para a Educação Étnico-Racial na Educação Infantil, Ensino Fundamental e Médio do Município de São Paulo*" consiste num compilado de diretrizes pedagógicas elaboradas para nortear o ensino da história e cultura afro-brasileira, africana e indígena nas escolas municipais.

Estas orientações são mais específicas que os instrumentos pedagógicos citados em tópicos anteriores, isso porque se destinam de modo direcionado ao Município sendo que o documento foi organizado por especialistas de diferentes áreas do conhecimento com foco na implementação da lei n.º 10.639/03 em âmbito local.

Alguns dos principais aspectos que podem ser destacados em relação às orientações são: o fato de o documento estabelecer expectativas de aprendizagem para que os alunos desenvolvam competências da compreensão crítica sobre a história e cultura afro- brasileira, africana; o estímulo à reflexão sobre as relações étnico-raciais na sociedade contextualizando os conteúdos, relacionando-os com a realidade dos alunos; a integração dos conteúdos em diferentes disciplinas, não se limitando às aulas de história, mas permeando diversas áreas do conhecimento; o desenvolvimento da identidade positiva dos alunos pertencentes a grupos étnico-raciais minoritários; a formação continuada dos professores para que possam abordar os temas de maneira sensível, contextualizada e alinhada às expectativas de aprendizagem propostas.

Para melhor sistematização e organização as orientações estão divididas em 6 partes da seguinte forma: Parte 1 - A Lei n° 10.639/03 e os eixos conceituais; Parte 2 - História da África e Afro-Brasileira na Sala de Aula; Parte 3 - Educação Infantil e a Formação Identitária; Parte 4 - Ensino Fundamental – Um novo olhar sobre o pluralismo cultural; Parte 5 - Educação de Jovens e Adultos (EJA): Valorizando a Cidadania; Parte 6 - Ensino Médio: Repensando as Relações Brasil e África Contemporânea. Cada uma das partes dedica-se a contribuir para a reflexão e a discussão sobre o que os educandos precisam aprender relativamente a cada uma das áreas de conhecimento, bem como auxiliar as escolas no processo de seleção e organização de conteúdos ao longo da Educação Infantil, do Ensino Fundamental e do Ensino Médio.

4.3 Decreto n° 58.526/18 (Plano Municipal de Promoção da Igualdade Racial)

Depreende-se do exposto até aqui que a concretização da obrigatoriedade instituída pela lei n.º 10.639/03 é um desafio que requer a convergência de diferentes instrumentos jurídicos e ações concretas do Poder Público. Nesse contexto, o Decreto Municipal n° 58.526/18 que institui o Plano Municipal de Promoção da Igualdade Racial (PLAMPIR) emerge como um importante instrumento normativo na esfera municipal de São Paulo, pois estabelece, em âmbito local, estratégias e diretrizes para a promoção da igualdade racial no município, abordando diversas áreas, inclusive a da educação - tópico central deste estudo –, define um plano de ação, promove a valorização da diversidade étnico-racial e busca combater o racismo estrutural por meio de ações concretas e integradas.

O Decreto se conecta de modo direto com a lei n.º 10.639/03 na medida em que ambos os instrumentos normativos convergem no sentido de promover uma educação antirracista ao reconhecer a importância de se incorporar conteúdos relacionados à história e cultura afro-brasileira e africana contexto educacional.

A interseção entre o Decreto Municipal e a Lei Federal indica a complementaridade e sinergia entre normativas, reforçando a necessidade de uma abordagem transversal e abrangente para enfrentar o racismo estrutural e o epistemicídio que ainda persistem na sociedade brasileira. Nessa perspectiva, nota-se que enquanto a lei n.º 10.639/03 determina o ensino obrigatório da história e da cultura afro-brasileira, o Decreto Municipal amplia essa normal, inserindo-a em um contexto mais especifico e direcionado de políticas públicas municipais.

O Decreto Municipal n° 58.526/18 conta com um "anexo único" composto por diversos eixos, do qual é válido destacar o conteúdo do "eixo 6" que trata especificamente da "EDUCAÇÃO E RELAÇÕES ÉTNICO-RACIAIS" e estabelece 3 metas:

> META 1 - Viabilizar a implementação das diretrizes das Leis Federais nº 10.639, de 2003, e 11.645, de 2008, por meio do Plano de Ações Estratégicas de Educação para Relações Étnico-Raciais.
> META 2 - Implementar, na rede escolar pública, a prática de esportes, lazer, recreação e cultura, valorizando conhecimentos e saberes dos povos indígenas e das religiões de matrizes africanas.

> META 3 - Valorizar iniciativas em educação das relações étnico-raciais, oriundas de instituições de ensino públicas, privadas, terceiro setor, movimentos sociais e outras organizações.(SÃO PAULO, 2018)

Esse plano de ação municipal evidencia o compromisso do município de São Paulo em promover uma abordagem transversal e abrangente no combate ao racismo estrutural do ponto de vida educacional, integrando os princípios da Lei n.º 10.639/03 em uma rede de políticas públicas, visto que para cada uma das metas há a previsão ações para atingi- las. Para a implementação da "META 1", por exemplo, tem-se:

- Realizar, em parceria com a Secretaria Municipal de Educação, atividades de formação continuada de professores, gestores e quadro de apoio da rede municipal de ensino, preferencialmente com evolução funcional, incluindo a Educação de Jovens e Adultos – EJA;
- Implementar a formação continuada das equipes da Coordenadoria Pedagógica (COPED) e supervisão das Diretorias Regionais de Educação (DRE);
- Adquirir e disponibilizar material didático e paradidático específico sobre história, cultura e literatura africana, afro-brasileira e indígena, em conformidade com as Leis Federais nº 10.639, de 2003, e 11.645, de 2008, para discentes e docentes da rede municipal de ensino;
- Articular a produção e gestão de materiais didáticos temáticos sobre "História e Cultura Africana, Afro-brasileira e Indígena" para os estudantes da rede municipal de ensino;
- Fomentar ações que garantam o respeito à diversidade étnico-racial, com a valorização e preservação da cultura negra e indígena na rede municipal de ensino;
- Realizar, em parceria com a Secretaria Municipal de Educação, conferências municipais bienais de educação para as relações étnico-raciais e história e cultura afro-brasileira e indígena.
- Realizar periodicamente pesquisa survey e pesquisa qualitativa para mapeamento e diagnóstico da implementação das Leis Federais nº 10.639, de 2003, e nº 11.645, de 2008, na rede municipal de ensino.(SÃO PAULO, 2018)

Verifica-se, portanto, que o Plano Municipal de Promoção da Igualdade Racial, desempenha um papel fundamental na concretização da Lei n.º 10.639/03, apresentando-se como mais um instrumento jurídico que compõem um sólido arcabouço normativo e direcional alinhado aos objetivos da referida lei federal.

4.4 Decreto n° 59.749/20 (Política Municipal de Prevenção e Combate ao Racismo Institucional)

O Decreto Municipal n° 59.749/20 dispõe sobre a Política Municipal de Prevenção e Combate ao Racismo Institucional e emerge como um instrumento jurídico direcionado à identificação, prevenção e enfrentamento do racismo no âmbito das instituições municipais, evidenciando a necessidade de combater estruturas e práticas discriminatórias.

Em um primeiro momento a simples leitura do referido decreto pode dar a impressão de que este não guarda relação com a lei em estudo por não tratar especificamente da área educacional, contudo, uma análise mais cuidadosa, aliada a uma interpretação integrativa, revela uma interconexão significativa entre ambos, tendo em vista que, enquanto a lei estabelece a obrigatoriedade do ensino da história e cultura afro-brasileira e africana, o decreto transcende o ambiente educacional e adentra no âmago das estruturas institucionais, visando combater o racismo em suas manifestações estruturais e cotidianas e, por essa razão, também pode ser considerado como parte do regime jurídico municipal que fortalece a lei n.º 10.639/03.

Essa harmonia entre o Decreto Municipal e a Lei Federal evidencia a complementaridade entre legislações, reforçando a necessidade de abordagens multifacetadas e integradas para enfrentar o racismo, seja no contexto educacional seja em outros contextos. Assim, fica evidente que a Política Municipal de Prevenção e Combate ao Racismo busca mudanças estruturais nas instituições, garantindo que práticas discriminatórias sejam identificadas, enfrentadas e eliminadas, em todos os setores, inclusive no ambiente escolar e em todas as instituições, inclusive naquelas destinadas à formação dos cidadãos.

4.5 Currículo da Cidade para Educação Antirracista - Orientações Pedagógicas: povos afro-brasileiros

Desenvolvido pela Secretaria Municipal de Educação (SME) o "Currículo da Cidade para Educação Antirracista - Orientações Pedagógicas: povos afro-brasileiros" representa um programa pedagógico direcionado à concretização à lei n.º 10.639/03. Trata-se de documento específico do Município, que passa a compor o currículo da cidade e fortalece as práticas de educação antirracista já adotadas pelas escolas da Rede Municipal. Foi lançado pela SME na II Expo Internacional Dia da Consciência Negra, no Expo Center Norte, em São Paulo em 19 de novembro de 2022.

As “Orientações Pedagógicas: povos afro-brasileiros” complementam a tríade de outras publicações já disponíveis que tratam, respectivamente, dos povos indígenas e dos povos migrantes. Essas populações estão no centro das discussões e das atividades desenvolvidas pelo Núcleo de Educação para as Relações Étnico-Raciais (NEER), da SME. A elaboração do documento contou com a participação de profissionais de diversos setores da SME, principalmente, daqueles que atuam nas escolas. O documento indica, inclusive, exemplos práticos de como os professores podem trabalhar o tema em sala de aula.

Com o lançamento deste documento pedagógico que contempla ações concretas a serem realizadas nas instituições de ensino da rede municipal, a SME reforça o compromisso com a construção de uma educação antirracista que esteja de fato nos projetos escolares.

Conforme informações disponibilizadas na data do lançamento, a SME disponibilizaria as cópias impressas das orientações às escolas até o mês de março do ano subsequente.

O documento está organizado da seguinte forma:

> Parte 1 - “Desvelando Conceitos para uma Educação Antirracista”, trata mos de conceitos que muitas vezes podem ser mal interpretados pelos(as) educa dores(as), trazendo prejuízo para o avanço das relações raciais no interior da escola.
> Parte 2 - “Das Intenções às Ações: o Cotidiano das Unidades Educacionais”, convidamos para reflexões acerca de posturas e práticas que acontecem no cotidiano e que já deveriam ter sido superadas, como abordagem dos conteúdos de história e cultura afro-brasileira e africana apenas no mês de novembro, considerando-a uma temática pontual e não algo que deve ser parte do fundamento pedagógico e curricular.
> Parte 3 - “Interseccionalidades na Educação Antirracista”, chamamos a atenção para algumas das intersecções de opressões que podem ocorrer e que nem sempre estamos atentos(as) para identificar e intervir: raça e gênero, raça e deficiência e a especificidade da Educação de Jovens e Adultos.
> Parte 4 - “Áreas do Conhecimento e Educação Antirracista”, buscamos destacar em cada área os principais pontos que devem ser considerados para o fortalecimento das ações voltadas para o cumprimento da Lei n° 10.639/03 nas UEs.
> Parte 5 - “Seguindo na Trilha para uma Educação Antirracista”, deixamos nossas considerações finais para este momento em que buscamos, por meio deste documento, trazer todos(as) os(as) educadores(as) para a trilha da educação antirracista, caminhando com firmeza e sentindo-se amparados(as) para dar passos

cada vez mais largos. (SÃO PAULO, 2022)

Assim, a intersecção entre o "Currículo da Cidade para Educação Antirracista" e a Lei n.º 10.639/03 reflete a necessidade de políticas educacionais que visam não apenas a difusão do conhecimento, mas também a construção de uma consciência crítica sobre as questões étnico-raciais, na medida em que ambos compartilham o objetivo comum de combater o racismo estrutural, capacitando os docentes e formando os estudantes para compreenderem e valorizarem as diferenças étnicas e culturais que compõem o Brasil.

4.6 Lei nº 17.950 de 19 de maio de 2023

A Lei n° 17.950 de 19 de maio de 2023 institui a obrigatoriedade de capacitação dos professores da rede de ensino pública e privada para atuação na promoção da igualdade racial. Pode ser considerada a mais recente lei municipal relacionada à educação antirracista, aprovada pouco mais de 20 anos desde a promulgação da lei n.º 10.639/03. Sobre a capacitação dos professores a lei assim dispõe:

> Art. 1º Os profissionais de educação da rede de ensino pública e privada da Cidade de São Paulo deverão receber, anualmente, capacitação para atuação na promoção da igualdade racial.
> Parágrafo único. A carga horária dos cursos de capacitação deve ser de, no mínimo, 8 (oito) horas.
> Art. 2º O Comitê de Prevenção e Combate ao Racismo Institucional ou o órgão competente para a temática das relações étnico-raciais no Município de São Paulo será o responsável, em conjunto com a Secretaria Municipal de Educação, pela elaboração das diretrizes do curso e pela fiscalização de seu oferecimento.
> Art. 3º As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas, se necessário.
> Art. 4º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei.
> Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (SÃO PAULO, 2023)

Devido à recente aprovação esta lei ainda está pendente de maiores regulamentações, no entanto, todos os instrumentos jurídicos e pedagógicos apresentados até aqui são parâmetros aptos a nortear a aplicação até que a regulamentação pelo Poder Executivo seja efetivada.

5 Desafios e possibilidades da lei nº 10.639/03 em âmbito municipal

A implementação da Lei n.º 10.639/03 no município de São Paulo esbarra em desafios multifacetados que estão presentes nos âmbitos jurídico, orçamentário e pedagógico. Em âmbito jurídico, por exemplo, embora os instrumentos jurídicos municipais destacados no decorrer deste estudo formem um arcabouço bastante amplo que complementa e viabiliza concretização da lei n.º 10.639/03 na esfera local, ainda há o desafio jurídico de certificar que as diretrizes da lei sejam continuamente incorporadas nas legislações do município voltados à educação, como o Plano Municipal de Educação (PME), garantindo a efetivação da obrigatoriedade do ensino da história e cultura afro-brasileira e africana.

A integração do Plano Municipal de Educação com o Plano Municipal de Promoção da Igualdade Racial (PLAMPIR) é uma ação recomendável para a concretização contínua e atualizada. Ademais, ter a lei 10.639/03 - e os instrumentos jurídicos e pedagógicos mencionados nesta pesquisa - como parâmetro para elaboração e publicação de decretos, portarias, resoluções e demais espécies normativas que sejam destinadas a regular a educação na rede municipal, também é medida que fortalece um processo educacional comprometido e interligado à educação antirracista.

Do ponto de vista orçamentário também há desafios que precisam ser considerados para serem ultrapassados. Nesse sentido, a alocação de recursos é um ponto essencial a ser observado, uma vez que destinar recursos financeiros específicos para a aquisição de materiais didáticos, investimento na formação de professores e na adaptação do currículo escolar para a inclusão dos conteúdos exigidos pela lei. Além disso, a questão da infraestrutura escolar também merece atenção, sendo fundamental garanti-la por meio de instalações e do suporte técnico necessário, tais como bibliotecas acessíveis e atualizadas, acesso a recursos audiovisuais e meios de pesquisa para o ensino dos conteúdos.

Sob a ótica pedagógica, os desafios estão ainda mais presentes, sendo fundamental dedicar esforços, de todos os setores educacionais que compõem a estrutura voltada à Educação no Município, para seguir os planos, diretrizes e orientações já existentes e, assim, desenvolver um currículo integrado com a produção de conteúdos de forma transversal e contextualizada articulando as diferentes disciplinas para que esses temas sejam abordados de maneira interdisciplinar. É necessário, ainda, promover o envolvimento da comunidade escolar como um todo, o que significa engajar os alunos, pais, professores, diretores, auxiliares escolares, a comunidade etc. no processo educativo, promovendo discussões, eventos e atividades que valorizem a diversidade étnico-racial.

Viabilizar a capacitação e a formação contínua dos professores para que estejam aptos a abordar esses conteúdos de forma adequada e sensível também é um desafio substancial. Nesse aspecto, deve-se destacar que todas as normativas jurídicas citadas, documentos pedagógicos e as ações municipais deles decorrentes, tem como um dos pontos centrais a formação dos educadores, como não poderia deixar de ser, pois são eles que farão o honroso, mas também difícil, papel de despertar em sala de aula e fora dela, as reflexões e promover um aprendizado fundamentado na educação antirracista.

O monitoramento, avaliação e indicadores de resultados também são essenciais, haja vista que estabelecer métodos para monitorar e avaliar a efetividade da implementação da lei, identificando dificuldades e ajustando estratégias conforme necessário; e desenvolver indicadores para medir o impacto da lei na formação dos alunos, na redução de estereótipos e na promoção de uma educação antirracista, são medidas eficazes para se ter ter uma visão ampla e contínua da implementação a curto, médio e longo prazo. O Município de São Paulo conta com uma Secretaria de Direito Humanos, na qual há a Coordenação de Promoção da Igualdade Racial, a ação integrada e mais ativa dessas instituições é fundamental nesse processo de acompanhamento das ações municipais que se destinam a viabilizar a educação antirracista, devendo a atuação estar lado a lado com a Secretaria Municipal de Educação.

São diversos os desafios de implementação da lei n.º 10.639/03 no Município, logo, a superação de tais desafios demanda um esforço conjunto de diferentes áreas incluindo esferas jurídicas, administrativa, pedagógicas etc., portanto, a superação desses desafios requer não só recursos financeiros e logísticos, mas também um compromisso contínuo com a formação dos professores, o engajamento da comunidade escolar de forma ampla, a adaptação dos currículos e desenvolvimentos de meios de monitoramento e constante avaliação dos resultados para garantir uma educação antirracista de fato capaz de promover o respeito à diversidade étnico-racial e de contribuir para a construção de uma sociedade mais igualitária.

6 Considerações finais

O Parecer n.º 003/2004 e a Resolução nº 1/2004, ambos do Conselho Nacional de Educação, estabeleceram diretrizes para a implementação da Lei n.º 10.639/03. São documentos imprescindíveis que fornecem bases sólidas para a promoção da educação antirracista, reconhecendo a importância de desconstruir estigmas e valorizar as

contribuições étnico-raciais na formação da sociedade brasileira. O Plano Nacional de Implementação das Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais complementa essas diretrizes, enfatizando a necessidade de uma abordagem transversal e integrada no currículo escolar, promovendo uma educação que respeite a diversidade e combata o racismo estrutural e o epistemicídio.

As 'Orientações Curriculares e Expectativas de Aprendizagem Étnico-Racial", o "Plano Municipal de Promoção da Igualdade Racial" e o "Currículo da Cidade para Educação Antirracista - Orientações Pedagógicas: povos afro-brasileiros" são iniciativas municipais que se alinham com os documentos normativos nacionais. Esses instrumentos refletem o compromisso do Município em aplicar as diretrizes federais, adaptando-as à realidade local. O papel do Município nesse cenário é de grande importância, pois ele assume a responsabilidade de implementar as diretrizes federais no âmbito local, adaptando-as às necessidades e características da comunidade. Isso exige ações concretas, como a elaboração de planos, formação de professores e adaptação curricular, visando a efetivação de uma educação antirracista e inclusiva.

Os documentos normativos nacionais e municipais representam avanços significativos na promoção da educação antirracista. A integração dessas diretrizes, aliada à atuação do Município, é essencial para garantir a implementação efetiva da Lei n.º 10.639/03. A consolidação da educação antirracista é fundamental para formar cidadãos conscientes, críticos e respeitosos da diversidade étnica, principalmente em relação à cultura e à história das pessoas negras, afinal, como nos ensinou Januário Garcia, fotógrafo e ativista (1943- 2021): "Existe uma história do povo negro sem o Brasil; mas não existe uma história do Brasil sem o povo negro."

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural.** São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm

BRASIL. **Lei nº 10.639 de 9 de janeiro de 2003**. Altera a Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira", e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.639.htm

BRASIL. **Lei nº 12.288, de 20 de junho de 2010.** Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003.. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei n.º 259, de 1999**: Dispõe sobre a obrigatoriedade da inclusão, no currículo oficial da Rede de Ensino, da tematica "História e Cultura Afro-Brasileira" e dá outras providências. Brasília, 1999. Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-259-1999

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. **Parecer n.º 003/2004 do Conselho Nacional de Educação**. Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana Brasil, 2004. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/cnecp_003.pdf

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. **Resolução nº 1/2004 do Conselho Nacional de Educação**. Institui Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações ÉtnicoRaciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana.. Brasil, 2004. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/cnecp_003.pdf

BRASIL. Ministério da Educação. **Plano nacional de implementação das diretrizes curriculares nacionais para educação das relações étnico-raciais e para o ensino de história e cultura afro-brasileira e africana.** Brasília: Ministério da Educação (MEC), Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão (SECADI), 2013. Disponível em: https://media.ceert.org.br/portal-4/pdf/plano.pdf

CARNEIRO, Aparecida Sueli. **A construção do outro como não-ser como fundamento do ser**. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

COSTA, Emília Viotti. **Abolição**. São Paulo: UNESP, 2008.

GOMES, Nilma Lino. **O Movimento Negro educador**: saberes construídos na luta por emancipação. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

SÃO PAULO (SP). **Lei orgânica do município de São Paulo de 05 de abril de 1990.** São Paulo: Prefeitura de São Paulo, 1990. Disponível em: https://leismunicipais.com.br/lei-organica-sao-paulo-sp

SÃO PAULO.(SP) **Lei nº 17.950 de 19 de maio de 2023.** Institui a obrigatoriedade de capacitação dos professores da rede de ensino pública e privada para atuação na promoção da igualdade racial, e dá outras providências. São Paulo: Prefeitura de São Paulo, 2023. Disponível em: https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-17950-de-19-de-maio-de-2023/consolidado

SÃO PAULO.(SP) **Decreto nº 58.526 de 23 de novembro de 2018.** Institui o Plano Municipal de Promoção da Igualdade Racial PLAMPIR**.** São Paulo: Prefeitura de São Paulo, 2018. Disponível em: https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-58526-de-23-de-novembro-de- 2018/consolidado

SÃO PAULO.(SP) **Decreto n° 59.749/20 de 9 de setembro de 2020.** Dispõe sobre a Política Municipal de Prevenção e Combate ao Racismo Institucional. São Paulo: Prefeitura de São Paulo, 2020. Disponível em: https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-59749-de-9-de-setembro-de-2020/consolidado

SÃO PAULO.(SP) Secretaria Municipal de Educação. Diretoria de Orientação Técnica. **Orientações Curriculares:** expectativas de aprendizagem para a educação étnico-racial na educação infantil, ensino fundamental e médio. São Paulo: SME/DOT, 2008.

SÃO PAULO.(SP) Secretaria Municipal de Educação. Coordenadoria Pedagógica. **Currículo da cidade**: educação antirracista: orientações pedagógicas: povos afro-brasileiros. Versão atualizada**.** São Paulo: SME/COPED, 2022.

Software no Piratininga: propriedade intelectual de programas de computador nas contratações públicas do Município

Software in Piratininga: intellectual property of computer programs in public contracts

Lucas Lazarini Reginato[1]

RESUMO

A propriedade intelectual é uma formulação jurídica de importância cada vez maior na economia e na vida em sociedade informatizada, e é difícil para as formas tradicionais do direito darem conta da constante transformação digital. Este artigo se debruça sobre os conceitos fundamentais do direito autoral que protege programas de computador, e elenca instrumentos vigentes no ordenamento que incentivam a Administração Pública a assumir protagonismo no setor, tais como o Novo Regime de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 14.133/2021) e a Lei de Inovação Tecnológica (Lei Federal nº 10.973/2004). Inicia na fundação de São Paulo e encontra Oswald de Andrade na busca de uma nova abordagem do tema, que instigue a gente do Piratininga a enfrentar os desafios do nosso tempo com as ferramentas jurídicas de gestão pública do conhecimento.

Palavras-chave: propriedade intelectual; programas de computador; contratos administrativos.

ABSTRACT

Intellectual property is an increasingly important legal formulation in the economy and in society's digital life, and traditional forms of law struggle to keep up with constant digital transformation. This article examines the fundamental concepts of copyright that protect computer programs and lists current legal instruments that encourage public administration, such as the New Bidding and Administrative Contracts Regime (Federal Law nº 14.133/2021) and the Technological Innovation Law (Federal Law nº 10.973/2004). It begins with the foundation of São Paulo and meets Oswald de Andrade looking for a new approach to the topic, one that encourages the people of Piratininga to face the challenges of our time with the legal tools for public management of knowledge.

Keywords: intellectual property; softwares; administrative contracts.

1. Introdução

Da força da grana que ergue e destrói coisas belas.
Da feia fumaça que sobe, apagando as estrelas.
Eu vejo surgir teus poetas de campos e espaços.
Tuas oficinas de florestas, teus deuses da chuva".
"Sampa", de Caetano Veloso (1978).

Ao deixar o prédio do Cejur, o Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Município, em um edifício centenário na esquina da rua Anchieta, estamos no Pateo do

[1] Residente Jurídico do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, alocado na Secretaria Municipal de Gestão - SEGES (2022-2025). Email: lregamato0@gmail.com

Colégio, onde nasceu São Paulo dos Campos de Piratininga. Era então a aldeia do cacique Tibiriçá, no morro do Inhapuambuçu, que se erguia como um forte sobre as águas do rio Tamanduateí, fértil e sinuoso. À esquerda, o Anhagabaú vinha formado pelos três ribeirões, Saracura, Itororó e Bexiga, e se miscigenavam todos para alcançar o Tietê. Os forasteiros vieram pelos caminhos do peabiru, estrada ancestral que subia de São Vicente e cortava o continente até alcançar os incas no Peru. Assim chegou o fundador José de Anchieta, guiado por tupinambás, à confluência de rios e estradas na mata atlântica onde fincou a cruz jesuíta.

Mesmo antes dos caraíbas, nativos de diversas origens e idiomas cruzavam esse território (CAMPOS, 2006, p. 21). Onde hoje está o esquecido largo da Memória, o peabiru fazia as vezes de viaduto do Chá para atravessar o rio Anhangabaú rumo ao jaraguá. Para superar essa mata, de sucupira, cipó e jatobá, Anchieta aprendeu o tupi e foi autor da "Arte da Gramática da Língua Mais Falada na Costa do Brasil" publicada em Coimbra ainda no século XVI (NOLL, 2019, p.28). Assim introduziu-se na terra, e pregou para converter os gentios. Escritor brasileiro antes de existir Brasil, Anchieta compôs peças de teatro na língua nativa para apresentar em dias festivos os valores cristãos (KALEWSKA, 2006). Ele batizou de Martim Afonso o cacique Tibiriçá, e o convenceu a se entregar de corpo e alma ao empreendimento católico, tanto que deu a filha em casamento ao português João Ramalho para iniciar esta aldeia cabocla e a defendeu contra vizinhos e parentes, inclusive de seu próprio irmão Jaguaranho e do sobrinho Piquerobi.

Os bandeirantes falavam tupi. Bartolomeu Bueno da Silva, um dos mais célebres, se chamava Anhanguera, o diabo velho. No Dicionário de Tupi Antigo (NAVARRO, 2013, p. 39), o substantivo Anhanga, de onde também vem o Anhangabaú [Anhanga + obá (rosto) + 'y (água) (p. 543)] tem duas definições. A primeira, registrada por Hans Staden, é "nome de entidade sobrenatural entre os índios". Trata-se de um espírito poderoso, protetor da mata, anunciado como um enorme cervídeo branco de olhos flamejantes, que punia com chifradas e coices invasores que maltratassem os seres da floresta. A segunda definição para Anhanga é de "diabo, demônio, em sentido genérico", e tem origem no processo de catequização, que buscou dar aspectos malignos a tradições pagãs no intuito de converter à salvação do cristianismo (ALVES FILHO, 2007).

O padre Anchieta foi autor desta segunda definição que associou o espírito protetor da floresta ao demônio. Nas peças teatrais que escrevia e apresentava aos estudantes do colégio, profetas e santos católicos salvavam povoados ameríndios de espíritos malignos, e o enredo maniqueísta demarcava aos jovens espectadores as virtudes a serem perseguidas e, principalmente, os pecados a serem exorcizados. A poligamia e a adoração a elementos da natureza, como o trovão (tupã) ou a lua (îasy), eram condenadas pelos heróis e louvadas pelos vilões. Anhanga era cruel, embriagado e, sobretudo, canibal[2]. A "refeição totêmica"[3], que tinha função ritualística nas comunidades primitivas da costa brasileira, foi prontamente censurada, inaceitável que era à moral cristã. Pessoalmente, segundo relatou, Anchieta interrompeu cerimônia antropofágica que acontecia às portas da igreja sob a direção de Tibiriçá, que prostrou arrependido na manhã seguinte[4].

[2] "No universo escuro de Anhanga perfilam-se os maus hábitos: no caso, a antropofagia, a poligamia, a embriaguez pelo cauim e a inspiração do fumo queimado nos maracás. Para falar só do primeiro: o ritual de devoração do inimigo remetia, na verdade, a um bem substancial para a vida da comunidade, sendo um ato de teor eminentemente sacral que dava a quantos o celebravam nova identidade e novo nome. Mas essa função sacramental da antropofagia era exorcizada pelo catequista que via nela a obra de Satanás, um vício nefando a que o índio deveria absolutamente renunciar" (BOSI, 1992, p. 67).

[3] "Os mais elevados motivos para o canibalismo dos primitivos têm origem semelhante. Ao assimilar partes do corpo de uma pessoa, devorando-as, o indivíduo se apropria também das características que a ela pertenceram" (FREUD, 2012, p. 86).

[4] "Outras vezes, inopinadamente, sobrevinha o refluxo da alma colectiva, naquela estância devota, aos apetites canibalescos e às práticas inumanas. Tendo apresado, em guerra, um valente e polpudo guaianá, resolveram

Quanto ao tema da propriedade intelectual, nos valemos da poderosa metáfora antropofágica. Em um bonde elétrico rumo ao largo São Francisco, cruzando esta aldeia cem anos atrás, encontramos Oswald de Andrade. “Tupi, ou not tupi that is the question”, inquire o modernista, com ironia nos lábios. “Só a antropofagia nos une. Socialmente. Economicamente. Filosoficamente”, prega ele, como um pastor na Sé, “contra todos os importadores de consciência enlatada”, “contra as sublimações antagônicas trazidas nas caravelas”, “contra Anchieta cantando as onze mil virgens do céu, na terra de Iracema”. O apelo antropofágico, que busca transformar tabu em totem e desafogar recalques históricos para liberar a consciência coletiva (NUNES, 2011, p. 25), faz pensar quais são as amarras que prendem a informação, que tornam escassos produtos virtuais, que permitem que textos mesmo em domínio público não sejam facilmente acessíveis na internet. “A nossa independência ainda não foi proclamada” (ANDRADE, p. 67, 2011).

Que o espírito antropofágico que vagueia por essas terras sirva de inspiração para uma nova abordagem sobre a propriedade intelectual, esta que resulta da apropriação jurídica de um dado conteúdo, é a proposta do artigo que se segue: sugerir a criação como processo de deglutição para construção do novo. Mais do que uma metáfora, a antropofagia serve como um diagnóstico e uma terapêutica para a realidade brasileira, um tratamento que propõe a superação da dicotomia entre colonizador e colonizado, entre técnica e natureza, ao fazer da cultura europeia, historicamente imposta hierarquicamente, alimento para uma apropriação transformadora e original.

Essa abordagem, que tem raiz no solo do Inhapuambuçu, leva em conta o interesse público intrínseco aos atos da Administração, a evolução histórica da configuração desses direitos que protegem programas de computador e, ainda, a centralidade do problema em nosso tempo, quando as tecnologias de informação e de comunicação revolucionam os fluxos informacionais. Um desafio que essa proposta coloca para o estudo do direito é a intersecção do tema entre diferentes subdivisões do mundo jurídico: administrativo, civil, comercial.

Indiscutível é a relevância crescente do estudo sobre a propriedade intelectual, enquanto abandonamos a “Era Industrial” para alcançar a “Era da Informação”, no termo cunhado pelo sociólogo Manuel Castells. Em Sociedade em Rede (CASTELLS, 2000), que retrata esta transição da “velha rigidez dos átomos para a fluidez dos bits” (NETO, 2007, p.1), ele demarca nos Estados Unidos a revolução da tecnologia da informação que faz, por exemplo, da Microsoft a empresa mais valiosa do mundo hoje[5], e postula o papel fundamental do Estado para a configuração deste novo cenário tecnológico e econômico, não só lá como no resto do mundo. Informação neste mundo é matéria-prima, e se, por um lado, ela é infinita, por outro o Direito cumpre papel fundamental para decidir a quem ela pertence.

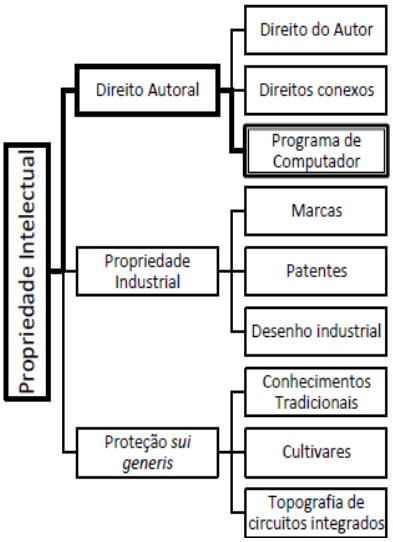
---

matá-lo e comê-lo os índios conversos de Piratininga. Não tardaria o sacrifício, para o qual estava já revestido e empenachado o sacrificador, quando surgiram no terreiro o padre Nobrega e o irmão Anchieta, despertados pela grita dos catecúmenos em festa. Mas bradaram em vão contra o pecado mortal da antropofagia, cometido à porta do templo: nada queria ouvirlhes o principal Martin Afonso, outra vez Tibiriçá, dirigindo os preparativos da cerimonia. Velhas necrófagas, desdentadas, amontoavam lenha para a fogueira: derredor do guaianá, disposto a morrer corajosamente, prosseguiam descantes, libações e rondas. Então, num soberbo impulso de humanidade, Anchieta e Nobrega, rompendo através do terreiro, desligaram o índio cativo, afugentaram as bruxas, extinguiram o fogo crepitante, despedaçaram as panelas de barro e as talhas de vinho. Tibiriçá, o principal, bateu o arco e os pés no meio da horda. Seriam dali expulsos os religiosos, que assim perturbavam a desafronta dos guerreiros da tribo. Mas venceu ainda nesse recontro de evangelizadores e carniceiros a eloquência do irmão Anchieta, domando os instintos ferozes: no dia seguinte, arrependido, Tibiriçá, outra vez Martin Afonso, e todos os seus índios violentos caíram de novo aos pés dos missionários” (VIEIRA, 1949, p. 126).

[5] A lista das empresas mais valiosas do mundo é dinâmica, e aqui consideramos dados de agosto de 2024, quando a Microsoft alcançava valor superior a US$ 3,1 trilhões (MAIA, 2024). Nos últimos anos, nas primeiras colocações têm se alternado gigantes do setor, como também Apple, Meta e Google.

2.Propriedade intelectual e direito autoral

"Propriedade intelectual", no campo jurídico, é um conceito guarda-chuva que abrange proteções distintas a bens imateriais variados que vão desde um texto publicado na comunidade milenar. A noção de propriedade por si só sublinha um aspecto negativo da legislação, que é a exclusão, intrínseca a ela, de todos aqueles que não são proprietários. A escassez é uma noção fundamental para a teoria econômica que define o que é propriedade, mas a propriedade intelectual não obedece às mesmas regras.



Quando um colega compartilha, sem a devida autorização, um arquivo "pdf" de um livro com um grupo de estudos, ele não deixa de ter acesso à obra, e aquele conhecimento só alcança mais pessoas. Alguém que pirateia um programa de computador não subtrai de outro, faz uma cópia, mas supõe-se o prejuízo da empresa que comercializa aquele *software* e que funciona economicamente por meio desta mercadoria.

A dificuldade de conceituação resulta também em relações jurídicas complexas, que refletem em desafios no estudo do tema e na instrumentalização de seus institutos. Aqueles que se especializam em Direito Autoral muitas vezes tratam como uma área autônoma do Direito, que dispõe de componentes próprios, de princípios especiais resultantes desde convenções internacionais, e que garantem uniformização normativa e atualizações contínuas (BITTAR, p. 36, 2022). Não há como ignorar, no entanto, que os contratos que envolvem cessão de direitos econômicos dizem respeito ao direito civil. Para as contratações da Administração Pública, em particular, deve-se observar o direito administrativo. O tema que aqui tratamos então, por específico que seja – a propriedade intelectual nas contratações públicas de programas de computador – localiza-se numa encruzilhada que tentaremos sinalizar.

Na história, a proteção jurídica a bens intangíveis, a escassez artificial, surge como necessidade da indústria para assegurar a mercantilização de novos produtos, não escassos, como, inicialmente, o texto impresso. Nos termos de Newton Silveira, "o direito do criador intelectual sobre suas obras só foi sentido integralmente quando o homem se tornou capaz de reproduzir e difundir em escala ampla as obras do espírito" (2018, p. 11). Por isso iniciou-se no texto escrito, produto da imprensa de Gutemberg, e com o tempo avançou sobre outras mídias como a fotografia, a música e o vídeo, conforme a tecnologia permitiu reproduzir em massa esses outros tipos de conteúdo.

A revolução industrial, na Inglaterra, e a revolução burguesa, na França, marcaram um período de transformações sociais que nos séculos subsequentes se espalharam pelo globo terrestre na forma da economia política capitalista. Não por acaso, a doutrina costuma localizar nesses países a origem das duas correntes que fundamentaram a existência da propriedade intelectual: o direito do autor francês e o *copyright* inglês.

Na terra de Balzac[6], o Direito do Autor surge com a doutrina jusnaturalista: o autor tem o direito natural de explorar o fruto de seu trabalho intelectual. É uma defesa

[6] "Quem pode pois impedir o reconhecimento da única propriedade que o homem criou, sem terra e sem pedra, uma propriedade que se acha constituída entre o céu e a terra, com a ajuda de refugos, o negro de fumo tomado aos ossos, e os trapos deixados na via pública". Discurso do escritor Balzac em 1841 (EDELMAN,1976, p. 45).

deontológica[7], que trata da dimensão moral do direito, personalíssimo do autor e inalienável. Na tradição inglesa do *common law*, o viés do Copyright é teleológico (finalístico), nasce da doutrina utilitarista como incentivo à criação, o que permite que os direitos sobre a obra possam ser negociados e explorados economicamente[8]. Nesta última nasceu, em 1710, a primeira legislação sobre o tema, conhecida como Estatuto da Rainha Ana e oficialmente denominada "uma lei de incentivo ao aprendizado"[9], que instituiu o sistema de copyright sobre o modelo de privilégios feudais que vigorava até então na produção da imprensa.

A primeira Constituição do Brasil, de 1824, garantiu aos inventores o direito exclusivo e temporário de exploração de suas descobertas ou produções[10], dando ênfase ao aspecto econômico da propriedade intelectual. O direito moral dos autores, por seu turno, foi positivado a partir do Código Criminal de 1830, que tipificou dentre os crimes contra a propriedade a cópia de obras de cidadãos brasileiros "enquanto estes viverem, e dez anos depois de sua morte se deixarem herdeiros" (NETTO, 2023, p. 83).

Se, como marco histórico, a proteção jurídica à propriedade intelectual retrata a transição do sistema de produção feudal para o sistema capitalista, a sua evolução nos séculos seguintes demarca, também, a expansão global desse último por meio de tratados internacionais. A ubiquidade desses direitos, isto é, a virtualidade da informação, exigiu convenções que assegurassem a propriedade intangível (VICENTE, 2020, p. 19). É que, diferente de objetos corpóreos, que estão apenas em um lugar por vez, a propriedade intelectual se situa ao mesmo tempo em qualquer lugar onde a lei a proteja. Presidida pelo escritor francês Victor Hugo, a Convenção de Berna em 1886 se tornou marco inicial para um sistema jurídico transnacional, ao qual o Brasil sempre esteve submetido.

As mercadorias não têm pernas para ir ao mercado, de modo que circulam levadas pelos sujeitos de direito. Um bem móvel, como a fruta em uma feira, se move materialmente de mão em mão, mas um imóvel não consegue sair o lugar a não ser que o faça por meio da forma jurídica. A propriedade do bem móvel se transfere na tradição[11], a do imóvel com registro no cartório. Este é também o caso da propriedade intelectual, que não se transfere a não ser pela forma jurídica. Para tanto é imprescindível um proprietário, e se o caráter subjetivo da teoria francesa foi sendo, gradualmente, suplantado pela teoria objetiva do *copyright*[12], a subjetividade cada vez mais influente de corporações multinacionais influenciou decisivamente o regulamento com o passar dos anos.

---

[7] "Deontologia jurídica. Filosofia do direito. 1. Estudo dos fundamentos do direito; teoria da justiça e dos valores jurídicos (Miguel Reale)" (DINIZ, 2022, p. 175).

[8] "Seria curioso se uma ideia, a fermentação fugitiva de um cérebro individual, pudesse, por direito natural, ser reivindicada como propriedade exclusiva e estável. Se a natureza tornou alguma coisa menos suscetível de propriedade exclusiva do que todas as outras, é a ação do poder pensante chamado Ideia (...) quem recebe de mim uma ideia, recebe ele mesmo uma instrução, sem diminuir a minha; como quem acende sua vela na minha recebe luz sem me escurecer. que as ideias deveriam se espalhar livremente de um para outro por todo o globo, para a instrução moral e mútua do homem e a melhoria de sua condição, parece ter sido peculiar e benevolentemente projetada pela natureza, quando ela as tornou, como o fogo, expansíveis sobre todo espaço, sem diminuir sua densidade em nenhum ponto". (JEFFERSON, 1813). Tradução livre.

[9] Tradução livre de: "An Act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies, during the times therein mentioned".

[10] "XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas producções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarização".

[11] Tradição é o termo jurídico que se dá à entrega efetiva da coisa. "Tradição. S. f. (Lat. *traditio*) Direito. Civil. Modo de aquisição de posse ou domínio de coisa móvel. Tradição efetiva, a que se opera pela entrega da coisa. Tradição simbólica, quando o transmitente continua a possuir, pelo constituto possessório. CC, arts. 492, 493, 1.267, 1.268" (Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 2016).

[12] "A sempre proclamada intenção de proteção do autor ou do artista cede o passo à proteção do investimento. O alinhamento com o sistema de copyright é progressivo e rápido. Uma coisa são as proclamações, outra, a

Em 1994, o Acordo TRIPs (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) foi firmado no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC). A instância, por si, já revela como interesses corporativos relativos à proteção comercial assumiram a centralidade no debate, em vez do direito moral ou do incentivo à inovação (NETTO, 2023, p. 78). A internet e outras novas tecnologias sacudiram as estruturas do ambiente por onde circulam as informações, esses bens intangíveis, e a indústria lutou para garantir seus interesses.

Em 1998, o Congresso norte-americano aprovou a Lei de Extensão do Período de Copyright Sonny Bono (Sonny Bono copyright Term Extension Act), que ampliou em 20 anos o período de vigência dos direitos autorais.[13] A lei ficou conhecida como "Mickey Mouse Protection Act", porque não foi por acaso que prorrogou o período de apropriação sobre o personagem que se manteve extremamente lucrativo.[14] Mas o que, exatamente, esse direito de imagem do Mickey remunera? O Sr. Walt Disney morreu em 1966, enquanto a The Walt Disney Company é, 60 anos depois, um dos maiores conglomerados da mídia no mundo. A ironia da história é que Mickey estreou no curta-metragem "Steamboat Willie" em 1928, uma paródia que se apropria de elementos de "Steamboat Bill, Jr.", comédia lançada no mesmo ano nos Estados Unidos, e grande parte dos sucessos do estúdio tem forte inspiração em elementos culturais pré-existentes. Em 2013, por exemplo, a empresa requereu ao Departamento de Patentes e Marcas o registro da expressão "Dia de Los Muertos", enquanto produziam filme inspirado na festa mexicana do dia 2 de novembro. Nesse caso, a companhia não obteve sucesso judicial, e o filme, que não deixa de se apropriar de tradições indígenas mesoamericanas, foi lançado sob a marca "Coco"[15].

Essas apropriações e recriações nos fazem questionar as fronteiras entre o que é uma obra original, o que é uma obra derivada, e o que é uma cópia. O leitor há de se questionar, finalmente, se é possível que alguma obra seja inteiramente nova, tanto em sua forma como em seu conteúdo. Ou se à cultura também se aplica a máxima *rien ne se crée, tout se transforme* ("nada se cria, tudo se transforma"), e toda obra traz em si aquilo que o autor experimentou em sua vida, conscientemente ou não. A desconfiança sobre a originalidade individual ganhou reforço com o desenvolvimento da filosofia da linguagem no século XX, como resume Roland Barthes em "A Morte do Autor", de 1968:

> Sabemos agora que um texto não é feito de uma linha de palavras a produzir um sentido único, de certa maneira teológico (que seria a "mensagem" do Autor-Deus), mas um espaço de dimensões múltiplas, onde se casam e se contestam escrituras variadas, das quais nenhuma é original: o texto é um tecido de citações, saídas dos mil focos da cultura.

Barthes sugere, em contrapartida à morte do leitor, o nascimento do leitor – o lugar onde as "escritas múltiplas, saídas de várias culturas" se reúnem. "A unidade de um texto não está na sua origem, mas no seu destino" (2004, p. 64). Enxergamos costumeiramente a criação do ponto de vista do criador, muitas vezes em prejuízo a todo o resto – é a equação dinâmica e

---

realidade de a proteção autoralista, sempre em incremento, beneficiar afinal primacialmente a empresa de copyright. Mais ainda: o incremento é abertamente justificado pelo interesse desta" (ASCENSÃO, 2020, p. 14).

[13] Desde 1962, o Congresso norte-americano amplia sucessivamente o período de vigência da proteção (LESSIG, 2005).

[14] Após duas prorrogações legislativas nos Estados Unidos, o Mickey Mouse finalmente chegou ao domínio público em 2024, 95 anos após a estreia de "Steamboat Willie". No Brasil o prazo de proteção de obras audiovisuais é de setenta anos a partir de sua divulgação (LDA. Art. 44). Não obstante, ainda há quem defenda que por aqui o ratinho continua protegido, com base no art. 41 da LDA, que conta 70 anos a partir do falecimento do autor (Walt Disney morreu em 1966, de modo que a proteção sobre o personagem se estenderia até 2036).

[15] No Brasil, "Viva: A Vida é uma Festa" (2017).

intrincada entre o direito do autor e o interesse público. “Mas esse destino já não pode ser pessoal”, nos conduz Barthes, “o leitor é um ser sem história, sem biografia, sem psicologia”. O leitor, genericamente, é a humanidade, impedida de acessar os frutos das árvores que semeou por gerações.

3.Direito autoral sobre programas de computador

As duas dimensões do direito autoral estão indicadas no art. 22 da Lei do Direito Autoral (LDA), ao estabelecer que “pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”. Os direitos morais “são inalienáveis e irrenunciáveis”, segundo o art. 27, enquanto os direitos patrimoniais estão em rol no art. 29 e referidos no art. 28 como “direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”. O tempo de duração dos direitos patrimoniais está no art. 41, de setenta anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, sendo exercido pelos sucessores[16].

O transcendental art. 7º da LDA protege obras intelectuais que sejam “criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”. O rol inclui, no inciso XII, o programa de computador. Não obstante, concomitantemente à LDA foi publicada, também, a Lei de Software, Lei Federal nº 9.609/1998.

Tratar o programa de computador como uma obra protegida pelo direito autoral, personalíssimo, e não pela propriedade industrial, não é uma escolha óbvia. Diversos outros países optaram pelo tratamento no sistema de patentes. Embora seja possível argumentar que programas de computador resultam do esforço criativo, as especificidades técnicas e comerciais fazem dele na maior parte das vezes mais uma ferramenta de processamento de informações do que uma obra em si. Mas a diversidade de softwares é grande, quase sempre construídos coletivamente, e trata-se de um direito autoral peculiar, com lei específica e registro no Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

O art. 2º da lei estende ao programa de computador o regime de proteção “conferido às obras literárias”, enquanto o § 1º afirma que “não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais”, exceto o de “reivindicar a paternidade” e de “opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação”.

O tempo de duração da tutela dos direitos patrimoniais sobre programas de computador está no §2º do art. 2º, e é de cinquenta anos. Não apenas excessivo, o prazo, francamente, não faz muito sentido, uma vez que não existe (e nunca vai existir) um programa de computador com mais de que meia década de vida funcional. A primeira versão do MS-DOS, que é o antecessor do Microsoft Windows, tem 43 anos em 2024.

Com a difusão do computador, a informação transformou-se em mercadoria, e principal matéria-prima do nosso tempo. Os programas de computador têm papel central ao usuário por meio de uma interface. O art. 1º da lei define o software como “expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados”.

O professor de Harvard Lawrence Lessig, um dos maiores especialistas em Direito Digital, compara na célebre síntese “code is law” os códigos-fontes às leis, uma vez que têm a capacidade de direcionar o comportamento de maneiras específicas. Um dos fundadores do

[16] Em 2025 entra em domínio público a obra de Oswald de Andrade, que morreu, onde nasceu, no Piratininga aos 64 anos em 1954. Mas se dependesse dele isso já teria acontecido. O romance *Serafim Ponte Grande*, de 1933, se inicia com a licença: “Direito de ser traduzido, reproduzido e deformado em todas as línguas — S. Paulo — 1933”.

Creative Commons, Lessig propõe a liberdade e a transparência como enfrentamento ao monopólio, que em vez de promover tende a frear a inovação e o desenvolvimento. Uma cultura livre, segundo ele, apoia e protege criadores inovadores, "garantindo direitos sobre a propriedade intelectual. Mas ela o faz também indiretamente limitando o alcance de tais direitos, garantindo que os futuros criadores e inovadores mantenham-se o mais livre possível dos controles do passado". O oposto de uma cultura livre é uma "cultura da permissão — uma cultura na qual os criadores podem criar apenas com a permissão dos poderosos ou dos criadores do passado" (LESSIG, 2004, p. 14).

A lei trata, no art. 4º, de programas desenvolvidos durante vigência de contrato ou vínculo estatutário com órgão público, estabelecendo que, salvo estipulação em contrário, os direitos relativos pertencem exclusivamente ao empregador. Um software desenvolvido nessas condições, quando o objeto do vínculo seja a realização do software em si, ou, então, atividade relacionada da qual decorra o desenvolvimento, é patrimônio público. O § 1º afirma que "a compensação do trabalho ou serviço prestado limitar-se-á à remuneração ou ao salário convencionado", e o §3º acrescenta que isso também vale para quando a criação for de "bolsistas, estagiários e assemelhados".

Em vez de comprar uma licença, que é o contrato típico previsto na lei, e que funciona como uma locação, de maneira que o contratante nada retém ao final, a Administração tem a opção de desenvolver o programa internamente e assim manter os direitos patrimoniais relativos a ele, podendo inclusive tornar o produto amplamente acessível ao público. Outra opção é a Administração contratar o desenvolvimento junto a empresa especializada, caso que veremos a seguir.

4.Contratações da Administração Pública

A supremacia do interesse público é o princípio que sustenta a Administração em seus atos. Por mais que se reconheça objeções à tal princípio, dada sua indefinição conceitual e a multiplicidade de interesses, é inequívoco que ao agente público cabe agir impessoalmente, acima de crenças e interesses privados, em busca de soluções que, com o erário público, beneficiem a coletividade. A este respeito, fugindo de uma concepção inocente, supostamente neutra, citamos a abordagem de Nohara, que destaca que a expressão não pode ser vista de um ponto singular, uma vez que há variados interesses públicos no âmbito do direito público. Segundo a autora, é importante acrescentar ao contexto a noção de ideologia: "O poder político, em sentido amplo, engloba a possibilidade de orientar a condução dos negócios públicos, se necessário com o uso da coerção". O uso da força, "se legitima nos sistemas democráticos a partir da tentativa de obtenção de valores e aspirações sociais da comunidade" (2024, p. 47).

Di Pietro (2023, p.110) registra como a ampliação de atividades assumidas pelo Estado em nome do interesse público foi absorvida pelo sistema constitucional sob a forma de novos preceitos que revelam a interferência na ordem econômica e no direito de propriedade, como normas que possibilitam intervenção do Poder Público no funcionamento de empresas ou que garantem ao Estado certas propriedades como as de jazidas minerais, ou, ainda, as possibilidades de desapropriação por razões de utilidade pública ou de interesse social.

Um exemplo do uso de coerção na propriedade intelectual é a quebra de patente. A Lei Federal nº 9.279/1996, que regula a propriedade industrial, prevê no art. 68 a licença compulsória, determinada judicial ou administrativamente, para casos em que o titular do direito o exerce de forma abusiva, abusa de poder econômico ou não realiza a exploração em território brasileiro. A necessidade de atuação neste sentido ficou evidente durante a pandemia da Covid-19, e resultou em alteração legislativa que incluiu no art. 71 "casos de emergência nacional ou internacional ou de interesse público declarados em lei ou em ato do Poder Executivo federal, ou de reconhecimento de estado de calamidade pública de âmbito nacional

pelo Congresso Nacional", em que a licença compulsória poderá ser concedida de ofício, temporária e não exclusiva, "desde que seu titular ou seu licenciado não atenda a essa necessidade". Em espírito solidário, o art. 71-A inclusive afirma que, por razões humanitárias, as patentes poderão ser concedidas "a países com insuficiente ou nenhuma capacidade de fabricação no setor farmacêutico para atendimento de sua população".

Embora não exista quebra de patente para programas de computador, uma vez que são institutos diversos, o caso serve para refletir sobre o interesse público envolvido no exercício da Administração. A patente é propriedade industrial, que não é revestida da pessoalidade do direito autoral, e deste último deriva a legislação aplicável a programas de computador.

Os direitos patrimoniais relativos a programas de computador, por sua vez, estão aptos a entrarem para o patrimônio público, como no mencionado caso do art. 4º da Lei de Software. O Código Civil disciplina no art. 99 os bens públicos ao considerar assim aqueles bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, classificando-os entre bens de uso comum do povo "tais como rios, mares, estradas, ruas e praças", os de uso especial, destinados a serviço ou estabelecimento da administração, e os dominicais "que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades". A Lei Orgânica do Município de São Paulo, na mesma direção do Código Civil, afirma no art. 110 que constituem "bens municipais todas as coisas móveis e imóveis, semoventes, direitos e ações que, a qualquer título, pertençam ao Município". O parágrafo segundo, por sua vez, prevê que "os bens municipais destinar-se-ão prioritariamente ao uso público, (...) garantindo-se sempre o interesse social".

A classificação, que é não exaustiva, trata a propriedade como escassa – o bem destinado ao funcionamento da Administração não pode ao mesmo tempo servir ao uso comum do povo. Não ocorre assim com bens intangíveis, não escassos. É possível pensar que um software seja, ao mesmo tempo, destinado ao funcionamento da Administração e disponível a qualquer munícipe. Se o dinheiro público financiou o desenvolvimento de um programa, é, aliás, justo que o produto esteja amplamente disponível ao público – questões técnicas à parte, como a segurança de dados sigilosos ou o controle de atos oficiais.

De todo modo, a classificação obedece à destinação, e esta se dá pela afetação, que é "o fato administrativo pelo qual se atribui ao bem público uma destinação pública especial de interesse direto ou indireto da Administração. E a desafetação é o inverso: é o fato administrativo pelo qual um bem público é desativado, deixando de servir à finalidade pública anterior" (CARVALHO FILHO, 2023, p. 1009). Afetação é instrumento típico do direito administrativo, uma vez que consiste na consagração de um bem à utilidade pública. O que era do domínio privado do Estado passa a integrar, por lei ou ato administrativo, o domínio público. O inverso também pode ocorrer com a desafetação, e o que era de domínio público passa ao domínio privado. A LOMSP atribui "ao Prefeito a administração dos bens municipais, respeitada a competência da Câmara Municipal quanto àqueles utilizados em seus serviços" (art. 111), e prevê que "os bens municipais poderão ser utilizados por terceiros, mediante concessão, permissão, autorização e locação social, conforme o caso e o interesse público ou social, devidamente justificado, o exigir" (art. 114).

O Estado passa a ser proprietário de bens quando os incorpora ao patrimônio público, por meio de lei ou contratualmente. Os contratos de aquisição são "celebrados sob o regime de direito privado, embora respeitando as limitações e princípios do Direito Administrativo, inclusive, o dever de licitar, conforme art. 37, XXI da Constituição Federal" (Carvalho, 2024, p.1385). O artigo 117 da Constituição Paulista, confirmando o dispositivo, diz que "ressalvados casos especificados na legislação", a contratação de serviços, compras e alienações serão realizadas "mediante processo de licitação pública, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de

pagamento". Com relação a programas de computador, a compra pode se dar com aquisição de licença, caso em que terá direito apenas de uso, ou contrato que envolva a transferência de direitos patrimoniais. Pode, ainda, contratar a prestação de serviço de desenvolvimento do programa. De todo modo, as compras públicas submetem-se ao regime licitatório instituído pela Lei Federal nº 14.133/2021, que tratou especificamente do contrato de desenvolvimento.

A lei anterior, Lei Federal nº 8.666/1993, trazia dentre as disposições transitórias, no art. 111, que a Administração só poderia "contratar, pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado" desde que o autor cedesse os direitos patrimoniais a ele relativos, e que a Administração pudesse utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento de concurso ou no ajuste para sua elaboração. Previa, ainda, para quando tratar-se de obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, que a cessão dos direitos incluiria "o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra". A lei atual, Lei Federal nº 14.133/2021 tem o seguinte conteúdo:

> Art. 93. Nas contratações de projetos ou de serviços técnicos especializados, inclusive daqueles que contemplem o desenvolvimento de programas e aplicações de internet para computadores, máquinas, equipamentos e dispositivos de tratamento e de comunicação da informação (software) - e a respectiva documentação técnica associada -, o autor deverá ceder todos os direitos patrimoniais a eles relativos para a Administração Pública, hipótese em que poderão ser livremente utilizados e alterados por ela em outras ocasiões, sem necessidade de nova autorização de seu autor.
> § 1º Quando o projeto se referir a obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos a que se refere o caput deste artigo incluirá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra.
> § 2º É facultado à Administração Pública deixar de exigir a cessão de direitos a que se refere o caput deste artigo quando o objeto da contratação envolver atividade de pesquisa e desenvolvimento de caráter científico, tecnológico ou de inovação, considerados os princípios e os mecanismos instituídos pela Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004.
> § 3º Na hipótese de posterior alteração do projeto pela Administração Pública, o autor deverá ser comunicado, e os registros serão promovidos nos órgãos ou entidades competentes.

O caput do artigo acima, que menciona expressamente programas de computador, determina que o autor da criação intelectual deve ceder os direitos patrimoniais à administração pública. Reitera-se, assim, a distinção entre os direitos patrimoniais (econômicos) daqueles imateriais (personalíssimos). Os direitos patrimoniais dizem respeito à remuneração pela utilização ou consumo dos produtos derivados da ideia. Tal distinção mantém o regime legal da propriedade intelectual, mas veicula às partes um comando sobre como dar conteúdo a cláusula de propriedade intelectual, devendo constar a regra do instrumento convocatório (regulamento, quando se tratar de concurso) e dos contratos. "A não observância pode interferir com a validade do contrato e com eventual responsabilidade do agente administrativo que não haja zelado adequadamente pela defesa da posição favorável à administração fixada pela Lei" (DAL POZZO, 2024, p. 503).

Marçal Justen Filho observa que o dispositivo "abrange uma pluralidade de figuras sujeitas a regime jurídico, mas que apresentam atributos essenciais similares", sendo tanto os direitos autorais disciplinados pelo direito civil como os direitos de propriedade industrial tutelados no âmbito do direito empresarial. O texto impõe como condição para a contratação ou premiação de projeto, a cessão dos diretos patrimoniais a ele atinentes, não se tratando dos direitos personalíssimos. "A exigência legal envolve os direitos de aproveitamento econômico ou de utilização. Visa-se evitar que a omissão propicie a manutenção dos direitos patrimoniais

com o autor, importando dever de indenizá-lo por perdas e danos em caso de utilização" (2023, p. 1284). O professor acrescenta que "impõe-se que se assegure a faculdade de utilização do objeto de acordo com as necessidades da Administração. Desse modo, evita-se que o autor invoque seus direitos para obstaculizar a utilização do projeto pelo Estado".

É possível encontrar na doutrina críticas ao dispositivo, como o faz Torres, que opina ser uma disposição legal desnecessária. "Em princípio, esta cessão deveria ser definida na fase de planejamento da contratação, de acordo com a necessidade administrativa e a realidade daquele mercado", afirma o autor, que destaca que a cessão dos direitos patrimoniais envolve custos que afetam os preços. "Ademais, não é demais imaginar que ela possa ser impeditiva a alguma contratação necessária e vantajosa, justamente pela incompatibilidade da cessão" (2022, p. 578). Heinen, por outro lado, é da opinião que o art. 93 da Lei Federal nº 14.133/2021 estabelece providências importantes na contratação de programas e aplicações de internet. "São contratações específicas, que até mesmo reclamariam uma disciplina jurídica setorial, tal qual foi feito com as compras, obras etc. pela Lei n° 14.133/21" (2023, p. 753). Em suma, tal qual a legislação civil, o dispositivo visa a tutelar uma série de institutos ligados às criações e direitos autorais. A exigência de cláusula que imponha a cedência do código-fonte ou dos direitos patrimoniais permite que "a Administração Pública possa continuar o desenvolvimento do programa ou da aplicação técnica mencionada, sem que tenha de pagar direitos autorais para tanto, ou mesmo ter de contratar a mesma empresa que criou o programa".

Adentrando os parágrafos do dispositivo, vê-se que o primeiro trata de complemento, para que a cessão de direitos patrimoniais efetivamente se realize em casos não suscetíveis de privilégio. Marçal explica que "usualmente o descabimento do patenteamento não impede a cessão dos direitos à utilização da ideia e de suas implicações. Quando tal se passar em relação a uma contratação administrativa, caberá à Administração exigir toda a documentação pertinente, que permita o uso e exploração" (2023, p. 1286). A disposição é necessária para que se efetive o princípio da isonomia constante da lei, para que a administração não fique obrigada a contratar sempre a mesma empresa que prestou o serviço originalmente, sendo aberto ou fechado o código-fonte do programa. "A liberdade de utilizar um programa de computador significa a liberdade para qualquer tipo de pessoa física ou jurídica utilizar o software em qualquer tipo de sistema computacional", explica Heinen, "para qualquer tipo de trabalho ou atividade, sem que seja necessário comunicar ao desenvolvedor ou a qualquer outra entidade em especial" (2023, p. 754).

O parágrafo terceiro faz referência justamente à dimensão moral do direito autoral, que inclui o direito "de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra" (Art. 24, inciso IV, da LDA). Lembremos que a Lei de Software afirma que não se aplicam aos programas de computador as disposições relativas a direito moral, "ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação". É comum que seja necessária a alteração superveniente do programa desenvolvido para adequação às necessidades da Administração, e, segundo Marçal, é obrigatório que a contratação estabeleça a autorização de mudanças supervenientes, "independentemente de autorização implícita ou explícita do particular. De todo modo, a alteração deverá ser comunicada ao autor e deverão ser adotadas as providências para comunicar a ocorrência aos órgãos competentes, se for o caso".

Discussão mais importante ao tema tratado aqui vem no segundo parágrafo do art. 93 da Lei 14.133/2021, que trata da Lei de Inovação, a Lei Federal nº 10.973/2004, norma que, como define art. 1º, "estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e

tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional do País". Pelo critério da especialidade, ela prevalece em matéria de contratação administrativa que tenha por objeto "atividade de pesquisa e desenvolvimento de caráter científico, tecnológico ou de inovação". Constata Marçal que existe uma pluralidade de mecanismos jurídicos para fomento de atividades do tipo: "em alguns casos, pode-se configurar situação em que o atingimento dos fins buscados conduz a solução distinta daquela prevista no art. 93. Cabe à Administração evidenciar que a disciplina especial da Lei 10.973/2004 acarreta a inaplicabilidade da disposição legal geral contemplada no referido art. 93". Para Torres, o § 2º é uma prova da inadequação do art. 93, já que permite que a Administração deixe de exigir a cessão dos direitos patrimoniais. A exceção da exigência fica a critério do Poder Público (atuação discricionária), uma vez que "é facultado à Administração Publica deixar de exigir a cessão de direitos". Deve o gestor analisar concretamente o caso, para entender se a transferência dos direitos patrimoniais atende ao interesse público, ou se a política pública neste sentido poderia prejudicar o ambiente de inovação do mercado. Na hipótese de não haver a transferência, a decisão deve ser justificada e demonstrada nos autos da licitação.

5.Inovação e desenvolvimento

Sendo tratamento específico, prevalente em contratação que tenha por objeto "atividade de pesquisa e desenvolvimento de caráter científico, tecnológico ou de inovação", a Lei de Inovação é relevante para o tema da propriedade intelectual, tendo sido incluídos como criação, para os efeitos da lei, conforme menciona o art. 2º, inciso II. Dentre os princípios do art. 1º, está incluído a descentralização "das atividades de ciência, tecnologia e inovação em cada esfera de governo, com desconcentração em cada ente federado", que fortalece a atuação dos Municípios nos processos de desenvolvimento tecnológico. Tal movimento centrífugo da organização administrativa desafia as noções tradicionais que tendiam, principalmente nos Municípios, a uma posição passiva do Estado em relação à produção e à gestão da propriedade intelectual, deixando o assunto predominantemente para a esfera privada (SURITA DOS SANTOS, 2024).

A reforma de 2016 incluiu o Município na autorização do art. 5º para participação minoritária em empresas que tenham como propósito desenvolver produtos ou processos inovadores. Nesses casos, prevê o § 1º que a propriedade intelectual pertencerá à empresa, na forma da legislação vigente, mas conforme o § 2º o poder público pode, para atender ao interesse público, condicionar a participação societária à previsão de licenciamento da propriedade intelectual. Se vê assim que os entes públicos podem participar dos processos inovadores direta ou indiretamente. O diploma conceitua de maneira inclusiva os ICTs: Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação, "órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos" que tenha como objetivo "a pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos".

Aos ICTs é permitido celebrar acordos de parceria com instituições públicas e privadas "para realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e de desenvolvimento de tecnologia, produto, serviço ou processo (art. 9º). Quanto à gestão da propriedade intelectual, § 2º determina que as partes deverão prever a titularidade em instrumento jurídico específico, "assegurando aos signatários o direito à exploração, ao licenciamento e à transferência de tecnologia". Ademais, o § 3º prevê a hipótese de cessão ao parceiro privado da totalidade dos direitos patrimoniais, mas condicionada a "compensação financeira, ou não financeira, desde que economicamente mensurável". A lei traz, portanto, vias institucionais para que o Estado se assuma protagonista dos processos inovadores, tendo em vista sempre a tutela do interesse público. Segundo Surita, "não se pode mais admitir que

os administradores públicos regionais e locais no Brasil continuem demonstrando resistência ou desconhecimento sobre o protagonismo que devem exercer em relação à inovação e à propriedade intelectual", sendo ultrapassada a ideia de que a inovação é processo exclusivo de agentes privados.

Tanto a lei de 2004 como a reforma de 2016 jogam luz sobre o papel da inovação para o desenvolvimento econômico do país. Segundo relatórios da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, o Brasil é apenas o 49º país mais inovador do planeta (OMPI, 2023 a), e apenas 20% das patentes de invenção solicitadas e menos de 11% das patentes de invenção concedidas são de residentes no país (OMPI, 2023 b). Aqui propomos, inspirados no espírito antropofágico de Oswald de Andrade, deglutir as experiências internacionais que nos alcançam diretamente por meio do sistema internacional de comércio. Há poucas décadas a China era tão irrelevante quanto o Brasil no tema, e com política pública ousada assumiu protagonismo no cenário global. As condições políticas internas e externas, todo o contexto social e econômico, podem ter favorecido a ascensão daquele país, mas gostaríamos de apontar para a diferença ideológica que fundamenta o tratamento da propriedade intelectual.

Para tanto, nos apoiaremos nas reflexões do filósofo sul-coreano Byung-Chul Han. Radicado na Alemanha, o popular ensaísta tem destacados trabalhos que trazem ao pensamento ocidental oxigenação necessária aos tempos de integração global. Em "Shanzhai: desconstrução em chinês", ele enfrenta estereótipos que hodiernamente podemos resumir com o termo "xing-ling", expressão pejorativa que designa genericamente um produto copiado, e que se associa à produção daquele país. Shanzhai é também um neologismo para fake, sem a carga xenófoba da outra. Segundo o escritor, essa noção compreende todas as áreas da vida na China, e não apenas produtos mercadológicos. Produtos culturais muitas vezes não estão ligados à autoria individual, mas são reconhecidos como de origem coletiva, e não de um indivíduo genial e criativo, de modo que a propriedade não pode ser claramente atribuída a um artista-sujeito que se apresenta como criador (HAN, 2023, p. 89).

Essa forma de pensar tem origem no taoismo, sendo que o vocábulo Tao significa literalmente "caminho". "O processo, com suas incessantes mudanças, também domina a consciência chinesa do tempo e da história. Assim, a mudança não se realiza de maneira eventual ou eruptiva, mas de forma discreta, imperceptível e contínua" (p. 11). Como consequência, não se admite a ideia de original, pois esta pressupõe um início. "Não é a criação com um início absoluto, mas o processo contínuo sem início nem fim, sem nascimento nem morte, que determina o pensamento chinês". Em uma economia cada vez mais centrada na propriedade intelectual, é de se imaginar o impacto que essa diferença pode causar. O pensamento chinês também é "pragmático em um sentido especial", porque reconhece a natureza mutável das coisas em vez de tratar uma essência ou origem. "Trata-se de reconhecer o transcurso mutável das coisas a fim de acessá-la de acordo com a situação e dela se beneficiar. O pensamento chinês desconfia de entidades ou princípios fixos, essenciais ou imutáveis" (p. 14). Ao contrário do preconceito que enxergava apenas a má qualidade dos produtos chineses, a verdade é que produtos shanzhai se caracterizam por alto grau de flexibilidade, propícia à rápida adaptação de necessidades específicas. "O shanzhai aproveita ao máximo o potencial da situação" (p. 86).

6.Conclusão

Se o crescimento econômico da China aponta para um futuro de divisão da hegemonia global com os Estados Unidos, talvez tenhamos lições a tirar de lá. Seria uma boa ideia alimentar-nos desta nova potência? Propõe-se aqui ser essa uma saída diante de um cenário global que imobiliza os países que ainda não alcançaram o desenvolvimento econômico. O primeiro passo é dessacralizar figuras consagradas do mundo jurídico, como a originalidade

da criação, e fazer o caminho inverso daquele que fez Anchieta: transformar Anhanga demônio de novo em protetor da floresta.

As peculiaridades da propriedade intelectual e a importância crescente que ela tem para o desenvolvimento econômico de nosso tempo fazem deste tema uma oportunidade que dança em frente nossos olhos e teimamos não enxergar. Propomos ao Município de São Paulo aproveitar institutos já existentes no ordenamento jurídico para avançar nesta seara e assumir uma posição de referência global. A doutrina acostumada com paradigmas do século XX precisa atualizar-se das novas condições da vida e da economia digital, virtual e interconectada. A propriedade intelectual é um bem público e cabe à Administração sua gestão em nome do interesse coletivo.

Esses institutos, que envolvem as contratações públicas e o regime administrativo dos bens, dizem respeito à capacidade de mobilização sócio financeira do Município e à gestão do patrimônio e do orçamento públicos. O exercício pleno da autonomia municipal, em articulação e cooperação com os demais entes federados, a prática democrática, a soberania e a participação popular, bem como a programação e o planejamento sistemáticos, são todos princípios a serem observados na organização do Município, conforme art. 2º da LOMSP. A Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2025 prevê um total de 119 bilhões que fazem dos bilhões destinados a novos investimentos.

A defesa e a preservação do território, dos recursos naturais e do meio ambiente do Município, é outra das diretrizes do art. 2º. Nunca, aliás, Anhanga foi tão necessário. Entre cientistas de todas as áreas do conhecimento, não restam controvérsias a respeito da origem antrópica das alterações nas condições climáticas, e as consequências vão se acumulando, como a pandemia da Covid-19 ou, mais recentemente, a destruição causada por enchentes no Rio Grande do Sul. A urgência nos coloca contra a parede, enquanto insistimos em manter as estruturas que herdamos de nossos antepassados. Mais do que um problema jurídico, o desafio é enfrentar a forma de pensar, desacostumada a questionar os dogmas do senso comum.

A poesia filosófica de Oswald de Andrade vem a calhar, fruto que é dessa terra como a pitanga e a jabuticaba. O discurso estético modernista serviu e continua a servir de via para reflexões heterodoxas sobre as estruturas de poder, para uma releitura da formação e do funcionamento da nossa sociedade. O crítico literário Antonio Candido, amigo e estudioso do escritor, destacou, à respeito, que o mais importante na leitura de Oswald "é decantar nos produtos complexos da cultura da escravidão as partículas inestimáveis de liberdade" (FONSECA, 2019). Proposta semelhante tem o antropólogo Viveiros de Castro para a "Aldeia Maracanã"[17], ao considerar os coletivos ameríndios como componentes cruciais das populações das Américas (2014, p. 159). "Suas tecnologias relativamente simples mas abertas a agenciamentos sincréticos de alta intensidade, são uma 'figuração do futuro', não uma sobrevivência do passado", observa o antropólogo, "mestres da bricolagem tecnoprimitivista e da metamorfose político-metafísica, eles são uma das chances possíveis, em verdade, da subsistência do futuro".

Desde Anchieta, São Paulo transformou-se na maior cidade da América Latina. Reúne mais de dez milhões munícipes oriundos das mais diversas origens, desde os herdeiros de Tibiriçá até imigrantes que continuam no século XXI a se aventurar pelos Campos de Piratininga. A efervescência deste rico caldo cultural desafia a lógica eurocêntrica assim como os cursos d'água invisibilizados desafiam as estruturas de concreto nos dias de muita chuva. Os rios foram encanados, as árvores derrubadas para que se erguessem prédios até onde o

[17] "O Brasil é uma gigantesca Aldeia Maracanã: aqui todo mundo é índio, exceto quem não é. E todos sabemos bem que são os que não são, e onde eles estão" (VIVEIROS DE CASTRO, 2014, p. 158).

olhar alcança, mas o sangue continua a correr nos corpos apressados: há vida nessas encruzilhadas.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. **Dicionário Jurídico**.11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALVARENGA NETO, Rivadávia Correa Drummond de. **Gestão do Conhecimento em Organizações**: Proposta de Mapeamento Conceitual Integrativo. São Paulo: Saraiva, 2008.

ALVES FILHO, Paulo Edson. **Tradução e sincretismo nas obras de José de Anchieta**. 2007. Tese (Doutorado em Estudos Lingüísticos e Literários em Inglês) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

ANDRADE, Oswald de. **A utopia antropofágica**. São Paulo: Globo, 2011.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Fundamento do direito autoral como direito exclusivo. *In*: SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro; ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

BARTHES, Roland. **O rumor da língua**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito do Autor**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

BRASIL. [**Constituição (1824)].** ***Constituição Política do Império do Brazil***. Rio de Janeiro: Império do Brasil, 1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 1 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666consimpressao.htm. Acesso em 20 de jul. de 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/cciviL_03////LEIS/L9279.htm. Acesso em 22 de jul. de 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/cciviL_03////LEIS/L9609.htm. Acesso em 20 de jul. de 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em 20 de jul. de 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 24 de jul. de 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004**. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/////_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm. Acesso em 3 de ago. de 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016.** Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13243.htm. Acesso em 3 de ago. de 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019- 2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em 20 de jul. de 2024.

BOSI, Alfredo. **Dialética da Colonização**. São Paulo, Companhia das Letras, 1992.

CAMPOS, Eudes. A vila de São Paulo do Campo e seus caminhos. **Revista do Arquivo Municipal –** Departamento do Patrimônio Histórico, São Paulo, v. 204, p. 11-34, 2006.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 37ª ed. Barueri: Atlas, 2023.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. v. 1.

DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Marcio; ZOCKUN, Mauricio (coords.). **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

EDELMAN, Bernard. **O direito captado pela fotografia**: elementos para uma teoria marxista do direito. Coimbra: Centelha, 1976.

FREUD, Sigmund. **Obras completas, volume 11**: totem e tabu, contribuição à história do movimento psicanalítico e outros textos (1912-1914); tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

FONSECA, Maria Augusta. Antonio Candido leitor de Oswald de Andrade. **Literatura e Sociedade**, São Paulo, Brasil, v. 24, n. 30, p. 106–119, 2019.

HAN, Byung-Chul. **Shanzhai**: desconstrução em chinês. Petrópolis: Vozes, 2023.

HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** – Lei nº 14.133/21. 3 ed. São Paulo, Editora Juspodivm, 2023.

JEFFERSON, Thomas. **Carta** a Isaac McPherson. Virginia, Estados Unidos, 13 ago. 1813. Disponível em: https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/03-06-02-0322. Acesso em: 2 ago. 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

KALEWSKA, Anna. Os autos indianistas de José de Anchieta e a iniciação do teatro luso-brasileiro. **Itinerarios**. Revista de estudios lingüísticos, literarios, históricos y antropológicos, Varsovia, Polônia, v. 6, p. 175-193, 2006.

LESSIG, Lawrence. **Cultura livre**: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade. São Paulo: Trama Universitário, 2004.

MAIA, Larissa. As 10 maiores empresas do mundo em valor de mercado em 2024. **Valor Econômico**, São Paulo, 7 jun. 2024. Empresas. Disponível em: https://valor.globo.com/empresas/noticia/2024/06/07/as-10-maiores-empresas-do-mundo-em-valor-de-mercado-em-2024.ghtml. Acesso em: 16 set. 2024.

NAVARRO, Eduardo de Almeida. **Dicionário de tupi antigo**: a língua indígena clássica do Brasil. São Paulo: Global, 2013.

NETTO, José Carlos Costa. **Direito autoral no Brasil**. 4ª ed. São Paulo : SaraivaJur, 2023.

NOHARA, Irene Patrícia D. **Direito Administrativo**. 13ª ed. Barueri: Atlas, 2024.

NOLL, Volker; DIETRICH, Wolf (organizadores). **O Português e o tupi no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2019.

NUNES, Benedito. Antropofagia ao alcance de todos. *In*: ANDRADE, Oswald. **A utopia antropofágica**. São Paulo: Globo, 2011.

OMC. **Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS).** Marraqueche: WTO, 1994. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm. Acesso em: 5 de ago. de 2024.

OMPI. **Global Innovation Index: 2023, (a).**Disponível em https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo-pub-2000-2023-en-main-report-globalinnovation-index-2023-16th-edition.pdf. Acesso em 2 de ago. de 2024.

OMPI. **World Intellectual Property Indicators 2023 (b).** Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo-pub-941-2023-en-world-intellectual-propertyindicators-2023.pdf. Acesso em 2 de ago. de 2024.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito de informática**. 10ª ed. São Paulo : Atlas, 2015

SÃO PAULO. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado de São Paulo**. São Paulo, Assembleia Legislativa do Estado,1989. Disponível em:

https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html. Acesso em 26 de jul. de 2024.

SÃO PAULO (SP). **Lei Orgânica do Município de São Paulo**. São Paulo, SP: Prefeitura Municipal de São Paulo, 1990. Disponível em: https://www.saopaulo.sp.leg.br/atividade-legislativa/lei-organica-do-municipio/. Acesso em 24 de jul. de 2024.

SÃO PAULO (SP). **Lei nº 18.173 de 25 de Julho de 2024.** Dispõe sobre as diretrizes orçamentárias para o exercício de 2025. São Paulo, SP: Prefeitura Municipal de São Paulo, 2024. Disponível em https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-18173- de-25-de-julho-de-2024. Acesso em 4 de ago. de 2024.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade Intelectual**. 6 ed., rev. e ampl. Barueri: Manole, 2018.

SURITA DOS SANTOS, Antonio Ricardo (no prelo). **O novo papel dos entes públicos regionais e locais brasileiros no processo de inovação tecnológica e no desenvolvimento e Gestão da propriedade intelectual**. São Paulo: Conpedi, 2024.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 13 ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

VELOSO, Caetano. Sampa. *In*: **Muito** (Dentro da Estrela Azulada). São Paulo: Philips, 1978.

VICENTE, Dário M. **A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual**. São Paulo: Grupo Almedina, 2020.

VIEIRA, Celso. **Anchieta**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1949. Disponível em: http://bdor.sibi.ufrj.br/handle/doc/348. Acesso em 28 de jul. de 2024.

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo; DANOWSKI, Déborah. **Há mundo por vir?** Ensaio sobre os medos e os fins. Florianópolis: Cultura e Barbárie, 2014.

A Base de cálculo do ITBI no município de São Paulo e o entendimento jurisprudencial acerca do tema

Mariane Paiva de Oliveira Silva[1]

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo traçar considerações acerca da base de cálculo do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), no Município de São Paulo, bem como analisar o entendimento atual da jurisprudência sobre o tema. Inicialmente, serão pontuados aspectos gerais sobre o imposto, depois, serão analisadas as modificações da Lei Municipal n.º 11.154/1991, especificamente o acréscimo dos artigos 7-A e 7-B, objetos de apreciação pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Arguição de Inconstitucionalidade Cível n.º 0056693-19.2014.8.26.0000) e, posteriormente, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n.º 2243516- 62.2017.8.26.0000 (Tema 19). Em seguida, o foco será dado a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida no Recurso Especial n.º 1.937.821/SP (Tema 1.113), que fixou o entendimento de que a base de cálculo do ITBI não está vinculada a do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) e que o valor da transação declarado pelo contribuinte goza da presunção de que é condizente com o valor de mercado, devendo portanto ser utilizado como base de cálculo do tributo, salvo mediante a regular instauração de processo administrativo próprio (art. 148 do CTN).

Palavras-chave: ITBI; base de cálculo; jurisprudência; município de São Paulo.

ABSTRACT

The present work aims to outline considerations about the calculation basis of the Real Estate Transfer Tax (ITBI) in the Municipality of São Paulo, as well as to analyze the current understanding of the jurisprudence on the subject. Initially, general aspects of the tax will be pointed out, then the modifications of Municipal Law No. 11,154/1991 will be analyzed, specifically the addition of articles 7-A and 7-B, objects of consideration by the Court of Justice of the State of São Paulo (Civil Unconstitutionality Allegation No. 0056693-19.2014.8.26.0000) and, subsequently, the Incident for the Resolution of Repetitive Demands No. 2243516-62.2017.8.26.0000 (Theme 19). Next, the focus will be given to the recent decision of the Superior Court of Justice, issued in Special Appeal No. 1.937.821/SP (Topic 1.113), which established the understanding that the calculation basis of the ITBI is not linked to that of the Urban Property and Territorial Tax (IPTU) and that the value of the transaction declared by the taxpayer enjoys the presumption that it is consistent with the market value, therefore, it must be used as a basis for calculating the tax, except through the regular initiation of its own administrative proceeding (article 148 of the CTN).

Keywords: ITBI; basis of calculation; jurisprudence; municipality of São Paulo.

[1] Residente jurídica do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, alocada na Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal da Pessoa com Deficiência – SMPED (2022-2025). E-mail: marianepaiva11@gmail.com

1. Introdução

A base de cálculo do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis - ITBI - tem sido objeto constante de questionamentos judiciais, opondo contribuintes e Fazenda Municipal. O presente artigo tem como intuito analisar qual tem sido o entendimento jurisprudencial sobre o tema no Município de São Paulo. A discussão do tópico se torna necessária, em razão do significativo impacto econômico desse imposto, visto que são inúmeros os negócios jurídicos de transmissão da propriedade imobiliária sobre os quais incide. A investigação acadêmica ora proposta será pautada pelo método dedutivo, a ser empreendido a partir de uma revisão bibliográfica multidisciplinar de livros, artigos, legislação e jurisprudência sobre o assunto.

O imbróglio envolvendo a base de cálculo do ITBI, no Município de São Paulo, ganhou força, após modificações legislativas da Lei Municipal n.º 11.154/1991. Anteriormente, o ITBI incidia sobre o valor venal dos bens ou direitos transmitidos, com expressa referência ao valor venal do imóvel conforme estabelecido para fins de cálculo do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU - ou, nos casos em que houvesse o valor de aquisição, o maior montante entre os dois.

Até a data de finalização deste trabalho, a legislação municipal de São Paulo estabelece que o imposto incide sobre o valor da transação imobiliária ou sobre o valor venal de referência, o que for superior, sendo o último apurado e fornecido pela Prefeitura de São Paulo de acordo com a redação dada pela Lei Municipal n.º 14.256/2006.

Este novo sistema de aferição do cálculo do ITBI, acabou por gerar um aumento de demandas judiciais, nas quais se questiona a utilização da base de cálculo valor venal de referência - VVR - especialmente por esta, supostamente, encarecer as operações imobiliárias, vez que em comparação aos valores venais estabelecidos para base de cálculo do IPTU, o VVR é superior, assim como também, em alguns casos, maior que o valor da transação imobiliária.[2]

Cabe aqui pontuar um dos motivos pelos quais o Fisco Paulistano optou pela adoção do valor venal de referência. Ao longo dos anos, tem sido cada vez mais comum transações imobiliárias com valores muito abaixo do real valor de mercado, sem que haja sido apresentado elementos que justificassem desvalorização tão expressiva dos imóveis.[3] Assim, uma das finalidades de utilização do valor venal de referência é para diminuir comportamentos tendentes à evasão fiscal.

Em síntese, a legislação municipal de São Paulo continua adotando o valor venal de referência como base de cálculo do ITBI até o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário (RE n.º 1.412.419/SP), interposto pelo Município, originário do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (Tema 19) do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Recurso Especial n.º 1.937.821/SP (Tema 1.113) do Superior Tribunal de Justiça.

Em último caso, se a decisão do Tribunal for desfavorável, a Municipalidade terá que adequar sua legislação aos entendimentos das cortes superiores e buscar outros meios de combater a evasão fiscal e a consequente redução de arrecadação tributária decorrente da

[2] Exemplos comparativos de valores: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Mandado de Segurança nº 1000365-09.2022.8.26.0053 - VVR: R$ 2.392.510,00; IPTU: R$ 1.083.337,00; Transação: R$ 700.000,00 / Mandado de Segurança nº 1001842-67.2022.8.26.0053 - VVR: R$10.126.585,00; IPTU: R$ 6.810.078,00; Transação: R$ 8.931.000,00/ Mandado de Segurança nº 1000050-04.2023.8.26.0228 - VVR: R$ 374.543,00; IPTU: R$ 291.338,00; Transação: R$ 102.980,00.

[3] Exemplos de transações com valores discrepantes - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Mandado de Segurança nº 1032143-60.2023.8.26.0053 - VVR: R$ 2.238,270; IPTU: R$ 1.818,739;
Transação: R$ 945.635,33 / Mandado de Segurança nº 1034688-06.2023.8.26.0053 - VVR: R$ 1.510.398,00; IPTU: R$ 1.174.843,00; Transação: R$ 500.000,00 / Mandado de Segurança n.º 1078458-49.2023.8.26.0053 - VVR: R$ 5.954.236,00; VVI: R$ 4.633.202,00; Transação: R$ 900.000,00.

inutilização do valor venal de referência. Do contrário, enfrentará constantes derrotas no judiciário, tendo como consequência, que arcar com o pagamento de custas processuais e honorários advocatícios à parte contrária.

2. Aspectos gerais do ITBI na legislação paulistana

Para fins do presente estudo, importa apresentar a forma pela qual a legislação paulistana disciplinou o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis.

O ITBI possui previsão legal na Constituição Federal em seu artigo 156, inciso II, e está disciplinado no Código Tributário Nacional nos artigos 35 a 38 e artigo 42.

A Constituição Federal, ao outorgar a competência para a instituição do ITBI, elegeu como área econômica passível de tributação a transmissão onerosa da propriedade imóvel. A escolha desta regra matriz deve-se ao fato de que a transmissão onerosa de bem imóvel indica capacidade econômica do contribuinte para suportar o ônus da tributação e concorrer para os gastos públicos.[4]

No Código Tributário Nacional, o artigo 35 estabelece que o fato gerador do imposto é a transmissão entre vivos, a qualquer título, por ato oneroso: primeiro, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na Lei civil; segundo, de direitos reais sobre bens imóveis, exceto os direitos reais de garantia; e, terceiro, cessão de direitos relativos às referidas transmissões.[5]

A Lei Municipal n.º 11.154/1991, artigo 1º, acompanha o CTN e a CF/88 na demarcação das hipóteses de incidência do ITBI. E prossegue, no artigo 2º, relacionando quais negócios jurídicos acarretam a obrigação de pagar o imposto:

> Art.2º - Estão compreendidos na incidência do imposto:
>
> I. a compra e venda;
> II. a dação em pagamento;
> III. a permuta;
> IV. o mandato em causa própria ou com poderes equivalentes para a transmissão de bem imóvel e respectivo substabelecimento, ressalvado o disposto no artigo 3°, inciso I, desta Lei;
> V. a arrematação, a adjudicação e a remição;
> VI. o valor dos imóveis que, na divisão de patrimônio comum ou na partilha, forem atribuídos a um dos cônjuges separados ou divorciados, ao cônjuge supérstite ou a qualquer herdeiro, acima da respectiva meação ou quinhão, considerando, em conjunto, apenas os bens imóveis constantes do patrimônio comum ou monte-mor.(Redação dada pela Lei n° 13.402/2002)
> VII. o uso, o usufruto e a enfiteuse;
> VIII. a cessão de direitos do arrematante ou adjudicatário, depois de assinado o auto de arrematação ou adjudicação;
> IX. a cessão de direitos decorrentes de compromisso de compra e venda;
> X. a cessão de direitos à sucessão;
> XI. a cessão de benfeitorias e construções em terreno compromissado à venda ou alheio;
> XII. a instituição e a extinção do direito de superfície;(Redação dada pela Lei nº 14.125/2005)
> XIII. todos os demais atos onerosos translativos de imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis.(Incluído pela Lei nº 14.125/2005)

Destarte, constata-se que o ITBI tem incidência ampla, não se restringindo apenas à

[4] COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 60.
[5] HARADA, Kiyoshi. **ITBI**: doutrina e prática. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 125.

hipótese de compra e venda de imóveis. Entretanto, o foco do presente trabalho será dado a essa modalidade.

No tocante à alíquota do imposto, isto é, o valor fixo ou percentual aplicado sobre qualquer tipo de aquisição de pessoa física ou jurídica a ser pago aos cofres públicos, compete aos Municípios, mediante lei, estabelecê-la.

Quanto ao momento de ocorrência do fato gerador do ITBI, o artigo 12 da Lei Municipal n.º 11.154/1991 prevê que o pagamento deve ser feito antes de se efetivar o ato ou contrato sobre o qual incide o imposto, se formalizado por instrumento público e, no prazo de 10 (dez) dias de sua data, se por instrumento particular. Não obstante o que determina a lei, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que o fato gerador do ITBI somente ocorre quando o instrumento translativo é registrado no registro imobiliário, consoante dispõe o artigo 1.245 do Código Civil. No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a jurisprudência é no mesmo sentido.[6]

O ITBI é imposto sujeito a lançamento por declaração ou homologação. No primeiro caso, o devedor deve informar à parte administrativa os dados sobre o fato gerador da cobrança e o setor responsável realiza o lançamento. Esse tipo de modelo prevê, ainda, uma cláusula sobre retificação caso seja necessário corrigir os dados fornecidos pelo contribuinte. Na segunda modalidade, homologação, o próprio contribuinte declara o quanto deve ao fisco municipal da localidade do imóvel. Assim, o pagamento efetuado pelo contribuinte é aprovado (homologado) pela administração fiscal nos termos do artigo 150 do CTN. O lançamento por homologação sempre permitirá ao ente tributante a revisão daquilo que foi declarado pelo sujeito passivo - contribuinte, nos termos do artigo 148 do CTN.

Feitas tais considerações, passa-se, a seguir, ao estudo da base de cálculo do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis.

3. A base de cálculo do ITBI e a legislação do município de São Paulo

A base de cálculo do tributo é elemento essencial das obrigações tributárias, pois é critério quantitativo que informa ao contribuinte qual a quantidade de dinheiro a ser pago uma vez ocorrido o fato gerador descrito na lei.

Para tanto, o artigo 38 do Código Tributário Nacional estabelece que “a base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos”.

Da leitura do supra dispositivo legal, percebe-se que o legislador foi omisso quanto ao significado da expressão “valor venal dos bens ou direitos transmitidos”, cabendo a doutrina definir tal conceito.

Para De Plácido e Silva,[7] valor venal deve ser entendido como “valor de venda, ou o valor mercantil, isto é, o preço por que as coisas foram, são ou possam ser vendidas”.

De acordo com a doutrina de Valéria Furlan:[8]

> Valor venal — ressaltam Hugo de Brito Machado, Aires Bernardino Barreto e Roque Antônio Carraza — corresponde ao valor que o bem alcançaria caso fosse posto à venda em condições usuais de mercado, isto é, equivalendo ao preço de uma venda à vista, portanto sem inclusão de qualquer encargo relativo a financiamento, quando vendedor e comprador tenham plena consciência do uso a que pode servir aquele imóvel.

Por sua vez, Aliomar Baleeiro[9] ensina que valor venal é aquele que "o imóvel alcançar para compra e venda à vista, segundo as condições usuais do mercado de imóveis".

---

[6] Vide Arguição de Inconstitucionalidade nº 0056693-19.2014.8.26.0000, julgada em 25/03/2015, que declarou inconstitucional o artigo 12 da Lei Municipal nº 11.154/1991.
[7] SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1461.
[8] FURLAN. Valéria. **IPTU**. 2ª edição revisada, atualizada e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 100.
[9] BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**, 10ª edição, Forense, pg. 167.

Importante pontuar, também, que o Imposto Predial Territorial Urbano - IPTU - igualmente tem sua base de cálculo aferida a partir do valor venal do imóvel, conforme o artigo 33 do Código Tributário Nacional. Em consequência, uma parte substancial da doutrina conclui que o conceito de valor venal é unívoco, sendo este aplicável indistintamente à base de cálculo do IPTU e do ITBI. Nesse caso, o valor venal que for atribuído ao imóvel para fins de pagamento do IPTU deve também ser usado para cálculo do ITBI.

Cabe aqui uma ressalva, no caso da base de cálculo do IPTU, conforme explana José Alberto Oliveira Macedo,[10] utiliza-se a Planta Genérica de Valores (PGV), "em razão da impossibilidade fática de o Fisco apurar, caso a caso, o valor venal do IPTU de todos os imóveis do Município, para fins de lançamento de ofício".

Uma das desvantagens de adoção da PGV é a defasagem que normalmente se apresenta entre o preço (ou o valor de mercado atualizado dos imóveis) e o valor venal presente na lei da planta genérica de valores.

No caso da tributação do ITBI, diferentemente do IPTU, não há taxação em massa, o que acaba possibilitando apuração do valor de mercado dos imóveis de forma individualizada, e, consequentemente, mais próximo da real capacidade contributiva do adquirente.

Ainda quanto à base de cálculo do ITBI, esclarece José Alberto Oliveira Macedo:[11]

> O imposto sobre a transmissão onerosa de bem imóvel tem como base de cálculo possível, o valor do bem. Mas, considerando as duas etapas que a materialidade transmissão apresenta (escritura pública e registro do título aquisitivo) no seu rito solene, pode dar ensejo, ao menos, à utilização de três grandezas que representam presunções relativas do valor do bem imóvel: (i) o preço declarado pelas partes no negócio jurídico; (ii) o valor venal do IPTU, com os critérios legais previstos para sua aplicação; e (iii) o valor de mercado atualizado do imóvel.

Portanto, em que pese o Código Tributário Nacional tenha adotado a expressão "valor venal" como base de cálculo do IPTU e do ITBI, é possível atribuir valores venais distintos para um mesmo imóvel. Nesse sentido, inclusive, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp 1.937.821/SP, o qual será objeto de estudo nos próximos tópicos.

Retomando, a Lei Paulistana que regula a base de cálculo do ITBI é a n.º 11.154/1991. Em sua redação original, artigo 7º, ela considerava como base de cálculo do imposto "o valor venal dos bens ou direito transmitidos", ou seja, adotava a mesma definição do artigo 38 do Código Tributário Nacional.

Todavia, com a superveniência das Leis Municipais n.º 14.125/2005 e n.º 14.256/2006, a redação do caput do artigo 7º da Lei Municipal n.º 11.154/1991 sofreu modificação, passando-se a considerar como valor venal "o valor de mercado do imóvel objeto do negócio jurídico tributável, assim entendido aquele preço pelo qual seria negociado à vista, em condições normais de transação".

Para aplicação do conceito "valor pelo qual o bem ou direito seria negociado à vista, em condições normais de mercado", foi acrescido à legislação municipal os artigos 7º- A e 7º- B. O primeiro (7º- A) atribuiu à Secretaria Municipal de Finanças a apuração periódica dos valores venais atualizados dos imóveis inseridos em sua base cadastral, mediante a pesquisa e coleta de amostras no mercado imobiliário; e o segundo dispositivo (7º- B) carreou ao contribuinte o dever de impugnar a avaliação prévia assim realizada, caso com ela não concordasse, *in verbis*:

---

[10] MACEDO, José Alberto Oliveira. **ITBI**: Aspectos Constitucionais e Infraconstitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 267.

[11] *Ibidem*, p.263-264.

> Art. 7º A - A Secretaria Municipal de Fazenda tornará públicos os valores venais atualizados dos imóveis inscritos no Cadastro Imobiliário Fiscal do Município de São Paulo. (Incluído pela Lei nº 14256/2006)
> Art. 7º B - Caso não concorde com a base de cálculo do imposto divulgada pela Secretaria Municipal de Fazenda, nos termos de regulamentação própria, o contribuinte poderá requerer avaliação especial do imóvel, apresentando os dados da transação e os fundamentos do pedido, na forma prevista em portaria da Secretaria Municipal de Fazenda, que poderá, inclusive, viabilizar a formulação do pedido por meio eletrônico. (Incluído pela Lei nº 14.256/2006)

Ou seja, com a nova alteração, o valor venal passou a ser apurado mediante pesquisa e coleta amostral permanente dos preços correntes de transações e de ofertas à venda no mercado imobiliário, mediante inclusive participação da sociedade, nos termos preconizados pelo artigo 8º, §2º do Decreto Municipal nº 51.627/2010, *in verbis*:

> Art. 8º A Secretaria Municipal de Finanças tornará públicos os valores venais atualizados dos imóveis inscritos no Cadastro Imobiliário Fiscal do Município de São Paulo.
> § 1º. A Secretaria Municipal de Finanças deverá estabelecer a forma de publicação dos valores venais a que se refere o "caput" deste artigo.
> **§ 2º. Os valores venais dos imóveis serão atualizados periodicamente, de forma a assegurar sua compatibilização com os valores praticados no Município, através de pesquisa e coleta amostral permanente dos preços correntes das transações e das ofertas à venda do mercado imobiliário, inclusive com a participação da sociedade, representada no Conselho Municipal de Valores Imobiliários.**
> § 3º. Os valores venais dos imóveis a que se refere o "caput" deste artigo têm presunção relativa e poderá ser afastada se: I – o valor da transação for superior; II – a Administração Tributária aferir base de cálculo diferente em procedimentos relativos, dentre outros, a avaliação especial, arbitramento e impugnação de lançamento; III – a Administração Tributária constatar erro, fraude ou omissão, por parte do sujeito passivo, ou terceiro, em benefício daquele, na declaração dos dados do imóvel inscrito no Cadastro Imobiliário Fiscal e utilizados no cálculo do valor venal divulgado.
> § 4º. Na falta da divulgação do valor venal do imóvel até a data prevista para o pagamento do Imposto, o contribuinte deverá solicitar à unidade competente da Secretaria Municipal de Finanças a disponibilização do referido valor. (...) (Grifo acrescido).

Tais alterações foram recebidas, pelos estudiosos do Direito, com muitas críticas. Dentre as principais questões debatidas, pontuava-se que a legislação municipal não poderia atribuir ao Poder Executivo (Secretaria Municipal de Finanças) a prerrogativa de determinar a base de cálculo do imposto, tendo em vista se tratar de matéria privativa de lei complementar, nos termos do artigo 146 da Constituição Federal.[12]

No mais, asseveraram, também, que tais modificações acabaram por criar um diferente conceito de valor venal, denominado valor venal de referência, que não se aproximava nem do valor de mercado, e nem do valor venal do IPTU, acarretando um aumento na base de cálculo do tributo, em desconformidade com o princípio da legalidade tributária, previsto no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, bem como artigo 97 do Código Tributário Nacional que estabelece a exigência de lei para majoração de tributo.[13]

---

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

[13] Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; (...); Art. 97 - Somente lei poderá estabelecer: I - A instituição de tributos, ou a sua extinção; II - A majoração de tributos, ou a sua

Diante da repercussão ocasionada pela adoção do valor venal de referência pela Municipalidade, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade n.º 0056693-19.2014.8.26.0000, reconheceu a inconstitucionalidade dos artigos 7º A e 7º B da Lei Municipal n.º 11.154/1991 e determinou que, "por ocasião do registro das escrituras públicas de compra e venda, não poderia ser exigido o recolhimento do ITBI segundo um valor venal de referência", veja-se:

> (...) Para aplicação do conceito "valor pelo qual o bem ou direito seria negociado à vista, em condições normais de mercado", acrescentou-se à legislação municipal os artigos 7º- A e 7º- B. O primeiro (7º- A) atribuiu à Secretaria Municipal de Finanças a apuração periódica dos valores venais atualizados dos imóveis inseridos em sua base cadastral, mediante a pesquisa e coleta de amostras no mercado imobiliário; e o segundo dispositivo (7º- B) carreou ao contribuinte o dever de impugnar a avaliação prévia assim realizada, caso com ela não concorde. Na verdade, tais comandos legais padecem dos vícios de inconstitucionalidade, por afronta ao artigo 150, inciso I, da Constituição Federal e ao princípio da segurança jurídica. Com efeito, o valor venal de referência pode servir ao Município tão somente como parâmetro de verificação da compatibilidade da base de cálculo obtida a partir do preço declarado de venda do imóvel, na transação objeto da exação, com realidade do mercado imobiliário; não pode se prestar à prévia fixação daquele montante tributável, obrigando o contribuinte ao recolhimento respectivo. (...)
> Nessa linha, em relação ao ITBI cabe ao próprio contribuinte declarar a base de cálculo e antecipar o recolhimento do imposto, restando ao poder tributante, posteriormente, examinar a operação, homologando a ou não. É de ressaltar, portanto, que por ocasião do registro das escrituras públicas de compra e venda, não poderá ser exigido o recolhimento do ITBI segundo um valor venal de referência; nesta oportunidade, o contribuinte deverá proceder ao recolhimento do imposto apurado com base no valor do negócio jurídico tributado, cabendo à Administração lançar mão do procedimento previsto no artigo 148 do Código Tributário Nacional., caso discorde das declarações prestadas pelo sujeito passivo (...) **(TJSP; Incidente De Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0056693-19.2014.8.26.0000; Relator (a): Paulo Dimas Mascaretti; Órgão Julgador: Órgão Especial; Data do Julgamento: 25/03/2015).**[14]

---

redução, ressalvado o disposto nos artigos. 21, 26, 39, 57 e 65; (...) § 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso. § 2º Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.

[14] Ementa: Incidente de inconstitucionalidade. Artigo 7º Lei nº 11.154, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelas Leis nºs 14.125, de 29 de dezembro de 2005, e 14.256, de 29 de dezembro de 2006, todas do Município de São Paulo, que estabelece o valor pelo qual o bem ou direito é negociado à vista, em condições normais de mercado, como a base de cálculo do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI). Acórdão que, a despeito de não manifestar de forma expressa, implicitamente também questionou as disposições dos artigos 7º-A, 7º-B e 12 da mesma legislação municipal. Valor venal atribuído ao imóvel para apuração do ITBI que não se confunde necessariamente com aquele utilizado para lançamento do IPTU. Precedentes do STJ. Previsão contida no aludido artigo 7º que, nessa linha, não representa afronta ao princípio da legalidade, haja vista que, como regra, a apuração do imposto deve ser feita com base no valor do negócio jurídico realizado, tendo em consideração as declarações prestadas pelo próprio contribuinte, o que, em princípio, espelharia o "real valor de mercado do imóvel". "Valor venal de referência", todavia, que deve servir ao Município apenas como parâmetro de verificação da compatibilidade do preço declarado de venda, não podendo se prestar para a prévia fixação da base de cálculo do ITBI. Impossibilidade, outrossim, de se impor ao sujeito passivo do imposto, desde logo, a adoção da tabela realizada pelo Município. Imposto municipal em causa que está sujeito ao lançamento por homologação, cabendo ao próprio contribuinte antecipar o recolhimento. Arbitramento administrativo que é providência excepcional, da qual o Município somente pode lançar mão na hipótese de ser constatada a incorreção ou falsidade na documentação comprobatória do negócio jurídico tributável. Providência que, de toda sorte, depende sempre da prévia instauração do pertinente procedimento administrativo, na forma do artigo 148 do Código Tributário Nacional, sob pena de restar caracterizado o lançamento de ofício da exação, ao qual o ITBI não se submete. Artigos 7º-A e 7º-B que, nesse passo, subvertem o procedimento estabelecido na legislação

Em que pese o Tribunal de Justiça de São Paulo tenha se posicionado sobre a matéria, o problema não parou por aí, pois, conforme sinaliza Mohamed Majdoub,[15] "na prática, o Município de São Paulo continuou a divulgar as duas bases de cálculos distintas para IPTU e ITBI (Valor Venal e Valor Venal de Referência), obrigando, os Oficiais de Registro de Imóveis e Tabeliões, a exigir o recolhimento do ITBI com base no valor venal de referência".

4. O entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo expressado no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (Tema 19)

Conforme citado anteriormente, ainda que o Tribunal de Justiça tenha se manifestado acerca da inconstitucionalidade dos artigos 7º A e 7º B da Lei Municipal n.º 11.154/1991, restou pendente a dúvida sobre qual seria a correta base de cálculo do ITBI, uma vez que a legislação tributária utiliza a mesma expressão "valor venal", para se referir a base de cálculo do IPTU e do ITBI.

Assim, diante das contínuas demandas judicias questionando a utilização do valor venal de referência, coube, novamente, ao Poder Judiciário, por meio do julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n.º 2243516- 62.2017.8.26.0000 (Tema 19), definir qual seria o correto valor venal a ser utilizado como base de cálculo do ITBI, no Município de São Paulo, in verbis:

> (...) Em relação à base de cálculo do ITBI, cumpre observar que **é ilegal a instituição de um valor venal distinto daquele utilizado para o IPTU, uma vez que implica em afronta ao princípio da segurança jurídica**. (...) Nesse sentido, **não obstante o IPTU e o ITBI possuam regimes jurídicos próprios**, tendo ambos a mesma base de cálculo definida em lei complementar (arts. 33 e 38 do CTN), **não pode o legislador ordinário diferenciar a expressão monetária do valor venal conforme se refira à propriedade ou à transmissão do bem ou do direito**. Assim, configura afronta ao princípio da segurança jurídica (art. 5º, caput, da CF) e ao da legalidade estrita (arts. 37, caput e 150, I, da CF), caso, no mesmo exercício, a Prefeitura Municipal adote um valor venal para o cálculo do IPTU e outro, valor venal, mais elevado, para o cálculo do ITBI. Por essas razões, a base de cálculo do ITBI deve corresponder ao valor venal do bem imóvel transferido e, caso este valor seja inferior ao da negociação, deve prevalecer este último. **(TJSP; IRDR 2243516-62.2017.8.26.0000; Relator (a): Burza Neto; Órgão Julgador: Órgão Especial; Data do Julgamento: 23/05/2019).** [16]

Em linhas gerais, o Tribunal entendeu pela impossibilidade de adoção do valor venal de referência, devendo, portanto, o contribuinte recolher o ITBI com base no valor venal do

---

complementar tributária, em afronta ao princípio da legalidade estrita, inserido no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal. Inadmissibilidade, ainda, de se exigir o recolhimento antecipado do tributo, nos moldes estabelecidos no artigo 12 da Lei Municipal nº 11.154/91, por representar violação ao preceito do artigo 156, inciso II, da Constituição Federal. Registro imobiliário que é constitutivo da propriedade, não tendo efeito meramente regularizador e publicitário, razão pela qual deve ser tomado como fato gerador do ITBI. Regime constitucional da substituição tributária, previsto no artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, que nem tem lugar na espécie, haja vista que não se cuida de norma que autoriza a antecipação da exigibilidade do imposto de forma irrestrita. Arguição acolhida para o fim de pronunciar a inconstitucionalidade dos artigos 7º-A, 7º-B e 12, da Lei nº 11.154/91, do Município de São Paulo.

[15] MAJDOUB, Mohamed. Município de São Paulo retira consulta do valor venal de referência. **Migalhas**, 2023. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/344058/municipio-de-sao-paulo-retira-consulta-do-valor-venal-de-referencia Acesso em: 14 dez. 2023.

[16] Ementa: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - ITBI - Base de Cálculo - Deve ser calculado sobre o valor do negócio jurídico realizado ou sobre o valor venal do imóvel para fins de IPTU, aquele que for maior, afastando o "valor de referência" - Ilegalidade da apuração do valor venal previsto em desacordo com o CTN - Ofensa ao princípio da legalidade tributária, artigo 150, inciso I da CF Precedentes - IRDR Provido para fixar a tese jurídica da base de cálculo do ITBI, devendo corresponder ao valor venal do imóvel ou ao valor da transação, prevalecendo o que for maior.

IPTU ou valor da transação, o que for superior.

Antes de pontuar os fundamentos adotados pela corte, necessário contextualizar a ação que resultou no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (Tema 19).

Em dezembro de 2017, a Fortress Negócios Imobiliários Ltda., pessoa jurídica de direito privado, acionou o Poder Judiciário arguindo que, em razão da incorporação ao seu patrimônio, em realização de capital, de três imóveis, localizados em municípios distintos, incorreu na prática do fato gerador relativo ao Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), já que não se enquadrava na hipótese de imunidade tributária prevista no artigo 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal.

A empresa asseverou que, em todos os casos, ao efetuar o lançamento do referido imposto, as Municipalidades adotaram como base de cálculo valor distinto ao estabelecido pelo artigo 38 do Código Tributário Nacional, impondo a suscitante o recolhimento do ITBI a maior.

A fim de reaver os valores pagos em questão, a entidade jurídica ajuizou as ações de repetição de indébito fiscal n.º 1008270-75.2016.8.26.0053, n.º 1001456- 27.2016.8.26.0286 e n.º 1000276-27.2016.8.26.0075, contra os municípios de São Paulo, Itu e Bertioga.

Ocorre que em cada uma das ações os resultados obtidos foram divergentes, e todas as decisões ampararam-se na jurisprudência existente no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Sendo assim, em razão da matéria não se encontrar pacificada e visando dirimir controvérsias sobre a questão, instaurou-se o IRDR ora analisado.

Diante do julgamento do IRDR n.º 2243516-62.2017.8.26.0000, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo adotou o posicionamento de que o ITBI deveria ser recolhido com base no valor venal do IPTU ou valor da transação, o que fosse maior.

Na ocasião, a corte entendeu pela ilegalidade da instituição de um valor venal diverso daquele utilizado para o IPTU, visto que caracterizava afronta aos princípios da legalidade estrita e segurança jurídica.

Fundamentou-se, também, que, não obstante o IPTU e o ITBI possuam regimes jurídicos próprios, tendo ambos a mesma base de cálculo definida em lei complementar (arts. 33 e 38 do CTN), o legislador ordinário não poderia diferenciar a expressão monetária do valor venal conforme se refira à propriedade ou à transmissão do bem ou do direito.

5. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça - RESP. 1.937.821/SP (Tema 1.113)

Diante do posicionamento manifestado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Tema 19), a Municipalidade interpôs Recurso Especial (REsp n.º 1.937.821/SP) sob a fundamentação de violação aos artigos 38 e 148 do Código Tributário Nacional.

Em suma, o Município arguiu que embora a base de cálculo do IPTU e do ITBI fossem a mesma, isto é, o valor venal do imóvel, cada qual possui um regime jurídico próprio. O ITBI é sujeito ao autolançamento por homologação ou declaração, enquanto que o lançamento do IPTU é efetuado, desde o início, de ofício pelo Fisco.

Para o IPTU, o valor é atribuído por estimativa, vez que inviável efetuar uma perícia para cada imóvel da cidade. Em regra, quase que absoluta, a estimativa fica abaixo do verdadeiro valor venal (historicamente, em média, cerca de trinta porcento inferior).[17]

Em relação ao ITBI, há autolançamento do tributo pelo contribuinte, tanto que caso constatado que a base de cálculo utilizada não corresponda ao efetivo valor de mercado por ocasião da transação, o Fisco deve proceder ao lançamento complementar de ofício.

A administração disponibiliza ao contribuinte, desde logo, com base em elementos objetivos e concretos existentes em seus cadastros acerca de pesquisas no local, levando em

[17] MACEDO, José Alberto Oliveira, *op. cit*. p. 271.

consideração imóveis com as mesmas características do imóvel em discussão, qual o valor venal corretamente estimado no momento, isto tudo respeitando o devido processo legal, mediante possibilidade de avaliação especial, caso discorde o interessado do referido valor apontado.

O Município argumentou que a sistemática eleita para fixação do valor venal de referência, não violava o princípio da legalidade, pois não criava nova base de cálculo para o tributo e não transformava o autolançamento em lançamento de ofício. Apenas possibilitava ao contribuinte requerer, em seu benefício, a prévia avaliação do imóvel.

Ademais, pontuou que o banco de dados da Administração Municipal conta com mais de 300 mil amostras, com a coleta de informações junto a mais de 100 (cem) imobiliárias, sendo a apuração do valor, consolidada em normas técnicas (ABNT, IBAPE/SP, Comissão de Peritos Judiciais) e se opera com extremo conservadorismo, ou seja, de plano, aplica-se um abatimento da ordem de 10%, sendo certo, ainda, que os levantamentos são acompanhados pela CMVI.

Por fim, defendeu que a adoção dessa sistemática evitava que o contribuinte inadvertidamente recolhesse, como vinha ocorrendo na imensa maioria dos casos, não o valor venal, mas simplesmente o valor tido como mínimo legal (que era o valor venal adotado para fins de IPTU) ou mesmo o valor da operação, tornando, assim, remota a hipótese de vir a ser surpreendido com o lançamento complementar de ofício, com os acréscimos decorrentes em razão de eventual insuficiência do primeiro recolhimento quando do exame do Fisco para fins de homologação do auto lançamento levado a efeito.

Após alguns entraves, o recurso da Municipalidade chegou até o Superior Tribunal de Justiça para apreciação.

Em 2022, a fim de sanar a discussão sobre qual seria a base de cálculo do ITBI, o colendo Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos especiais repetitivos (Tema 1.113), REsp n.º 1.937.821/SP, fixou o entendimento de que, em observância ao princípio da boa-fé, deve-se presumir que o valor da transação declarado pelo contribuinte é condizente com o valor venal de mercado, *in verbis*:

> (...) **A base de cálculo do ITBI está vinculada à do IPTU?** Quanto à base de cálculo do ITBI, o art. 38 do CTN dispõe que ela é "o valor venal dos bens ou direitos transmitidos". Como visto, o art. 35 do CTN é claro ao identificar o fato gerador como sendo a transmissão da propriedade ou de direitos reais imobiliários ou a cessão de direitos relativos a tais transmissões. Em sendo a transmissão ou a cessão realizada entre vivos, caso do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), temos que o fato gerador do imposto decorre de um negócio jurídico, porque nasce de um acordo de vontades entre o alienante e o adquirente. No que tange à base de cálculo, a expressão "valor venal" contida no art. 38 do CTN deve ser entendida como o valor considerado em condições normais de mercado para as transmissões imobiliárias. (...) Importa ressaltar que, embora seja possível dimensionar o valor médio dos imóveis no mercado, segundo critérios, por exemplo, de localização e tamanho (metragem), a avaliação de mercado específica de cada imóvel transacionado pode sofrer oscilações para cima ou para baixo desse valor médio, a depender, por exemplo, da existência de outras circunstâncias igualmente relevantes e legítimas para a determinação do real valor da coisa, como a existência de benfeitorias, o estado de conservação os interesses pessoais do vendedor (necessidade da venda para despesas urgentes, mudança de investimentos, etc.) e do comprador (escassez do imóvel na região, proximidade com o trabalho e/ou com familiares, etc.) no ajuste do preço. (...) Dito isso, agora é possível passar para o exame da modalidade de lançamento do ITBI, temática largamente discutida na doutrina e na jurisprudência.
>
> Após cuidadosa reflexão, cheguei à conclusão de que o ITBI, em razão de seu fato gerador, somente comporta duas das modalidades de lançamento originário: por declaração ou por homologação, a depender da legislação municipal de cada ente tributante, sendo inviável ao fisco proceder, de antemão, ao seu lançamento de

ofício. Se a norma local exigir prévio exame das declarações do contribuinte pela Administração para a constituição do crédito tributário, estaremos diante de um lançamento por declaração. Nessa modalidade de lançamento, em face do princípio da boa-fé objetiva, presume- se que o valor da transação declarado pelo contribuinte está condizente com o valor venal de mercado daquele específico imóvel, presunção que somente pode ser afastada pelo fisco se esse valor se mostrar, de pronto, incompatível com a realidade, a justificar a instauração do procedimento próprio para o arbitramento da base de cálculo, em que assegurado ao contribuinte o contraditório necessário para apresentação das peculiaridades que justificariam o quantum informado. Entretanto, se a legislação municipal disciplinar que caberá ao contribuinte apurar o valor do imposto e efetuar o seu pagamento antecipado sem prévio exame do ente tributante, estaremos diante de um lançamento por homologação. Nessa hipótese, a Administração terá o prazo decadencial de cinco anos para proceder à revisão do pagamento realizado (que também engloba o exame acerca da correção da base de cálculo adotada), sem a qual o lançamento estará tacitamente homologado e, portanto, terá caráter definitivo.

Tanto o lançamento por declaração quanto o (lançamento) por homologação estão justificados pelas inúmeras circunstâncias já referidas que podem interferir no específico valor de mercado de cada imóvel transacionado, circunstâncias cujo conhecimento integral somente os negociantes têm ou deveriam ter para melhor avaliar o real valor do bem quando da realização do negócio. **E aqui reside a principal razão da impossibilidade prática da realização do lançamento originário de ofício, ainda que autorizado pelo legislador local, pois o fisco não tem como possuir, previamente, o conhecimento de todas as variáveis determinantes para a composição do valor do imóvel transmitido, *in concreto*. Constata-se, dessa forma, que, dadas as características próprias do fato gerador desse imposto, a sua base de cálculo deverá partir da declaração prestada pelo contribuinte, ressalvada a prerrogativa da administração tributária de revisá-la, antes ou depois do pagamento, a depender da modalidade do lançamento, desde que instaurado o procedimento administrativo próprio**, em que deverá apurar todas as peculiaridades do imóvel (benfeitorias, estado de conservação, etc.) e as condições que impactaram no caráter volitivo do negócio jurídico realizado, assegurados os postulados da ampla defesa e do contraditório que possibilitem ao contribuinte justificar o valor declarado. (...)

É legítima a adoção de valor venal de referência previamente estipulado pelo fisco municipal como parâmetro para a fixação da base de cálculo do ITBI? (...) Ao fixar a base de cálculo com lastro em valor de referência previamente estabelecido, **o fisco busca, de fato, realizar o lançamento de ofício do imposto, o qual, todavia, está indevidamente amparado em critérios que foram por ele escolhidos unilateralmente e que apenas revelariam um valor médio de mercado, de cunho meramente estimativo, visto que despreza as peculiaridades do imóvel e da transação que foram quantificadas na declaração prestada pelo contribuinte, que, como cediço, presume-se de boa-fé. Além disso, a adoção desse valor de referência como primeiro parâmetro para a fixação da base de cálculo do ITBI, com a inversão do ônus da prova ao contribuinte para demonstrar o contrário, subverte o procedimento instituído no art. 148 do CTN, pois, a toda evidência, resulta em arbitramento da base de cálculo sem prévio juízo quanto à fidedignidade da declaração do sujeito passivo.** Esse denominado valor venal de referência, ou equivalente, quando muito, poderá justificar a ação fiscal para apurar a veracidade da declaração prestada, mas, em hipótese alguma, pode servir para antecipar tal juízo, porquanto, além de não abranger todas as áleas definidoras do valor de mercado daquele específico imóvel, acaba por subtrair a garantia do contraditório assegurada ao contribuinte, cujo exercício pressupõe a prévia instauração de regular processo

administrativo. **(STJ - REsp: 1937821 SP 2020/0012079-1, Relator: Ministro Gurgel de Faria, S1 – Primeira Seção; Data de Julgamento: 24/02/2022).**[18]

Em resumo, o Superior Tribunal de Justiça adotou as seguintes teses: i) **a base de cálculo do ITBI é o valor do imóvel transmitido em condições normais de mercado**, não estando vinculada à base de cálculo do IPTU, que nem sequer pode ser utilizada como piso de tributação; ii) **o valor da transação declarado pelo contribuinte goza da presunção de que é condizente com o valor de mercado**, que somente pode ser afastada pelo fisco mediante a regular instauração de processo administrativo próprio (art. 148 do CTN); iii) **o Município não pode arbitrar previamente a base de cálculo do ITBI com respaldo em valor de referência por ele estabelecido unilateralmente.**

A decisão do STJ vem justamente reconhecer que a fixação prévia de um valor venal de referência pelas prefeituras para servir de base de cálculo do ITBI é ilegal. O preço do imóvel negociado entre as partes deve gozar de presunção de veracidade e de boa-fé e ser considerado o que melhor reflete o valor de venda do bem ou direito em condições normais de mercado.

Fixou-se, inclusive, entendimento de que o valor venal atribuído pelos municípios para

[18] Ementa: Tributário. Recurso especial representativo de controvérsia. Imposto sobre transmissão de bens imóveis (ITBI). Base de cálculo. Vinculação com imposto predial e territorial urbano (IPTU). Inexistência. Valor Venal declarado pelo contribuinte. Presunção de veracidade. Revisão pelo Fisco. Instauração de processo administrativo. Possibilidade. Prévio valor de referência. Adoção. Inviabilidade. 1. A jurisprudência pacífica desta Corte Superior é no sentido de que, embora o Código Tributário Nacional estabeleça como base de cálculo do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) e do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) o "valor venal", a apuração desse elemento quantitativo faz-se de formas diversas, notadamente em razão da distinção existente entre os fatos geradores e a modalidade de lançamento desses impostos. 2. Os arts. 35 e 38 do CTN dispõem, respectivamente, que o fato gerador do ITBI é a transmissão da propriedade ou de direitos reais imobiliários ou a cessão de direitos relativos a tais transmissões e que a base de cálculo do tributo é o "valor venal dos bens ou direitos transmitidos", que corresponde ao valor considerado para as negociações de imóveis em condições normais de mercado. 3. A possibilidade de dimensionar o valor dos imóveis no mercado, segundo critérios, por exemplo, de localização e tamanho (metragem), não impede que a avaliação de mercado específica de cada imóvel transacionado oscile dentro do parâmetro médio, a depender, por exemplo, da existência de outras circunstâncias igualmente relevantes e legítimas para a determinação do real valor da coisa, como a existência de benfeitorias, o estado de conservação e os interesses pessoais do vendedor e do comprador no ajuste do preço. 4. O ITBI comporta apenas duas modalidades de lançamento originário: por declaração, se a norma local exigir prévio exame das informações do contribuinte pela Administração para a constituição do crédito tributário, ou por homologação, se a legislação municipal disciplinar que caberá ao contribuinte apurar o valor do imposto e efetuar o seu pagamento antecipado sem prévio exame do ente tributante. 5. Os lançamentos por declaração ou por homologação se justificam pelas várias circunstâncias que podem interferir no específico valor de mercado de cada imóvel transacionado, circunstâncias cujo conhecimento integral somente os negociantes têm ou deveriam ter para melhor avaliar o real valor do bem quando da realização do negócio, sendo essa a principal razão da impossibilidade prática da realização do lançamento originário de ofício, ainda que autorizado pelo legislador local, pois o fisco não tem como possuir, previamente, o conhecimento de todas as variáveis determinantes para a composição do valor do imóvel transmitido. 6. Em face do princípio da boa-fé objetiva, o valor da transação declarado pelo contribuinte presume-se condizente com o valor médio de mercado do bem imóvel transacionado, presunção que somente pode ser afastada pelo fisco se esse valor se mostrar, de pronto, incompatível com a realidade, estando, nessa hipótese, justificada a instauração do procedimento próprio para o arbitramento da base de cálculo, em que deve ser assegurado ao contribuinte o contraditório necessário para apresentação das peculiaridades que ampariam o quantum informado (art. 148 do CTN). 7. A prévia adoção de um valor de referência pela Administração configura indevido lançamento de ofício do ITBI por mera estimativa e subverte o procedimento instituído no art. 148 do CTN, pois representa arbitramento da base de cálculo sem prévio juízo quanto à fidedignidade da declaração do sujeito passivo. 8. Para o fim preconizado no art. 1.039 do CPC/2015, firmam-se as seguintes teses: a) a base de cálculo do ITBI é o valor do imóvel transmitido em condições normais de mercado, não estando vinculada à base de cálculo do IPTU, que nem sequer pode ser utilizada como piso de tributação; b) o valor da transação declarado pelo contribuinte goza da presunção de que é condizente com o valor de mercado, que somente pode ser afastada pelo fisco mediante a regular instauração de processo administrativo próprio (art. 148 do CTN); c) o Município não pode arbitrar previamente a base de cálculo do ITBI com respaldo em valor de referência por ele estabelecido unilateralmente. 9. Recurso especial parcialmente provido. (Grifos acrescidos)

fins de cálculo do IPTU não deve ser utilizado nem como piso mínimo para cálculo do ITBI, pois a valoração para fins de alienação em condições normais de mercado reflete outros critérios mercadológicos além daqueles avaliados pelos órgãos municipais para definir o valor venal do IPTU. Explica-se, a definição do valor venal do IPTU é feita por amostragem, nivelando para baixo o valor dos imóveis avaliados. Basicamente, leva-se em consideração a metragem e a localização do imóvel.

Outros critérios mercadológicos relevantes na fixação do preço do bem, como o estado de conservação do imóvel, as benfeitorias existentes, a oferta e procura de imóveis na região, a existência de ônus e gravames sobre o imóvel e as condições comerciais de pagamento do preço, não são levadas em consideração nessa definição do valor venal do IPTU e, portanto, tal valor é inadequado para servir de base de cálculo do ITBI.

Tal entendimento já vem sendo aplicado pelos juízos de primeiro grau e pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que pese o Recurso Especial 1.937.821/SP não tenha transitado em julgado, vez que o Município de São Paulo interpôs Recurso Extraordinário (RE n.º 1.412.419/SP), o qual, até a data de finalização do presente trabalho, encontra-se concluso ao (à) Relator (a).

Para fins exemplificativos, colaciona-se algumas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acerca da aplicação do referido tema:

> (...) Aplica-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que, no julgamento do REsp nº 1.937.821 Tema 1.113, estabeleceu, com eficácia vinculante, na forma do art. 985, inciso I, do CPC, que a base de cálculo do ITBI é o valor da transação do imóvel, sem vincular à base de cálculo do IPTU ou ao valor de referência arbitrado previamente, prevalecendo a veracidade do valor declarado pelo contribuinte, que só pode ser afastado pelo Fisco por meio de processo administrativo próprio (art. 148 do CTN). (...) **(TJSP; Remessa Necessária Cível 1023659-56.2023.8.26.0053; Relator (a): Octávio Machado de Barros; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 11/10/2023).**[19]
>
> ---
>
> (...) O STJ julgou o REsp repetitivo 1.937.821, pacificando de vez a questão, quando se decidiu que sim, os Municípios podem (e devem) calcular o ITBI com base em valores venais distintos daqueles adotados para o cálculo do IPTU, diferença que, ainda conforme o STJ, deriva da diversidade dos fatos geradores e das modalidades de lançamento em cada caso: de ofício, no caso do IPTU; por declaração ou homologação, no caso do ITBI. Por esse mesmo motivo, contudo, o STJ também decidiu que os Municípios não podem simplesmente arbitrar valores venais de referência para o cálculo do ITBI, pois isso configuraria indevido lançamento de ofício, por mera estimativa, em desconsideração às declarações dadas pelo contribuinte, autorizando-se o arbitramento apenas na hipótese em que estas não mereçam fé, nos termos do art. 148 do CTN. Consequentemente, na falta de elementos fáticos que permitam afastar as declarações dadas pelo contribuinte, o ITBI deve ser calculado sobre o valor da transação, valor este que, em respeito ao princípio da boa-fé objetiva, presume-se condizente com o valor médio de mercado do bem transacionado. (...) (**TJSP; Apelação 1055989-14.2020.8.26.0053; Relator (a): Henrique Harris Júnior; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 08/08/2022).**[20]

[19] Ementa: Reexame Necessário – Mandado de Segurança - ITBI - Sentença que concedeu a segurança para determinar o recolhimento do tributo com base no valor da transação - Base de cálculo definida no REsp 1.937.821 - Tema 1.113, do STJ - Tributo devido com base no valor do negócio jurídico - Incidência de correção monetária desde a formalização do negócio diante da necessidade de reposição do valor da moeda pela perda inflacionária - Recurso desprovido.

[20] Ementa: Apelação/ Remessa Necessária - Mandado de segurança – ITBI – Base de cálculo – Adoção de valor venal de referência distinto do valor venal utilizado para o cálculo do IPTU – Necessidade de se distinguir os valores venais empregados em cada caso, afastado, contudo, o arbitramento puro e simples de valor venal de

---

(...) Impossibilidade de aplicação da Lei nº 11.154/91 com redação dada pelas Leis nº 14.125/2005 e 14.256/2006 - Valor de referência afastado no julgamento do Resp nº 1.937.821/SP - (Tema 1113) - Teses fixadas pelo Superior Tribunal de Justiça, que afastam o valor venal de referência e desvinculam a base de cálculo do ITBI do valor venal para fins de IPTU, inclusive como piso da tributação, fixando como parâmetro da base de cálculo o valor da transação declarado pelo contribuinte - Precedentes do STJ. Assim, em face do quanto decidido no mencionado recurso especial, não resta margem para discussão acerca da base de cálculo do ITBI que deve obedecer ao paradigma do valor da transação. (...) **(TJSP; Apelação 1063116-66.2021.8.26.0053; Relator (a): Raul De Felice; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 05/08/2022).**[21]

Portanto, de acordo com o Tema 1.113 do Superior Tribunal de Justiça, os Municípios não poderão mais exigir o recolhimento do ITBI com base em valores previamente fixados, como é o caso do valor venal de referência, utilizado no Município de São Paulo. O contribuinte pagará o imposto com base no valor que declarar, restando ao Fisco aceitar ou realizar o lançamento de ofício da diferença, por meio de processo administrativo de arbitramento (art. 148), mesmo em casos em que haja flagrante disparidade entre os valores declarados pelo contribuinte.

6. Impacto das decisões judiciais na legislação do município de São Paulo

No pior cenário, caso mantido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (Tema 1.113), haverá massiva redução de receitas provenientes do ITBI, vez que o valor declarado pelo contribuinte, na maioria das vezes, é muito inferior ao valor venal de referência e, em alguns casos, menor que o valor venal do IPTU.

A fim de reduzir a queda de arrecadação, os Fiscos Municipais podem se valer do procedimento administrativo de arbitramento para efetuar o lançamento da diferença do valor recolhido a menor, nos casos em que o valor declarado do imóvel não mereça presunção de que é condizente com o real valor de mercado.

Todavia, necessário ressaltar que nem todos os Municípios possuem meios de realizar o

---

referência, em desrespeito ao art. 148 do CTN – REsp repetitivo1.937.821 do STJ – Fixação das seguintes teses jurídicas: "a) a base de cálculo do ITBI é o valor do imóvel transmitido em condições normais de mercado, não estando vinculada à base de cálculo do IPTU, que nem sequer pode ser utilizada como piso de tributação; b) o valor da transação declarado pelo contribuinte goza da presunção deque é condizente com o valor de mercado, que somente pode ser afastada pelo fisco mediante a regular instauração de processo administrativo próprio (art. 148 do CTN); c) o Município não pode arbitrar previamente a base de cálculo do ITBI com respaldo em valor de referência por ele estabelecido unilateralmente." – Magistrado de primeira instância determinou o recolhimento do ITBI com base no valor da transação – Sentença mantida – Recurso Voluntário e Remessa Necessária Desprovidos.

[21] Ementa: Apelação Cível e Reexame - Mandado de segurança – ITBI - Município de São Paulo – ITBI sobre imóveis para fins de integralização de capital social - Sentença que concedeu a segurança para que o recolhimento do ITBI tenha como base de cálculo o valor da transação, afastando o valor venal de referência do município - Impossibilidade de aplicação da Lei n.º 11.154/91 com redação dada pelas Leis n.º 14.125/2005 e 14.256/2006 - Valor de referência afastado no julgamento do Resp n.º 1.937.821/SP – (Tema 1113) - Teses fixadas pelo Superior Tribunal de Justiça, que afastam o valor venal de referência e desvinculam a base de cálculo do ITBI do valor venal para fins de IPTU, inclusive como piso da tributação, fixando como parâmetro da base de cálculo o valor da transação declarado pelo contribuinte – Precedentes do STJ – Valor da transação corrigido monetariamente nos termos da Emenda Constitucional n.º 113/2021 - Sentença mantida – Recursos oficial e voluntário do município não providos.

arbitramento, conforme pontua Wagner Barbosa Pedrotti:[22]

> Os Municípios, na grande maioria, não possuem a estrutura necessária para o lançamento de ofício da diferença entre o imposto declarado e o arbitrado, até pela dificuldade de produzir provas sobre o verdadeiro valor de mercado de imóveis. Mesmo na hipótese de iniciar o processo administrativo para todas as declarações abaixo do valor de mercado, dificilmente esse valor será pago espontaneamente, uma vez que o contribuinte adquirente do imóvel já teria efetivado o registro do seu imóvel. Nesse caso, presume-se que a regra geral será a inscrição em Dívida Ativa do débito e a judicialização da cobrança do ITBI.

No caso do Município de São Paulo, especificamente, o Fisco já vem realizando o procedimento de arbitramento da diferença entre o imposto declarado e o arbitrado, porém, em alguns casos, o entendimento dos Tribunais tem sido desfavorável à Municipalidade. Algumas das principais alegações para a anulação dos autos de infração emitidos pelo Fisco são: (i) a falta de tipificação no artigo 148 do CTN, em razão da não demonstração de incidência das hipóteses de arbitramento;[23] (ii) não observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório,[24] porquanto o lançamento se deu com fulcro em cálculo baseado em laudo de avaliação elaborado unilateralmente pelo Município, sem que tivesse sido dado ciência prévia aos contribuintes; (iii) violação da coisa julgada etc.

Para ilustrar na prática um dos problemas recorrentes defrontados, toma-se como exemplo o cancelamento do auto de infração, em virtude da não observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório, explica-se.

Após o contribuinte realizar o recolhimento do ITBI, cabe a administração fiscal do Município homologar ou não o valor declarado pelo sujeito passivo. Caso haja constatação de eventuais irregularidades, o Fisco Municipal poderá realizar o procedimento administrativo de arbitramento, previsto no art. 148 do CTN, o qual resultará na elaboração de laudos de avaliação de imóveis pertencentes a mesma área daquela em que o imóvel foi adquirido.

Em seguida, a Secretaria Municipal de Finanças realiza a lavratura do auto de infração e notifica o contribuinte para que este se manifeste. Aqui reside o problema, pois os Tribunais têm se posicionado no sentido de que antes de lavrar o auto de infração, o Município deve notificar o contribuinte para que ele enuncie sobre o laudo elaborado pela administração fiscal e só depois seja efetuada a lavratura do auto de infração.

Como a Secretaria Municipal de Finanças não tem seguido essa ordem, alguns autos de infração estão sendo cancelados, sob alegação de violação da ampla defesa e do contraditório, confira-se algumas decisões:

> (...) Não se desconhece o direito do Fisco de se utilizar do art. 148 do CTN (e art. 24 da Lei Municipal nº 11.154/91) para arbitrar o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos. (...) Sempre deve ser observado e respeitado o contraditório e a ampla defesa nesse processo, dando-se a oportunidade do sujeito passivo, em caso de contestação, apresentar uma avaliação contraditória, administrativa ou judicial. (...) Fato é que, *in concreto*, pelos documentos constantes dos autos, evidencia-se que a apelada somente tomou conhecimento do processo administrativo citado quando ele já havia sido finalizado e, principalmente, quando já elaborado laudo de avaliação pelo Fisco e lavrado auto de infração (fls. 63/70, 261/264 e 440/444), transcorrido o seu prazo de defesa.

---

[22] PEDROTTI, Wagner Barbosa. A Base de Cálculo do ITBI após decisão do STJ: análise sobre possível redução da receita e alternativas ao Município. **Fórum de Dir. Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, ano 20, n.º 117, p. 87-98, maio/jun. 2022.

[23] Exemplo: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Cumprimento de Sentença nº 0021216-86.2022.8.26.0053.

[24] Exemplo: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Agravo de Instrumento nº 2212012-28.2023.8.26.0000.

> Ou seja, ainda que tenha havido posterior acesso aos autos e ao que nele ocorreu, a apelada não participou do seu trâmite e não pode se defender em tempo hábil, de modo que houve cerceamento de sua defesa. **(TJSP; Apelação 1074265-59.2021.8.26.0053; Relator (a): Silvana Malandrino Mollo; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 23/11/2023).**[25]

- -

> (...) Extrai-se dos autos que a municipalidade ré, sem observar a necessidade de contraditório e sem respeito ao direito à ampla defesa do contribuinte, arbitrou a base de cálculo do ITBI e comunicou à impetrante a lavratura do respectivo auto de infração e o dever de pagamento da diferença devida, apurada de forma unilateral pela Administração Municipal. Note-se que não se está negando ao Fisco a possibilidade de arbitramento de valor diverso daquele declarado pelo contribuinte quando este for notoriamente inferior ao valor de mercado praticado, exigindo-se eventual diferença a título de ITBI, por meio do exercício da competência que lhe é reconhecida pelo CTN. Entretanto, isso somente poderá ocorrer mediante a instauração de regular processo administrativo, no qual se observe o devido contraditório e a ampla defesa, nos termos do artigo 148 do CTN, o que não ocorreu no caso dos autos, onde tal valor foi arbitrado unilateralmente pelo Município réu, ainda que por meio de alegada avaliação individualizada do imóvel. (...) Portanto, mostra-se clara a ilegalidade do arbitramento praticado pelo Fisco nesse caso em exame, uma vez que a base de cálculo do ITBI não pode ser aferida unilateralmente, sem a observância de critérios, com absoluta subversão do disposto no artigo 148 do CTN, desrespeitando a boa-fé presumida do contribuinte e os princípios do contraditório e da ampla defesa. **(TJSP; Ação Anulatória 1057456-57.2022.8.26.0053; Relator (a): Ricardo Chimenti; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 28/09/2023).** [26]

Diante desse cenário, uma das possibilidades para evitar o problema elencado seria notificar o contribuinte sobre o laudo de avaliação elaborado pela administração fiscal antes de se efetuar a lavratura do auto de infração, ou seja, permitir que o contribuinte apresente um contralaudo.

Por outro lado, talvez, de forma mais contundente, o Município de São Paulo poderia analisar a viabilidade de aplicação de multa tributária para os casos de declarações de compra e venda de imóveis cujos valores sejam muito aquém do piso mínimo do valor venal do IPTU, sabidamente defasado, ou, até mesmo, valor venal de referência, que seria utilizado apenas como parâmetro, sem que tenha sido apresentado elementos probatórios que justifiquem tamanha discrepância entre tais preços.

Nessa hipótese, o contribuinte recolheria o ITBI com base no valor da transação, porém sujeita-se ao pagamento de multa tributária a depender do valor que tenha declarado, caso se verifique que o preço do imóvel está muito aquém do valor venal do IPTU ou valor venal de referência, sem aparente motivo, e, ainda, poderá ser notificado acerca do lançamento

---

[25] Ementa: Apelação Cível - Ação Anulatória de Débito Fiscal – ITBI - Auto de Infração - Instauração de processo administrativo de arbitramento do valor do bem, para fins de cobrança de eventual diferença entre o tributo pago e o devido, nos termos do art. 148 do CTN e do art. 24 da Lei Municipal nº 11.154/91 - Comprovação do cerceamento de defesa do sujeito passivo - Ofensa dos princípios do contraditório e da ampla defesa - Anulação do processo administrativo e do Auto de Infração dele decorrente - Procedência da ação - Sentença mantida - Sucumbência recursal - Recurso da Municipalidade não provido.

[26] Ementa: Ação Anulatória de Auto de Infração - AIIM n. 090.044.173-9 - Contribuinte 013.050.0017-1 - Matrícula Imobiliária 79.305 do 13º CRI da Capital - Lançamento complementar de ITBI - Alegação de ofensa à coisa julgada e, subsidiariamente, de não observância do necessário contraditório no processo administrativo que gerou o lançamento complementar - Sentença que julgou improcedente o pedido - Pretensão à reforma – Acolhimento - Processo administrativo para verificação de eventual discrepância entre o valor da transação do imóvel declarado pelo contribuinte e o valor venal defendido como real pelo Fisco, para arbitramento da base de cálculo do tributo, no qual não foi resguardado o direito do contribuinte ao contraditório e à ampla defesa, nos termos do artigo 148 do CTN - Sentença reformada - Recurso provido.

complementar realizado pelo Fisco por meio do arbitramento.

A definição do percentual da multa a ser aplicada deve levar em consideração o princípio da razoabilidade, sem perder de vista, o caráter punitivo, ou seja, o objetivo principal desta seria inibir comportamentos erráticos tendentes a evasão fiscal.

Em contrapartida, merece destaque, ainda, a controvérsia jurídica quanto à vinculação imediata da Administração Pública aos julgados que recebam a categorização de precedente, como é o caso do Tema 1.113 do STJ, nos termos dos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil.

Pelo texto da lei, o julgado vincula diretamente o Poder Judiciário, mas não a Administração Pública (em que pese haver vinculação de fato). Explica-se, a vinculação administrativa dos agentes públicos decorre única e diretamente da lei, por imposição de cláusula pétrea da Constituição Federal (art. 5º, inciso II). Sendo assim, se o agente público deixa de atuar em consonância com a lei para atuar com fundamento em precedente judicial vinculante, poderá, inclusive, responder administrativamente, civilmente, e até mesmo criminalmente, pelos atos praticados.

Nesse sentido, explica Weber Luiz de Oliveira:[27]

> O princípio da legalidade e sua adoção absoluta são limitadores iniciais à aplicação dos precedentes vinculantes no âmbito da Administração Pública (extrajudicialmente). (...) Os atos dos agentes públicos devem ser respaldados por lei, e não por precedentes. (...) Mesmo se o agente ou administrador público tiver ciência de precedentes vinculantes, e ainda que tais precedentes forem efetivamente a melhor interpretação do direito aplicável ao caso concreto, o sistema jurídico brasileiro delimita e obriga a atuação da administração nos termos da lei, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e criminal.

Importante frisar que não se está defendendo aqui a não aplicação, pela Administração, dos precedentes vinculantes no âmbito administrativo, apenas que se encontre um meio legítimo que observe o princípio da legalidade e dê respaldo aos agentes e administradores públicos.

7. Considerações finais

De todo o exposto, entende-se que o posicionamento exteriorizado pelo Superior Tribunal de Justiça acabou por agravar a situação do Município de São Paulo, tendo em vista que excluiu a utilização do piso mínimo do valor venal do IPTU como parâmetro para a base de cálculo do ITBI.

Antes, a tese fixada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Tema 19) era mais favorável, já que determinava o recolhimento do ITBI com base no valor da transação ou valor venal do IPTU, **o que fosse maior**. Agora, se mantido o entendimento do STJ, o Fisco Municipal sequer poderá utilizar o valor venal do IPTU como piso mínimo para recolhimento do ITBI.

Tal decisão acaba por afetar diretamente a arrecadação de receitas pelo Município, à título de ITBI, vez que os valores declarados de compra e venda de imóveis pelos contribuintes nem sempre refletem o valor real de mercado.

Em que pese o panorama não seja favorável à Municipalidade, ainda é possível reverter a supra decisão, pois pendente de julgamento o Recurso Extraordinário (RE n.º 1.412.419/SP) interposto pelo Município de São Paulo.

Aqui merece destaque alguns pontos levantados pela Municipalidade em seu recurso. Primeiro, defende-se que houve ofensa ao devido processo legal, o que impediria o STJ de

[27] OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes Judiciais na Administração Pública**: limites e possibilidades de aplicação. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodvm, 2019, p.181, 188-191.

apreciar o assunto em recurso especial, conforme previsto no artigo 105, inciso III, da Constituição Federal.

A questão se baseia no procedimento escolhido pelo TJSP para julgar o IRDR. O tribunal elegeu três recursos para o julgamento do IRDR pelo 7º Grupo de Direito Público. Antes disso, no entanto, a 14ª Câmara de Direito Público concluiu o julgamento da apelação. Assim, quando o IRDR foi julgado, não havia caso concreto a ser resolvido, razão pela qual defende-se que a prática ofendeu o artigo 976 do Código de Processo Civil, que prevê como requisito de admissibilidade do IRDR a existência de "causa pendente no tribunal".[28]

Outro ponto elencado na petição, refere-se ao julgamento ultra petita da tese fixada pelo STJ (REsp. 1.937.821/SP). Na ocasião do julgamento, o Tribunal afastou a utilização do piso mínimo do IPTU como parâmetro para a base de cálculo do ITBI, ou seja, prejudicou ainda mais o Município, apesar de não haver recurso do contribuinte. Sendo assim, de fato, existem pontos que precisam ser melhor apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, razão pela qual ainda há chances de reverter a definição da base de cálculo do ITBI.

Por outro lado, em último caso, se mantida a decisão do STJ, ainda há meios do Fisco Municipal diminuir os impactos, ocasionados pelo julgamento do REsp. n.º 1.937.821/SP, na arrecadação do ITBI. Conforme pontuado no presente trabalho, a Municipalidade deve buscar realizar o procedimento administrativo de arbitramento de forma mais transparente possível a fim de evitar anulação dos autos de infração complementar lavrados e estudar a possibilidade de aplicação de multa tributária em casos específicos.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.], p. 167.

BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Direito tributário brasileiro**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 321.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 60.

CONTI, José Maurício. O imposto sobre a transmissão de bens imóveis (ITBI): principais questões. **Direito Tributário Atual**, n. 16, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2001, p. 100-111.

FURLAN, Valéria. **IPTU**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 100.

HARADA, Kiyoshi**. ITBI**: doutrina e prática. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 125.

MACEDO, José Alberto Oliveira. **ITBI:** aspectos constitucionais e infraconstitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 262-263, 267, 271.

MAJDOUB, Mohamed. Município de São Paulo retira consulta do valor venal de referência. **Migalhas**, 2023. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/344058/municipio-de-sao-paulo-retira-consulta-do-valor-venal-de-referencia Acesso em: 14 dez. 2023.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes judiciais na administração pública**: limites e possibilidades de aplicação. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodvm, 2019, p. 181, 188-191.

PEDROTTI, Wagner Barbosa. A base de cálculo do ITBI após decisão do STJ: análise sobre

[28] VITAL, Danilo. Questão processual ameaça tese do STJ sobre base de cálculo do ITBI. **Consultor Jurídico,** 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-out-28/questao-processual-ameaca-tese-stj-base-calculo-itbi/. Acesso em: 12 jan. 2024.

possível redução da receita e alternativas ao Município. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, ano 20, n. 117, p. 87-98, maio/jun. 2022.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1461.

VITAL, Danilo. Questão processual ameaça tese do STJ sobre base de cálculo do ITBI. **Consultor Jurídico**, 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-out-28/questao-processual-ameaca-tese-stj-base-calculo-itbi/. Acesso em: 12 jan. 2024.

Direito à saúde, discricionariedade, finalidade e a (im)possibilidade de controle do mérito administrativo à luz do RE nº 684.612/RJ

Right to health, discretion, purpose, and the (im)possibility of controlling administrative merit in light of EA nº 684.612/RJ

Nicolaus Felipe Mendes Prota Torrens[1]

RESUMO

Este estudo tem por objeto a revisitação dos conceitos de finalidade, discricionariedade e mérito administrativo, a fim de analisar a possibilidade do controle judicial do mérito administrativo para garantia do direito à saúde, tendo como plano de fundo o julgamento do RE nº 684.612/RJ. Examina o tema à luz da teoria neoconstitucionalista da discricionariedade administrativa, em que a fonte é o Direito, globalmente considerado.

Palavras-chave: direito à saúde; discricionariedade; finalidade; mérito; controle judicial.

ABSTRACT

This study aims to revisit the concepts of purpose, discretion, and administrative merit, analyzing the possibility of judicial control for judicial control over administrative merit as a means of safeguarding the right to health. The analysis is contextualized by the judgment of RE No. 684.612/RJ. It examines the theme in light of the premises of neo-constitutionalist theory of administrative discretion, in which the source is the Law, globally considered.

Keywords: right to health; discretion; purpose; merit; judicial control

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 inovou o ordenamento jurídico brasileiro ao alçar o direito à saúde à categoria dos direitos fundamentais e elencá-lo como dever do Estado, conferindo-lhe, assim, a mais alta importância e normatividade. Diante disso, a assistência à saúde deixa de ser mera norma programática e ganha contornos de direito subjetivo, de modo que o Poder Público passa a ter o dever de zelar pela garantia e implemento de políticas públicas que visem à redução do risco de doença e o acesso universal e igualitário a tratamento.

Não obstante, a constitucionalização do direito à saúde, se por um lado representou verdadeiro vetor de mudanças em nossa sociedade com a implementação do Sistema Único de Saúde e a melhoria de diversos indicativos, os constantes desafios na implementação de políticas públicas ocasionaram a busca pela tutela jurisdicional para que seus objetivos fossem concretizados em casos de omissão do Poder Público, o que deu origem ao fenômeno da judicialização da saúde, hoje tão debatido na doutrina e jurisprudência.

[1] Residente jurídico do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo, alocado na Secretaria Municipal da Fazenda - SF (2022-2025). Especialista em Direito Tributário pela FGV-SP. Bacharel em Direito pela PUC-SP. E-mail: nicolaus.prota@gmail.com

Contudo, a discussão acerca da implementação de Políticas Públicas e o direito à saúde perpassa invariavelmente pela atuação dos gestores públicos e a discricionariedade do ato administrativo para a realização de determinadas políticas em vez de outras, construir um hospital ou uma Unidade Básica de Saúde? Promover a abertura de concursos públicos para a contratação de médicos ou realizar a contratação de uma Organização da Sociedade Civil para que essa realize a prestação dos serviços? São questionamentos que diariamente são enfrentados pelos gestores públicos no Brasil e que, embora sejam pautados (ou assim deveriam ser) em estudos técnicos, decorrem também da atuação humana do gestor, suas concepções e visão de mundo.

Cumpre ressaltar que, no âmbito do direito à saúde e dos direitos fundamentais, a discussão se torna ainda mais sensível dado o caráter de justiciabilidade dos direitos e o dever inafastável do Estado de respeitar o direito à vida e a dignidade humana.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal tem admitido a intervenção do Judiciário para a implementação de políticas públicas, em situações excepcionais, quando comprovada a inércia ou morosidade do ente público. Portanto, uma vez comprovada a ausência ou grave deficiência do serviço público, decorrente da inércia ou excessiva morosidade do Poder Público, com o descumprimento de seus deveres institucionais, o Poder Judiciário estaria autorizado a atuar de forma mais proativa, em especial se estiver em discussão direitos fundamentais.

Em recente decisão, a Corte paradigmaticamente julgou o RE nº 684.612/RJ[2], sob o regime de Repercussão Geral (Tema nº 698), no qual além de consolidar a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais, fixou parâmetros para permitir a efetiva atuação judicial.

Não obstante o voto do Ministro Barroso seja bastante elucidativo, em um cenário de conceitos jurídicos indeterminados, como é o implemento do direito à saúde e dada a relevância do tema e o efeito multiplicador das decisões da Suprema Corte, o presente trabalho propõe a revisitação dos conceitos de discricionariedade, mérito e finalidade administrativa, a fim de refletir acerca da possibilidade (ou impossibilidade) de controle do mérito administrativo diante de direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, tendo como plano de fundo o caso analisado pelo STF.

Portanto, é inegável que ante o paradigma do neoconstitucionalismo[3] e a constitucionalização dos direitos sociais, em contraste a uma realidade social de tantas carências e desigualdades regionais, impõe-se, em alguma medida, a atuação do Poder Judiciário, resta, contudo, o questionamento quanto aos limites dessa intervenção e se seria válido ao Poder Judiciário se imiscuir no mérito administrativo.

2. O Direito à saúde na Constituição Federal de 1988

A partir da análise do tratamento do direito à saúde no constitucionalismo brasileiro, observa-se que, até o advento da Constituição Federal de 1988, embora o país já sofresse com conhecidos problemas de saúde pública, seu tratamento era tímido, enquanto as Constituições

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário RE 684612/RJ**. Tema 698 - Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção. Recorrente: Municipio do Rio de Janeiro. Recorrido: Ministério Público do Rio de Janeiro. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, j. 03.07.2023. Dje 07.08.2023 Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15362009287&ext=.pdf. Acesso em: 01 abr. 2024.

[3] Conforme apontado por Ricardo Marcondes Martins as principais características associadas ao neoconstitucionalismo são: a) a divisão entre regras e princípios; b) a aplicação do direito por ponderação; e c) e a vinculação necessária entre direito e moral. (MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo: perscrutação sobre a pertinência do prefixo. **Revista Internacional de Direito Público - RIDP**, ano 2, n. 3, p. 9-37, jul./dez. 2017a)

de 1891 e 1824 não mencionam expressamente o direito à saúde, as demais apenas se referiam à saúde no que tange à competência dos entes federativos de legislar sobre defesa e proteção da saúde, além de estabelecer e executar planos de saúde.[4]

Aponta Patrícia Pizarro Werner[5] que a constitucionalização do direito à saúde no Brasil é fruto de um longo processo histórico que teve início ainda na Era Vargas com o surgimento das Conferências Nacionais de Saúde, cujas propostas vieram a ser posteriormente incorporadas na Assembleia Nacional Constituinte:

> O Brasil delineou um projeto minucioso para dar efetividade ao direito à saúde, sem precedentes até então, retrato da consolidação de diversas experiências históricas, da eficaz atuação social e do movimento sanitarista, reunidas em deliberações das Conferências de Saúde, que tiveram início na Era Vargas, quando foi realizada a 1ª Conferências Nacionais de Saúde (CNS), em 1941, tendo como ponto auge a 8ª CNS, em 1986, quando foi moldada uma proposta de forma legítima que veio a ser incorporada pela Assembleia Nacional Constituinte ao elaborar a Constituição de 1988.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 inovou o ordenamento jurídico brasileiro ao alçar o direito à saúde à categoria dos direitos fundamentais, elencando-o no rol do artigo 6º, que abre o Capítulo II (‘Dos Direitos Sociais’) do Título II, destinado expressamente à disciplina dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Apontam Sueli Dallari e Vidal Serrano Jr[6] que a fundamentalidade do direito à saúde se estende a todos os dispositivos destinados ao tema, o que revela que os artigos. 196 a 200 da Constituição também fazem jus a tal identificação. Os autores apontam ainda que a inclusão da saúde como parte dos direitos fundamentais implica a existência, ao menos do ponto de vista dos princípios gerais, de um regramento comum a todos os demais direitos que integram a esta categoria jurídica. Desse modo, atribui-se a saúde os aspectos essenciais que caracterizam os direitos fundamentais em geral: a historicidade, universalidade, autogeneratividade.

Da análise da topografia constitucional do direito à saúde, em especial dos artigos 194 a 200 do texto constitucional, verifica-se ainda a formação de uma Ordem Constitucional da Saúde. Da mesma forma, instituiu o art. 194 ser a saúde integrante do sistema de seguridade social do País, ao lado dos arts. 196, de modo que os princípios elencados no art. 194 da Constituição Federal, relativos à seguridade social, aplicam-se indistintamente aos três direitos dispostos no mesmo artigo: à saúde, à previdência e à assistência social.[7]

A Constituição Federal não apenas elevou o direito a saúde a categoria de direito fundamental, mas o elencou como um dever. É o que decorre da dicção do art. 196, segundo o qual: “a saúde é direito de todos e dever do Estado...”, ressaltando-se seu caráter prestacional. Como aponta Canotilho, somente em alguns casos é que os direitos sociais conferem aos cidadãos (a todos e a cada um) um direito imediato a uma prestação efetiva, sendo necessário

---

[4] CARVALHO, Mariana Siqueira de. A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, 2003, v. 4, n. 2, p. 15-31, 2 jul. 2003.

[5] WERNER, Patricia Ulson Pizarro. Direito à saúde. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Coordenação de tomo: NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

[6] DALLARI , Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 67.

[7] CORDEIRO, Hésio. Descentralização, universalidade e equidade nas reformas da saúde. **Ciênc. Saúde Coletiva**, São Paulo, v. 6,n. 2, 2001.Disponívelem: https://www.scielo.br/j/csc/a/cR5fBb9MWJRFmvgn4DhrLgN/?lang=pt. Acesso em: 04 out. 2024.

que tal decorra expressamente do texto constitucional, é o que ocorre no caso do direito à saúde.[8]

Ainda, a segunda parte do caput, do art. 196 da Constituição Federal preconiza o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, refletindo neste ponto, não só a noção de igualdade constante do caput do art. 5º, como também a premissa republicana ao art. 19, III.[9] Acerca do tema o Min. Celso de Mello, no julgamento do RE nº 393.175 AgR/RS, que discutia o fornecimento gratuito de medicamentos a pessoa carentes portadoras de transtornos psiquiátricos, destacou o caráter universal e igualitário da assistência farmacêutica e médico-hospitalar, dada a indissociabilidade com o direito à vida:

> O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional

Sueli Dallari e Vidal Serrano[10] ressaltam ainda a relevância do princípio da integralidade, segundo o qual o dever do Estado não pode ser limitado, mitigado ou dividido, pois a saúde como bem coletivo e de desenvolvimento pressupõe uma abordagem assistencial completa, envolvendo todos os seus aspectos. Os autores entendem ainda que, embora a Constituição Federal não tenha feito referência expressa ao princípio da gratuidade, segundo o qual se proíbe toda e qualquer forma de cobrança do usuário por ações, serviços e equipamentos públicos de saúde, ao eleger a saúde como direito de todos e dever do Estado depreende-se tal comando. A despeito disso, considerando os escassos recursos públicos, entende-se adequado algum temperamento a tal entendimento, de modo que a efetiva necessidade deverá consistir em parâmetro a ser sopesado na avaliação da pleiteada gratuidade de atendimento e tratamento no âmbito do SUS, incidindo nessa ponderação, entre outros, os princípios da solidariedade, da subsidiariedade e da proporcionalidade.

Com efeito, diante das imensas carências de serviços públicos de saúde e limitados recursos públicos, impõe-se a discussão acerca dos critérios adotados para a alocação dos recursos públicos, especialmente diante da ponderação entre o direito à saúde, umbilicalmente ligado à dignidade da pessoa humana, e os demais valores constitucionais e demandas públicas, bem como os limites para a intervenção do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas.

3. A judicialização do direito à saúde e o RE nº 684.612/RJ

Conforme aponta Luís Roberto Barroso[11], o fenômeno da judicialização compreende a decisão de questões de larga repercussão política ou social pelos órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo.

---

[8] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991., p. 130.
[9] DALLARI, NUNES JÚNIOR, *op. cit*., pág. 72.
[10] DALLARI, NUNES JÚNIOR, *op. cit*
[11] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

Segundo o autor, a primeira grande causa da judicialização no Brasil foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. A segunda causa teria sido a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária, o que, no caso do direito à saúde pode ser verificado pelo especial e vasto tratamento dado ao tema na Constituição Federal.

A terceira e última causa da judicialização seria o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o qual combina o modelo europeu e o modelo americano. O modelo americano concentrado que permite que determinadas matérias sejam levadas ao Supremo Tribunal Federal diretamente, por meio de amplo rol de legitimados que combina entidades públicas e privadas – como as sociedades de classe de âmbito nacional, confederações e os partidos políticos. E o modelo americano, incidental e difuso que permite que qualquer juiz ou tribunal afaste lei caso a considere inconstitucional.

No âmbito do direito à saúde, o caráter fundamental do bem, o especial e abrangente tratamento conferido pela Constituição Federal e pela legislação e a dependência da saúde pública contribuem para o aprofundamento do fenômeno.

Nesse contexto, dada a enorme repercussão social do tema, o impacto orçamentário para os entes federativos, observa-se que a jurisprudência, em especial do Supremo Tribunal Federal, vem estabelecendo parâmetros de interpretação baseados em critérios objetivos, com o objetivo de promover maior racionalização às soluções dessas demandas e mitigar os efeitos econômicos.

Em breve digressão, uma das primeiras manifestações da Corte a respeito do tema ocorreu com a STA nº 175/CE, de 18 de setembro de 2009, que após a promoção de audiências públicas, estabeleceu requisitos a serem observados nas decisões de deferimento da realização do direito à saúde pelo Estado, os quais podem ser assim sintetizados:[12]

> No julgamento do recurso, ao analisar diversas questões relacionadas ao direito à saúde e à judicialização, o relator buscou estabelecer parâmetros para análise das ações judiciais referentes ao fornecimento de medicamentos e tratamentos pelo SUS. Em síntese, são eles: (i) quando o tratamento já for previsto nas políticas públicas existentes, cabe ao Judiciário garantir seu efetivo cumprimento; (ii) a administração pública não poderá ser condenada a fornecer fármaco que não possua registro na Anvisa; (iii) o fornecimento de um tratamento alternativo a algum oferecido pelo SUS só poderá ser exigido se for comprovada a ineficácia ou a inadequabilidade, para determinado paciente, do tratamento já oferecido; (iv) o Estado não pode ser condenado a fornecer tratamento experimental, isto é, em fase de pesquisa e sem comprovação científica de sua eficácia; (v) a pretensão a tratamentos não mais considerados experimentais, mas que ainda não foram incorporados pelo SUS, deve ser avaliada cuidadosamente nas respectivas ações individuais e/ou coletivas (STA 175/CE).

Com relação especificamente ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, em 23/05/2019, o STF, no julgamento do RE nº 855.178 (Tema nº 793) definiu que os entes da Federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, competiria à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

[12] LOPES , Luciana de M. N.; COELHO , Tiago L.; DINIZ, Semíramis D.; ANDRADE , Eli L G.. Judicialização e jurisprudência: Utilização da STA 175/CE em acórdãos em saúde no Estado de Minas Gerais. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 185-201, mar/jun. 2019.

Ainda em 09/11/2020, no julgamento do RE nº 657.718/MG (Tema nº 500/STF)[13], a Corte definiu que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais e a ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial, de modo que as demandas que visam o fornecimento de medicamentos sem registro no órgão devem ser necessariamente propostas em face da União.:

Posteriormente em 22/10/2021, a Corte analisou o dever do Estado de fornecer medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária (Tema nº 1161), o qual foi admitido desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS.

Em recente decisão, a Corte julgou, após, de forma inédita, a homologação de acordo interfederativo entre União, Estados e Municípios, o RE nº 1.366.243 (Tema nº 1234), com o objetivo de definir a legitimidade passiva da União e competência da Justiça Federal, nas demandas que versem sobre fornecimento de medicamentos registrados na ANVISA, mas não padronizados no SUS.

Em síntese, a Corte entendeu que tramitarão perante a Justiça Federal quando o valor do tratamento anual específico do fármaco ou do princípio ativo, for igual ou superior ao valor de 210 salários mínimos, de modo que as ações de fornecimento de medicamentos incorporados ou não incorporados, serão custeadas integralmente pela União, cabendo, em caso de haver condenação supletiva dos Estados e do Distrito Federal, o ressarcimento integral pela União.

O voto condutor do Ministro Gilmar Mendes previu ainda a criação de plataforma nacional com o objetivo de centralizar as informações relativas às demandas administrativas e judiciais de acesso a fármacos, de modo a orientar os atores ligados ao sistema público e permitir o compartilhamento de informações com o Poder Judiciário. Tal plataforma permitiria ainda a identificação do ente responsável pelo custeio do medicamento e o monitoramento dos pacientes beneficiários de decisões judiciais.

A evolução da jurisprudência do STF demonstra a crescente preocupação da Corte em estabelecer parâmetros para que a atuação do Judiciário se paute por critérios de racionalidade e eficiência, o que deve ser compatibilizado com a proteção do mínimo existencial do direito à saúde.

Superada essa digressão inicial, o presente artigo terá como plano de fundo a análise do RE nº 684.612/RJ[14], julgado sob o regime de Repercussão Geral (Tema nº 698), em 03/07/2023, o qual tinha como objetivo definir a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas urgentes com a finalidade de assegurar o direito à saúde, em substituição ao juízo de oportunidade e conveniência do Poder Executivo para a prática do

---

[13] I - O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais; II - A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial; III - É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil; IV - As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

[14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário RE 684612/RJ**. Tema 698 - Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção. Recorrente: Municipio do Rio de Janeiro. Recorrido: Ministério Público do Rio de Janeiro. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, j. 03.07.2023. Dje 07.08.2023 Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15362009287&ext=.pdf. Acesso em: 01 abril 2024.

ato administrativo, bem como sem indicar as receitas orçamentárias necessárias ao cumprimento da obrigação imposta.

A ação de origem trata-se de Ação Civil Pública na qual eram discutidas as más condições de hospital público administrado pelo Município do Rio de Janeiro, por meio da qual o Ministério Público pleiteou: (i) a abertura de concurso público para o provimento de cargos vagos na área da saúde, a fim de que fosse suprido déficit de pessoal apontado; (ii) que os servidores aprovados nesse concurso sejam lotados, especificamente, no Hospital Municipal Salgado Filho; e (iii) que fossem sanadas, pela Administração Municipal, todas as irregularidades apontadas com relação ao referido hospital pelo relatório elaborado pelo Conselho Regional de Medicina – CREMERJ.

Conforme apontado no voto do Relator, Ministro Lewandowski, trata-se de caso de patente gravidade, o que foi demonstrado por meio de inspeções realizadas no hospital:

> No caso em exame, diante do conteúdo dos relatórios das inspeções realizadas pelo Sindicato dos médicos do Rio de Janeiro - SINMED (fls. 162/189 do inquérito civil 635/02) e pelo CREMERJ (fls. 193/352), verifica-se que o Hospital Salgado Filho encontra-se sem condições de prestar serviço médico adequado. Dentre os problemas encontrados no nosocômio, pode-se mencionar a falta de manutenção dos aparelhos de raio X; falta do aparelho chamado 'arco em C'; falta de três neurocirurgiões; déficit de sete cirurgiões, além de um cirurgião infantil especializado, nos plantões; necessidade de implantação de UTI infantil e neo-natal, com pessoal especializado, ausência de urologista, o que deixa desativado o serviço de urologia, falta de tela de cirurgia para hérnia, na emergência é preciso a contratação de um cirurgião toráxico, bem como de cinco plantonistas em cirurgia vascular e alta taxa de mortalidade A gravidade e precariedade da situação das unidades hospitalares têm como principal causa a falta de investimento do Município no setor.

Embora o Município do Rio de Janeiro tenha restado vencido perante o Tribunal de Justiça, na Suprema Corte prevaleceu o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, no sentido de dar parcial provimento ao Recurso Extraordinário da Municipalidade. O Ministro apontou que, a despeito do acórdão recorrido ter reconhecido a omissão específica do Município do Rio de Janeiro no cumprimento de seu dever constitucional de garantir o direito à saúde, as providências determinadas pelo Tribunal, não se limitam a indicar a finalidade a ser atingida. Em lugar disso, interferem fortemente no mérito administrativo ao determinar, por exemplo, a contratação de pessoal via concurso público e a sua lotação em determinado hospital da rede municipal de saúde. A tese de repercussão geral fixada foi a seguinte:

> 1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2**. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado;** 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).

O voto do Ministro Barroso, na esteira da jurisprudência do STF em racionalizar a intervenção judicial em políticas públicas, estabeleceu cinco parâmetros com o objetivo de permitir a atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais, respeitado o espaço de discricionariedade do administrador.

Aponta o Ministro que, em *primeiro lugar*, para a intervenção do Poder Judiciário, deve ser demonstrada a ausência ou grave deficiência do serviço público, decorrente da inércia ou

excessiva morosidade do Poder Público. Em *segundo lugar*, dever-se-ia observar a possibilidade de universalização da providência a ser determinada, considerados os recursos efetivamente existentes, dada a finitude e insuficiência dos recursos públicos.

Em *terceiro lugar*, o órgão julgador deveria determinar a finalidade a ser atingida, mas não o modo como ela deverá ser alcançada, pois, estabelecida a meta a ser cumprida, diversos seriam os meios com os quais se pode implementá-la, cabendo ao administrador optar por aquele que considera mais pertinente e eficaz.

Em *quarto lugar*, a decisão judicial deverá estar apoiada em documentos ou manifestações de órgãos técnicos, que podem acompanhar a petição inicial ou compor a instrução processual, a fim de mitigar a ausência de expertise e capacidade institucional.

Em *quinto lugar*, é apontada a importância da participação de terceiros, sempre que possível, com a admissão de *amicus curie* e designação de audiências públicas, com a participação, além dos destinatários da decisão, de entidades da sociedade civil, o que contribui para a legitimidade democrática da decisão e facilita a tomada de decisão a partir de diversas perspectivas.

Com efeito, o julgamento do RE nº 684.612/RJ, ao fixar que caberia ao julgador apontar a finalidade a ser atingida na intervenção em políticas públicas voltadas a direitos fundamentais, representou marca na jurisprudência da Corte ao privilegiar o respeito a margem de discricionariedade do administrador em detrimento de medidas casuísticas.

É inegável, contudo, que diante do paradigma do neoconstitucionalismo e a constitucionalização dos direitos sociais, em contraste a uma realidade social de tantas carências e desigualdades regionais, impõe-se, em alguma medida, a atuação do Poder Judiciário, resta o questionamento quanto aos limites dessa intervenção e se seria válido ao Poder Judiciário se imiscuir no mérito administrativo.

Ricardo Marcondes Martins[15] pontua que, ao contrário do que ocorre na liberdade, na qual o agente poderia se basear meramente em seu livre-arbítrio, no âmbito da discricionariedade, o agente público, embora pautado por suas convicções subjetivas, deve escolher a alternativa, dentre as possíveis, aquela que melhor atenda à realização do interesse público, sob pena de invalidade do ato.

Tendo como plano de fundo o caso analisado, ante as diversas irregularidades apontadas no serviço de saúde municipal, não se parece válido, por exemplo, que o gestor optasse por realizar melhorias no serviço de educação municipal com a construção de novas creches. Ou ainda, mesmo que o gestor se empenhasse em solucionar as mazelas da saúde pública, caso fossem realizadas melhorias no hospital, mas fossem contratados profissionais em número insuficiente para atender a demanda diária de pacientes, igualmente não se estaria diante de um ato válido.

Em que pese o voto do Ministro Barroso seja bastante elucidativo, em um cenário de conceitos jurídicos indeterminados, como é o implemento do direito à saúde e dada a relevância do tema e o efeito multiplicador das decisões da Suprema Corte, o presente artigo revisitará os conceitos de discricionariedade, finalidade e mérito administrativa, a fim de refletir acerca da possibilidade (ou impossibilidade) de controle do mérito administrativo diante de direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, tendo como plano de fundo o caso analisado pelo STF.

4. Discricionariedade, finalidade e mérito administrativo

[15] MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e poder judiciário: a utilização de princípios na fundamentação da sentença. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (Coord.). **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. v. 1.

4.1 Discricionariedade

A Constituição Federal elegeu o pluralismo político como um dos fundamentos do Estado Brasileiro, impondo-se o reconhecimento e a proteção de diferentes ideologias e visões de mundo, todas em patamar de igualdade e juridicamente válidas, fundamento este para a discricionariedade.[16]

Com efeito, os atos classificam-se tendo em vista os limites impostos ao exercício da competência, em: *atos decorrentes de exercício de competência vinculada e atos decorrentes do exercício de competência discricionária*, tema que embora seja objeto de inúmeros trabalhos ainda hoje é controverso na doutrina.[17]

Conforme a concepção legalista da discricionariedade, adotada de forma majoritária pela doutrina brasileira[18] esta é constituída pela atuação do Legislador, de modo que a lei confere ou não a possibilidade de escolha à Administração Pública, se esta é conferida, há discricionariedade, em caso negativo, vinculação. Por sua vez, segundo a concepção neoconstitucionalista, conforme as lições de Ricardo Marcondes Martins[19], embora o Legislador possa estabelecer no plano abstrato, razões *prima facie* que reduzam a possibilidade no plano concreto, a discricionariedade decorre da análise do Direito globalmente considerado e não da lei, de modo que é a ponderação à luz do caso concreto que indicará se há ou não duas ou mais soluções admitidas pelo Direito, o presente artigo adotará a segunda concepção.

Diante disso, ao exercer a competência legislativa, o legislador identifica os princípios constitucionais (valores) e, no âmbito da discricionariedade, elege aqueles que pretende concretizar. Após a escolha, respeitado o postulado da proporcionalidade, é realizada a ponderação entre o valor escolhido e os valores conflitantes e, no plano abstrato, é fixada a forma de concretização. Por outro lado, à Administração cabe realizar as ponderações no plano concreto, tendo em vista as ponderações realizadas pelo legislador – o peso dos referidos princípios formais, em atenção ao princípio da legalidade.[20]

Nas hipóteses de remissão expressa o Legislador atribui de forma evidente a decisão sobre o *momento*, o *meio* ou a *forma* de sua atuação, enquanto na remissão tácita este se vale de conceitos vagos fluídos ou indeterminados, - especialmente relevantes no contexto dos direitos fundamentais e do direito à saúde - deixando-se ao administrador o encargo de, diante do caso concreto, precisar seu significado e completar a norma.[21] Ressalta-se que mesmo os conceitos vagos, fluídos ou indeterminados, por definição, possuem uma *zona de certeza*

---

[16] Conforme apontado por Ricardo Marcondes Martins a partir das lições sintetizadas por Queiró (MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria neoconstitucional da discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance**. São Paulo, n. 30. Ano 8, p. 71 – 113, jul./set. 2024.)

[17] Conforme aponta Ricardo Marcondes Martins: A teoria da discricionariedade já foi chamada tanto de quaestio diabolica como de cavalo de Troia do direito administrativo do Estado de Direito. A primeira assertiva decorre do fato de que os estudiosos usam a expressão em significados absolutamente distintos, sem esclarecer esse fato, o que gera uma lamentável confusão A segunda decorre do fato de que ela é comumente utilizada por agentes estatais para fundamentar arbitrariedades. (*Ibidem*).

[18] Segundo Maria Sylvia Zanella de Pietro, por exemplo, há discricionariedade quando o regulamento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa, de tal modo que deixa certa "margem de liberdade" de decisão diante do caso concreto. Diante disso, a autoridade poderia optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas 2014, pág. 221)

[19] MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo. In: MARCONDES MARTINS, Ricardo; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Orgs.). **Tratado de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 5, p. 140.

[20] *Ibidem*, pág. 140.

[21] *Ibidem*, pág. 140.

positiva, em que, certamente, o conceito está presente, uma *zona de certeza negativa*, em que, sem dúvida, o conceito está ausente, e uma *zona de incerteza.*[22]

Portanto, segundo a teoria neoconstitucionalista é a ponderação à luz do caso concreto que indicará se há ou não duas ou mais soluções admitidas pelo Direito, o que se dá por meio dos chamados princípios formais[23] da teoria de Robert Alexy, os quais não se referem, ao contrário dos materiais, a um valor específico, mas a uma decisão, a qual deve ser respeitada na maior medida possível, tendo em vista as circunstâncias fáticas ou jurídicas – assegurando-se ao agente estatal a busca pelo interesse público, segundo seus critérios subjetivos. Ressalta-se, apenas, que em razão da completude ou incompletude normativa os princípios formais não são equivalentes, de modo que quanto *maior* for a *completude normativa*, *maior* será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação legislativa e menor será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação administrativa; enquanto que quanto *menor* for a completude normativa, maior será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação administrativa e menor será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação legislativa.[24]

Com efeito, antes de adentrar no conceito de discricionariedade, cabe esclarecer as hipóteses de vinculação segundo a teoria neoconstitucionalista, as quais surgem por meio da ponderação dos princípios formais aplicáveis *in concreto*, conforme aponta Ricardo Marcondes Martins[25] Na primeira situação, o sistema jurídico pode exigir a aplicação de uma regra abstrata

---

[22] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo.** 27. ed. Brasil: Malheiros, 2010, p. 436.

[23] Há princípios formais – chamados de especiais – que apenas atribuem a outros um peso adicional no plano abstrato, e há princípios formais – chamados de fundamentais – que têm a missão de assegurar escolhas volitivas. Há inúmeros especiais, mas apenas cinco fundamentais: 1) o princípio formal que dá primazia às ponderações do constituinte originário (Pfco), restringido apenas pelos postulados normativos, entendidos como pressupostos epistemológicos de compreensão do Direito; 2) o princípio formal que dá primazia às ponderações do constituinte reformador (Pfcr), restringido pelos postulados e por todos os limites expressos e implícitos ao poder de reforma40; 3) o princípio formal que dá primazia às ponderações do legislador (Pfl), restringido pelos postulados e todas as normas constitucionais; 4) o princípio formal que dá primazia às ponderações da Administração (Pfa), restringido pelos postulados e todas as normas constitucionais e legislativas; e 5) o princípio formal que dá primazia às ponderações dos particulares (Pfp), restringido pelos postulados e todas as normas constitucionais, legislativas e administrativas. Os quatro primeiros têm a missão de assegurar o respeito ao exercício da discricionariedade; o último, o respeito à liberdade. Há uma ordem decrescente de pesos, estabelecida pela lei doutrinária das competências normativas: Pfco > Pfcr > Pfl > Pfa > Pfp. (MARTINS, 2024, *op.cit.)*

[24] Esses princípios formais, importante notar, não são equivalentes. Aqui se revela uma das consequências da completude ou incompletude normativa: quanto maior for a completude normativa, maior será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação legislativa ("Pfl") e menor será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação administrativa ("Pfa"); quanto menor for a completude normativa, maior será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação administrativa ("Pfa") e menor será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação legislativa ("Pfl"). Trata-se da lei doutrinária da discricionariedade administrativa. Quanto maior o peso de "Pfl" e quanto menor o peso de "Pfa", maior a probabilidade de haver, no caso concreto, vinculação; quanto menor o peso de "Pfl" e maior o peso de "Pfa", maior a probabilidade de haver no caso concreto discricionariedade. Logo, a completude normativa gera um indício de vinculação e a incompletude um indício de discricionariedade. (*Ibid.)*

[25] 1) pode ocorrer a situação em que, considerando-se o princípio formal (Pfl), o sistema jurídico imponha a aplicação da regra abstrata (R1) ou, na ausência de regra, imponha a inação; em outras palavras, o princípio concretizado pela regra ou pela inação (P1), acrescido do princípio formal que lhe dá primazia (Pfl), tenha tal peso no caso concreto que não seja, nem de forma parcial, razoavelmente afastado por outro princípio, considerando- se, também, o princípio formal que dá primazia à ponderação administrativa (P1 + Pfl > P2 + Pfa). Nesse caso, a única solução jurídica correta é a aplicação da regra ou, na ausência desta, a inação;
2) pode ocorrer, porém, a situação em que, considerando o peso do princípio "P2", independentemente do peso do princípio formal que dá primazia à ponderação administrativa (Pfa), o sistema imponha sua concretização, a despeito da existência de uma regra "R1", concretizadora do princípio "P1" (P2 > P1 + Pfl + Pfa), caso em que a única solução jurídica seja a concretização do princípio "P2" e o afastamento da regra. (*Ibid.)*

ou, se não houver regra aplicável, determinar a inação, em razão do princípio formal concretizado ter maior peso do que qualquer outro princípio concorrente, portanto, a única solução juridicamente correta é seguir a regra existente ou, na ausência dela, optar pela inação (P1 + Pfl > P2 + Pfa). Na segunda situação, o princípio "P2" pode ter um peso maior no caso concreto, independentemente do princípio formal que privilegia a ponderação administrativa (Pfa). Nesse caso, mesmo que exista uma regra "R1" baseada no princípio "P1", o sistema jurídico exige que o princípio "P2" prevaleça (P2 > P1 + Pfl + Pfa). Aqui, a única solução correta é aplicar o princípio "P2" e desconsiderar a regra "R1".

Tendo como plano de fundo o direito à saúde, a fim de ilustrar as hipóteses de competência *vinculada* acima descritas, suponha que o legislador, ao identificar o mandamento constitucional de universalização da saúde pública (P1), edite lei que determine que os hospitais da rede da rede pública devam assegurar a realização de, ao menos, 5000 atendimentos de emergência em prontos socorros por dia e 2500 atendimentos de consultas com especialistas e procedimentos eletivos por mês. A despeito disso, o administrador com intenção de modernizar os hospitais, com fundamento no princípio da atualidade (P2), pretende realizar a reforma das instalações dos quartos dos hospitais, a fim de assegurar maior conforto aos pacientes, o que, em razão dos limitados recursos públicos, obrigaria a rede de saúde a reduzir pela metade a demanda de pacientes atendidos.

Em que pese a relevância da garantia de instalações confortáveis e modernas na rede pública, ao realizar a ponderação entre os princípios envolvidos, a universalização da saúde (P1), com o atendimento de patamar *mínimo* de pacientes *versus* a busca da atualidade do serviço prestado (P2), o princípio concretizado pela regra (P1), acrescido do princípio formal que lhe dá primazia (Pfl), tem tal peso no caso concreto que não se mostra razoável afastá-lo por outro princípio, considerando-se, também, o princípio formal que dá primazia à ponderação administrativa (P1 + Pfl > P2 + Pfa). Trata-se, portanto, de hipótese de competência vinculada de modo que a única solução jurídica correta é a aplicação da regra ou, na sua ausência, a não aplicação.

Ainda tendo em vista a norma acima, a qual determina o atendimento mínimo de determinada quantidade de pacientes (P1 + Pfl), suponha a hipótese de eclosão de epidemia de dengue, no Município ou Estado, que acarretasse a sobrecarga do sistema de saúde de tal maneira que a demanda por atendimentos emergenciais aumentasse em cinco vezes, com a consequente suspensão temporária de todas as consultas com especialistas e procedimentos eletivos, com fundamento no princípio da proteção da saúde (P2). Nesse caso, mesmo na falta de previsão legislativa, à luz da ponderação no caso concreto, a Administração deve manter a suspensão dos atendimentos não emergenciais para assegurar o atendimento de casos urgentes, dada a situação excepcional provocada pela epidemia, portanto, à luz do caso concreto, P2 é mais pesado do que P1 + Pfl (P2 > P1 + Pfl). Trata-se de hipótese de competência vinculada, pois a única solução jurídica correta é a concretização do princípio “P2” e o afastamento da regra.

Por sua vez, a discricionariedade ocorre quando duas ou mais alternativas forem igualmente ótimas do ponto de vista objetivo, de modo que somente critérios subjetivos possam definir uma como melhor do que a outra.[26] É dizer, não há uma valoração objetiva sobre o maior peso do princípio formal que dá primazia à regra abstrata e do princípio por ela concretizado, em relação a um princípio oposto, nem sobre o maior peso deste, a Administração pode concluir tanto pelo afastamento da regra e concretização do princípio oposto, quanto pela aplicação da regra e afastamento do princípio oposto.

Para exemplificar, tendo em vista a norma acima estudada, a qual visa assegurar o atendimento de quantitativos mínimos, no que tange a supressão do déficit de profissionais de

[26] *Ibid.*

saúde, a Administração pode, a princípio, atendê-lo por meio da abertura de concursos públicos, remanejamento de servidores já contratados ou ainda por meio da delegação dos serviços a entidades do terceiro setor para que estas façam a contratação e gestão profissionais.

Portanto, a par de eventuais divergências quanto às vantagens ou desvantagens na prestação de serviços públicos por servidores efetivos, ou por meio da delegação a entidades do terceiro setor, ou ainda por meio de outras formas de vínculo com a Administração, do ponto de vista objetivo, desde que sejam atendidos os quantitativos mínimos previstos na norma, há diversas soluções igualmente admitidas pelo Direito. É dizer, na competência discricionária cabe ao administrador, por meio de ato volitivo, com fundamento em critérios subjetivos, como, por exemplo, suas convicções e visões de mundo, escolher a melhor forma de atender o interesse público.

4.2 Finalidade

A finalidade pode ser compreendida como o bem jurídico objetivado pelo ato. É o resultado previsto legalmente como o correspondente a tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele comportados. Trata-se, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello[27], de pressuposto (teleológico) de validade do ato administrativo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro[28] afirma que a finalidade pode ser entendida em um sentido amplo e outro estrito. Em sentido amplo, todo ato administrativo tem por finalidade a realização do interesse público, ao passo que no sentido estrito, é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei.

Aponta Celso Antônio Bandeira de Mello[29], que determinado ato jurídico deve ser utilizado exclusivamente para alcançar a finalidade que lhe é atribuída pela legislação, de modo que não se admite o uso de um ato para proteger ou satisfazer um bem jurídico que, segundo a norma, deveria ser tutelado por meio de outro tipo de ato legalmente estabelecido.

Com efeito, segundo a teoria do desvio de poder, este dá quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado, o que acarreta a sua invalidade. Afirma o autor que se trata de mau uso da competência para a prática de atos administrativos, por meio da edição de ato que visa finalidade que não pode ser perseguida pela Administração Pública, ou, ainda que se trate de finalidade compatível, não pode ser atingida pelo ato utilizado. O desvio de poder se manifesta de dois modos: *a) quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público, ou b) quando o agente busca uma finalidade — ainda que de interesse público — alheia à "categoria" do ato que utilizou.*[30]

Ricardo Marcondes Martins[31], por sua vez, esclarece que, segundo a teoria neoconstitucionalista, o desvio de poder, o qual pode ocorrer no exercício de competência vinculada ou discricionária, se dá quando a Administração, ao realizar a ponderação entre os princípios envolvidos no caso concreto, concretiza o princípio menos pesado no caso concreto (vício de finalidade) ou quando não adota o meio de concretização exigido ou facultado pelo Direito (vício de contentorização), ambas espécies do vício de desvio de poder.

Retomando a situação hipotética na qual, embora a norma determine que os hospitais da rede pública devam atender quantitativos mínimos de pacientes, o administrador com intenção de modernizar os hospitais, com fundamento no princípio da atualidade, realiza a reforma das instalações dos quartos dos hospitais, a fim de assegurar maior conforto aos pacientes, o que acarreta a redução pela metade na demanda de pacientes atendidos, portanto, buscando-se finalidade alheia. Embora o ato do administrador em sentido amplo busque atingir

[27] BANDEIRA DE MELLO, 2010, *op. cit*., p. 405.
[28] DI PIETRO, *op.cit.*, p. 218.
[29] *Ibid.*, p.405
[30] *Ibid.*, p. 407
[31] MARTINS, 2024, *op. cit*.

o interesse público e promover a melhora da saúde pública, ao divergir da finalidade estrita da norma – assegurar atendimento mínimo na rede de saúde –, incorreu em invalidade por vício de desvio de poder, uma vez que concretizou o princípio menos pesado no caso concreto (atualidade das instalações) em detrimento do princípio mais pesado (universalização do atendimento).

Por sua vez, no que tange ao RE nº 684.612/RJ, julgado pelo STF, afirma o Min. Barroso[32] em seu voto, que caberia ao órgão julgador "*determinar a finalidade a ser atingida, mas não o modo como ela deverá ser alcançada"*, em que pese a lucidez do voto, entende-se adequada a sua interpretação segundo as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello[33], o qual assevera que a finalidade é o pressuposto (teleológico) de validade do ato administrativo, previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato administrativo, de modo que a finalidade ampla é o atendimento do interesse público e a finalidade em sentido estrito é o resultado específico que cada ato deve produzir, previsto legalmente.

Diante disso, não cabe propriamente ao Poder Judiciário determinar a finalidade do ato administrativo, mas apontar a finalidade prevista na norma ou no Direito globalmente considerado. Com efeito, na competência discricionária incumbe ao julgador condenar o agente à edição do ato, sob pena de imposição de multa (astreinte), ou ainda, diante da persistência da omissão estatal, determinar a troca do agente administrativo[34], com o objetivo de que, a partir da ponderação dos valores envolvidos, estabelecer os contornos para o atendimento da finalidade do ato – tendo como pressuposto inafastável a garantia do mínimo existencial–, pois, do contrário, não estaremos diante de escolhas válidas, mas arbitrárias.

4.3 Mérito

Segundo Seabra Fagundes[35], a discricionariedade administrativa expressa-se pelo mérito do administrativo, o qual estaria no "sentido político do ato administrativo", em relação às normas da "boa administração". Ou, ainda, o "sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados", expresso sempre por um juízo comparativo. Para o autor, o mérito compreende os aspectos referentes à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade, etc., resumidos no binômio: *oportunidade e conveniência.* Entende o autor que o mérito envolve *"interesses"* e não direitos, de modo que o mérito é exclusivo do Poder Executivo porque seus elementos são decorrentes de critérios políticos e técnicos, e não "estritamente jurídicos", o que impediria o controle judicial do mérito administrativo, pois este restringir-se-ia à legalidade que representa o limite de controle quanto à extensão.

Em sentido semelhante, sob influência da doutrina de Seabra Fagundes, Hely Lopes Meirelles[36] entende que o mérito compreende a valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar.

---

[32] Em terceiro lugar, entendo que cabe ao órgão julgador determinar a finalidade a ser atingida, mas não o modo como ela deverá ser alcançada. Estabelecida a meta a ser cumprida, diversos são os meios com os quais se pode implementá-la, cabendo ao administrador optar por aquele que considera mais pertinente e eficaz. Trata-se de um modelo "fraco" de intervenção judicial em políticas públicas, no qual, apesar de indicar o resultado a ser produzido, o Judiciário não fixa analiticamente todos os atos que devem ser praticados pelo Poder Público, preservando, assim, o espaço de discricionariedade do mérito administrativo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário RE 684612 /RJ**. Tema 698).

[33] BANDEIRA DE MELLO, 2010, *op. cit.*, p. 405.

[34] Cf. MARTINS, 2024, *op. cit.*

[35] FAGUNDES, M. S. Conceito de mérito no Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 23, p. 1–16, 1951. Disponível em https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/11830. Acesso em: 5 nov. 2024.

[36] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 136.

Maria Sylvia Zanella de Pietro[37] também associa o mérito à conveniência e oportunidade, como aspecto do ato administrativo cuja apreciação é reservada à competência da Administração Pública, do que decorre a afirmação de que o Judiciário não pode examinar o mérito dos atos administrativos. Celso Antônio Bandeira de Mello[38], por seu turno, confere especial relevância ao caso concreto ao associar o mérito como o "campo de liberdade" que efetivamente remanesça no caso concreto para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis para o atendimento da finalidade.

Com efeito, nota-se que, a despeito da relativa divergência quanto a extensão do mérito do ato administrativo, a doutrina concentra sua definição no processo de valoração, por meio de ato volitivo, realizado pelo administrador, por meio de critérios - não estritamente jurídicos, como, por exemplo, suas convicções pessoais - de *conveniência e oportunidade*[39] entre duas ou mais soluções válidas para o atendimento da finalidade do ato, o que acarreta o tradicional entendimento quanto à impossibilidade de seu controle judicial, o qual se entende o mais adequado, dado que o magistrado deve respeitar o juízo de valor realizado pelo administrador, sob pena de violação à separação de poderes.

A respeito da impossibilidade de controle do mérito pelo Poder Judiciário, Maria Sylvia Zanella de Pietro[40] afirma que o que se controla não é propriamente o mérito, mas a legalidade da decisão administrativa. Deve o Poder Judiciário verificar se, ao decidir discricionariamente, a autoridade administrativa ultrapassou ou não os limites da discricionariedade. Segundo a autora as decisões que invalidam atos discricionários por vício de desvio de poder, por irrazoabilidade ou desproporcionalidade da decisão administrativa, por inexistência de motivos ou de motivação, por infringência a princípios como os da moralidade, segurança jurídica, boa-fé, não estão controlando o mérito, mas a legalidade do ato – ressalta-se, contudo, que segundo a teoria neoconstitucionalista, o juízo de compatibilidade do ato administrativo deve ser realizado, na verdade, com todo o Direito globalmente considerado e não somente com a lei.

Portanto, se a autoridade administrativa escolheu, sem dolo ou erro, uma das alternativas objetivamente ótimas segundo o Direito, não cabe ao Poder Judiciário substituir o juízo de valor realizado pelo administrador com base em suas convicções e visões de mundo. Conforme aponta Ricardo Marcondes Martins[41], o controle de mérito, na verdade, decorre da hipótese na qual o próprio sistema normativo atribui a uma autoridade a prerrogativa de controlar o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo administrador, ao passo que o controle de legitimidade (ou controle de juridicidade), compreende o juízo de compatibilidade entre ato possui algum vício, ou melhor, se contraria o Direito de alguma forma.

5. O controle da discricionariedade administrativa e a garantia do direito à saúde

Uma das consequências da eleição do direito à saúde ao rol dos direitos fundamentais pela Constituição Federal é que a sua interpretação deve se pautar pelo princípio da *máxima*

[37] DI PIETRO, *op. cit*., p. 225.
[38] Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.
[39] Trata-se de um juízo sobre a conveniência – se é o caso de editar o ato com um ou outro conteúdo – ou de um juízo de oportunidade – se é o caso de editar o ato em um ou outro momento ou não o editar. (MARTINS, 2024, *op. cit.*)
[40] DI PIETRO, *op.cit*., p. 228.
[41] MARTINS, 2024, *op. cit*.

*efetividad*e.[42] Este princípio exige que as normas constitucionais sejam interpretadas e aplicadas de forma a alcançar a maior eficácia possível, promovendo a realização concreta dos direitos enunciados no texto constitucional. No caso do direito à saúde, tal princípio impõe ao Estado o dever de adotar medidas normativas, administrativas e políticas que assegurem o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde.

Assim, a máxima efetividade não apenas reforça a força normativa da Constituição, mas também orienta a superação de eventuais limitações estruturais ou institucionais que comprometam a sua concretização. É dizer, o reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental acarreta a conclusão de que as normas constitucionais que acerca deste tratam não são simples recomendações programáticas, mas normas dotadas de eficácia que devem ser cumpridas na maior medida possível ou, ao menos, quanto ao seu *núcleo essencial* – o que implica, necessariamente, no controle pelo Poder Judiciário, caso provocado, para assegurar o cumprimento de tais normas.

Jorge Miranda[43] afirma que: *"o conteúdo essencial de todos os direitos deverá sempre ser assegurado, e só o que estiver para além dele poderá deixar ou não de o ser..."*.Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo[44] apontam que o mínimo existencial tem sido identificado como integrante do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade. No mesmo sentido destaca Carolina Zancaner Zockun:[45] *"a cláusula da reserva do possível somente pode ser invocada quando se estiver diante de situação em que não se discutem direitos do cidadão relacionados com o mínimo existencial"*, – portanto, diante de demandas nas quais se pleiteiem prestações correspondentes ao mínimo existencial deve ser afastada a invocação da teoria da *reserva do possível* para justificar a inércia estatal.

Isso não significa, contudo, ignorar as limitações orçamentárias e fáticas de se prover os serviços de saúde, cuja adequada gestão dos recursos públicos é indispensável, inclusive, para a própria subsistência dos próprios serviços públicos. Para tanto até mesmo o mínimo existencial está sujeito à demonstração e discussão com base em elementos probatórios, notadamente no que diz com as necessidades de cada um em cada caso, assim como em relação às alternativas efetivamente eficientes e indispensáveis de tratamento, tendo como parâmetro a efetiva necessidade.[46] Assim, o dever de universalidade dos serviços de saúde, o qual tem fundamento no princípio da igualdade, deverá ser compreendido na sua perspectiva substancial, inclusive quanto à avaliação da pleiteada gratuidade de atendimento e tratamento no âmbito do SUS, incidindo nessa ponderação, entre outros, os princípios da solidariedade, da subsidiariedade e da proporcionalidade, o qual, especificamente no âmbito dos direitos da

---

[42] Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas, é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais). (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 227)

[43] MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. O regime dos direitos sociais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 47, n. 188, out. 2010. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, p. 23-36.

[44] SARLET, Ingo Wolgang; FIGUEIREDO, Mariana F Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, p. 171– 213, 2007. Disponível em: https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590. Acesso em: 15 nov. 2024.

[45] ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social, São Paulo, Malheiros, 2009 apud: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 203.

[46] SARLET; FIGUEIREDO, 2013, *op. cit.*

seguridade social, dentre os quais se inclui o direito à saúde, é materializado pelos princípios da seletividade e distributividade.[47]

Portanto, se, de um lado, a garantia do mínimo existencial representa patamar mínimo de atuação para a Administração, inclusive como vetor de controle para a discricionariedade do administrador[48], os princípios da seletividade e distributividade atuam como limitação ao princípio da universalidade da cobertura e atendimento, de modo que os serviços de saúde devem ser prestados na medida de sua essencialidade, partindo do mais essencial em direção ao menos essencial, oferecendo maior proteção social aos mais necessitados.

No que tange ao controle da discricionariedade, a qual, segundo a concepção neoconstitucionalista decorre da análise do Direito globalmente considerado e não somente da lei, cabe sempre ao Poder Judiciário, caso provocado, rever a ponderação realizada pela Administração à luz do caso concreto, verificando-se, em primeiro lugar, se havia, de fato, discricionariedade e se a autoridade escolheu, sem dolo ou erro, umas das alternativas objetivamente ótimas segundo o Direito.

Com efeito, Ricardo Marcondes Martins[49], acerca do controle da discricionariedade, distingue três situações distintas, as quais podem ser ilustradas por meio da norma antes idealizada. Na primeira, a Administração supõe equivocadamente haver discricionariedade, quando, na verdade, objetivamente, só uma alternativa é a melhor, de modo que há vinculação. Como adiantado, na situação hipotética na qual a Administração, com intenção de modernizar os hospitais, baseando-se no princípio da atualidade, realiza a reforma das instalações dos hospitais, reduzindo-se a demanda de pacientes atendidos em patamar inferior aos quantitativos mínimos previstos na norma há, na verdade, vinculação, pois somente uma alternativa é objetivamente melhor: a aplicação da regra que prevê os quantitativos mínimos. Portanto, o Poder Judiciário, caso provocado, substituirá a Administração e editará o ato correto.[50]

Outra situação apontada pelo autor na qual deve haver o controle de juridicidade é aquela na qual é possível escolher entre "A" e "B", alternativas igualmente ótimas, do ponto de vista objetivo, mas a autoridade escolhe "C", alternativa não admitida pelo princípio da boa administração.[51] Tendo em vista a norma acima estudada, a qual tem como objetivo assegurar o atendimento de quantitativos mínimos, no que tange a supressão do déficit de profissionais de saúde, a Administração pode, a princípio, atendê-lo por meio da abertura de concursos

---

[47] Conforme aponta João Ernesto Aragonés Vianna: o princípio da seletividade orienta a seleção dos benefícios e serviços que serão oferecidos pelo sistema. Está intimamente relacionado com a capacidade financeira, o que significa dizer que, tendo em vista o caixa da seguridade social, os benefícios e serviços serão prestados na medida de sua essencialidade, sempre partindo do mais essencial em direção ao menos essencial. Se admitirmos, por exemplo, que o benefício de auxílio-doença é mais essencial que o benefício de gratificação natalina – apenas para argumentar -, teremos que a seguridade social deve garantir antes o primeiro para depois garantir o segundo. Isso é seletividade. Na distributividade está uma das funções mais importantes do sistema, que é a redistribuição de renda. Distributividade, assim, é uma forma de realizar a justiça distributiva, oferecendo maior proteção social justamente à camada da sociedade mais necessitada (VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p 18)

[48] O mínimo essencial de todo e qualquer direito fundamental, sobretudo quando se apresentar como um direito à prestação do Estado, deve ser oferecido sob pena de haver um controle judicial para recompor a ordem jurídica e assegurar, ao menos pelo mínimo do valor anunciado na norma, algum sentido à máxima efetividade que deveria ter (PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da discricionariedade administrativa**: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 303)

[49] MARTINS, 2024, *op. cit.*

[50] No caso de vinculação, o Judiciário, no direito brasileiro, influenciado pela compreensão norte-americana da separação de poderes, quando provocado, substitui a Administração e edita o ato correto (sistema da substituição) (MARTINS, *Ibid*.).

[51] Conforme apontado por Ricardo Marcondes Martins o dever de boa administração compreende o dever de que diante de duas alternativas, a Administração é obrigada a escolher a melhor alternativa para o interesse público (MARTINS, Ricardo Marcondes. Proporcionalidade e boa administração. **Revista Internacional de Direito Público - RIDP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 9-35, jan./jun. 2017).

públicos, remanejamento de servidores já contratados ou ainda por meio da delegação dos serviços a entidades do terceiro setor. Contudo, suponha que o administrador, tendo em vista a inexistência de outras entidades que atendam os quantitativos mínimos, por erro, realize a prorrogação do contrato com Organização Social, cujo administrador responsável tenha sido condenado em razão da prática de atos de improbidade administrativa. Nessa situação, embora a Administração pudesse, princípio, atender o déficit de profissionais de saúde por meio de diversas soluções, consoante o princípio da boa administração, no caso concreto, há somente duas soluções ótima sob o ponto de vista do Direito: a abertura de concurso público ou remanejamento de servidores, se existentes em número suficiente, sob pena de invalidade do ato administrativo por desvio de poder.

Assim, embora as razões que motivaram o agente para realizar a escolha discricionária não sejam jurídicas, estas, ao fundamentarem sua escolha, adquirem "relevância jurídica", de modo que cabe ao agente explicitar na motivação do ato administrativo os motivos subjetivos que levaram a escolha de determinada solução para fins de controle da discricionariedade junto aos órgãos de controle e ao Poder Judiciário.

Por fim, a terceira situação decorre da hipótese na qual é possível que o Direito admita escolher entre "A" e "B", mas o agente escolhe com móvel espúrio, de modo que se presume ter optado pela alternativa errada. Ainda na situação hipotética imaginada, suponha que o agente responsável por escolher a melhor solução para suprir o déficit de profissionais de saúde escolhe contratar organização social, cuja gestão é realizada por familiar ou amigo, com a intenção de favorecer estes financeiramente, de modo que, em razão da má-fé do agente se faz presumir de modo absoluto o vício de desvio de poder.[52]

Por sua vez, se de fato existia discricionariedade e a autoridade administrativa escolheu sem dolo ou erro, uma das alternativas ótimas segundo o Direito, o mérito do ato – a valoração, por meio de critérios não jurídicos, de *conveniência e oportunidade* entre duas ou mais soluções válidas para o atendimento da finalidade– é intangível, uma vez que não cabe ao Poder Judiciário substituir a vontade da autoridade administrativa, suas convicções e visões de mundo, sob pena de violação à separação dos poderes.

Isso porque, no âmbito da discricionariedade, embora existam diversas soluções jurídicas possíveis, em função da *intangibilidade da psique do agente*, para o sistema jurídico, existe somente uma decisão correta, aquela que, de acordo com as suas convicções subjetivas, após a ponderação entre os princípios envolvidos no caso concreto, é a mais adequada para promover o interesse público.[53] Nesse sentido, não se entende apropriado o entendimento tradicional a respeito da teoria dos vícios de mérito[54], uma vez que, a conveniência ou não da decisão, não acarreta a sua invalidade, de modo que o "vício de mérito" decorre da constatação de que o ato administrativo não é a melhor alternativa para a busca do interesse público, em

[52] Já que o agente escolheu com móvel espúrio, presume-se, sem admitir prova em contrário, que ele optou por uma alternativa diversa da que considera a melhor forma de realizar o interesse público (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e controle jurisdicional, 2. ed. 11. tir. São Paulo: Malheiros, 2012. apud MARTINS, 2024, *op. cit.)*

[53] MARTINS, 2014, *op. cit.*

[54] Enquanto isso os vícios de mérito se situam no plano da opção entre critérios deixados pela lei à sabedoria e prudência do administrador. Não se constatam com a segurança de um confronto entre textos de graduação jurídica diferente. Dizem com a justiça, a - utilidade, a equidade, a vantagem, etc., de soluções diversas a considerar. Exigem, na sua apreciação, o mesmo critério impreciso de oportunidade e conveniência, que lhes preside à prática. Ocorrem quando o agente procede no uso de competência discricionária (Zanobini, Corso di Diritto Amministrativo, 1939, voI. I, págs. 335-336; Antonio Amorth, Il Merito del/'Atto Amministrativo, 1939, págs. 12, 18, 25, 41, 100 e 101 apud FAGUNDES, Miguel Seabra. Concorrência pública - classificação dos concorrentes - ato administrativo - vício de ilegalidade e vício de mérito - mandado de segurança. **Revista de Direito Administrativo**,v.22,p.369–376,1950. Disponívelem: https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/11813. Acesso em: 20 dez. 2024.

função de dolo ou erro da referida autoridade, portanto, trata-se, na verdade, de vício de legitimidade.[55]

Vale dizer, contudo, que a intangibilidade do mérito administrativo não se confunde com a impossibilidade de controle judicial da discricionariedade, portanto, caso provocado, impõe-se ao Poder Judiciário rever a ponderação realizada pela Administração, cotejando-se a *reserva do possível* com o *mínimo essencial dos direitos fundamentais*, de modo a conferir-lhes a máxima efetividade possível.[56]

Como visto, no caso analisado pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 684.612/RJ o déficit de profissionais de saúde poderia ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP), de modo que, havia, a princípio, diversas soluções objetivamente ótimas segundo o Direito. Assim, se de fato, havia discricionariedade e se a autoridade escolheu, sem dolo ou erro, umas das alternativas objetivamente ótimas segundo o Direito não caberia ao julgador apontar a melhor forma de sanar o déficit de pessoal segundo suas próprias convicções, se, por meio, de concurso público em vez parcerias com o Terceiro Setor, mas tão somente, a partir da ponderação entre os princípios formais envolvidos no caso concreto, estabelecer os contornos para o atendimento da finalidade do ato – tendo como pressuposto inafastável a garantia do *mínimo existencial*.

6. Conclusões

1. A Constituição Federal de 1988 alçou o direito à saúde à categoria dos direitos fundamentais e elencou-o como dever do Estado, de modo que a assistência à saúde deixa de ser mera norma programática e ganha contornos de direito subjetivo. Com efeito, a constitucionalização dos direitos sociais, em conjunto com o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, que combina os sistemas difuso e concentrado, aliado à insuficiência dos serviços públicos, contribuiu para o fenômeno da judicialização do direito à saúde.

2. O Supremo tribunal Federal, no julgamento do RE nº 684.612/RJ, reconheceu a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, no caso ausência ou deficiência grave do serviço. Em contrapartida, a evolução da jurisprudência da Corte demonstra a crescente preocupação em estabelecer parâmetros para que a atuação do Judiciário se paute por critérios de racionalidade e eficiência, o que deve ser compatibilizado com a proteção do mínimo existencial do direito à saúde.

3. Segundo a teoria neoconstitucionalista, a discricionariedade decorre da análise do Direito globalmente considerado e não da lei, de modo que é a ponderação à luz do caso concreto e dos princípios formais envolvidos que indicará se há ou não duas ou mais soluções admitidas pelo Direito.

4. A finalidade pode ser compreendida como o bem jurídico objetivado pelo ato. É o resultado previsto legalmente como o correspondente a tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele comportados.

5. O mérito administrativo, por sua vez, é resultado do processo de valoração, por meio de ato volitivo, realizado pelo administrador, por meio de critérios não estritamente jurídicos, suas convicções subjetivas – de *conveniência e oportunidade*– entre duas ou mais soluções válidas para o atendimento da finalidade do ato.

6. Portanto, se, de um lado, a garantia do *mínimo existencial* representa patamar mínimo inafastável para a atuação para a Administração, inclusive, como vetor interpretativo para a discricionariedade do administrador, os princípios da seletividade e distributividade atuam como limitação ao princípio da universalidade, de modo que os serviços de saúde devem ser

[55] MARTINS, 2017a, *op. cit.*
[56] PIRES, *op. cit.*, p. 304.

prestados na medida de sua essencialidade, partindo do mais essencial em direção ao menos essencial, oferecendo maior proteção social aos mais necessitados.

7. No que tange ao controle da discricionariedade, cabe ao Poder Judiciário, caso provocado, rever a ponderação realizada pela Administração à luz do caso concreto e dos princípios formais envolvidos, verificando-se se havia, de fato, discricionariedade e se a autoridade escolheu, sem dolo ou erro, umas das alternativas objetivamente ótimas segundo o Direito.

8. Por sua vez, se de fato existia discricionariedade e a autoridade administrativa escolheu sem dolo ou erro, uma das alternativas ótimas segundo o Direito, o mérito do ato administrativo é intangível, uma vez que não cabe ao Poder Judiciário substituir a vontade da autoridade, suas convicções e visões de mundo, sob pena de violação à separação dos poderes, mas tão somente apontar os contornos para o atendimento da finalidade do ato, tendo como pressuposto a garantia do *mínimo existencial*.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, 2. ed., 11. tir. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário RE 684612 / RJ.** Tema 698 - Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam ao direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrido: Ministério Público do Rio de Janeiro. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, j. 03 jul. 2023. DJe 07 ago. 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15362009287&ext=.pdf. Acesso em: 1 abr. 2024.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 130.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 227.

CARVALHO, Mariana Siqueira de. A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, 2003, v. 4, n. 2, p. 15-31, 2 jul. 2003.

CORDEIRO, Hésio. Descentralização, universalidade e equidade nas reformas da saúde. **Ciênc. Saúde Coletiva**, SãoPaulo,v.6,n.2,2001.Disponível em: https://www.scielo.br/j/csc/a/cR5fBb9MWJRFmvgn4DhrLgN/?lang=pt . Acesso em: 04 out. 2024.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário.** São Paulo: Verbatim, 2010. p. 64-76.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 27. ed. São Paulo, Atlas 2014.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v.23,p.1–16,1951. Disponívelem: https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/11830. Acesso em: 5 11. 2024.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Concorrência pública - classificação dos concorrentes - ato administrativo - vício de ilegalidade e vício de mérito - mandado de segurança. **Revista de Direito Administrativo**, v. 22, p. 369–376, 1950. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/11813. Acesso em: 20 dez. 2024.

LOPES, Luciana de M. N.; COELHO , Tiago L.; DINIZ, Semíramis D.; ANDRADE , Eli L G.. Judicialização e jurisprudência: Utilização da STA 175/CE em acórdãos em saúde no Estado de Minas Gerais. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 185-201, mar/jun. 2019.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Ato administrativo. In*: MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe**. Tratado de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 5.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo: perscrutação sobre a pertinência do prefixo. **Revista Internacional de Direito Público - RIDP**, ano 2, n. 3, p. 9-37, jul./dez. 2017a.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Proporcionalidade e boa administração. **Revista Internacional de Direito Público - RIDP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 9-35, jan./jun. 2017b.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e poder judiciário: a utilização de princípios na fundamentação da sentença. *In*: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (Coord.). **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. v. 1.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria neoconstitucional da discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance**, São Paulo, n. 30, Ano 8, p. 71 – 113, jul./set. 2024..

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**.São Paulo: Malheiros, 1998, p. 136.

MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. O regime dos direitos sociais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 47, n. 188, p. 23-36, out. 2010. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, O Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde na Ordem Jurídico-Constitucional: Uma Visão Geral Sobre o Sistema (Público e Privado) de Saúde no Brasil, **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, Portugal, nº 2, nº 4, p. 73-138, 2013.

SARLET, Ingo Wolgang; FIGUEIREDO, Mariana F Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, p. 171–213, 2007. Disponível em: https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590. Acesso em: 15 nov. 2024.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p 18.

WERNER, Patricia Ulson Pizarro. Direito à saúde. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP.** Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Coordenação de tomo: NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

A legitimação fundiária como uma vertente do direito a felicidade: como o instrumento trazido pela lei nº 13.465/2017 representa um aprimoramento da antiga concessão especial de uso para fins de moradia e pode auxiliar na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana

Paulo Eduardo Melo Cavalcante do Espírito Santo[1]

RESUMO

O presente artigo é iniciado com uma breve abordagem sobre a concepção na doutrina nacional acerca do que se entende pelo direito à felicidade. Tais contornos são realizados a fim de que se compreenda da melhor forma como os institutos ora estudados podem colaborar para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Passado tal tópico, são abordadas as características da antiga concessão especial de uso para fins de moradia, prevista na medida provisória nº 2.220/2001, no intuito de que sejam comparadas com o instituto da legitimação fundiária trazido pela lei nº 13.465/2017. Tal comparação é realizada em virtude do disposto no caput do art. 72 da lei municipal paulistana nº 17.734 de 2022, que possibilita a conversão dos títulos de concessão especial de uso para fins de moradia em instrumentos de legitimação fundiária por parte do Executivo Municipal. São abordados, posteriormente, os argumentos tecidos por diferentes atores sociais que sustentam a inconstitucionalidade dos referidos institutos em virtude de possibilitarem a aquisição de imóveis públicos por particulares. Por fim, argumenta-se sobre como a flexibilização do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular faz com que o poder público também deva obedecer à máxima da função social da propriedade.

Palavras-chave: felicidade; reurbanização; aquisição; imóvel-público; constitucionalidade; lei nº 13.465/2017; moradia.

ABSTRACT

The present article begins with a brief discussion of the national doctrine's conception of what is understood by the right to happiness. These outlines are presented in order to better understand how the institution under study can contribute to the realization of the principle of human dignity. Following this topic, the characteristics of the former special concession for housing use are discussed, aiming to compare them with the institution of land regularization brought by Law nº. 13.465/2017. This comparison is made in light of the provisions of Article 72 of the municipal law of São Paulo nº. 17.734/2022, which allows the conversion of special concessions for housing use into instruments of land regularization by the Municipal Executive. Subsequently, the arguments put forth by different social actors supporting the unconstitutionality of these institutions are addressed due to their potential to allow private individuals to acquirepublic real estate. Finally, it is argued how the relaxation of the principle of the supremacy of public interest over private interest requires that public authorities also adhere to the principle of the social function of property.

Keywords: happiness; urban renewal; acquisition; public property; constitutionality; law nº. 13.465/2017; housing.

[1] Residente Jurídico do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, alocado no Departamento de Defesa do Meio Ambiente e do Patrimônio – DEMAP (2022-2025). Email: pauloeduardo.mces@outlook.com

1. Introdução

De acordo com o IBGE, domicílio vago é aquele que não possui morador na data de realização do recenseamento. Segundo dados levantados pelo CENSO-2022, a cidade de São Paulo reúne 4.983.471 imóveis particulares, onde 12% destes se encontram desocupados, o que equivale a aproximadamente 400 mil imóveis,sejam eles apartamentos ou casas, conforme dados divulgados pelo IBGE.[2] Procurado por jornalistas, o Prefeito Ricardo Nunes afirmou ser uma falha enquanto sociedade "não conseguir aproveitar esses imóveis, principalmente para política habitacional que contempla pessoas de rendas baixa e baixíssima". Em outras reportagens realizadas[3], tem-se as informações de que os imóveis particulares representam 12 vezes o total de pessoas em situação de rua na capital. São 588.978 imóveis sem moradores em São Paulo capital, enquanto há 48.261 pessoas em situação de rua. Diante de um complexo e difícil cenário de acesso à moradia através de imóveis privados, deve-se reconhecer que muitas pessoas optam por ocupas áreas públicas. Cita-se, nesse sentido, o relatório elaborado em virtude da portaria municipal paulistana nº 353, de 16 de maio de 2018, que instituiu grupo executivo para estudar as condições de segurança e condições de imóveis públicos e privados ocupados irregularmente no município de São Paulo[4]. Entre os cinquenta e um imóveis visitados, dezesseis deles eram, na época, de propriedade do poder público. Não se descarta a possibilidade de que o número de imóveis públicos possa ser maior do que a informada acima.

Tais considerações ressaltam a crescente necessidade de adoção de novas soluções para um problema antigo: a falta de moradia. Nesse sentido, o desenvolvimento desta pesquisa se justifica, uma vez que a construção de instrumentos jurídicos que possam legitimar posses consolidadas sobre áreas públicas pode auxiliar na concretização do direito à moradia para a parcela mais desfavorecida da população, o que, por consequência, também influencia diretamente na garantia de dignidade para estas pessoas.

O presente trabalho busca tecer considerações acerca do disposto no caput do art. 72 da lei municipal paulistana nº 17.734, que possibilita a conversão das concessões de uso especial para fins de moradia para o instrumento de legitimação fundiária. A hipótese de estudo testada ao longo do texto é a de que a legitimação fundiária representa o aprimoramento da antiga concessão de uso especial, e de que a constitucionalidade desta pode ser observada uma vez considerada a crescente flexibilização do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, o que faz com que até mesmo o Poder Público deva observar a função social da propriedade. Para a construção destes tópicos que inauguram a pesquisa vale-se de uma breve revisão bibliográfica sobre doutrinas de Direito Administrativo e Constitucional.

No intuito de contextualizar e complementar a discussão levantada, dados estatísticos e decisões jurisprudenciais são mencionadas em partes específicas do texto. O uso de tais métodos, contudo, é restrito a determinados tópicos do trabalho, como na parte inicial onde se aborda o que se tem entendido sobre o direito a busca pela felicidade no ordenamento jurídico

---

[2] PETROCILO, Carlos. São Paulo tem quase 590 mil imóveis vazios, 18 vezes a população de rua da cidade. São Paulo.**Folha de São Paulo**, 2023. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/07/sao-paulo-tem-quase-590-mil-imoveis-vazios-18-vezes-a-populacao-de-rua-da-cidade.shtml. Acesso em: 14/01/2024.

[3] STABILE, Arthur. Censo 2022: imóveis desocupados representam 12 vezes a população de rua da cidade de SP. São Paulo. **G1**, 2023. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2023/07/01/censo- 2022-imoveis-desocupados-representam-12-vezes-a-populacao-de-rua-da-cidade-de-sp.ghtml. Acesso em: 14/01/2024.

[4] SÃO PAULO (SP). **Situação das ocupações na cidade de São Paulo**. São Paulo: Prefeitura de São Paulo, 2018. Disponível em: https://polis.org.br/wp-content/uploads/2021/06/Situacao-das-ocupacoes-na-cidade-de-Sao-Paulo.pdf. Acesso em 24 de julho de 2024.

brasileiro, e ainda no tópico sobre a constitucionalidade da legitimação fundiária, onde são mencionados os argumentos trazidos nas ações declaratórias de inconstitucionalidade que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal.

Por fim, no tópico conclusivo elabora-se a ponderação entre os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da função social da propriedade, com o objetivo de se verificar possíveis mudanças sobre o entendimento de um princípio tão arraigado no direito administrativo brasileiro.

2. Direito à busca pela felicidade – concepção e limites

O debate sobre o que se pode entender por direito a felicidade não é um desafio recente a ser explorado em âmbito acadêmico. Busca-se uma definição para o termo em questão a fim de que se propicie maior segurança jurídica em sua aplicação, de modo que, primeiro, seja estabelecida uma concepção objetiva sobre o termo, a fim de que se possibilite uma concepção comum a ser utilizada para que posteriormente se obtenha estabilidade em sua utilização ao longo do tempo, de maneira que possam os cidadãos prever possíveis consequências de sua utilização no presente e futuro próximos. Estes seriam os três pilares essenciais para se atestar a existência de tal segurança, de acordo com Humberto Ávila.[5]

Pois bem. Certo é que o "direito à felicidade" ou "à busca pela felicidade" não consta de forma expressa no texto da Constituição Federal de 1988. Explorando-se o passado recente, constata-se a existência de duas propostas de emenda à Constituição que buscaram inserir talmenção de forma expressa ao direito em questão. A primeira se refere à P.E.C. nº 19 do ano de 2010, de autoria do senador Cristovam Buarque, onde buscava-se inserir no caput do art. 6º da Constituição de 1988 que os direitos sociais seriam essenciais à busca pela felicidade. A segunda, por sua vez, é a P.E.C. nº 513 do mesmo ano, de autoria da deputada Manuela d´Ávila, que objetivava a inclusão do direito à felicidade no rol de direitos fundamentais dos indivíduos e da sociedade. Ambas as propostas foram arquivadas por volta de 2015. O caráter genérico e meramente simbólico imputado ao referido direito fora o principal entrave enfrentado por ambas as propostas, visto que a inclusão deste no texto da constituição poderia supostamente ensejar em uma excessiva e irrazoável abertura do rol de direitos fundamentais.

Ainda que tratado de maneira breve, situação diversa pode ser observada no plano internacional, onde o referido termo é mencionado em alguns diplomas. Na declaração estadunidense dos direitos de Virgínia, de 1776[6], consta do caput de seu art. 1º como direito certo, essencial e natural do homem o de "procurar obter a felicidade". A declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789[7], por sua vez, menciona a busca pela felicidade coletiva como o objetivo final das reivindicações sociais do povo francês. Pode-se ainda mencionar a resolução nº 65/319 de 2011 da O.N.U., onde a felicidade foi reconhecida como objetivo humano fundamental a ser concretizado por meio da realização de políticas públicas.

Percebe-se, destes três diplomas citados, que nenhum deles chega a definir conceitualmente o que possa caracterizar a felicidade humana. Estabelecem, todavia, que esta é o principal objetivo visado por Estado e sociedade. Uma vez considerado o inegável caráter subjetivo atribuído ao termo, entende-se que, se não impossível, tem-se como uma tarefa extremamente complexa a de atribuir ao legislador a produção de normas capazes de

[5] ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 86.

[6] BRASIL. **Tradução da declaração de direitos de Virgínia**. Disponível em: https://www3.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1788/YY2014MM11DD18HH14MM7SS42Declarao%20da%20Virginia.pdf. Acesso em: 07 jul. 2024.

[7] BRASIL. Embaixada da França no Brasil. **A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 2017. Disponível em: https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao. Acesso em: 01 jul. 2024.

assegurar a felicidade humana. O que se pode obter, em termos jurídicos, é a certeza de que determinados direitos assegurados constitucionalmente são capazes de eventualmente gerar, como consequência de seu exercício, um estado de felicidade em seus titulares. Fala-se em um campo de certezas positivas.

Cita-se, nesse sentido, o preâmbulo constitucional, onde consta como expressa finalidade do Estado assegurar direitos sociais e individuais, bem comoos valores da liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça. Constata-se como fundamentos da república brasileira previstos no art. 1º a cidadania e dignidade da pessoa humana. São previstos, ademais, no artigo 5º e seguintes, os direitos e garantias fundamentais e sociais.

Constata-se, em contrapartida, a existência de um conjunto de ações e omissões que impossibilitam ou lesam o exercício destes direitos, situação da qual sabidamente não haverá tal sentimento humano. Depara-se com um conjunto de fatos que lesam o indivíduo em sua dignidade e que podem ser tidos como certezas negativas. Nota-se, portanto, que a felicidade humana pode ser vista a partir de um estado de dignidade mínimo garantido pelo Estado, a partir do qual o indivíduo pode planejar sua vida dentro de um conjunto lícito de decisões a serem tomadas. Referidas concepções são utilizadas diante de um "campo cinzento" onde a interpretação hermenêutica deverá ser utilizada pelo aplicador do direito. No intuito de complementar os conceitos trazidos, vale mencionar o entendimento jurisprudencial sobre o conceito tratado, sobretudo nos entendimentos em sede da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal. Cita-se, por exemplo, o reconhecimento das uniões homoafetivas como instituto jurídico pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, onde consagrou-se como direito fundamental a liberdade para dispor sobre a própria sexualidade; a criminalização da homotransfobia através do reconhecimento da mora legislativa em dar concretude aos mandados constitucionais de criminalização constante nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o que resultou na tipificação da homotransfobia como vertente do crime de racismo quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26; no reconhecimento ao direito subjetivo de alteração de prenome e da classificação de gênero no assento de nascimento através do julgamento do recurso extraordinário nº 670.422; no julgamento do recurso extraordinário nº 890.060, que resultou na elaboração do tema de repercussão geral nº 0622, que afirma a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a paternidade biológica.

O direito a moradia é um destes pilares essenciais para a dignidade humana. Deve-se ter em mente que a fruição de inúmeros serviços públicos e a prática de atividades sociais e cívicas dependem do fato que uma pessoa tenha uma moradia, em regra, fixa.[8] O indivíduo torna-se cidadão quando faz parte da cidade, e para tanto, deve- se garantir a moradia fixa. Significa dizer que a função social da cidade depende do res- peito à função social da propriedade. A construção de imóveis particulares sobre áreas públicas, portanto, representa uma falha do Poder Público em garantir tais condições, de maneira que se torna necessário discutir como remediar tal situação a partir de uma ponderação entre a supremacia do interesse coletivo em resguardar o uso de áreas públicas e o direito individual fundamental à moradia daqueles postos à margem da sociedade.

3. Do art. 72 da lei municipal paulista nº 17.734 de 2022

O artigo 72 da lei nº 17.734 do município de São Paulo mostra-se como dispositivo normativo importante para o estudo proposto. Sob o aspecto formal, o ato normativo

[8] TAVOLARI, Bianca. Direito à cidade: uma trajetória conceitual. **Novos estudos CEBRAP**, mar. 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/j/nec/a/hdLsr4FXMpVZWPJ7XswRRbj/#. Acesso em 15 jun. 2024

mencionado guarda observância, em ordem descrente, com o art. 30, VIII da Constituição Federal, local de onde é retirada a competência para a municipalidade promover o adequado ordenamento territorial. Prosseguindo-se, constata-se que no art. 148 de sua lei orgânica[9] são previstos os principais objetivos para tal finalidade, entre eles a garantia das já mencionadas funções sociais da propriedade e da cidade. Tal diploma ainda prevê, em seu art. 158, que bens dominiais não utilizados serão destinados, de forma prioritária e de acordo com a previsão legal, à população de baixa renda situada em seu território. Tem-se, portanto, a justificativa do surgimento da referida lei nº 17.734, que, entre outros motivos, buscou regulamentar a aplicação da legitimação fundiária no âmbito municipal paulista.

O referido art. 72 possibilita a conversão do título de concessão especial de uso para fins de moradia parao instrumento de legitimação fundiária, trazido pela lei nº 13.465/2017. Vamos às características de cada um destes institutos, a fim de que se possa compreender melhor a mencionada possibilidade de conversão.

3.1. Da concessão especial de uso para fins de moradia

O advento da Constituição Federal de 1988 trouxe inúmeras inovações para o ordenamento jurídico brasileiro. Uma delas se refere à expressa previsão ao princípio da função social da propriedade. Válido é o questionamento sobre o alcance da referida norma, ao ponto de também abarcar os imóveis públicos. Importa relembrar, nesta parte introdutória, o breve raciocínio exarado em tópicos anteriores sobre as previsões normativas tanto em texto constitucional, quanto no texto da lei orgânica do município de São Paulo sobre o dever assumido pela administração pública de propiciar bem-estar e dignidade aos cidadãos.

Não se desconhece o fato de que a propriedade pública é disciplinada de forma distinta da particular. Sabe-se, em síntese, que os bens públicos podem ser de uso comum do povo, especiais ou dominicais. As duas primeiras espécies de bens são envoltas por uma presunção de afetação à fins de interesse coletivo, consequência esta da máxima da supremacia do interesse público sobre o particular. Ficam, portanto, fora do âmbito particular. Os dominicais, por sua vez, são aqueles bens que não estão destinados a fins públicos, e que, por essa razão, podem ser alienados por meio dos respectivos institutos de direito civil. A concessão especial de uso para fins de moradia incide sobre estes últimos, visto que, em caso de ocupação de bens de uso comum do povo, pode o Poder Público valer-se da faculdade de garantir tal concessão em local diverso (art. 5º da medida provisória nº 2.220/2001).

A concepção sobre a supremacia do interesse público sobre o particular, entretanto, tem sido cada vez mais desconstruída, ou talvez reconstruída, diante das complexidades trazidas por novas questões sociais. Relembra-se aqui a diferenciação feita na doutrina entre interesse público primário e secundário. Primário seria o interesse oriundo de todos os particulares enquanto sociedade. Secundário seria o interesse estatal sobre o funcionamento da máquina pública. Há quem defenda a inexistência deste segundo, visto que a existência do Estado somente se justificaria pelo objetivo comum de atender o interesse primário. Vislumbra-se, desta maneira, que ao mesmo tempo em que a atuação do Estado se dá para proteger o interesse comum, essa só é legitimidade quando condizente com o interesse coletivo.

Pois bem. Referida concessão fora inicialmente prevista nos artigos 15 a 20 da lei nº 10.257/2001. Tais dispositivos, contudo, foram vetados pela Presidência da República na época, sob o argumento de que o instituto poderia permitir a concessão de uso sobre imóveis de uso comum do povo, sobre áreas de proteção ambiental ou dirigidas a obras públicas e que

[9] SÃO PAULO (SP). Assembleia Constituinte do Município. **Lei orgânica do Município de São Paulo (com suas alterações)**. São Paulo, 06 de abril de 1990. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/LOM.pdf. Acesso em: 09 jun. 2024.

também necessitava de um requisito temporal para que fosse legitimada, uma data-limite que representasse o termo a partir de onde o direito pudesse ser reconhecido. Tempos depois seria editada a medida provisória nº 2.220, em 04 de setembro de 2001, com as respectivas observações tecidas pela Presidência anteriormente.

Nesta parte, importa mencionar a emenda constitucional nº 32 de 2001. Sua importância pode ser observada quando se consideram as alterações realizadas no caput do art. 62 da Constituição Federal, sobretudo no estabelecimento do limite temporal imposto à vigência desta espécie normativa. Previu-se, em contrapartida, que as medidas provisórias editadas até 11 de setembro de 2001 continuariam em vigor até que fossem posteriormente revogadas ou objeto de deliberação por parte do Congresso Nacional. Editada poucos dias antes da referida emenda, a medida provisória nº 2.220 foi abarcada pela supramencionada previsão, razão pela qual seus efeitos encontram-se perpetuados até que o Poder Legislativo federal delibere sobre o assunto.

A concessão especial de uso para fins de moradia é o instrumento jurídico criado para legitimar a posse daquele que cumpra os requisitos dispostos no art. 1º, caput, do referido diploma. São eles: a) posse por cinco anos completada até 22 de dezembro de 2016, de forma ininterrupta e pacífica; b) de imóvel urbano público de até 250 m^2, c) que seja usado para fins de moradia do possuidor ou de sua família e d) que este não tenha a propriedade de outro imóvel urbano ou rural. De acordo com Maria Sylvia Za- nella Di Pietro[10], referida concessão seria o título jurídico individual e privado, utilizado pela Administração no intuito de regulamentar o uso exclusivo de bens públicos pelos particulares de acordo com a finalidade consentida e as condições fixadas. Pode ser vista, ademais, sob o conceito tradicional de concessão de uso, razão pela qual seria compreendida como o contrato administrativo sinalagmático, ato precário e marcado pela discricionariedade do Poder Público

José dos Santos Carvalho Filho, por outro lado, afirma que referida concessão surge como um ato administrativo vinculado. Isso pois, uma vez cumprido o suporte fático da norma pelo particular, deve a Administração reconhecer este direito, visto que não possui qualquer espaço de discricionariedade fora das hipóteses dos artigos 4º e 5º da mencionada medida provisória. Sustenta o autor que a concessão especial de uso representa um direito-meio cujo objetivo é legitimar o mero uso por parte do particular do imóvel público, a fim de que se garanta o exercício do direito fim, qual seja o de mo- radia. Não se transfere, portanto, a propriedade pública ao particular, mas o mero uso do local para o fim específico da norma.

A mencionada concessão é vista como direito subjetivo autônomo por muitos autores. Tal conclusão é construída a partir dos fatos que, além de ter sido reconhecida como direito real de uso[11], esta é vista como sendo de caráter perpétuo ao concessionário, desde que cumpridas as condições estabelecidas, e ainda dotada de notável aspecto patrimonial, dado que pode ser transmitida por ato *inter-vivos* ou *causa-mortis* (vide art. 7º da medida provisória nº 2.220/2001). Sobre as formas desta transmissibilidade, tem- se que na ausência de previsão expressa na norma, conclui-se pela admissão de qualquer espécie de alienação, como doação, permuta ou venda, desde que o imóvel continue sendo usado para fins de moradia.[12] Pode possuir, ademais, tanto natureza individual, quanto coletiva, dado que, na hipótese de haver imóvel público com mais de 250m^2 ocupado por mais de um possuidor de

[10] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. Ed. ver. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 872.

[11] BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 11.481, de 31 de maio de 2007**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11481.htm. Acesso em: 01 jun. 2024.

[12] LISBOA, José Herbert Luna. **A Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia e a Regularização Fundiária**: Institutos Jurídicos da Política Urbana, nos termos da lei nº 13.465/2017. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

baixa renda, e não sendo possível estipular a delimitação da posse de cada um a priori, poderá ser outorgada a concessão de uso especial para todos que ali residam.

O direito a concessão de uso especial pode derivar de dois caminhos distintos: do requerimento realizado perante o órgão administrativo competente ou de ação perante o Poder Judiciário. Pela via administrativa, deve o interessado efetuar o requerimento perante o órgão competente do ente federado proprietário do imóvel, que terá o prazo de doze meses, contados a partir da data do protocolo do pedido, para opinar sobre o pleito. Havendo recusa ou omissão da Administração Pública quanto ao pedido realizado, surge para o possuidor o interesse processual para ingressar com a respectiva ação judicial de natureza declaratória (§3º do art. 6º da M.P. nº 2.220/2201). A outorga administrativa será feita por contrato ou termo administrativo, enquanto pela via judicial a sentença que julgar procedente o pedido poderá ser constitutiva, quando desconsiderar a decisão administrativa atacada, ou declaratória, quando o pleito judicial derivar de omissão do Poder Público. Ambos os termos poderão ser registrados perante o cartório de imóveis competente (vide art. 167, inciso I, item 37 da lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973).

O referido direito poderá ser extinto, conforme previsto na medida provisória em análise, pela atribuição de finalidade diversa da norma ao imóvel pelo possuidor, ou no caso de que este adquira a propriedade ou concessão de uso de outro imóvel, seja ele urbano ou rural. José Herbert Luna Lisboa argumenta pela possibilidade de extinção do instituto por outras formas, como no caso de renúncia expressa do direito pelo possuidor ou na hipótese em que o ente federativo reaver a posse da área pública em razão de relevante interesse público, situação esta que poderá ensejar na realocação do interessado ou ainda em eventual indenização para o morador.

Aborda-se, por fim, os questionamentos enfrentados pelo instituto à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo. O principal dispositivo impugnado fora o art. 3º da M.P. estudada, que dispunha que o instituto também seria aplicável aos bens de propriedade dos Estados, Distrito Federal e Municípios. O principal argumento utilizado por aqueles que argumentavam pela inconstitucionalidade da norma fora o desrespeito ao pacto federativo presente no texto constitucional, bem como violação da competência legislativa concorrente dos entes supramencionados, visto que tal matéria não poderia ser tratada exclusivamente pela União. O precedente firmado entre os anos de 2010 e 2012 acolheu os argumentos mencionados e reconheceu a inconstitucionalidade alegada.[13] Referido cenário, contudo, viria a mudar poucos anos depois, através de uma revogação não unanime do citado precedente sob o reconhecimento do alcance nacional da medida provisória, vista como diretriz da política urbana a ser exercida por toda a federação.[14]

3.2. Da legitimação fundiária

Trata-se de instrumento jurídico trazido pela lei nº 13.465/2017 que permite a aquisição originária da propriedadepelo respectivo ocupante de imóvel público ou privado e que esteja situado em núcleo urbano informal consolidado. Nesse ponto, impende mencionar, a fim de que se compreenda a finalidade social do instituto, a definição de núcleo urbano informal consolidado trazido pela referida legislação, termo que pode ser compreendido como "*aquele de difícil reversão, considerados o tempo da ocupação, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação e a presença de equi- pamentos públicos, entre outras*

[13] TJ-SP – AC: nº 0274211-77.2010.8.26.0000;
[14] TJ-SP APL: 10132257220148260554; TJ-SP - AC: 10033104220178260053; TJ-SP - APL: 12728536200882600 53; TJ-SP - APL: 00043580320108260246; TJ-SP - AC: 10033571620178260053; TJ-SP - APL: 10065539620148260053.

circunstâncias a serem avaliadas pelo Município".[15] Referido instituto nasce, portanto, do intuito de se regularizar imóveis públicos ou privados que se encontrem em uma situação irreversível, seja do ponto de vista social ou urbano. Objetivando-se complementar as disposições da legislação, editou-se o decreto nº 9.310/2018, que definiu o limite de cinco salários mínimos como renda para as famílias a serem contempladas pela Reurb-S.

O referido instituto sofre limitações. Primeiro, necessário ressaltar que a mencionada legitimação somente é conferida por ato discricionário do poder público no âmbito do processo de reurbanização. Segundo, questiona-se o alcance de sua aplicação, ao ponto de também abarcar os imóveis inseridos no âmbito da REURB-E. Considerando- se uma distribuição equitativa dos ônus e benefícios urbanos, bem como a razão da qual originou-se o instituto, entende-se que este somente deve ser aplicado no âmbito da REURB-S, e desde que também sejam cumpridos os requisitos dispostos nos incisos do §1º do art. 23 do ato normativo supramencionado, tanto para a vertente individual quanto coletiva do instituto. Conferida a legitimação, esta deverá ser registrada na matrícula do imóvel, ou ensejar na abertura de uma para tanto, conforme disposto no item 44, inciso I da lei nº 6.015 de 1973, ato este desembaraçado de quaisquer ônus ou gravames e que não necessitará de prévio procedimento de desafetação em caso de bem público.[16]

3.3. Da constitucionalidade da legitimação fundiária

Sobre a inovação discutida pendem ações diretas no âmbito do Supremo Tribunal Federal questionando sua inconstitucionalidade. A primeira a ser mencionada é a ADI nº 5.771, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República em agosto de 2017, onde afirmou-se que a legitimação fundiária estaria incentivando e legitimando a ocupação de terras públicas por falsificadores de títulos, desmatadores e outros ocupantes ilegais. A segunda ação refere-se à ADI nº 5.787, proposta pelo Partido dos Trabalhadores em setembro de 2017. O principal argumento levantado foi a violação do inciso XXIII do art. 5º, art. 182, §2º e art. 183, caput e §3º da Constituição Federal de 1988, em virtude da ausência de requisitos como posse mansa, pacífica e ininterrupta por um mínimo de tempo definido em lei. No mais, suscitou-se lesão ao princípio da isonomia quando considerado a não exigência do cumprimento dos incisos do §1º do art. 23 da lei nº 13.465/2017 para a aplicação do instituto no âmbito da REURB-E.

A terceira e última ADI a ser mencionada é a de nº 5.883, proposta pelo Instituto de Arquitetos do Brasil em janeiro de 2018. Sustentou-se que além de permitir a aquisição de imóveis públicos por particulares, ato este vedado pelo §3º do art. 183 da Carta Magna vigente, também possibilitaria hipótese de perda de propriedade privada por mecanismo não previsto no texto constitucional.

Os referidos apontamentos, todavia, não merecem prosperar. Veja-se. Questiona-se a limitação do direito de propriedade privada por instrumento não previsto no texto da constituição, bem como da interferência federal na competência legislativa dos Estados, Distrito Federal e Municípios a respeito da disposição de seus bens. Importante relembrar, de maneira breve, os conceitos de Poder Constituinte Originário, reformador, poder constituído e poder decorrente.

Como Poder Constituinte Originário entende-se aquele capaz de criar um Estado e dar-lhe uma constituição. Admite-se ainda a hipótese de rompimento com a ordem jurídica existente, estabelecendo-se uma nova organização político-jurídica. Com o surgimento da constituição, este poder "sai de cena" e permanece em um "status latente", podendo ser exercido novamente em tempos extraordinários. Como Reformador temos o poder capaz de alterar as disposições constitucionais, de maneira que ela possa ser verdadeiramente texto

[15] BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Art. 11, inciso III. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em 22 jun. 2024.
[16] BRASIL, 2017, Art. 71, caput.

vivo, adaptando-se às novas necessidades sociais que possam surgir eventualmente. Pode ocorrer tanto por meio da revisão do texto existente, quanto por sua emenda, acrescentando-lhe novas previsões, desde que em ambos os casos se observe as disposições constitucionais pré-existentes. Destes dois derivam e devem guardar respeito os poderes constituídos, criados pelo texto da constituição, e o poder decorrente garantido aos demais entes federativos, consubstanciado na possibilidade de que estes editem suas constituições ou leis orgânicas.

Dando-se prosseguimento, tais conceitos mostram-se importantes para adentrarmos no tema do federalismo cooperativo adotado pelo Brasil. Sabe-se que a república federativa brasileira é formada pela união indissolúvel dos Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme disposição presente no caput do art. 1º da Carta Magna, e que juntos devem atuar em harmonia pelo desenvolvimento nacional, visto que expressamente previsto como um dos objetivos fundamentais da república brasileira. A União, neste modelo, deve se afastar da figura de um ente centralizador para assumir um papel de coordenação entre todos. Tal assertiva é corroborada quando nos deparamos com as disposições dos parágrafos do art. 24 da Constituição Federal de 1988.

Superada tal explanação, deve-se subsumir os fatos à norma. Consta do rol do art. 5º da carta magna vigente previsão expressa sobre o direito a propriedade, que deverá ser assegurado pelo poder público. Deve-se considerar, todavia, que os direitos positivados, ainda que dotados de status fundamental, não são absolutos e admitem limitações razoáveis, situação esta plenamente aplicável à propriedade, limitada pela necessidade de cumprir sua função social. Por essa razão, não se pode falar em indevida restrição à propriedade privada, visto que a legitimação fundiária, instrumento jurídico criado pelo Congresso Nacional enquanto poder constituído incumbido de editar normas infra-constitucionais gerais, sobretudo na matéria referente à direito urbanístico, guarda estrita relação com a função social da propriedade.

Não se deve afirmar, ademais, em indevida interferência federal na competência legislativa dos Estados, Distrito Federal e Municípios. A garantia dos direitos fundamentais e sociais é um compromisso assumido por toda a federação, dever este que pode ser constatado na própria lei orgânica do Município de São Paulo, conforme já mencionado. Observa-se, portanto, que a previsão da legitimação fundiária é um instrumento que serve como diretriz geral estabelecida pelo Congresso Nacional para a política de regularização fundiária em toda federação. Não há usurpação de competência legislativa, dado que o papel da União Federal se esgota com a edição da norma geral e a posterior norma específica sobre bens federais.

Dando-se prosseguimento, necessário rememorar que a legitimação fundiária somente é aplicável no âmbito da Reurb. Este procedimento, por sua vez, é realizadode acordo com critérios de conveniência e oportunidade do administrador e desde que constatada a existência de núcleos urbanos informais consolidados, situação fática esta vista como de difícil reversão, tanto por motivos sociais, quanto urbanos. A atuação da administração pública, limitada pelo princípio da estrita legalidade, somente ocorre de acordo com as diretrizes definidas em lei para tanto, e é resguardada pela presunção de legitimidade e veracidade inerentes aos atos administrativos. O instituto jurídico estudado surge a partir do reconhecimento pelo Poder Público de sua própria inércia em garantir o direito à moradia para a população, fato este que justifica, de maneira razoável e proporcional, a flexibilização da supremacia do interesse coletivo em volta dos imóveis públicos ao ponto de legitimar a ocupação por particulares de imóveis públicos não funcionalizados pela administração, ato este regulado tanto pelo marco temporal estipulado em lei, qual seja a data limite de 22 de dezembro de 2016, quanto à necessidade de constatação da irreversibilidade dos núcleos, requisito este a ser preenchido de forma complementar pelos demais entes federativos. Salvo prova em contrário, não se pode afirmar que a atuação do Poder Público ocorre em desconformidade com o preceito legal, de maneira a legitimar ocupações ilegais de imóveis públicos.

Outra crítica apresentada ao instituto é a de que a sua semelhança com a usucapião justificaria a necessidade de respeitar-se o comando disposto no §3º do art. 183 da Constituição Federal de 1988. Necessário elaborar algumas considerações para diferenciar corretamente a legitimação fundiária da usucapião urbana. Consta do texto constitucional os requisitos desta última, que são: a) área a ser usucapida de até 250m^2; b) posse mansa, pacífica e ininterrupta por cinco anos; c) não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural; d) não ser ter sido anteriormente contemplado pela usucapião urbana de outro imóvel; e) utilizar o bem a ser usucapido para fins de moradia.

Os institutos ora comparados possuem apenas duas semelhanças. São elas a natureza de forma originária de aquisição de propriedade e o fato de condicionarem a utilização do imóvel à finalidade de moradia. No mais, importa relembrar que a legitimação fundiária carece do principal fundamento presente na usucapião, que é a caracterização da posse. Para a teoria objetiva da posse, idealizada por Ihering, esta é a obtenção do poder de fato do sujeito em relação à coisa, não sendo necessária a demonstração do *animus*, visto que inerente à exteriorização daquela. Enquanto não conferida a legitimação exclusivamente pelo poder público, não há que se falar em posse do ocupante, mas mera detenção do bem público.

Por fim, aborda-se a suposta lesão ao princípio da isonomia frente a não exigência dos requisitos do §1º do art. 23 da lei 13.465/2017 para a concessão da legitimação no âmbito da REURB-E. Conforme retro mencionado, compreende-se que o instituto da legitimação fundiária, em virtude de sua finalidade social, deve ser apenas aplicado no âmbito da REURB-S, visto que concebido em virtude da flexibilização da supremacia do interesse público ocasionada pelo direito à moradia da parcela da população caracterizada como de baixa renda. Estende-lo ao âmbito da REURB-E representa, inicialmente, indevido desvirtuamento do instituto criado, fato este que pode ser superado quando considerado o entendimento do STJ sobre a concessão da usucapião especial quando parte do imóvel for destinada ao uso econômico pelo possuidor, a fim de que provenha seu próprio sustento.[17]

4. Conclusões finais

Com base na descrição realizada de ambos os institutos, pode-se afirmar que a legitimação fundiária representa um aprimoramento da concessão especial de uso para fins de moradia. Não se considera apenas o fato de que esta decorre de ato discricionário do poder público, enquanto a concessão representa um ato vinculado, mas também se observa que, diante de determinadas situações, mais vale para a segurança jurídica no processo de reurbanização a efetiva titulação dos ocupantes de imóveis públicos como proprietários. Chega-se a tal decisão através da já mencionada reinterpretação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Celso Antônio Bandeira de Mello define interesse público como o conjunto de interesses que possuem um grupo de indivíduos enquanto sociedade. Entre as críticas tecidas contra o princípio em estudo, menciona-se a afirmação de que este não pode existir de forma abstrata, de forma a preceder a realização de uma adequada ponderação entre o interesse privado e o interesse público. Importa perceber, todavia, que o interesse público primário é o próprio critério a ser utilizado na ponderação a ser realizada. As transformações trazidas pelo fenômeno recente da constitucionalização do direito administrativo não implicam na superação desta supremacia, mas sim no ato de repensar o modo de atuação do Estado, que não pode mais agir sobre a justificativa do cumprimento da letra da lei, dado que deve passar a buscar legitimidade democrática para seus atos, elemento este que só pode ser conferido

[17] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.777.404**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201777404. Acesso em: 03 jun. 2024.

pelo povo, fonte primária do poder, conforme se depreende do art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988.

Depara-se com verdadeira perda do antigo monopólio estatal em identificar o que deve ser compreendido como interesse público. Uma vez superada a concepção de que o poder público é a única fonte do qual emergem as decisões políticas, surge uma repartição do poder decisório com o particular que, sendo titular do interesse a ser tutelado pela Administração Pública, é alçado ao posto de coparticipe nesta tarefa de identificar o interesse social comum e assim legitimá-lo. Essa falta de legitimidade da administração demonstra, por um lado, o enfraquecimento do modelo de democracia representativa, e por outro, a necessidade crescente de adotar-se maiores instrumentos que possibilitem a democracia participativa no intuito de que se fortaleça o exercício da cidadania nos espaços públicos e assim se obtenha a aceitabilidade social e a formação de consenso coletivo sobre os atos administrativos, elementos estes que compõem um verdadeiro interesse público. Ressalta-se, neste ponto, que referida realidade não passou despercebida do constituinte de 1988, dado que em diversos pontos do texto constitucional os cidadãos brasileiros são chamados a participar da formação da vontade pública. Cita, a título de exemplo, as disposições constitucionais dos artigos 194 e seguintes, onde se vislumbra a previsão de que a seguridade social é composta por um conjunto de ações tanto do poder público quanto da sociedade; inciso VI do art. 206, onde consta que a gestão do ensino público terá caráter democrático e ainda a previsão do §1º do art. 216, que dispõe sobre a colaboração da comunidade para com o poder público na proteção do patrimônio cultural brasileiro. A funcionalização do direito a propriedade, portanto, mostra-se como mais uma previsão neste mesmo sentido. Vale observar, no mais, não haver distinção quanto à natureza do direito, razão pela qual pode ser aplicada tanto à propriedade privada quanto pública.

A supremacia do interesse público sobre o particular não é mero critério para hierarquizar direitos e interesses. Representa, em verdade, um vetor para exercer uma interpretação dos institutos jurídicos utilizados na sociedade, a fim de que se transforme cada vez mais a interpretação do direito, segundo Peter Haberle, em uma ciência da experiência, a fim de que a aplicação da norma possa representar as pessoas sobre as quais incide.[18] Compreendendo-se da melhor forma a aplicabilidade do princípio.

Feitas tais considerações, volta-se a atenção à realidade brasileira, a fim de que se realize ponderação entre os princípios em choque, sobretudo por meio da utilização do critério da proporcionalidade, subdividido em necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. O déficit de moradia que assola o país é um problema atual e que exige a elaboração de soluções efetivas para a parcela da população de baixa renda.[19] Em conjuntura a este fato, observa-se que a crescente concentração de renda no país também colabora para dificultar o acesso à moradia para tais pessoas.[20] Deparando-se com fatores desencorajadores, aliados à

---

[18] HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

[19] CAMPOS, Ana Cristina. Brasil registra déficit habitacional de 6 milhões de domicílios. Houve aumento de cerca de 4,2% na comparação com 2019. **Agência Brasil**, 2024. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2024-04/brasil-registra-deficit-habitacional-de-6-milhoes-de domicilios. Acesso em: 15 jul. 2024.

[20] CONCENTRAÇÃO de renda para os mais riscos bate recorde histórico no Brasil, diz pesquisa. **UOL Economia**, Agência Brasil, 17 jan. 2024. Disponível em: https://economia.uol.com.br/noticias/agencia-brasil/2024/01/17/concentracao-de-renda-bate-recorde-historico-no-brasil-diz-pesquisa.htm. Acesso em: 23 jul. 2024.

ALMEIDA, Cássia. Concentração de renda no topo cresce, e os 5% mais ricos já detêm 40% da renda nacional. Estudo da Fundação Getúlio Vargas, com base em dados do Imposto de Renda, mostra também que o 0,01% mais rico, que corresponde a 15 mil pessoas, teve aumento de 96% nos rendimentos de 2017 a 2022. **O Globo Economia**: Rio de Janeiro, 2024. Disponível em:

omissão estatal na efetivação do direito a moradia digna, muitas destas pessoas veem-se na necessidade de funcionalizar a propriedade pública não utilizada. Consumada a ocupação do bem público e perpetuada por considerável lapso de tempo, realizam tais cidadãos inequívoca interpretação do preceito constitucional que proíbe a aquisição de bens públicos por particulares, relativizando-o em benefício do acesso à moradia. Vislumbra-se claramente o preenchimento do critério da necessidade.

A partir da constatação da necessidade de regularizar-se juridicamente essa questão é que os poderes públicos são chamados para atuar. Por meio da atuação do Congresso Nacional, poder regularmente constituído, elabora-se a norma que, acolhendo as críticas tecidas contra a concessão especial de uso para fins de moradia, busca criar instituto jurídico que, embora faça parte da política nacional de reurbanização, poderá ser mais bem disciplinado de acordo com as características locais de cada ente, permitindo assim o regular desempenho de suas competências federativas. Eis que surge a legitimação fundiária, elaborada de acordo com o processo constitucional vigente. Preenche-se o critério da adequação.

Por fim, pondera-se os benefícios e malefícios trazidos pela medida. Alega-se que o instituto criado pode configurar grave desfalque patrimonial aos entes federados. Desconsidera-se, todavia, a máxima da impessoalidade constante no caput do art. 37 da constituição vigente, dado que o aparelho estatal deve ser utilizado para a consecução do bem comum, e jamais ao ponto de defender-se o interesse da administração pública enquanto ente próprio. Não obstante, importa relembrar as rígidas condições estabelecidas em lei para que a legitimação fundiária seja aplicada, quais sejam a data limite de 22 de dezembro de 2016 para aferição de quais núcleos urbanos informais possam ser considerados como de natureza consolidada; a necessidade de preenchimento dos requisitos constantes do §1º do art. 23 da lei nº 13.465; a restrição da aplicação do instituto para somente no âmbito da REURB-S, a fim de que se mantenha a congruência para com sua finalidade social. Constata-se, portanto, que existem regras adequadas para reger a aplicação deste instrumento, de maneira que se mitigue ao máximo os malefícios trazidos por sua aplicação. A proporcionalidade em sentido estrito, portanto, também resta preenchida.

Toda a argumentação tecida no desenvolvimento deste trabalho remete à importância da garantia do direito à moradia. Como ponto central de onde decorrem outros direitos como privacidade, intimidade e lazer, vislumbra-se que sua concretização faz com que os indivíduos sejam inseridos em um meio social e político, de maneira que se tornem efetivamente cidadãos. Não se busca afirmar que desta garantia emergirá verdadeiramente a felicidade humana, haja vista a complexidade que circunda este sentimento humano. Enumeradas as certezas negativas e positivas acerca do tema, objetivou-se desbravar pequena zona cinzenta sobre a aplicação do conceito quando da discussão sobreo direito à moradia como possibilidade de concretização da dignidade humana. Chegou-se à conclusão que a efetivação do direito pode ensejar um estado de felicidade, e que este poderá ser resguardado através da concretização de suas inúmeras ramificações, tanto pela elaboração de normas jurídicas, como a própria lei nº 13.465/2017, como através do controle social sobre a atuação do Poder Público, a fim de que se evite eventuais omissões sobre o tema.

---

https://oglobo.globo.com/economia/noticia/2024/01/17/concentracao-de-renda-no-topo-cresce-e-os-5percent-mais-ricos-ja-detem-40percent-da-renda-nacional.ghtml. Acesso em: 18 jun. 2024.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e a realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, [s.l.] v. 217, p. 67-79, 1999.

ALMEIDA, Cássia. Concentração de renda no topo cresce, e os 5% mais ricos já de- têm 40% da renda nacional. Estudo da Fundação Getúlio Vargas, com base em dados do Imposto de Renda, mostra também que o 0,01% mais rico, que corresponde a 15 mil pessoas, teve aumento de 96% nos rendimentos de 2017 a 2022. **O Globo Economia,** Rio de Janeiro, 2024. Disponível em: https://oglobo.globo.com/economia/noticia/2024/01/17/concentracao-de-renda-no-topo-cresce-e-os-5percent-mais-ricos-ja-detem-40percent-da-rendanacional.ghtml. Acesso em: 18 jun. 2024.

ALVARENGA, Luiz Carlos. A concessão de uso especial para fins de moradia como instrumento de regularização fundiária e acesso à moradia. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, vol. 65, p. 61, jul. 2008; Doutrinas Essenciais de Direito Registral, vol. 5, p. 1.265, dez. 2011. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/caju/FUNDIARIA-2.pdf. Acesso em: 25 maio 2024.

BAPTISTA, Isabelle de. **A desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como resgate dos direitos fundamentais**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais). Faculdade de Direito de Vitória, Espírito Santo, 2010.

BARROS, Felipe Maciel P.. Da (in)constitucionalidade da legitimação fundiária. A legitimação fundiária é um instrumento adequado para regularização fundiária de áreas núcleos urbanos consolidados em áreas de domínio público, de maneira que deve ser afastada qualquer discussão quanto à sua constitucionalidade. **Migalhas De Peso**, 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/287119/da--in-constitucionalidade-da-legitimacao-fundiaria. Acesso em: 11 jul. 2024.

BRASIL. **Tradução da declaração de direitos de Virgínia**. Disponível em: https://www3.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1788/YY2014MM11DD18HH14MM7SS42-Declara__o%20da%20Virginia.pdf. Acesso em: 07 jul. 2024.

BRASIL. Embaixada da França no Brasil. **A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 2017. Disponível em: https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao. Acesso em: 01 jul. 2024.

CAMPOS, Ana Cristina. Brasil registra déficit habitacional de 6 milhões de domicílios. Houve aumento de cerca de 4,2% na comparação com 2019. **Agência Brasil**, 2024. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2024-04/brasil-registra-deficit-habitacional-de-6-milhoes-de-domicilios. Acesso em: 15 jul. 2024.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; ZAGO, Fábio Bragança; SOUZA, Oriane Graciani de. Legitimação Fundiária na Promoção do Direito Fundamental à Moradia. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, Porto Alegre, Ano XV, nº 89, abr./maio 2020. Disponível em: https://www.mpgo.mp.br/boletimdompgo/2020/07-jul/artigos/ artigo-paulo-fabio-oriane.pdf. Acesso em: 14 jun. 2024.

CONCENTRAÇÃO de renda para os mais riscos bate recorde histórico no Brasil, diz pesquisa. **UOL Economia**, Agência Brasil, 17 jan. 2024. Disponível em: https://economia.uol.com.br/noticias/agencia-brasil/2024/01/17/concentracao-de-renda bate-recorde-historico-no-brasil-diz- pesquisa.htm. Acesso em: 23 jul. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 872.

FRANÇA, Vanessa Chalegre de Andrade; FERREIRA, Allan Ramalho; LIMA, Rafael Negreiros Dantas de. **A regularização fundiária urbana de interesse social (REURB-S) como solução jurisdicional prioritária**: uma diretriz para a atuação da Defensoria Pública na figura do *custus vulnerabilis* nos litígios coletivos possessórios urbanos. Décimo quarto congresso nacional da Defensoria Pública. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=425 26. Acesso em: 29 jun. 2024.

FRANCO, Marcos Roberto. **A flexibilização do princípio da supremacia do interesse público diante da democracia participativa**. Tese de Doutorado (Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-06112020-150207/pt-br.php. Acesso em 23 jun. 2024.

GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, pp. 267-318, jul./dez. 2017. Disponível em: https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/516. Acesso em: 29 maio 2024.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil brasileiro, vol. 5:** direito das coisas. 14 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo**. Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Disponível em: https://revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/220. Acesso em 26 jul. 2024.

LISBOA, José Herbert Luna, *et. Al.***20 anos do Estatuto da Cidade:** experiências e reflexões**.** Organização de Edésio Fernandes. Belo Horizonte: Gaia Cultural, Cultura e Meio Ambiente, 2021.

LISBOA, José Herbert Luna. **A Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia e a Regularização Fundiária:** Institutos Jurídicos da Política Urbana, nos termos da lei nº 13.465/2017. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 32. Revista e atualizada de acordo com a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016 . São Paulo: Atlas, 2016.

PETROCILO, Carlos. São Paulo tem quase 590 mil imóveis vazios, 18 vezes a população de rua da cidade. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 2023. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/07/sao-paulo-tem-quase-590-mil-imoveis-vazios-18-vezes-a-populacao-de-rua-da-cidade.shtml. Acesso em: 14 jan. 2024.

SANTOS, Jordan Espíndola dos; SOUZA, Carlos Eduardo Silva e. Direito à felicidade: do reconhecimento como direito fundamental às possíveis implicações. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo , vol. 13 nº 2, jul./dez. 2019. Disponível em:https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/RPensam-Jur_v.13_n.2.06.pdf>. Acesso em 25 maio 2024.

SÃO PAULO (SP). **Situação das ocupações na cidade de São Paulo.** São Paulo, Prefeitura de São Paulo, 2018. Disponível em: https://polis.org.br/wp-content/uploads/2021/06/Situacao-das-ocupacoes-na-cidade-de-Sao-Paulo.pdf. Acesso em 24 jul. 2024.

STABILE, Arthur. Censo 2022: imóveis desocupados representam 12 vezes a população de rua da cidade de SP. **G1**, São Paulo, 2023. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2023/07/01/censo-2022-imoveis-desocupados-representam-12-vezes-a-populacao-de-rua-da-cidade-de-sp.ghtml. Acesso em: 14 jan. 2024.

SOUZA, Erik Almeida Rodrigues de; RAMOS, Zélia Maria Xavier; CORDEIRO, Chirley Vanuyre Vianna. Direito à felicidade: Análise principiológica e desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista do Direito Público**, Londrina, v.13, n.2, p.100-137, ago.2018. Disponível em: https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/29986. Acesso em 15 maio 2024.

TAVOLARI, Bianca. Direito à cidade: uma trajetória conceitual. **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 35, n. 1, mar. 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/j/nec/a/hdLsr4FXMpVZWPJ7XswRRbj/#. Acesso em 15 jun. 2024.

TITO, Maíra. Poder constituinte e poder constituído: os conceitos de Antonio Negri aplicados às alterações constitucionais em Portugal e no Brasil. **Lugar Comum**, nº 29, p. 205-226. Disponível em: https://revistas.ufrj.br/index.php/lc/article/view/54332/29693. Acesso em 23 maio 2024.

Legislação utilizada

BRASIL. **Lei nº 11.481, de 31 de maio de 2007**. Dá nova redação a dispositivos das Leis nos 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.666, de 21 de junho de 1993, [...]; prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União; e dá outras providências. Brasília,DF: Presidência da República, 2007**.** Disponível em: https://www.planalto.g ov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11481.htm. Acesso em: 01 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis n os 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, [...] Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: https://www.planalto.g ov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em 22 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 11 abr. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 abr. 2024.

SÃO PAULO (SP). Assembleia Constituinte do Município de São Paulo. **Lei orgânica do Município de São Paulo (com suas alterações)**. São Paulo, 1990. Disponível em https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/LOM.pdf. Acesso em: 09 jun.

2024.

Jurisprudência utilizada

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.777.404**. Recorrentes: Geraldo Gilmar Rafael e Margareth Brandão da Silva Rafael. Recorridos: Joana Baum, Romeu Baum. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 18 de fevereiro de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201777404. Acesso em: 03 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário898.060 – SC**. Recorrente: A.N. Recorrido: F.G.. Relator: Min. Luiz Fux, 24 de agosto de 2017. Disponível em:https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371896/false. Acesso em: 29 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26– DF.** Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Min. Celso de Mello, 06 de outubro de 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº**

4.277 – DF. Requerente: Procuradora-geral da República. Relator: Min. Ayres Britto, 14 de outubro de 2011. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200017/false.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 – RJ**. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto, 14 de outubro de 2011. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200015/false. Acesso em 01 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 670.422 – RS**. Recorrente: S.T.C., Recorrido: Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Dias Toffoli, 10 de março de 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur420306/false. Acesso em 05 maio 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC: 1003310-42.2017.8.26.0053**. Apelante: Estado de São Paulo. Apelada: Gildete Felisberto Santos. Relator: Coimbra Schmidt, Data de Julgamento: 19/02/2020, 7ª Câmara de Direito Público, 19/02/2020. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJSP/attachments/TJSP_AC_10033104220178260053_d2be1.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1722565603&Signature=S2V5PwW2RAMPeb9djxKCMBpMzY4%3DSP_AC_10033104220178260053_d2be1.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1722565603&Signature=S2V5PwW2R AMPeb9djxKCMBpMzY4%3D. Acesso em 03 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **APL: 0127285-36.2008.8.26.0053**. Apelante: Prefeitura Municipal de São Paulo. Apelada: Maria Julia Pinheiro. Relator: Evaristo dos Santos, Data de Julgamento: 26/11/2012, 6ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 01/12/2012. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJSP/IT/APL_1272853620088260053_SP_1354441417328.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1722565716&Signature=4e5EOJnngzJwZz KXPYV9mFrxft8%3D. Acesso em 25 maio 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **APL: 0004358-03.2010.8.26.0246**, Relator: Ana Liarte, Data de Julgamento: 04/02/2019, 4ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 08/02/2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AC: 1003357-16.2017.8.26.0053**. Apelante: Estado de São Paulo. Apelada: Amaro Gomes Barbosa. Relatora: Maria Lau- ra Tavares, Data de Julgamento: 12/08/2019, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 15/08/2019. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJSP_AC_10033571620178260053_22a0a.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1722565882&Signature=RhkWeo77ceGBsoN5QtsJza0FBH8%3D. Acesso em 27 jun. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **APL: 1006553-96.2014.8.26.0053**. Apelante: Maria Lucia Siqueira Raimundo. Apelada: Prefeitura do Município de São Paulo. Relator: Luciana Bresciani, Data de Julgamento: 07/02/2017, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 08/02/2017. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ- SP_APL_10065539620148260053_450ed.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1722566149&Signature=JllJWRhYiKWoQNOD7cKBZNDZnkY%3D. Acesso em 26 jun. 2024.

Por dentro da Casa Civil/ATL: fica autorizada uma análise linguística do Direito

Inside the Civil/ATL: a linguistic analysis of the law is authorized

Renata de Moraes Rosa Santana[1]

RESUMO

O presente artigo objetiva apurar a possível conexão entre Linguística e Legística, sobretudo no que se refere ao uso dos verbos e às predileções textuais do redator normativo. Almeja-se, outrossim, analisar a possibilidade de encontrar o padrão linguístico mais abundante e, se existente, verificar, por meio da observação do paradigma mais recorrente nas leis municipais da cidade de São Paulo publicadas no ano de 2022, de que maneira a predileção do redator normativo se coaduna com os valores semânticos presentes na expressão verbal escolhida. Para tanto, por meio do *site* "Catálogo de Legislação Municipal"[2] foram coletadas todas as 153 (cento e cinquenta e três) leis municipais publicadas em 2022 na cidade de São Paulo. Em seguida, foram destacados os verbos de comando das ementas e aqueles do *caput* do artigo 1º das referidas leis. Por fim, foram cotejadas as supracitadas leis a fim de analisar a possibilidade da existência (ou não) de um padrão linguístico na exibição dos verbos de comando presentes no *caput* do artigo 1º.

Palavras-chave: linguística; legística; técnica legislativa.

ABSTRACT

This article aims to investigate the possible connection between Linguistics and Legistics, especially with regard to the use of verbs and the textual predilections of the normative writer. The aim is, moreover, to analyze the possibility of finding the most abundant linguistic pattern and, if it exists, to verify, through observation of the most recurrent paradigm in the municipal laws of the city of São Paulo published in the year 2022, in what way the predilection of the normative writer is consistent with the semantic values present in the chosen verbal expression. To this end, through the website named "Catálogo de Legislação Municipal", all 153 (one hundred and fifty-three) municipal laws published in 2022 in the city of São Paulo were collected. Next, the command verbs of the menus and those in the caput of first article of the aforementioned laws were highlighted. Finally, the aforementioned laws were compared in order to analyze the possibility of the existence (or not) of a linguistic pattern in the display of command verbs present in the caput of the first article.

Keywords: linguistic, lesgistic, legislative technique.

[1] Residente Jurídica do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, alocada na Casa Civil/Assessoria Técnico-Legislativa – CC/ATL (2022-2025). Email: rentemr@gmail.com

[2] https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/

1. Introdução

> *Era, ainda, a primeira vez que se confiava a redação de um código civil, seara até aqui exclusiva de jurisperitos, ao tribunal singular de um linguista".*[3]

"Ok, *google*: como são elaboradas as leis?"

Pode-se apostar, quase a totalidade das respostas do *Google Assistent*, assistente de voz da famosa multiplataforma de pesquisa digital, estará atrelada às etapas do processo legislativo.

E mais, nos cinco anos da Faculdade de Direito, estuda-se, *en passant*, apenas sobre as fases da criação de leis, ou seja, fases preliminar, constitutiva e complementar.[4]

Em outros termos, por conta do modo como o processo legislativo é apresentado (e pouco estudado), parece existir apenas uma abordagem possível à indagação de *como são feitas as leis?*

Ocorre que há, no estudo da elaboração das leis, outros vieses a serem observados. *Como são feitas as leis?*, evidentemente, refere-se ao seu modo de tramitação, mas o entendimento de como se escreve uma lei, de quem é o responsável por sua redação, de quais termos devem/não devem constar em uma norma etc é primordial.

A priori, o conhecimento acerca da importância da Legística formal parece restrito às monografias dos cursos de especialização em processo legislativo, às dissertações de mestrado, às teses de doutorado e aos (valorosos) profissionais das assessorias técnicas e legislativas.

Fazendo referência a Carlos Blanco de Morais, Rizek Jr. (2009) assevera, com razão, que a temática ainda é "quase virgem".[5]

Logo, como se nota, a primeira tarefa é quebrar esse círculo vicioso e expandir a compreensão de ramo tão caro.

Ao adentrar à referida seara, qual seja a análise das técnicas de elaboração e redação das leis, fica patente a imprescindibilidade de uma abordagem linguística do Direito. E aí mora outro "problema".

O Direito não é SOMENTE um fenômeno linguístico, por suposto. E, por isso, parece haver relutância de certos grupos em fazer uso de subsídios advindos diretamente da Linguística para analisá-lo. Ousa-se pontuar, inclusive, que o (pretenso) desinteresse no estudo de algumas das propedêuticas esteja atrelado a essa falta de intimidade com a Linguística.

---

[3] No artigo "Problema de técnica legislativa", Leal (1945) faz a seguinte referência à participação de um linguista na elaboração do projeto do Código Civil Brasileiro: "[...] Na elaboração dos nossos recentes códigos pediu o governo, como é sabido, as sugestões do Sr. Agar Renault, que acompanhou os trabalhos de revisão final dos projetos. Da comissão que se incumbiu da última redação do atual código de processo civil italiano também participou um filólogo, cuja atuação foi muito louvada pelo prof. Calamandrei, igualmente membro daquela comissão. A necessidade dessa espécie de colaboração é hoje tão evidente que dificilmente alguém subscreveria agora estas palavras em que Rui Barbosa, na Réplica, estranhou a intervenção do prof. Carneiro Ribeiro na revisão do projeto do Código Civil Brasileiro: 'Era a primeira vez que se descontinuava a lucubração parlamentar de uma lei, para se entregar fora da assembleia onde se estivesse fazendo ao arbitramento literário de estranhos. Era, ainda, a primeira vez que se confiava a redação de um código civil, seara até aqui exclusiva de jurisperitos, ao tribunal singular de um linguista'".

[4] Na obra "Técnica legislativa como arte de redigir leis" (LEAL, 1985), há a seguinte menção à ausência do ensino de técnica legislativa nas Universidades: "É indispensável a boa feitura e redação dos textos legais. No país, não existe nenhuma cátedra especial nas Faculdades de Direito sobre técnica legislativa, nem mesmo capítulo sobre tão importante matéria nas cátedras de Direito Civil e de Introdução à Ciência do Direito."

[5] MORAIS, 2007 *apud* RIZEK JR., 2009.

Em seu artigo "Problemas de técnica legislativa", Vitor Nunes Leal conta, (quase) em forma de anedota, o espanto do brilhante Rui Barbosa ao ser informado de que a redação do Código Civil Brasileiro seria passada pelo escrutínio, não de um jurisperito, mas, sim, de um linguista.[6]

Vê-se, embora gradativamente venha diminuindo, essa hesitação existe há tempos.

A questão é que o raso diálogo entre o Direito e a Linguística, sobretudo no que tange às escolhas do redator normativo, causa sérios danos, afinal, como assevera Streck (2014), "o Direito brasileiro vem sofrendo os influxos de seus predadores exógenos (política, moral e economia) através do desrespeito com os limites semânticos dos textos jurídicos".[7]

Claro, não se olvidam os excelentes trabalhos atrelados à (boa) redação do texto jurídico, mas, como aponta Maciel (2001), de maneira geral, são obras voltadas à solução dos erros mais frequentes relacionados à ortografia e à sintaxe.[8]

É preciso mencionar que há alguns (importantíssimos) estudos acerca dos limites da semântica e sua importância, mas com uma abordagem totalmente voltada à análise hermenêutica.

No que se refere à técnica legislativa, nos compêndios de redação forense, há sempre o apelo à clareza, concisão e objetividade do texto.[9] Por vezes, demanda-se "elegância da linguagem"[10] ao redator normativo.

Na obra "Técnica Legislativa - Legística Formal", Carvalho (2014) cataloga regras para "apresentação formal, material e técnica do emprego dos artigos".[11] Na 12ª regra, o referido autor indica que é preferível uma forma menos rebuscada, porém tecnicamente mais correta pela indicação imediata daquilo que o artigo contém. Assim, ao invés de escrever "extingue-se a presente lei", o redator deve optar pela expressão "ficam extintos...".

Por exemplo, o excerto da ementa da Lei Municipal nº 17.880, de 30 de dezembro de 2022, da cidade de São Paulo, é: "Autoriza o Poder Executivo a instituir...". Como é possível inferir, tendo em vista o objetivo da lei, o redator normativo poderia ter escrito o art.1º da seguinte maneira: "Esta Lei autoriza o Poder Executivo a instituir...". No entanto, o redator fez outra opção. Quando o redator da Lei Municipal nº 17.880 escolhe a seguinte redação para o artigo 1º: "Fica o Poder Executivo autorizado a instituir...", aqui, há indícios de que suas escolhas textuais ficaram a cargo das indicações dos autores de obras consagradas, de questões de estilo e de suas intenções.

---

[6] LEAL, VITOR NUNES. Técnica legislativa como a arte de redigir leis. **Revista de informação legislativa**, v. 23, n. 89, p. 169-198, jan./mar. 1986 | **Revista da Faculdade de Direito de Pernambuco**, v. 1, n. 1, p. 47-78, 1985 | **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, v. 1, n. 1, p. 222-255, jan. /jun. 1985.

[7] STRECK, L.L. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 135, Set. 2014.

[8] Maciel (2001) elenca os compêndios de NASCIMENTO, Edmundo Dantes Linguagem forense: a língua portuguesa aplicada á linguagem do foro. São Paulo: Saraiva, 1995; HENRIQUES, Antonio; ANDRADE, M. Margarida. (1996) Dicionário de verbos jurídicos. São Paulo: Atlas, 1996; HENRIQUES, Antonio. Prática da linguagem jurídica: solução de dificuldades. Expressões latinas. São Paulo: Atlas, 1998; KASPARY, Adalberto. O Verbo na linguagem jurídica: acepções e regimes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996; KASPARY, Adalberto. Habeas verba: português para juristas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998 e XAVIER, Ronaldo Caldeira. Português no Direito: linguagem forense. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

[9] CARVALHO, G.K. **Técnica Legislativa** (Legística Formal). 6ª ed. rev. atual. e ampl.. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

[10] Em "Problemas de técnica legislativa" (LEAL, 1945), há a seguinte referência ao apelo à elegância da linguagem: "a correção do texto, do ponto de vista filológico, é da maior importância. Nem sempre é o jurista, que faz a lei, um bom conhecedor da língua, nem se lhe exige, para ser um jurista, que tenha estilo elegante e sóbrio. A lei destina-se a ser entendida pelo maior número de pessoas. Há de se, pois, concisa, clara, simples, escrita tanto quanto possível no estilo direto. Se a sua leitura não pode ser agradável (é sempre enfadonho ler uma lei), que seja o menos desagradável possível, pela elegância da sua linguagem [...]".

[11] CARVALHO, *op. cit*., p. 159

À luz de uma análise linguística, parece haver, no exemplo analisado, uma predileção pela locução verbal cujo auxiliar é o verbo *ficar*.

Para a prolífica observação de um objeto deve-se eleger um tipo de abordagem.

No caso, a análise da língua surgiu a partir de uma abordagem na qual haveria um sistema central que determinaria os outros sistemas.

Segundo a abordagem clássica, por exemplo, nos estudos de gramaticalização, os elementos lexicais passam a desempenhar funções gramaticais. Essa noção de sistema central daria a entender que a língua funciona linearmente.

Essa perpeção da língua como sistema unidimencional implicaria no entendimento de que nossa mente funcionaria apenas por impulsos sequenciais e isso, para Castilho (2007)[12], eliminaria a possibilidade de construções linguísticas criativas. Sem nenhuma complexidade, a língua seria apenas um amontoado de palavras ordenado em classes gramaticais.

Em contraposição à abordagem clássica, há, hodiernamente, nos estudos de Língua Portuguesa do Brasil, um apelo a uma abordagem multissistêmica.[13]

Em linhas gerais, nessa abordagem, há 4 sistemas autônomos : (i) o Léxico, que representa as palavras ordenadas em classes; (ii) a Semântica, que faz referência aos significados e às significações; (iii) o Discurso, que indica a interação linguística entre os falantes e, por fim, (iv) a Gramática, que concerne à estrutura da língua ordenada em subsistemas (morfologia - estudo das classes das palavras; fonologia - estudo dos sons das palavras e suas relações e sintaxe - a ordem das palavras em uma sentença).[14]

E, ao contrário da abordagem clássica, na epistemologia dos sistemas complexos, as características lexicais, discursivas, semânticas e gramaticais de um termo existem ao mesmo tempo, uma vez que a língua representa "um sistema complexo e dinâmico".[15].

Pois bem.

Por meio da análise de alguns desses termos, mais especificamente os verbos, poder-se-á observar o comportamento "desse sistema complexo e dinâmico" quando imbricado ao mundo não menos multifacetado do Direito.

Como dito acima, pois, há, na busca pela suposta "redação normativa perfeita", uma série de exigências a serem cumpridas.

O que se propõe nesse estudo, portanto, é averiguar, ainda que de maneira tímida, se o conhecimento acerca das características lexicais, discursivas, semânticas e gramaticais dos verbos para o Direito (e principalmente para a Legística Formal) guarda relação com o cumprimento da exigência da clareza, concisão, objetividade e "elegância" na redação das leis.

---

[12] CASTILHO, A. Abordagem da língua como um sistema complexo: contribuições para uma nova Lingüística Histórica. *In*: CASTILHO, A.T. de; TORRES DE MORAIS, M. A. C.; LOPES, R.E.V.; CYRINO, S.M.L. (Orgs.). **Descrição, História e Aquisição do Português Brasileiro**. Campinas: Pontes/Fapesp, 2007. p. 329-360.

[13] CASTILHO *et al*. Analisando multissistemicamente o verbo ficar na história do português paulista**. Estudos Linguísticos**, São Paulo, 41 (2): p. 602-615, maio-ago. 2012.

[14] *Idem*.

[15] Castilho (2012) retoma seu trabalho acerca da abordagem multissistêmica da língua a fim de analisar o verbo *ficar* na história do português paulista. De maneira geral, a abordagem multissistêmica diferencia-se da ciência clássica. Nesta última, os processos linguísticos são unilaterais e envolvem apenas o aspecto da gramaticalização. Na abordagem multissistêmica, as expressões assumem características de quatro subsistemas. "Esse ponto de vista focaliza os processos e os produtos linguísticos, organizados em quatro blocos: (i) lexicalização e léxico, (ii) semanticização e semântica, (iii) discursivização e texto, (iv) gramaticalização e gramática. Diferentemente do que se admite na ciência clássica, em que trajetórias lineares e unidirecionais representam a passagem léxico > gramática, a ciência dos sistemas complexos considera os quatro subsistemas da língua autônomos uns em relação aos outros, ou seja, "qualquer expressão linguística exibe ao mesmo tempo características lexicais, discursivas, semânticas, gramaticais" (CASTILHO, 2007, p. 18).

Em síntese, o que se objetiva é apurar a possível conexão entre Linguística e Legística, sobretudo no que se refere ao uso dos verbos e às predileções textuais do redator normativo.

Almeja-se, outrossim, analisar a possibilidade de encontrar o padrão linguístico mais abundante e, se existente, verificar, por meio da observação do paradigma mais recorrente nas leis municipais da cidade de São Paulo publicadas no ano de 2022, de que maneira a predileção do redator normativo se coaduna com os valores semânticos presentes na expressão verbal escolhida.

Para tanto, por meio do site "Catálogo de Legislação Municipal"[16] foram coletadas todas as 153 (cento e cinquenta e três) leis municipais publicadas em 2022 na cidade de São Paulo. Em seguida, foram destacados os verbos de comando das ementas e aqueles do *caput* do artigo 1º das referidas leis.

Por fim, foram cotejadas as supracitadas leis a fim de analisar a possibilidade da existência (ou não) de um padrão linguístico na exibição dos verbos de comando presentes no *caput* do artigo 1º.

2. Direito como objeto de análise linguística

2.1 Linguística, linguista e postura teórico-metodológica

De acordo com o renomado professor Evanildo Bechara (2009), "entende-se por linguagem qualquer sistema de signos simbólicos empregados na intercomunicação social para expressar e comunicar sentimentos, isto é, conteúdos de consciência."[17]

Nesse mesmo diapasão, o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (2009) define linguagem como "faculdade que têm as pessoas de se comunicar umas com as outras, exprimindo pensamentos e sentimentos por palavras, que podem ser escritas, quando necessário"[18], ou seja, a linguagem é função que permite ao ser humano simbolizar seu pensamento.

Dada à importância da linguagem, portanto, seria preciso que ela fosse objeto de investigação científica.

Em 1916, então, a partir dos estudos do filósofo suíço Ferdinand de Saussure, é lançada a obra "Curso de Linguística Geral".[19] No livro, Saussure apresenta elucubrações teóricas a fim dar à Linguística *status* de ciência autônoma.

Em sumaríssima síntese, para o linguista suíço, há diferença clara entre língua e linguagem. Descrita como parte unificada e suscetível de classificação da linguagem, a língua é, essencialmente, um sistema de signos. Assim, na teoria saussuriana, signo é a relação entre significante e significado. Em outras palavras, signo é a correspondência entre uma imagem acústica e um conceito. E, da análise dessa relação entre significante e significado, pode-se presumir que a língua é princípio de classificação, isto é, a língua determina as coisas do mundo e não é uma mera nomenclatura.[20]

Deste modo, ao buscar saber o *significado* de algum termo, é preciso lembrar, primeiro, que a língua não é uma lista de palavras. E, depois, que significado é um dos componentes do signo linguístico. Então, na verdade, o que se busca é a significação de uma expressão.

---

[16] https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/

[17] BECHARA, E. **Moderna gramática portuguesa**. 37. ed. rev., ampl. e atual. conforme o novo Acordo Ortográfico. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009, p. 28.

[18] HOUAISS, A. e VILLAR, M. de S. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Elaborado no Instituto Antonio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

[19] Em 1916, por meio de anotações de aulas, foi lançada obra póstuma do linguista e filósofo suíço Ferdinand de Saussure. No livro "Curso de Linguística Geral", Saussure apresenta a linguista como ciência autônoma.

[20] FIORIN, J.L (org.). **Introdução à Linguística**, São Paulo: Contexto, 2007.

Reitera-se, signo linguístico é a correspondência entre a imagem acústica e o seu conceito. Para a Linguística, *designação* significa relacionar o signo (o conjunto entre significante e significado) e o que este signo representa, ou seja, o seu tema. Já *significação* refere-se à relação entre significados, isto é, a relação entre os conteúdos. As questões atreladas à significação são semânticas.

> Para evitar confusões que perturbam tal estudo, convém distinguir as relações de significação das relações de designação. As relações de significação são relações entre significados dos signos linguísticos, enquanto as relações de designação são relações entre signos linguísticos inteiros e os "objetos", isto é, as realidades extralinguísticas por eles designados e representados no discurso. Só as relações de significação são estruturáveis. Um exemplo para clarear a distinção: a designação de dois signos pode ser a mesma sem que seus significados sejam idênticos. Coseriu exemplifica com os termos gregos brotós e ánthropos, que designam a mesma classe de objetos (os homens), mas não têm o mesmo significado, isto é, não significam "o mesmo": brotós significa "homem como não deus" e ánthropos significa "homem como não animal".[21]

A Semântica é o ramo da Linguística que estuda o sentido das palavras. Por apreço à clareza, faz-se indispensável o bom emprego dos termos no processo de elaboração das leis.

> A Semântica estuda o sentido das palavras, expressões, frases e unidades maiores da comunicação verbal, os significados que lhe são atribuídos. Ao considerarmos o significado de determinada palavra, levamos em conta sua história, sua estrutura (radical, prefixos, sufixos que participam da sua forma) e, por fim, o contexto em que se apresenta. Sendo a clareza um dos requisitos fundamentais de todo texto oficial, deve-se atentar para a tradição no emprego de determinada expressão com determinado sentido. O emprego de expressões ditas de uso consagrado confere uniformidade e transparência ao sentido do texto. Mas isso não quer dizer que os textos oficiais devam limitar-se à repetição de chavões e de clichês. Verifique sempre o contexto em que as palavras estão sendo utilizadas. Certifique-se de que não há repetições desnecessárias ou redundâncias. Procure sinônimos ou termos mais precisos para as palavras repetidas; mas se sua substituição for comprometer o sentido do texto, tornando-o ambíguo ou menos claro, não hesite em deixar o texto como está. É importante lembrar que o idioma está em constante mutação. A própria evolução dos costumes, das ideias, das ciências, da política, enfim da vida social em geral, impõe a criação de novas palavras e de formas de dizer.[22]

Outra indispensável observação acerca da abordagem acadêmica dos signos linguísticos é a sua crucial diferença entre o estudo tradicional da gramática.

Em linhas gerais, o escopo do estudo tradicional da gramática é a oferta de juízos de valor rígidos atrelados à congruência, correção e adequação de um texto.[23]

E mais, ao apontar "como se deve escrever" ou o que é "mais ou menos adequado" em um texto, faz-se referência à gramática normativa e não à descritiva, posto que esta última opera como ciência.

> A gramática descritiva se reveste de várias formas segundo o que examina mediante uma metodologia empregada, formas que não cabe aqui explicitar, mas tão somente enumerar: estrutural, funcional, estrutural e funcional, constrastiva, distribucional,

[21] BECHARA, 2009, p. 470.
[22] BRASIL. **Manual de redação da Presidência da República**, 2018, p. 83.
[23] Para Bechara (2009), norma de congruência (saber elocutivo) são procedimentos em consonância com os princípios do pensar que se referem ao texto. Norma de correção, ou seja, o juízo de valor relacionado ao saber idiomático, representa a conformidade de falar (escrever) em uma língua particular segundo as normas de falar (escrever) historicamente determinado e corrente na comunidade que o pratica. Norma de adequação (saber expressivo) versa sobre a constituição de textos levando em conta o falante, o destinatário, o objeto ou a situação.

> gerativa, transformacional, estratificacional, de dependências, de valências, de usos, etc. A gramática estrutural funcional concebida por E. Coseriu aplica-se à depreensão e descrição dos paradigmas do significado gramatical, das estruturas gramaticais de uma língua particular. Cabe à gramática normativa, que não é uma disciplina com finalidade científica e sim pedagógica, elencar os fatos recomendados como modelares da exemplaridade idiomática para serem utilizados em circunstâncias especiais do convívio social. A gramática normativa recomenda como se deve falar e escrever segundo o uso e a autoridade dos escritores corretos e dos gramáticos e dicionaristas esclarecidos.[24]

Com bem ponderam ilustríssimos linguistas da Universidade de São Paulo[25], cabe à Linguística a função de descrever a língua sem reduzir seu uso, por exemplo, àquilo que é "certo" ou "errado".

> A Linguística não se compara ao estudo tradicional da gramática; ao observar a língua em uso o linguista procura descrever e explicar os fatos: os padrões sonoros, gramaticais e lexicais que estão sendo usados, sem avaliar aquele uso em termos de um outro padrão: moral, estético ou crítico.[26]
>
> A tarefa do gramático se desdobra em dizer o que é a língua, descrevê-la, e ao privilegiar alguns usos, dizer como deve ser a língua. Na verdade, a conjunção do descritivo e do normativo efetuada pela gramática tradicional opera uma redução do objeto de análise que, de intrinsecamente heterogêneo, assume uma só forma: a do uso considerado correto da língua. Na maioria dos casos, é esse uso o único que vai ser estudado e difundido pela escola, em detrimento de um conhecimento mais amplo da diversidade e variedade dos usos linguísticos.[27]

O papel do linguista é "estudar toda e qualquer expressão Linguística como um fato merecedor de descrição e explicação dentro de um quadro científico adequado."[28] Isso implica dizer que se exige do pesquisador uma postura teórico-metodológica adequada às características particulares da ciência em apreço. Nesse sentido:

> A Linguística é empírica porque trabalha com dados verificáveis por meio de observação; é objetiva porque examina a língua de forma independente, livre de preconceitos sociais ou culturais associados a uma visão leiga da linguagem.[29]

Logo, uma analise linguística do Direito descreverá seu objeto como ele é e não especulará e nem fará afirmações sobre como a língua deveria ser.[30]

Repisa-se, no caso deste estudo, o objeto é observação da possível conexão entre Linguística e Legística, sobretudo no que se refere ao uso dos verbos e às predileções textuais do redator normativo.

2.2 Legística e Técnica Legislativa

Como já aludido, o estudo acerca da elaboração das leis é, por vezes, restrito aos órgãos legiferantes e à pesquisa dos profissionais ligados à área.

Aqui, uma importante perquirição faz-se necessária: na seara jurídica, o papel dos

---

[24] BECHARA, 2009, p. 50.
[25] A fim de possibilitar uma maior apreensão das principais características da Linguística aos alunos do primeiro ano do ciclo básico do curso de Letras, os professores da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo lançaram dois volumes da obra "Introdução à Linguística".
[26] FIORIN, 2007, p. 15.
[27] *Idem.*
[28] *Ibidem.*
[29] *Idem*, p. 21.
[30] *Ibidem*.

juristas é interpretar e aplicar a lei, a quem, portanto, caberia criar as leis?[31]

Ao contrário do que possa parecer, a resposta a essa indagação não é simples, sobretudo porque "antes de redigir uma lei, é preciso pensá-la"[32]. O que leva a um outro questionamento: há uma epistemologia envolvida na elaboração das leis?

Com efeito, os primeiros a construir hipóteses a respeito da possível epistemologia atrelada à criação das leis foram suíços e franceses.[33] Esse interesse científico pela legislação deu origem à *Legística*. Definida, *a priori* e genericamente, como "ciência aplicada da legislação, que procura determinar as melhores modalidades de elaboração, redação, edição e aplicação das normas"[34]

Em inventário semântico proposto por Guimarães e Braga (2011), destancam-se os seguintes conceitos de Legistíca:

> Legística é o interesse científico pela legislação, com ênfase nos impactos das leis na sociedade, expandindo-se a perspectiva jurídica do tema para incorporar outras áreas, como a ciência política, a ciência administrativa, a economia, a lingüística, a psicologia, entre outras.[35]
>
> Área do conhecimento que estuda e se ocupa de como fazer normas, envolvendo sua concepção e redação, de forma metódica e sistemática, consubstanciada num conjunto de regras que visam contribuir com a adequada elaboração e o aprimoramento da qualidade de atos normativos.[36]
>
> Ramo do saber que visa estudar os modos de concepção e de redação dos atos normativos.[37]
>
> A legística se ocupa do processo de elaboração das leis, com o objetivo de produzir normas de melhor qualidade, mais eficazes e menos onerosas, o que resulta em maior confiança na legislação e nos legisladores. Assembleia Legislativa de Minas Gerais.[38]
>
> Uma ciência interdisciplinar que tem um objeto claro – o estudo de todo o circuito da produção das normas – e para a qual convergem vários métodos
> e diferentes conhecimentos científicos. Trata-se de uma 'ciência normativa', mas também de uma 'ciência de ação', que nos permite analisar o comportamento dos órgãos legiferantes e as características dos fatos legislativos e identificar instrumentos úteis para a prática legislativa.[39]
>
> Legística ou ciência da legislação é a área de conhecimento que se ocupa planejamento, da concepção, da elaboração e da avaliação das leis, de forma metódica e sistemática, valendo-se de premissas técnico-científicas como coadjuvantes da decisão política de escolha da oportunidade de legislar e das

[31] SOARES, Fabiana Menezes; KAITEL, Christiane Silva; PRETE, Esther Külkamp (org.). **Estudos em Legística**. Florianópolis/SC: Tribo da Ilha, 2019.
[31] DISTRITO FEDERAL, 2017.
[32] DELLEY, J.D., 2004 *apud* SOARES, F.M *et al*., 2019.
[33] Mader (2009) indica que a primeira referência a esse ramo de estudo foi encontrada na obra do suíco Peter Noll (1973). Ele sugeriu o nome de *Gesetzgebun-gslehre* ou legisprudência. Essa expressão foi traduzida para o francês como *Méthode Législative* (Método Legislativo).
[34] Em inventário semântico, Guimarães e Braga (2011) informam que Chevalier (1995) foi o primeiro a definir Legísitca.
[35] MADER, Luzius. Legística: história e objeto; fronteiras e perspectivas. *In*: Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento, 2007, Belo Horizonte. **Legística**: qualidade da lei e desenvolvimento. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.
[36] SOUZA, 2009 *apud* GUIMARES e BRAGA, 2011.
[37] CRISTAS, 2006 *apud* GUIMARES e BRAGA, 2011.
[38] LEGÍSTICA, 2009 *apud* GUIMARES e BRAGA, 2011.
[39] ALMEIDA, 2009 apud GUIMARES e BRAGA, 2011.

> soluções regulativas; da função redacional destinada à apropriação dos comandos definidos; e das ações de controle dos impactos ou da efetividade da lei.[40]

Mader (2009) elenca oito campos de interesses da Legística: (i) a metodologia legislativa, também chamada de Legística material; (ii) a técnica legislativa ou Legística formal; (iii) a redação legislativa e seus aspectos linguísticos; (iv) as atividades relacionadas à informação e comunicação legislativa; (v) o procedimento legislativo; (vi) a gestão de projetos legislativos; (vii) a sociologia jurídica emperíca e, por fim, (viii) a teoria da legislação.

A ténica legislativa assume posição de destaque na Legística.

A redação da lei deve seguir determinados princípios como os da objetividade, da clareza e da concisão, contemplando os elementos constitutivos da estrutura da lei, tais quais os descritos no art. 3º, Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998[41] e art. 5º, do Decreto nº 9191, de 1° de novembro de 2017.[42]

O texto legal deve ser norteado pelas regras de técnica legislativa. Assim, para a composição das leis, exige-se destreza do redator normativo. Com o objetivo de satisfazer tal exigência, os prestigiosos manuais esmiúçam os métodos a serem seguidos.

Acontece que também se reivindica do redator talento, engenhosidade, habilidade e uma espécie de capacidade extraordinária relacionada à "beleza do texto".

> A técnica legislativa é a arte de redigir leis. O direito anglo-americano a denomina "legislative drafting". As leis devem ter o seu estilo. O estilo das leis deve ser simples, como relembra Montesquieu, a expressão direta devendo ser preferida, pois nada é melhor do que apreender diretamente o sentido das leis. É o mesmo Montesquieu que acentua tal estilo legislativo, que deve ser simples e queria conciso como o das leis das 12 tábuas (Les duodecim tabularum) do direito romano, por ele considerado como "um modelo de perfeição"[43]

> O direito deve ser elaborado atendendo não só a sua necessidade social e o ideário de justiça, mas ainda quanto à beleza de sua redação. É o que Ihering denominava a estética do direito, ou que os juristas romanos chamavam elegantia juris, necessária à lei, segundo Gaio". (...) Na linguagem forense dos advogados e nas dos legisladores, devem ser adotados períodos curtos, evitando-se trechos longos e extensos, ou mesclados de orações subordinadas, relativos, conjunções, gerando obscuridade. Tal linguagem exige clareza, concisão, limpidez, precisão, complementada pelo espírito lógico e do bom senso".[44]

E, então, uma tarefa que já é árdua, torna-se, por vezes, hercúlea. Nem sempre justos, mas permanentes e rígidos juízos de valor são lançados às leis elaboradas.

Como dito acima, no que se refere à elaboração de leis, há um procedimento. São descritas normas claras a serem obedecidas.

---

[40] PIRES, 2009 apud GUIMARES e BRAGA, 2011.

[41] Art. 3º A lei será estruturada em três partes básicas: I - parte preliminar, compreendendo a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, o enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação das disposições normativas; II - parte normativa, compreendendo o texto das normas de conteúdo substantivo relacionadas com a matéria regulada; III - parte final, compreendendo as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber.

[42] Art. 5º O ato normativo será estruturado em três partes básicas:I - parte preliminar, com: a) a ementa; e b) o preâmbulo, com: 1. a autoria; 2. o fundamento de validade; e 3. quando couber, a ordem de execução, o enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação da norma; II - parte normativa, que conterá as normas que regulam o objeto; e III - parte final, com: a) as disposições sobre medidas necessárias à implementação das normas constantes da parte normativa; b) as disposições transitórias; c) a cláusula de revogação, quando couber; e, d) a cláusula de vigência.

[43] LEAL, 1985.

[44] *Idem.*

2.3 Perífrases e predileções do redator normativo

Um grande exemplo do procedimento supracitado é a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que "Dispõe sobre a elaboração, redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona".

E, com fulcro nos grandes manuais e na supracitada lei complementar, alguns órgãos legiferantes elaboraram guia detalhado, no qual é definido, por exemplo, que "A ementa deverá ser iniciada por verbo na 3ª pessoa do singular".[45]

No que tange à redação do artigo 1º, como já mencionado na "Introdução" deste estudo, os grandes compêndios de Legística Formal indicam que, a título de exemplo, ao invés de escrever "extingue-se a presente lei", o redator deve optar pela expressão "ficam extintos...".[46] Segundo a referida regra, o uso da perífrase verbal é tecnicamente mais correto, pois oferece indicação imediata daquilo que o artigo contém.

Pelo viés da análise linguística, a predileção pela perífrase de *ficar* engloba o aspecto verbal.

De antemão, ressalta-se que, na esteira do notável trabalho de Travaglia (2016), dá-se, neste estudo, o nome de perífrase a qualquer conjunto verbal formado por verbo auxiliar e verbo principal em sua forma nominal.

> Inicialmente é preciso esclarecer que estaremos chamando de perífrase qualquer aglomerado verbal em que tenhamos um verbo (denominado auxiliar) ao lado de outro verbo em uma das formas nominais (denominado principal), e com uma função determinada de marcar uma categoria gramatical ou uma noção semântica qualquer. Não vamos discutir aqui o conceito de auxiliaridade. Primeiro porque foge a nossos objetivos e, segundo, porque se temos ou não auxiliares reais isso não afeta grandemente o problema da expressão do aspecto.[47]

Como se sabe, verbo é uma categoria gramatical que indica, semanticamente, noções de ação, estado etc. De maneira geral, estudam-se as seguintes flexões do verbo: (i) pessoa e número (primeira, segunda e terceira pessoa do singular e do plural); (ii) modo (indicativo, subjuntivo e imperativo); (iii) voz (ativa e passiva); (iv) tempo (presente, passado e futuro) e o (v) aspecto (perfeito ou imperfeito e suas subcategorias). Estudam-se ainda as formas nominais do verbo (infinitivo gerúndio e particípio).

A questão é que, no estudo da expressão do aspecto pelas perífrases do verbo *ficar*, é preciso considerar três possibilidades de emprego do abordado verbo: (i) o sentido de permanecer; (ii) o sentido de tornar-se (estado) e (iii) na condição de auxiliar, marca a reiteração (iteração) da situação.[48]

> (...) Quando o verbo "ficar" se apresenta com o primeiro significado, a perífrase marca o aspecto durativo principalmente se temos explícito, na frase ou no contexto, o período de tempo em que se permaneceu ou permanecerá na situação indicada. (...) Quando o verbo "ficar" apresenta o segundo significado (tornar-se, vir a estar em determinada situação), o aspecto indicado nada tem a ver com a perífrase em si, mas se deve à flexão temporal e à influência de outros elementos, principalmente os adjuntos e orações adverbiais de tempo. O verbo ficar apresenta este segundo sentido quase só na perífrase FICAR + PARTICÍPIO. (...) O verbo ficar tem o

[45] DISTRITO FEDERAL, 2017.
[46] CARVALHO, 2014. Regra 12
[47] TRAVAGLIA, L. C. **O aspecto verbal no português**: a categoria e sua expressão.5. ed. Uberlândia : EDUFU, 2016.
[48] *Idem.*

> terceiro significado apenas com a perífrase FICAR + GERÚNDIO que, neste caso, marca o aspecto iterativo com qualquer flexão temporal em que seja possível. [49]

Ora, a preferência pela perífrase verbal FICAR + PARTICÍPIO implica mais do que oferecer indicação imediata daquilo que o artigo contém. Em termos semânticos, ao optar pela perífrase verbal FICAR + PARTICÍPIO, o redator indica que o sentido do verbo *ficar* é o de tornar-se. Passar de uma condição à outra.

2.4 *Corpus*, padrões e paradigma recorrente

Por meio do site "Catálogo de Legislação Municipal"[50] foram coletadas todas as 153 (cento e cinquenta e três) leis municipais publicadas em 2022 na cidade de São Paulo. Em seguida, foram destacados os verbos de comando das ementas e aqueles do *caput* do artigo 1º das referidas leis.

Por fim, foram cotejadas as supracitadas leis a fim de analisar a possibilidade da existência (ou não) de um padrão linguístico na exibição dos verbos de comando presentes no *caput* do artigo 1º.

Como já exposto, a lei tem uma estrutura cujo tripé é representado pela (i) parte preliminar; (ii) parte normativa e (iii) parte final.

No caso deste estudo, optou-se por fazer um recorte que abarcasse dois aspectos da parte preliminar, representada pela ementa e o 1º artigo da norma, observando o uso do verbo no *caput* do artigo 1º.

A ementa corresponde ao resumo da lei e, por isso, "a redação da ementa deve ser concisa, precisa em seus termos, clara e real."[51] Ainda, dispõe o art. 5º da Lei Complementar nº 95, de 98 que "a ementa será grafada por meio de caracteres que a realcem e explicitará, de modo conciso e sob a forma de título, o objeto da lei".[52]

Já o artigo é elemento central da lei e, por ser "a unidade básica para a apresentação, divisão ou agrupamento dos assuntos do texto legal"[53], conjectura-se que deve ser bem ordenado. E mais, o *caput* do art. 7º da LC 95, de 98 assinala que o "primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito ~~de~~ aplicação".[54] Isso significa que, do texto do artigo primeiro, presumir-se-á o objeto da lei e seu âmbito de aplicação.

Para o objetivo deste trabalho, a análise do verbo, suas flexões e locuções escolhidos para iniciar a ementa e o *caput* do artigo 1º é determinante, na medida em que indica, primeiro, o assunto da lei e, mais importante, qual ordem deve ser obedecida.

Em breve análise das 153 leis municipais publicadas no ano de 2022, excetuando as duas leis cujo *caput* do art. 1º foi vetado ou a lei que teve sua eficácia suspensa, cruzando os verbos presentes nas ementas e no *caput* do art. 1º, há 06 (seis) tipos ou padrões, a saber:

i. Ementa com verbo na 3ª pessoa do singular e *caput* do art. 1º com locução verbal (verbo auxiliar ficar + verbo no particípio) - como no exemplo da Lei nº 17.879, de 30 de dezembro de 2022.

> Ementa - Regulamenta no âmbito do Município de São Paulo a instituição de ambientes experimentais de inovação científica, tecnológica e empreendedora – Programa SAMPA SANDBOX, sob o formato de Bancos de Testes Regulatórios e Tecnológicos no modelo Sandbox, nos termos do art. 11 da Lei Complementar Federal nº 182, de 1º de junho de 2021.
> Art. 1º Fica regulamentada, no âmbito do Município de São Paulo, a instituição de

[49] *Idem.*
[50] https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/
[51] CARVALHO, 2014, p. 153/155.
[52] BRASIL, 1998.
[53] LEAL, 1985.
[54] BRASIL, 1998.

> ambientes experimentais de inovação científica, tecnológica e empreendedora no modelo Sandbox Regulatório, através do Programa SAMPA SANDBOX.[55]

ii. Ementa com verbo na 3ª pessoa do singular do presente do indicativo e *caput* do art. 1º com locução verbal (outros verbos auxiliares = verbo no particípio) - como no exemplo da Lei nº 17.878, de 29 de dezembro de 2022.

> Ementa - Dispõe sobre a cassação da licença de funcionamento de empresas e postos de combustíveis condenados pela prática de cartel.
> Art. 1º Será cassada a licença de funcionamento dos postos e empresas de combustíveis atuantes na revenda de combustíveis ou na operação de bombas de abastecimento que forem condenados pela prática de cartel.[56]

iii. Ementa com verbo na 3ª pessoa do singular e *caput* do art. 1º com ordem direita SUJEITO – VERBO no presente do indicativo – PREDICADO – SVP - como no exemplo da Lei nº 17.876, de 29 de dezembro de 2022.

> Ementa - Estima a receita e fixa a despesa do Município de São Paulo para o exercício de 2023.
> Art. 1º Esta Lei estima a receita e fixa a despesa do Município de São Paulo para o exercício de 2023, compreendendo, nos termos do § 5º do art. 137 da Lei Orgânica do Município de São Paulo:[57]

iv. Ementa com locução verbal (verbo auxiliar ficar + verbo no particípio) e *caput* do art.1º com locução verbal (verbo auxiliar ficar + verbo no particípio) - como no exemplo da Lei nº 17.855, de 2 de dezembro de 2022.

> Ementa - Fica alterada a denominação do Viaduto São Carlos para Viaduto São Carlos – Mario Previato, localizado no Distrito Cambuci, Subprefeitura da Sé (início) e Distrito da Mooca, Subprefeitura da Mooca (término), e dá outras providências.
> Art. 1º Fica denominado Viaduto São Carlos – Mario Previato o atual Viaduto São Carlos, codlog 04.297-8, com início na Avenida Presidente Wilson e término na confluência das ruas Sarapuí e Borges de Figueiredo, situado no Setor 32, Quadras 104 e 105 e Setor 28, Quadra 46, localizado no Distrito de Cambuci, Subprefeitura da Sé (início) e Distrito da Mooca, Subprefeitura da Mooca (término).[58]

v. Ementa com verbo na 3ª pessoa do singular e *caput* do art. 1º com verbo na 3ª pessoa do singular - como no exemplo da Lei nº 17.877, de 29 de dezembro de 2022.

> Ementa - Autoriza a instituição de Fomento ao Samba na Cidade de São Paulo com base na aplicação da Lei Federal nº 13.019, de 2014, alterada pela Lei nº 13.204, de 2015, e dá outras providências.
> Art. 1º Autoriza o Executivo a instituir no âmbito da Secretaria Municipal de Cultura o Programa de Fomento ao Samba na Cidade de São Paulo, com base na aplicação da Lei Federal nº 13.019, de 2014, alterada pela Lei nº 13.204, de 2015.[59]

[55] Grifos nossos
[56] Grifos nossos.
[57] Grifos nossos.
[58] Grifos nossos.
[59] Grifos nossos.

vi. Ementa com verbo na 3ª pessoa do singular e *caput* do art.1º como sendo a descrição do objeto da lei de forma imediata e concisa (uso de verbos de ligação) - como no exemplo da Lei nº 17.827, de 7 de julho de 2022.

> Dispõe sobre a estrutura, organização e funcionamento dos Conselhos Tutelares no Munícipio de São Paulo, e dá outras providências.
> Art. 1º O Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, previstos na Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.[60]

Da observação desses padrões, pode-se supor que as ementas são elaboradas de modo a apresentar o verbo de comando na terceira pessoa do singular do presente do indicativo.

No Estado do Paraná, por exemplo, existe determinação legal para que o verbo presente na ementa seja redigido verbo na terceira pessoa do singular do presente do indicativo.[61]

Na elaboração de suas leis, a Câmara Legislativa do Distrito Federal também segue o mesmo comando:

> Utilizar, sempre que possível, os verbos no presente do indicativo, já que a matéria legislada pertence ao momento em que é lida, e não somente àquele em que é promulgada;
> A ementa deverá ser iniciada por verbo na 3ª pessoa do singular. [62]

A despeito de não possuir legislação específica para a elaboração de leis, a Câmara Municipal de São Paulo fornece manual e exibe modelos por meio dos quais se pode observar o padrão de que o verbo presente na ementa seja redigido verbo na terceira pessoa do singular do presente do indicativo.

> PROJETO DE LEI Nº /2021
> Denomina Denominação Escolhida o logradouro que especifica, localizado no Distrito de Tal, Subprefeitura de Tanto.
> A Câmara Municipal de São Paulo DECRETA:
> Art. 1° Fica denominado Denominação Escolhida o logradouro localizado em XX, delimitado pelas especificar delimitações, situado no Distrito de Tal, Subprefeitura de Tanto.
> Art. 2° As despesas decorrentes da execução desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.
> Art. 3° Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Sala das Sessões.[63]

Deduz-se, então, que, em se tratando dos verbos principais das ementas, não há espaço para as escolhas do redator normativo, afinal a legislação e os compêndios de técnica legislativa são claros no sentido de impor a terceira pessoa do singular do modo indicativo.

Com relação à apresentação dos verbos do *caput* do artigo 1º, a constatação é diversa. O redator normativo pode optar por utilizar ou não perífrases verbais.

No caso das leis municipais publicadas pela Prefeitura de São Paulo, há uma predileção pelo uso da perífrase verbal FICAR + PARTICÍPIO.

Dentre as 153 (cento e cinquenta e três) leis municipais promulgadas, 116 (cento e dezesseis), ou seja, em 75,8% (setenta e cinco vírgula oito por cento) delas, o redator normativo fez uso da perífrase verbal FICAR + PARTICÍPIO.

---

[60] Grifos nossos.
[61] PARANÁ. art. 5º, I, da **Lei Complementar nº 176/14**.
[62] DISTRITO FEDERAL, 2017.
[63] SÃO PAULO (SP). Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo. **Manual de Elaboração legislativa**, 2021. Grifos nossos.

3. Considerações finais

A premissa de que a intervenção na esfera individual deve ser autorizada por lei é aclamada e repetida à exaustão por todos os operadores do Direito. E, com razão, afinal a garantia ao respeito ao princípio da segurança jurídica é um dos elementos que diferencia as sociedades civilizadas das bárbaras.

Com efeito, a norma jurídica traduz um comando, vez que **"Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".**[64]

O princípio da reserva legal é delineado pelas escolhas do redator normativo. Isso significa dizer que, evidentemente, a precisão, a clareza e a objetividade do texto da lei têm mais a ver com o princípio da segurança jurídica do que com a busca pela "beleza do texto".

Em se tratando de Direito, o uso da perífrase FICAR + PARTICÍPIO tem uma consequência ainda maior, afinal de acordo com o Ministro Gilmar Mendes, princípios constitucionais balizam a formulação das normas.[65]

Com fulcro nos ensinamentos de Carlos Maximiliano, o Excelentíssimo Ministro assinala que, a depender do uso ou não de perífrases verbais, a lei pode ser considerada inconstitucional:

> Embora considerasse nulas as autorizações legislativas incondicionais ou de caráter demissório, a doutrina dominante sempre entendeu legítimas as autorizações fundadas no enunciado da lei formal, desde que do ato legislativo contassem os "standards", isto é, "os princípios jurídicos inerentes à espécie legislativa". Esforçando-se por sintetizar esse entendimento, afirma Carlos Maximiliano que seriam inconstitucionais as leis cujo conteúdo cingisse ao seguinte enunciado:
> "O Poder Executivo é autorizado a reorganizar o Tribunal de Contas".
> Aceitam-se, porém, como legítimas as fórmulas que enunciem, v.g.:
> "Fica o Poder Executivo autorizado a reorganizar o Ensino Superior, sobre as seguintes bases: 1) só obtém a matrícula os bacharéis em letras diplomados por ginásios oficiais; 2) (...)
> Na elaboração da lei devem ser evitadas as autorizações legislativas puras ou incondicionadas, de nítido e inconfundível caráter renunciativo. Elas representam inequívoca deserção da obrigação de deliberar politicamente e podem caracterizar afronta ao princípio da reserva legal. Assim, os órgãos incumbidos de elaborar projetos de lei, bem como aqueles competentes para exercer o controle de juridicidade dessas disposições, devem verificar se as proposições formuladas contêm os elementos essenciais que permitam identificar não só a sua finalidade, mas também o próprio conteúdo da decisão para o caso concreto.[66]

Segundo a potente observação do ilustre professor Fiorin, "a atividade Lingüística é uma atividade simbólica, o que significa que as palavras criam conceitos e esses conceitos ordenam a realidade, categorizam o mundo".[67]

Assim, como dito alhures, semanticamente, ao eleger perífrase verbal FICAR + PARTICÍPIO, o redator indica que o sentido do verbo *ficar* é o de passar de uma condição à outra. Este não é um comando simples, afinal, a partir do momento em que a lei é publicada, ela torna-se urgente, e alguém se torna obrigado a fazer ou deixar de fazer algo. Essa é a síntese do princípio da legalidade.

Em outras palavras, neste caso, reafirma-se, o uso da perífrase verbal FICAR + PARTICÍPIO não é apenas "tecnicamente mais correto, pois oferece indicação imediata daquilo que o artigo contém".[68] A utilização da referida perífrase é, na verdade, respeito à segurança jurídica.

---

[64] BRASIL. Art. 5º, II, da **Constituição Federal de 1988**
[65] MENDES, 2007
[66] *Idem.*
[67] FIORIN, 2007, p. 69.
[68] CARVALHO, 2014.

Dessarte, no caso concreto, o padrão linguístico mais abundante escolhido para a elaboração do *caput* do artigo 1ª das leis municipais da cidade de São Paulo publicadas em 2022 é a perífrase verbal FICAR + PARTICÍPIO.

Diante de todo o exposto, pode-se concluir, portanto, que a utilização da citada perífrase indica que as predileções textuais do redator normativo da Assessoria Técnica e Legislativa da Prefeitura de São Paulo não só se coadunam com os valores semânticos presentes na expressão verbal escolhida como demonstram haver, por parte de tão valiosa Assessoria, o esperado apreço ao caro princípio da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

Artigos, livros e capítulos de livros

ALMEIDA, Marta Tavares de. **A contribuição da Legística para uma política de legislação**: concepções, métodos e técnicas. *In*: Congresso Internacional De Legística: Qualidade Da Lei E Desenvolvimento, 2007, Belo Horizonte. Legística: qualidade da lei e desenvolvimento. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

BECHARA, E. **Moderna gramática portuguesa**. 37. ed. rev., ampl. e atual. conforme o novo Acordo Ortográfico. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

CARVALHO, G.K. **Técnica Legislativa**, (Legística Formal), 6ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

CASTILHO, A. Abordagem da língua como um sistema complexo: contribuições para uma nova Lingüística Histórica. *In*: CASTILHO, A.T. de; TORRES DE MORAIS, M. A. C.; LOPES, R.E.V.; CYRINO, S.M.L.(Orgs.). **Descrição, História e Aquisição do Português Brasileiro**. Campinas: Pontes/Fapesp, 2007. p. 329-360.

CASTILHO et al. Analisando multissistemicamente o verbo ficar na história do português paulista. **Estudos Linguísticos**, São Paulo, 41 (2): p. 602-615, maio-ago. 2012.

CHEVALIER, Jacques. L'évaluation législative: un enjeu politique. *In*: DELCAMP, Alain; BERGEL, JeanLouis; DUPAS, Alain. Contrôle parlementaire et evaluation. Paris: La Documentation française, 1995 *In* GUIMARÃES. A.S. e BRAGA, J.R.. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 48 n. 191 jul./set. 2015.

CRISTAS, Assunção. **Processo Legislativo**: Legística ou a arte de bem fazer leis. Revista CEJ, Brasília, n. 33, p. 78-82, abr./jun. 2006

DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a lei: a elaboração legislativa. **Cadernos da Escola do legislativo**, Belo Horizonte, v.7, n.12, p. 101-144, jan./jun. 2004.

FIORIN, J.L (org.). **Introdução à Linguística**, São Paulo: Contexto, 2007.

GUIMARÃES. A.S. e BRAGA, J.R. Legística: inventário semântico e teste de estresse do conceito **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 48 n. 191 jul./set. 2011. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242910. Acesso em: 10 dez. 2023.

HENRIQUES, Antonio; ANDRADE, M. Margarida. **Dicionário de verbos jurídicos**. São Paulo: Atlas, 1996.

HENRIQUES, Antonio. **Prática da linguagem jurídica**: solução de dificuldades. Expressões latinas. São Paulo: Atlas, 1998.

HOUAISS, A. e VILLAR, M. de S. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Elaborado no Instituto Antonio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

KASPARY, Adalberto. **O Verbo na linguagem jurídica**: acepções e regimes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

KASPARY, Adalberto. **Habeas verba**: português para juristas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LEAL, V. N. Problemas de Técnica Legislativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 2, nº 1, 1945, p. 429-446, p. 430.

LEAL, V.N. Técnica legislativa como a arte de redigir leis. **Revista de informação legislativa**, v. 23, n. 89, p. 169-198, jan./mar. 1986 | **Revista da Faculdade de Direito de Pernambuco**, v. 1, n. 1, p. 47-78 1985 | **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, v. 1, n. 1, p. 222-255, jan. /jun. 1985. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181674. Acesso em: 26 jan.2023.

LEGÍSTICA: qualidade na elaboração e eficácia na aplicação das leis: Debate Público. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

MACIEL, A.M. B. **Para o reconhecimento da especificidade do termo jurídico**.2001. Tese (Doutorado em Estudos da Linguagem), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2001. Disponível em https://www.leffa.pro.br/tela2/trabalhos/teses/separadas/maciel.pdf. Acesso em: 28 jan. 2023.

MADER, Luzius. Legística: história e objeto; fronteiras e perspectivas. *In*: **Congresso Internacional De Legística: Qualidade Da Lei E Desenvolvimento**, 2007, Belo Horizonte, Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009. p. 43-54. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/392. Acesso em 10 dez. 2023.

MENDES, G. Questões fundamentais de técnica legislativa. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, , Salvador (BA), nº 11, Set./Out./Nov. 2007. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/questoes_fundam_de_tecn_legis_-_gilmar_mendes.pdf. Acesso em: 28 jan.2023.

MORAIS, C.B. Manual de legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor. Lisboa: Verbo, 2007. p. 36 *In* RISEK Jr, R.N. **O processo de consolidação e organização legislativa**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em Rubens_Naman_Rizek_Junior_Tese.pdf. Acesso em 26 jan.2023.

NASCIMENTO, Edmundo Dantes **Linguagem forense**. a língua portuguesa aplicada à linguagem do foro. São Paulo: Saraiva, 1995.

RIZEK JR, R.N. **O processo de consolidação e organização normativa**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26052010-160859/publico/Rubens_Naman_Rizek_Junior_Tese.pdf. Acesso em 28 jan.2023.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Cadernos da Escola do legislativo**, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 7-34, jan./dez. 2007. Disponível em: https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/31. Acesso em: 10 dez.2023.

SOARES, Fabiana Menezes; KAITEL, Christiane Silva; PRETE, Esther Külkamp (org.). **Estudos em Legística**. Florianópolis/SC: Tribo da Ilha, 2019.

SOUZA, Ricardo da Silva. **A ciência da legislação**: os elementos da legística aplicados à elaboração de normas. Brasília: Lunix Consultoria, 2009.

STRECK, L.L. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. **Revista da AJURIS** , v. 41, n. 135, Set. 2014.

TRAVAGLIA, Luiz Carlos. **O aspecto verbal no português:** a categoria e sua expressão, 5. ed. Uberlândia : EDUFU, 2016. , pp. 181-252.

XAVIER, Ronaldo Caldeira. **Português no Direito**: linguagem forense. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

Legislação e Manuais

BRASIL. **Constituição Federal, 1988**. Diário Oficial da União, 1988.

BRASIL. **Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis [...], DF: Diário Oficial da União, 1998.

BRASIL. **Decreto nº 9191, de 1º de novembro de 2017**. Estabelece as normas e as diretrizes para elaboração [...] de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado. DF: Diário Oficial da União, 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil **Manual de redação da Presidência da República** Coordenação de Gilmar Ferreira Mendes, Nestor José Forster Júnior [et al.]. 3. ed., rev., atual. e ampl. Brasília: Presidência da República, 2018.

CATÁLOGO DE LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. **Catálogo de Legislação Municipal**. 2016. Disponível em: https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/. Acesso em: 26 jan.de 2023.

DISTRITO FEDERAL. **Elaboração de textos legislativos**: fundamentos, modelos e regras práticas 4. ed.Brasília: Câmara Legislativa do Distrito Federal, 2017.

PARANÁ. **Lei Complementar nº 176, de 14 de julho de 20114**. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis estaduais. Diário Oficial do Paraná, 2014.

SÃO PAULO (SP). Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo. **Manual de Elaboração legislativa**, 2021.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.880, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2022**. Autoriza o Poder Executivo a instituir o Programa de Incentivo e Visibilidade ao Acolhimento Familiar [...] (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.879, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2022**. Regulamenta no âmbito do Município de São Paulo a instituição de ambientes experimentais de inovação [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.878, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2022**. Dispõe sobre a cassação da licença de funcionamento [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.877, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2022**. Autoriza a instituição de Fomento [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.876, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2022**. Estima a receita e fixa a despesa do Município de São Paulo para o exercício de 2023. São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.875 DE 29 DE DEZEMBRO DE 2022**. Remite créditos de IPTU para os imóveis que especifica [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.874, DE 28 DE DEZEMBRO DE 2022**. Autoriza a criação do Circuito Cultural, Gastronômico e [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.873, DE 28 DE DEZEMBRO DE 2022**. Dispõe sobre a concessão de uso da área pública [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.872, DE 28 DE DEZEMBRO DE 2022**. Institui o Programa de Atendimento Educacional [...]. São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.871, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.870, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2022**. Acrescenta inciso no art. 7º da Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.869, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2022.** Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.868, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2022.** Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.867, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.866, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.864, DE 23 DE DEZEMBRO DE 2022.** Prorroga até 31 de março de 2023 o prazo previsto [...]. São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.863, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2022.** Denomina Praça Amanda Marfree [...]. São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.862, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2022**. Denomina Travessa José da Luz Firme [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.861, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2022**. Altera a Lei nº 16.703, de 4 de outubro de 2017 [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.860, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2022.** Denomina Praça Nena Lira [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.859, DE 16 DE DEZEMBRO DE 2022.** Dispõe sobre a regularização fundiária [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.858, DE 8 DE DEZEMBRO DE 2022**. Dispõe sobre a aplicação do art. 1º São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.857, DE 8 DE DEZEMBRO DE 2022**. Dispõe sobre a aplicação do art. 1º [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.856, DE 5 DE DEZEMBRO DE 2022.** Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.855, DE 2 DE DEZEMBRO DE 2022.** Fica alterada a denominação do Viaduto São Carlos [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.854, DE 2 DE DEZEMBRO DE 2022.** Dispõe sobre a criação, no Quadro do Magistério Municipal [...]. São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.853, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2022.** Estabelece regras aplicáveis a estabelecimentos [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.852, DE 22 DE NOVEMBRO DE 2022**. Dispõe sobre o aperfeiçoamento da estrutura [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.851, DE 27 DE OUTUBRO DE 2022**. Autoriza a criação do Auxílio Ampara [...]. São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.850, DE 19 DE OUTUBRO DE 2022.** Denomina Praça Hermiro Ferreira da Fonseca [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.849, DE 30 DE SETEMBRO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.848, DE 29 DE SETEMBRO DE 2022**. Altera a Lei nº 13.392, de 17 de julho de 2002 [...]. São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.847, DE 27 DE SETEMBRO DE 2022.** Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.846, DE 27 DE SETEMBRO DE 2022**. Denomina Praça Coraci [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.845, DE 22 DE SETEMBRO DE 2022.** Dispõe sobre a alteração da nomenclatura dos cargos [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.844, DE 14 DE SETEMBRO DE 2022.** Aprova o Projeto de Intervenção Urbana [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.843, DE 23 DE AGOSTO DE 2022.** Denomina Praça das Irmãs [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.842, DE 23 DE AGOSTO DE 2022.** Denomina Escola Municipal de Ensino Infantil [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.841, DE 19 DE AGOSTO DE 2022**. Dispõe sobre a adoção de medidas [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.840, DE 27 DE JULHO DE 2022**. Dispõe sobre a obrigatoriedade da fixação de placas [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.839, DE 20 DE JULHO DE 2022**. Dispõe sobre as diretrizes orçamentárias para o exercício de 2023. São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.838, DE 18 DE JULHO DE 2022**. Denomina Praça Brasil-Coreia [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.837, DE 18 DE JULHO DE 2022.** Altera a Lei nº 16.050, de 31 de julho de 2014 [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.836, DE 12 DE JULHO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.835, DE 11 DE JULHO DE 2022**. Oficializa a Bandeira da Freguesia do Ó, e dá outras providências. São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.834, DE 8 DE JULHO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.833, DE 8 DE JULHO DE 2022**. Altera a Lei nº 17.502, de 3 de novembro de 2020, [...]. São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.832, DE 8 DE JULHO DE 2022**. Denomina CEC Eliane Machado [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.831, DE 8 DE JULHO DE 2022**. Denomina Casa de Cultura de Campo Limpo [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.830, DE 8 DE JULHO DE 2022** – eficácia suspensa

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.829, DE 8 DE JULHO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.828, DE 8 DE JULHO DE 2022**. Altera a Lei nº 17.585, de 2021, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.827, DE 7 DE JULHO DE 2022**. Dispõe sobre a estrutura, organização e funcionamento [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.826, DE 4 DE JULHO DE 2022**. Denomina Praça Gil Camilo [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.825, DE 4 DE JULHO DE 2022**. Denomina Praça Angelo Di Stasi [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.824, DE 4 DE JULHO DE 2022**. Denomina Praça Pedro Nunes Filho [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.823, DE 4 DE JULHO DE 2022**. Inclui no Calendário de Eventos da Cidade de São Paulo a Semana de Reflexão sobre Questões Raciais [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.822, DE 4 DE JULHO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...]São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.821, DE 4 DE JULHO DE 2022**. Dispõe sobre o evento Virada da Castração [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.820, DE 4 DE JULHO DE 2022**. Denomina Praça Ricardo da Silva [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.819, DE 29 DE JUNHO DE 2022**. Dispõe sobre o Programa de Segurança Alimentar e Nutricional [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.818, DE 22 DE JUNHO DE 2022**. Denomina Escadaria Rabino Henry I. Sobel [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.817, DE 22 DE JUNHO DE 2022.** Denomina CER III Vila Carrão – Ives Ota [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.816, DE 16 DE JUNHO DE 2022**. Dá cumprimento ao art. 1º da Lei nº 14.889, de 20 de janeiro de 2009. São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.815, DE 14 DE JUNHO DE 2022**. Transforma a Praça Princesa Isabel em Parque Municipal [...]. São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.814, DE 13 DE JUNHO DE 2022**. Dispõe sobre a concordância prévia e expressa [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.813, DE 10 DE JUNHO DE 2022**. Desincorpora da classe de bens de uso comum do povo [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.812, DE 9 DE JUNHO DE 2022**. Dispõe sobre a remuneração pelo regime de subsídio [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.811, DE 3 DE JUNHO DE 2022**. Dispõe sobre a obrigatoriedade dos hospitais [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.810, DE 17 DE MAIO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.809, DE 12 DE MAIO DE 2022.** Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...]São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.808, DE 9 DE MAIO DE 2022**. Altera a denominação da UBS que especifica [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.807, DE 9 DE MAIO DE 2022**. Denomina Praça Botina Amarela [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.806, DE 9 DE MAIO DE 2022**. Denomina Praça Michel Antonio Farah [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.805, DE 9 DE MAIO DE 2022**. Cria o Programa Municipal de Fomento [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.804, DE 9 DE MAIO DE 2022**. Denomina Viela Orlando Oliveira Moura [...]. São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.803, DE 9 DE MAIO DE 2022**. Dispõe sobre a responsabilidade de [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.802, DE 3 DE MAIO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.977, de 11 de setembro de 2009 [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.801, DE 3 DE MAIO DE 2022**. Denomina Rua Armando Gardenghi [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.800, DE 3 DE MAIO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.799, DE 3 DE MAIO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.798, DE 3 DE MAIO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.797, DE 3 DE MAIO DE 2022**. Altera a denominação do Viaduto Pires do Rio [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.796, DE 3 DE MAIO DE 2022**. Altera para Praça Capital João Freire D´Avila Neto [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.795, DE 3 DE MAIO DE 2022**. Denomina Praça Marcelo Meira Amaral Bogaciovas [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.794, DE 27 DE ABRIL DE 2022**. Disciplina a arborização urbana [...]São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.793, DE 26 DE ABRIL DE 2022**. Denomina Praça Igor Rocha Ramos [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.792, DE 26 DE ABRIL DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.791, DE 26 DE ABRIL DE 2022**. Denomina Via de Pedestre Embaixador Edmundo Sussumu [...]. São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.790, DE 26 DE ABRIL DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.789, DE 26 DE ABRIL DE 2022**. Denomina Passarela Guilherme Teodoro Mendes [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.788, DE 26 DE ABRIL DE 2022**. Dispõe sobre a organização e implementação [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.787, DE 26 DE ABRIL DE 2022**. Dispõe sobre as medidas de conscientização no projeto [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). LEI Nº 17.786, DE 26 DE ABRIL DE 2022. Dispõe sobre a alteração da Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.785, DE 19 DE ABRIL DE 2022**. Denomina Praça João Benedito Galdino Filho [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.784, DE 19 DE ABRIL DE 2022**. Denomina Sala de Exposições Beatriz Franco do Amaral [...] Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.783, DE 19 DE ABRIL DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.782, DE 19 DE ABRIL DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.781, DE 19 DE ABRIL DE 2022**. Denomina Praça Gilberto Lopes de Barros [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.780, DE 19 DE ABRIL DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.779, DE 19 DE ABRIL DE 2022.** Denomina Batting Cage – Helio Hashida [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.778, DE 19 DE ABRIL DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.777, DE 19 DE ABRIL DE 2022**. Disciplina o procedimento administrativo de avaliação [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.776, DE 13 DE ABRIL DE 2022**. Dispõe sobre a criação, alteração de denominação e extinção [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.775, DE 8 DE ABRIL DE 2022**. Denomina Praça Tarcísio Meira [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.774, DE 8 DE ABRIL DE 2022**. Denomina Túnel Dep. Fed. José Mentor [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.773, DE 8 DE ABRIL DE 2022**. Denomina Praça Luiz Carlos Paludo [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.772, DE 8 DE ABRIL DE 2022**. Altera a denominação da Unidade Básica de Saúde Iguaçu [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.771, DE 28 DE MARÇO DE 2022**. Altera a redação do art. 22 da Lei [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.770, DE 23 DE MARÇO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.769, DE 23 DE MARÇO DE 2022**. Altera o art. 7º, CCX, da Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.768, DE 23 DE MARÇO DE 2022**. Denomina Viela Pedro Schiavinato [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.767, DE 23 DE MARÇO DE 2022**. Denomina Veronica Tazinassi Gavioli [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.766, DE 23 DE MARÇO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.765, DE 23 DE MARÇO DE 2022**. Denomina Praça Padre Francisco Aparecido da Silveira [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.764, DE 23 DE MARÇO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.763, DE 23 DE MARÇO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP**). LEI Nº 17.762, DE 23 DE MARÇO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.761, DE 23 DE MARÇO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.760, DE 22 DE MARÇO DE 2022**. Acrescenta o nome Coreia [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.759, DE 15 DE MARÇO DE 2022**. Altera as Leis nº 14.493, de 9 de agosto de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.758, DE 4 DE MARÇO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.757, DE 4 DE MARÇO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007. [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.756, DE 4 DE MARÇO DE 2022**. Dispõe que, para o exercício de 2021, os dias [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.755, DE 24 DE JANEIRO DE 2022**. Dispõe sobre a doação de excedentes de alimentos [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.754, DE 24 DE JANEIRO DE 2022.** Assegura às pessoas com deficiência auditiva ou surdas [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.753, DE 24 DE JANEIRO DE 2022**. Dispõe sobre a criação de um complexo de referência [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.752, DE 24 DE JANEIRO DE 2022**. Institui o Fundo Municipal de Combate à Fome [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.751, DE 24 DE JANEIRO DE 2022**. Dispõe sobre a Campanha de Conscientização [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.750, DE 24 DE JANEIRO DE 2022**. Disciplina a implantação de crematório [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.749, DE 17 DE JANEIRO DE 2022.** Denomina UBS Elisa Maria II [...]São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.748, DE 14 DE JANEIRO DE 2022**. Cria o Sisverde [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.747, DE 12 DE JANEIRO DE 2022**. Denomina Praça Cesar Alex de Azevedo [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.746, DE 12 DE JANEIRO DE 2022**. Fica denominado Praça Valdemar Lopes Armesto [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.745, DE 12 DE JANEIRO DE 2022**. Dispõe sobre a alteração da Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.744, DE 12 DE JANEIRO DE 2022**. Altera a denominação do CEI Shangri-lá [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.743, DE 12 DE JANEIRO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007 [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.742, DE 12 DE JANEIRO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007 [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.741, DE 12 DE JANEIRO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.740, DE 12 DE JANEIRO DE 2022**. Denomina Passarela Waldemar Stiel [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.739, DE 12 DE JANEIRO DE 2022.** Denomina CEMEI Jardim Tremembé [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.738, DE 12 DE JANEIRO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007 [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.737, DE 12 DE JANEIRO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.736 DE 12 DE JANEIRO DE 2022**. Altera a Lei nº 14.485, de 19 de julho de 2007, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.735, DE 11 DE JANEIRO DE 2022**. Autoriza a concessão administrativa [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.734, DE 11 DE JANEIRO DE 2022**. Regulamenta, no âmbito do Município de São Paulo, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.733, DE 11 DE JANEIRO DE 2022**. Dispõe sobre a implantação de estação rádio-base, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.732, DE 11 DE JANEIRO DE 2022**. Altera a denominação da Rua Inhaúma, [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.731, DE 6 DE JANEIRO DE 2022**. Estabelece as diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

PAULO (SP). **LEI Nº 17.891, DE 4 DE JANEIRO DE 2023**. Denomina Praça Jorge Rosa da Silva [...].São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.892, DE 4 DE JANEIRO DE 2023.** Denomina Praça Padre Eduardo Ramos [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022.

SÃO PAULO (SP). **LEI Nº 17.893, DE 6 DE JANEIRO DE 2023** Autoriza a celebração de convênio [...] São Paulo (SP): Diário Oficial do Município, 2022

O impacto da inserção do diálogo competitivo nas contratações públicas

The impact of inserting competitive dialogue in public contracts

Renato Santos de Oliveira[1]

RESUMO

A Nova de Licitações e Contratos Públicos, Lei 14.33/21, trouxe importantes inovações em relação à sua predecessora, a Lei 8.666/93, dentre elas a junção e regulação num único instrumento normativo de todos as modalidades de licitação, tal qual o pregão eletrônico, bem como inaugura a figura do "dialogo competitivo", utilização para contratação de obras, serviços e compras. Por meio desta nova modalidade licitatória, a Administração Pública estabelece um diálogo com os participantes, previamente selecionados, com o objetivo de desenvolverem alternativas capazes de atender às suas necessidades. O presente artigo científico busca destrinchar esta nova modalidade de licitação, seus pontos positivos, suas inovações e como isto pode reverberar nas contratações públicas.

Palavras-chave: diálogo competitivo; licitação e contratos; lei nº 14.133/2021.

ABSTRACT

The New Public Tenders and Contracts, Law 14.33/21, brought important innovations in relation to its predecessor, Law 8.666/93, including the joining and regulation of all bidding modalities into a single normative instrument, such as the electronic auction. , as well as inaugurating the figure of "competitive dialogue", used for contracting works, services and purchases. Through this new bidding modality, the Public Administration establishes a dialogue with previously selected participants, with the aim of developing alternatives capable of meeting their needs. This scientific article seeks to unravel this new type of bidding, its positive points, its innovations and how this can reverberate in public contracting.

Keywords: competitive dialogue; bidding and contracts; law n. 14.133/2021.

1. Introdução

O Estado é o responsável pela execução das políticas públicas necessárias ao sadio exercício das liberdades individuais e coletivas. Para a execução dessas políticas, muitas vezes, é necessário a realização de contratações com empresas, em sua maioria, particulares e públicas.

Essas contratações, no entanto, não podem ser realizadas de maneira indiscriminada pelo ente federativo responsável por sua tramitação, na medida que a Administração Pública se encontra pautada pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, consoante disposto no art. 37, caput, da CRFB/88.

Vale salientar que tais princípios vinculam a Administração como um todo, na esfera municipal, estadual e federal, bem como vincula os poderes legislativo, judiciário e executivo. Dá-se ênfase ao Poder Executivo, na medida que este é o principal responsável pela execução

[1] Residente Jurídico do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, alocado na Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente - SVMA (2022-2025). Email: renato.s.oliveira.br@gmail.com

de políticas públicas, pois sobre ele recai o dever de construção de moradias, parques, fornecimento de infraestrutura de estradas, construção de escolas, etc.

Nesse sentido, a fim de evitar a contratação realizada sem critério e com desperdício de dinheiro público, a Constituição Federal estabelece em seu art. 22, XXVII, que a União é a responsável pela edição normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, estabelecendo aí a necessidade da existência de um procedimento para as compras públicas.

Como norma constitucional de eficácia limitada de princípio institutivo, uma vez que a norma constitucional não é suficiente para garantir a aplicabilidade do direito em si, dependendo de uma atuação do legislador infraconstitucional, é que foi criada a Lei 8.666/93, que estabeleceu as regras gerais a serem observadas por todos os entes federados.

Criaram-se, ainda, a Lei 10.520/2022, que estabeleceu o pregão como modalidade licitatória, Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações – RDC), mais especificamente seus artigos 1º a 47-A, a Lei 8.987/95, que cuida do regime de concessões e permissões de serviços públicos, Lei 11.079/2004 (parcerias público-privadas), a Le 12.232/10, que estabelece a contratação dos serviços relacionados à publicidade e a Lei 13.303/2016, que cuida das contratações feitas por empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias.

A Lei 8.666/93 ficou em vigor por 28 anos e estabeleceu as diretrizes a serem observadas no procedimento licitatório, sendo substituída pela atual lei 14.133/21, que também revogou a Lei 10.520/2022 e a Lei 12.462/2011.

Vale destacar que no que tange às Leis 8.987/95, 11.079/04 e 12.232/10, consoante art. 186, a Lei 14.133/21 aplica-se subsidiariamente e não é aplicada, ressalvada a hipótese do art. 178, à Lei 13.303/2016.

É fundamental que as contratações públicas sejam feitas de forma igualitária, sem o estabelecimento de condições discriminatórias que inviabilizem a justa competição entre os interessados em contratar com a Administração, em respeito ao princípio da igualdade entre os licitantes, aliado aos princípios da moralidade e da economicidade, na medida que a licitação tem como finalidade a obtenção da proposta mais vantajosa.

Em atendimento ao princípio da publicidade, a Administração dá amplo conhecimento, através da publicação em diário oficial, da abertura de certame licitatório para que aqueles que preencham os requisitos mínimos de qualificação técnica possam, caso queiram, participar.

A Lei 14.133/21 inaugurou uma nova disciplina no que tange às contratações públicas, introduzindo o “Diálogo competitivo” como uma nova modalidade de licitação, fortemente norteada pelo consenso e pela participação dos particulares na tomada de decisões.

Para melhor entender o instituto, iniciaremos com uma abordagem histórica de sua criação advinda do direito internacional.

2. Evolução Histórica

Não um código propriamente dito de Direito Administrativo, como há no direito civil e no direito penal, ao invés disso o direito administrativo é formado por um compilado de leis esparsas que formam um microssistema de direito administrativo, contendo princípios próprios voltados ao exercício da função pública.

Nesse sentido, a fim de que gerar coesão a esse microssistema de leis, a regulamentação do direito administrativo vale-se de fontes de saber.

O Direito Administrativo nacional sofreu grande influência do direito internacional, tais quais o direito francês, alemão, italiano e anglo-americano em sua formação, além de forte influência do direito consuetudinário, o *comon-law*.

Em seu livro “Direito Administrativo”, Maria Sylvia Zanella, pontua que:

> Embora sob influência do direito francês e de outros direitos enquadrados no sistema de base romanística (direito italiano, alemão, espanhol, português, etc), o regime administrativo, no Brasil, também sofreu alguma influência do sistema do common law, especialmente do direito norte-americano. Mais recentemente, também vem sofrendo influência do direito comunitário europeu, emanado da União Europeia.
> No Brasil-Colônia, aplicavam-se as leis portuguesas, especialmente as Ordenações do Reino. (DI PIETRO, 2018, p.26)

Conforme podemos verificar, desde sua formação, a tônica do direito administrativo brasileiro vem fortemente influenciada pelo direito estrangeiro, desde de sua formação.

Tendo por base essa historicidade na utilização do direito estrangeiro, a incorporação de institutos advindos internacionais, ainda na atualidade, não é algo que foge do padrão.

O dialógico competitivo tem suas origens no direito internacional, mais especificamente adotado na União Europeia.

Antes de sua absorção pelo direito pátrio, através da nova lei de licitações e contratos públicos, o legislador internacional já havia estabelecido a definição do diálogo competitivo, nele cunhado, também, como “diálogo referencial”, através da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu.

De acordo com a Diretiva 2004/18/CE, o diálogo concorrencial é, de acordo com o art 11, “c”:

> c)“Diálogo concorrencial” é o procedimento em que qualquer operador económico pode solicitar participar e em que a entidade adjudicante conduz um diálogo com os candidatos admitidos nesse procedimento, tendo em vista desenvolver uma ou várias soluções aptas a responder às suas necessidades e com base na qual, ou nas quais, os candidatos seleccionados serão convidados a apresentar uma proposta.

De análise do texto original, podemos perceber que a inserção do diálogo competitivo ao ordenamento pátrio conservou as características do instituto originário.

Sua adoção se deu em diversos países da Europa, como Portugal, França e Espanha, percebendo-se a forte influência desse instituto no ordenamento jurídico nacional decorrente de forte influência do direito europeu, conforme apontado por Rafael Carvalho Vicente de Oliveira:

> Nesse contexto, diversos países europeus incorporaram em seus ordenamentos jurídicos nacionais a previsão do diálogo concorrencial, tais como: Portugal (arts. 30.º e 204.º do Código de Contratos Públicos), França (*Dialogue compétitif*: arts. 26, I, 3.º, 36 e 67 do *Code des marches publics*), Espanha (Diálogo Competitivo: arts. 163 a 167 da Lei 30/2007 – *Contratos del Sector Público*) etc. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, 2022, p. 142)

Em nova atualização legislativa do Parlamento Europeu, procedeu-se a revogação da Diretiva 2004/18, que instituiu o diálogo competitivo, nele denominado “diálogo concorrencial”, através da publicação da Diretiva 2014/24, trazendo a tônica pela qual o instrumento normativo em voga é visto pelos seus idealizadores:

> (42) É muito importante que as autoridades adjudicantes disponham de maior flexibilidade para escolher um procedimento de contratação que preveja a negociação. A maior utilização desses procedimentos deverá também intensificar o comércio transfronteiras, pois a avaliação demonstrou que os contratos adjudicados através de um procedimento por negociação, com publicação prévia de anúncio, apresentam uma taxa de sucesso particularmente elevada das propostas transfronteiras. Os Estados-Membros deverão poder prever o recurso ao procedimento concorrencial com negociação ou ao diálogo concorrencial nas situações em que um concurso aberto ou limitado sem negociação não seja passível de gerar resultados satisfatórios na ótica da

> contratação pública. Importa recordar que o recurso ao diálogo concorrencial aumentou significativamente, em termos de valores dos contratos, nos últimos anos. Revelou-se útil nos casos em que as autoridades adjudicantes não conseguem definir as formas de satisfazer as suas necessidades ou avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas, financeiras ou jurídicas. Tal pode, nomeadamente, verificar-se quando se trata de projetos inovadores, da execução de projetos de infraestruturas de transportes integrados em larga escala, de grandes redes informáticas ou de projetos que obriguem a financiamentos complexos e estruturados. Sempre que pertinente, as autoridades adjudicantes deverão ser incentivadas a nomear um chefe de projeto para garantir a boa cooperação entre os operadores económicos e a autoridade adjudicante durante o procedimento de adjudicação.

Ao utilizar tabelas e figuras (fotografias, desenhos, diagramas, gráficos), elas devem estar no corpo do texto, centralizadas e próximas ao parágrafo a que se referem. As legendas devem ser inseridas centralizadas abaixo da figura.

3. O diálogo como forma de satisfação do interesse público

A Licitação é em si um procedimento em que a Administração Pública previamente estabelece o objeto e os critérios de participação dos interessados em licitar, de modo que o particular não pode opinar sobre o procedimento, cabendo-lhe, no entanto, o direito de fiscalização e de impugnação.

A licitação representa uma limitação ao poder de contratação do Estado, na medida que busca obter a proposta mais vantajosa para a Administração, segundo critérios objetivos, tendo como um dos princípios norteadores da contratação pública a vinculação das partes ao edital, consoante disposição contida no art. 5º, *caput*, da Lei 14.133/21, vejamos:

> Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da **vinculação ao edital**, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Nessa esteira, uma vez publicado o edital, a Administração não pode exigir mais do que aquilo que foi estipulado no documento edilício e o particular, uma vez que lhe adjudicado o objeto da licitação, não pode fornecer menos do que o estipulado.

Correlaciona-se diretamente ao princípio da indisponibilidade do interesse público e da motivação dos atos administrativos.

Conforme é possível observar, a licitação destina-se à escolha, entre os diversos interessados, do particular que apresenta a proposta mais vantajosa para atender às suas necessidades, demonstrando a existência de seu caráter impositivo em relação ao particular.

Difere-se das contratações particulares, no sentido em que, respeitados os limites impostos pela função social do contrato e da boa-fé, pode-se estipular livremente o objeto contratual, até porque estes estão vinculados, dentro de uma relação verticalizada, ao princípio da autonomia da vontade, e a Administração, por sua vez, ao da legalidade estrita.

Maria Sylvia Zanella (2018, pág.91), aduz que: “Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe.”.

Daí é possível extrair que os atos administrativos devem ser praticados segundo uma esteira normativa preexistente, cujo intuito é mitigar o caráter discricionários das decisões.

Salienta-se, por oportuno, que a discricionariedade não é um vilão a ser combatido, uma vez que o regramento não é capaz de atingir todos os aspectos da atuação pública, deixando a lei certa margem de liberdade para o Administrador adotar decisões discricionárias, observados os critérios de conveniência e oportunidade.

Previamente a inserção do dialogo competitivo, mas fora dos regramentos dados por quaisquer leis esparsas atinentes ao procedimento licitatório, é importante fazer um breve apontamento a respeito do Enunciado 29 da I Jornada de Direito Administrativo, realizada pelo Conselho de Justiça Nacional – CNJ, em que dispõe sobre a possibilidade de diálogo entre a Administração Públicas e os particulares, que poderia ocorrer na fase de planejamento da licitação, a saber:

> A Administração Pública pode promover comunicações formais com potenciais interessados durante a fase de planejamento das contratações públicas para a obtenção de informações técnicas e comerciais relevantes à definição do objeto e elaboração do projeto básico ou termo de referência, sendo que este diálogo público-privado deve ser registrado no processo administrativo e não impede o particular colaborador de participar em eventual licitação pública, ou mesmo de celebrar o respectivo contrato, tampouco lhe confere a autoria do projeto básico ou termo de referência.

O dialogo competitivo aqui tratado está previsto no inciso V, do art. 28, da lei de licitações, e representa uma cisão com o caráter impositivo do procedimento licitatório padrão ao estabelecer um canal de diálogo com os participantes do certame público, consoante conceituação dada no inciso XLII, do art. 6º, da Lei 14.133/21, *in verbis*:

> XLII - diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a **Administração Pública realiza diálogos com licitantes** previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos;

A existência desse diálogo pressupõe que a Administração não sabe qual a melhor alternativa para a consecução do interesse público que visa satisfazer, hipótese em que recorre ao auxílio da iniciativa privada para, então, encontrar a melhor alternativa.

Verifica-se, assim, uma verdadeira inversão do caráter impositivo da licitação, em que a Administração já tem delimitado todos os aspectos da demanda que visa atender, para um caráter deliberativo.

Nesta toada, pode-se chegar à constatação de que a modalidade de licitação aqui tratada não deve ser utilizada para qualquer contratação pretendida pela Administração, mas deve observar o caso concreto, na medida que o chamamento de particulares para o desenvolvimento de uma ou mais alternativas pressupõe a aplicação de técnicas que a Administração não possui.

Importante, neste ponto, trazer à baila conceituação doutrinária acerca do instituto aqui tratado, consoante publicação realizada no "Livro Nova Lei de licitações e contratos [recurso eletrônico]: Lei nº 14.133/2021: debates, perspectivas e desafios", engendrado pela Câmara dos Deputados:

> Seu objetivo é atender às necessidades de obras, serviços e compras em que o poder público sabe de suas necessidades, mas não sabe, diante da variabilidade do mercado, como melhor supri-las. Nessa perspectiva, trata-se de instituto que se assemelha, no objetivo, ao Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), pois se intenta provocar o mercado a compartilhar de sua expertise para que o poder público tenha condições de engendrar contratações mais ajustadas às suas necessidades. No entanto, enquanto o PMI se realiza antes da licitação, o diálogo competitivo abrirá a interlocução, ou seja, o debate (sobre possibilidades técnicas e de inovação) com os licitantes que já participam da licitação, isto é, já há uma situação de interesses postos na mesa, com uma provável futura contratação.

> O diálogo competitivo é, portanto, modalidade que apresenta suas flexibilidades, tendo em vista que abre margem para a administração estabelecer, no curso do certame, a solução que melhor atenda a suas necessidades (após o diálogo estimulado dentro do procedimento licitatório), daí, em fase subsequente, competitiva, os licitantes terão oportunidade de apresentar propostas com base nessa solução. Assim, a ideia é que se aprende dialogando, abertura que permite que haja o alinhamento de interesses e expectativas, dado que muitos modelos de negócio apresentam suas complexidades. (MATOS; ALVES; AMORIM, 2021, p.204)

4. Normatização do Diálogo Competitivo

Conforme já mencionado, o diálogo competitivo foi inserido no ordenamento jurídico através da Lei 14.133/21, estando previsto no art. 28, inciso V.

Caracteriza-se como o chamamento de particulares, previamente selecionados, através de critérios objetos, para elaboração conjunta com a Administração de alternativa ou alternativas para atendimento de uma determinada demanda pública.

O dialogo competitivo não pode ser utilizado indiscriminadamente pela Administração, na medida que a própria Lei de Licitações apresenta um rol de hipóteses em que esta modalidade poderá ser adotada.

Consoante disposto no art. 32, da Lei de Licitações, o dialogo competitivo poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:

> Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:
> I- vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:
> a) inovação tecnológica ou técnica;
> b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e
> c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;
> II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:
> a) a solução técnica mais adequada;
> b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;
> c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato;

Conforme podemos observar, a adoção do diálogo competitivo tem como ponto de partida uma necessidade que não pode ser suprida dentro da Administração Pública, através de mecanismos e técnicas próprias.

É importante traçar um paralelo com a legislação internacional que deu origem ao instrumento, a fim de que se evidencie de que não se trata apenas de uma importação de nomenclatura, mas o instituto em si preserva suas características originárias, as quais estão reguladas no art. 26 da Diretiva 2014/24:

> 4. Os Estados-Membros devem prever a possibilidade de as autoridades adjudicantes utilizarem um procedimento concorrencial com negociação ou um diálogo concorrencial nas seguintes situações:
>
> a. No que diz respeito às obras, fornecimentos ou serviços que preencham um ou mais dos seguintes critérios:
> i) as necessidades da autoridade adjudicante não podem ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis,
> ii) os produtos ou serviços incluem a conceção ou soluções inovadoras,
> iii) o contrato não pode ser adjudicado sem negociações prévias devido a circunstâncias específicas relacionadas com a natureza, a complexidade ou a montagem jurídica e financeira ou devido aos riscos a elas associadas,
> iv) as especificações técnicas não podem ser definidas com precisão suficiente pela

> autoridade adjudicante por referência a uma norma, homologação técnica europeia, especificações técnicas comuns ou referência técnica, na aceção dos pontos 2 a 5 do Anexo VII;

Revolvendo aos elementos dispostos no art. 32, a verificação das condições de sua utilização, portanto, demandam uma análise criteriosa da Administração, avaliando caso a caso e exarando decisão fundamentada, a fim de evidenciar a necessidade de sua utilização.

Nesta toada, o inciso "a", do art. 32, traz a hipótese de contratação que tenha por objeto a inovação tecnológica ou técnica, que se fundamenta na esteira do ineditismo tecnológico, da qual a Administração dependa ou queira implementar para fomento ou manutenção da atualidade dos serviços por ela fornecidos à população.

Na contratação com fundamento no inciso "b" e "c", por suas vezes, podemos vislumbrar que a Administração possui certo conhecimento de suas necessidades, mas que não é suficiente, de per si, para consecução plena do interesse público que visa atingir, momento em que se vê a necessidade de recorrer ao setor privado para o preenchimento dessa lacuna técnica.

Percebemos, assim, em comparação às demais modalidade licitatórias, adotadas mais corriqueiramente, sua peculiaridade em relação a elas, uma vez que vislumbramos um certo grau de indefinição, seja do objeto, seja da técnica, seja da tecnologia, no sentido de que a Administração vislumbra o atingimento de uma meta, mas desconhece, ou tem dúvidas, sobre qual o melhor caminho a ser tomado para atingir o objeto almejado, o que não ocorre nas demais modalidades licitatórias, em que o objeto do certame encontra-se plenamente definido e os requisitos e qualificação técnica estão previamente delimitados, cabendo aos particulares interessados em concorrer ao certame a verificação de conformidade aos termos do edital.

O diálogo competitivo é, assim, por suas próprias características, uma modalidade de contratação que se dá em caráter excepcional.

5. Etapas de realização do diálogo competitivo

O procedimento a ser adotado no diálogo competitivo encontra-se disposto no §1º do art. 32, conforme segue:

> § 1º Na modalidade diálogo competitivo, serão observadas as seguintes disposições:
>
> I - a Administração apresentará, por ocasião da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, suas necessidades e as exigências já definidas e estabelecerá prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação;
>
> II - os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital, e serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos;
>
> III - a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante será vedada;
>
> IV - a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento;
>
> V - a fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades;
>
> VI - as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo;
>
> VII - o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas;

> VIII - a Administração deverá, ao declarar que o diálogo foi concluído, juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo, iniciar a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa e abrir prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes pré-selecionados na forma do inciso II deste parágrafo apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto;
>
> IX - a Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas;
>
> X - a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado;
>
> XI - o diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão;
> § 2º Os profissionais contratados para os fins do inciso XI do § 1º deste artigo assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses.

Diante dessa nova modalidade licitatório, foi desenvolvido um fluxograma pelo Tribunal de Contas da União – TCU, a fim de auxiliar os administradores públicos na realização desta modalidade de licitação, conforme quadro abaixo:

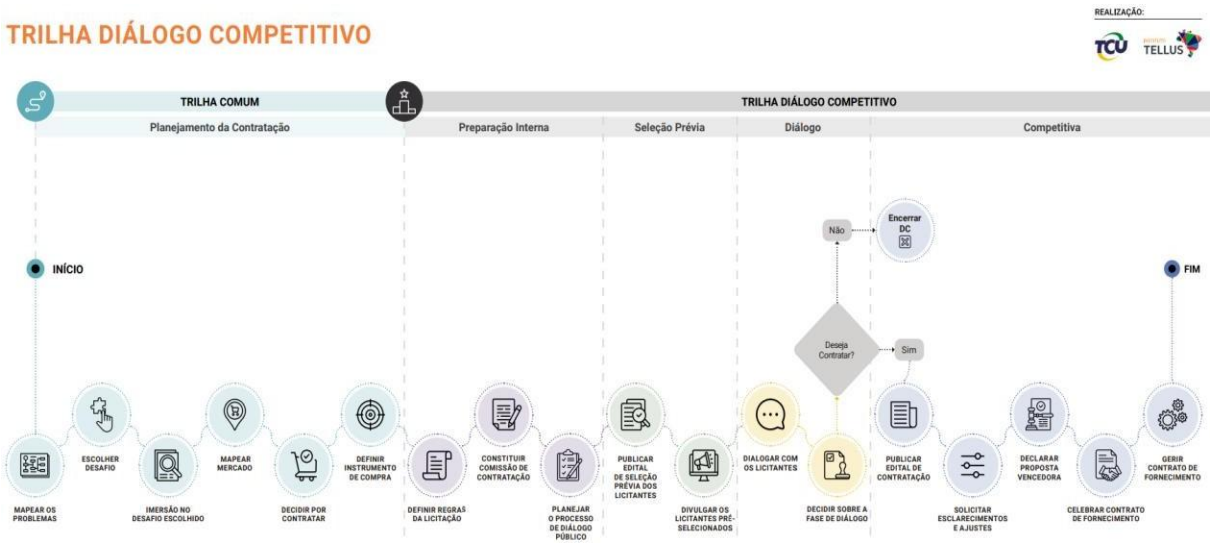


FIGURA I - TCU - TRILHA DIÁLOGO COMPETITIVO

Verificamos que o procedimento do diálogo competitivo abarca uma fase pré-licitatória, que consiste em uma atuação interna da Administração, que busca entender os desafios a serem superados na consecução do interesse público, sejam eles internos ou externos, bem como os fatores que comprometem, ou podem comprometer, a efetividade do serviço público que se almeja prestar.

5.1 Trilha Comum

Esta etapa se destina a definir o objeto da licitação e qual a melhor modalidade a ser utilizada. Veja-se que neste momento, assim estabelecido como "Trilha Comum", a modalidade de licitação ainda não foi definida, de maneira que podemos entendê-la como um caminho a ser percorrido na fase de planejamento licitatório e comum a todos as modalidades, havendo,

inclusive, a possibilidade de sequer ter-se iniciado qualquer procedimento licitatório, na medida que poderá optar-se por não licitar.

A diferenciação se dará quando houver a definição da modalidade que melhor atende aos interesses públicos.

5.2 Preparação Interna

Nesta etapa são definidas as regras da licitação e os critérios de pré-seleção para divulgação do certame, bem como designam-se os servidores que irão compor a comissão de contratação que, de acordo com inciso XI, do §1º do art. 32, será composta por três servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, sendo facultada, ainda, a contratação de assessoramento técnico para auxiliar a comissão.

Em todo o caso, os profissionais contratados para o assessoramento técnico assinarão termo de confidencialidade, isto para garantir o sigilo das propostas comerciais apresentadas na fase de diálogo.

Após a delimitação do objeto e critérios de pré-seleção, iniciam-se os atos licitatórios propriamente ditos, publicando-se o primeiro edital, que se destina a realizar a pré-seleção dos candidatos interessados.

Consoante suas disposições, podemos verificar que o diálogo competitivo é divido em três fazes: i) pré-qualificação; ii) diálogo; e iii) competitiva.

5.3 Seleção Prévia

Na fase inaugural do procedimento, a Administração delimita e apresenta suas necessidades e exigências aos potenciais interessados, através de edital publicado no diário oficial, com prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias para manifestação.

Pois bem. Delimitado o objeto, os requisitos e qualificação técnica, segue-se à etapa de pré-seleção dos candidatos que preencherem os requisitos mínimos para participação.

Trata-se de uma fase existente apenas nesta modalidade licitatória, uma vez que o rito adotado nas demais modalidades segue as disposições do art. 17 da Lei de Licitações:

> Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:
> I. preparatória;
> II. de divulgação do edital de licitação;
> III. de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;
> IV. de julgamento;
> V. de habilitação;
> VI. recursal;
> VII. de homologação

Vale salientar que esta fase extra contida no dialogo competitivo não afasta a necessidade de que os interessados preencham os requisitos mínimos de qualificação técnica exigidos para contratação comum a todos os tipos de licitação.

A fase de pré-qualificação tem por escopo, além da delimitação do objeto, estabelecer os critérios de seleção para os potenciais interessados.

Nota-se, aqui, um caráter eminentemente discricionário do Administrador, na medida que a ele caberá o estabelecimento dos critérios a serem observados, sem que isto importe, contudo, em um alargamento demasiado dessa discricionariedade, porquanto os critérios a serem estabelecidos devem estar correlacionados ao objeto e objetivo que a Administração busca atingir por meio da realização do certame.

Conforme já discorrido, é princípio da competitividade é um dos princípios norteadores da licitação e está inserido no caput do art. 5º da Lei.

O caráter competitivo das licitações busca impossibilitar a realização de contratações sem critérios pelo Administrador, daí porque, também, o legislador previu expressamente a proibição da "divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante será vedada", justamente para evitar que se frustre o caráter competitivo da licitação e, consequentemente, a realização de uma contratação com desvio de finalidade.

Como um ato administrativo, a finalidade é elemento de validade do ato a ser praticado, de maneira que sua ausência importará em ilegalidade, por desvio de poder (DI PIETRO, 2017).

A teoria dos atos administrativos estabelece que são cinco os elementos, quais sejam: elemento, forma, objeto, motivo e **finalidade** (DI PIETRO, 2017).

Verifica-se que há um certo caráter mais amplo na pré-seleção, na medida que o texto legal apresenta a terminologia "serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos", de acordo com as previsões contidas no edital de licitação.

A decodificação do instituto estrangeiro para o arcabouço jurídico nacional não se deu em sua integralidade. A nova Lei de Licitações não estabeleceu um limite para participação de candidatos, prevendo que serão "admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos".

Já a Diretiva 2024/18 prevê a possibilidade de limitação do número de candidatos:

> Só podem participar no diálogo os operadores económicos convidados pela autoridade adjudicante após a avaliação das informações prestadas. As autoridades adjudicantes podem limitar o número de candidatos convidados a participar no procedimento nos termos do artigo 65.o. Os contratos são adjudicados exclusivamente com base no critério da proposta economicamente mais vantajosa tendo em conta a melhor relação qualidade/preço nos termos do artigo 67.o, n.o 2.

A finalização dessa fase culmina no início da fase de diálogo.

5.4 Diálogo

A fase de diálogo é a fase em que é o diálogo competitivo realmente se evidencia, momento em que a Administração se reúne com os licitantes pré-qualificados para buscar alternativas de mercado com vistas a atender a demanda.

Nesta fase é possível, ainda, desde que haja previsão no edital do diálogo, a realização de fases sucessivas, na medida em que, ao longo do diálogo com os interessados, as soluções de mercado vão ganhando tons mais claros e concretos, hipótese em que poderia haver a dispensa daquelas alternativas que não se amoldarem ao objetivo licitatório, restringindo-se, assim, a discussão de propostas irrelevantes.

Verifica-se, assim, a possibilidade de realização de um verdadeiro afunilamento das propostas que serão apreciadas pela Administração, na medida que o inciso VII dispõe que: "o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas".

É possível notar que, em que pese ser um procedimento público, na medida que as propostas de soluções apresentadas têm relevância comercial e fazem parte das técnicas adotadas pelos interessados-proponentes, subiste o dever de sigilo quanto às propostas, de modo que, sem o consentimento do particular, a proposta feita não será divulgada aos demais participantes do certame.

Outro ponto que chama a atenção é o fato de que a Lei de Licitações não trouxe um período máximo de duração dessa fase, normatizando quanto à sua duração apenas que poderá ser mantida até que a Administração "identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades", por meio de decisão fundamentada. Fato é que, uma vez encerrado, inicia-se a fase competitiva.

5.5 Competitiva

A fase competitiva é iniciada através da publicação de um novo edital. Neste novo edital estarão contidos todos os elementos estabelecidos na fase de diálogo, quando da fixação da solução, ou soluções, encontradas, bem como os critérios objetivos a serem observados para aferição objetiva da proposta mais vantajosa.

Neste ponto em diante podemos notar a conciliação desta modalidade licitatória com as demais existentes no ordenamento jurídico nacional, ainda que com algumas especificidades voltadas exclusivamente para ela.

Dentre essas especificidades, está a disposição contida no inciso VIII, em que os candidatos pré-selecionados terão o prazo de 60 (sessenta) dias úteis para apresentem suas propostas, que deverão ser realizadas tendo por base os requisitos dispostos em edital publicado após o encerramento da fase de diálogo, com as soluções encontradas naquela fase.

A proposta vencedora, em atendimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, art. 5º, *caput*, da Lei de Licitações, será declarada tendo por base sua análise com base nos termos constantes do edital.

Há aqui, também, uma cisão quanto à observância do rito procedimental adotado nas demais modalidades licitatórias, que seguem o disposto no art. 17 da Lei de Licitações.

Perceba-se que a existência de um diálogo entre a Administração Pública e os particulares não importa em violação ao princípio da competitividade, na medida que a seleção da proposta mais vantajosa terá por base a análise de critérios objetivos que foram previamente definidos ao final da fase de diálogo.

Caso fosse o caso de mitigação do princípio da competitividade, estaríamos defronte de uma hipótese normativa de contratação direta não inserida no rol do art. 74, que cuida das hipóteses de inexigibilidade do procedimento licitatório, e do 75, que trata das hipóteses de dispensa de licitação.

Conforme podemos perceber, de análise das fases existentes no procedimento licitatório, a existência de um "diálogo" entre a Administração e os particulares não pode ser visto como algo lúdico, uma vez que a tônica que lhe nomeia ocorre na segunda fase, apenas, momento em que o diálogo é estabelecido com os pré-selecionados da etapa anterior.

Finalizada a fase de diálogo, a licitação retoma seu rumo, e o caráter impositivo é prevalece, porquanto a proposta vencedora terá por fundamento critérios objetivos que embasaram a análise objetiva de vantajosidade da proposta a ser sagrada vencedora.

6 Da compatibilidade com os demais tipos de contratações públicas

Mormente a inserção deste novo modelo licitatório no arcabouço legislativo, o instituto aqui tratado aplica-se, também, às modalidades de contratações previstas em outros regramentos jurídicos, haja vista a previsão contida 179 e 180 da Lei de licitações:

> Art. 179. Os incisos II e III do caput do art. 2º da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, passam a vigorar com a seguinte redação:
> "Art. 2º
> II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;
> III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegados pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;
> Art. 180. O caput do art. 10 da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, passa a

> vigorar com a seguinte redação:
> "Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: (...)

Para tanto, discorrer-se-á brevemente sobre L KLM NJo regime de contratação disposto na Lei 8.987/1995, que cuida do regime de concessão e permissão dos serviços públicos.

A concessão do serviço público está prevista no art. 175 da Constituição Federal, consoante texto normativo apresentado:

> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

O texto normativo supra demonstra a existência de mais de um regime de prestação de serviço público, geralmente, é prestado diretamente pelo Estado, através de seus órgãos e autarquias, hipótese em que a execução do serviço público é realizada diretamente pelo ente estatal.

O texto normativo supra demonstra a existência de mais de um regime de prestação de serviço público, geralmente é prestado diretamente pelo Estado, através de seus órgãos e autarquias, hipótese em que a execução do serviço público é realizada diretamente pelo ente estatal.

Na concessão, por sua vez, a execução do serviço é repassada para terceira pessoa, que fica por ela responsável diretamente, é o caso, por exemplo, das concessionárias de serviços públicos ligadas a manutenção das rodovias federais, também aquelas responsáveis pela construção de moradias.

Neste caso, poderia se chegar à conclusão de que o responsável por sua execução passa a ser o titular do serviço em si, mas não é o caso. O ente estatal remanesce como titular do serviço justamente em razão da indisponibilidade da coisa pública, transfere-se, apenas, a responsabilidade pela sua implementação na esfera material.

Daí porque remanesce, nos casos de concessão, a responsabilidade estatal pelo fato danoso ao administrado decorrente da atuação da concessionária, ainda que esta tenha atuado dentro dos limites legais. Ao passo, temos que a responsabilidade estatal será subsidiária, pois, como titular do serviço público, o Estado tem o chamado dever de cuidado e o dever de fiscalização sobre os serviços executados pela concessionária contratada.

Necessariamente, aí decorrente de uma vontade do legislador infraconstitucional, há uma restrição quanto às modalidades de licitação que podem ser utilizadas para realização da concessão pública, podendo ser utilizada, antes da entrada em vigor da Lei 14.133/21, apenas a modalidade de concorrência, com a entrada em vigor da nova Lei de Licitações, no entanto, somou-se a ela a possibilidade da utilização do diálogo competitivo.

A hipótese prevista no inciso II cuida da contratação realizada sem a realização pretérita de obra pública, já no caso do inciso III.

Conforme disposição legal inserida na Lei 8.987/1995, decorrente da introdução dada na nova Lei de Licitações no art. 179, o diálogo competitivo foi inserido, expressamente, como modalidade licitatória apenas às hipóteses de realização de concessão de serviço público, quedando-se silente quanto às permissões de serviço público, na medida que assim dispõe o art. 2º, inciso IV da Lei 8.987/1995:

> II - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Da leitura de seu texto extrai-se que também é cabível a utilização do diálogo competitivo, na medida que o texto de lei menciona apenas “mediante licitação”, por estes termos vê-se necessário remeter aos termos da Lei 14.133/21, que estabelece as modalidades de licitação existentes, isto em seu art. 28, e o rito a ser adotado, de modo que não seria necessário consignar expressamente uma chancela uma normativa para sua utilização.

Já a Lei 11.079/2004 dá o regramento das contratações decorrentes das parcerias público-privadas (PPP´s).

7. Dos desafios a serem superados

Ao longo de todo este trabalho, buscou-se evidenciar as peculiaridades próprias desta modalidade de licitação.

Pôde-se perceber que detém um elevado grau de discricionariedade, na medida que caberá ao caberá à comissão de licitação estipular a necessidade e os pontos de interesse sobre os quais recairão os elementos objetivos a serem utilizados na realização do certame, etapa de pré-seleção dos candidatos e, posteriormente, fixação dos pontos de relevo sobre os quais deverão serem analisadas as propostas de soluções dos licitantes.

A necessidade de estabelecimento desses pontos demanda um trabalho mais minucioso, o que pode ser desestimulante, na medida que demanda maior cautela no momento de sua tramitação e, assim como toda contratação pública, está sujeita ao crivo dos órgãos de controle.

A adoção dessa modalidade deve ser bem fundamentada com elementos robustos de sua necessidade, uma vez que é modalidade licitatória que se destina a fins específicos que devem ser muito bem delimitados pelo corpo de servidores que compõem a comissão de licitação, podendo, em razão disso, tornar-se um procedimento moroso.

A existência de três fases em sua realização já demanda um tempo maior, perceba-se que haverá, necessariamente, a publicação de dois editais ao longo de todo o seu tramite, (i) o primeiro edital será publicado após o estabelecimento do objeto da licitatório e dos critérios de pré-seleção dos interessados em participar do certame, com prazo de publicação não inferior a 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação dos interessados (art. 32, §1º, inciso I); (ii) o segundo edital será publicado ao fim da fase de diálogo com os pré-selecionados, hipótese em que restaram fixados os critérios para elaboração das propostas e cujo prazo será não inferior a 60 (sessenta) dias úteis para os candidatos pré-selecionados apresentarem suas propostas (art. 32, §1º, inciso VIII).

Logo, haverá um prazo mínimo de tramitação do feito não inferior a 85 dias úteis entrea fase de pré-seleção e a fase competitiva.

Conforme já discorrido anteriormente, não há prazo legal estabelecido para a duração da fase de diálogo, podendo ocorrer diversas vezes até que se obtenha a solução ou soluções de mercado mais favoráveis, assim entendidas pela Administração através de critérios objetivos.

Também, em muitos aspectos, as disposições contidas no art. 32, não tem o condão de afastar a plausibilidade da utilização da modalidade de concorrência, o que pode fazer com o a Administração opte pela utilização das modalidades mais tradicionais já existentes e que vêm sendo utilizadas e instituídas na Lei 8.666/93 e demais leis esparças existentes no arcabouço administrativo das licitações, que contam, também, com vasto acervo doutrinário decorrente de inúmeras produções acadêmicas e uma jurisprudência robusta, ao contrário do diálogo competitivo.

É o que fortemente sustenta José Júnior Calasans:

> A desnecessidade dessa inovação é fácil de explicar: as especificidades do objeto a ser contratado, indicadas nos incisos do art. 32, não são de ordem a afastar a concorrência, como modalidade adequada para o procedimento licitatório; bem ao contrário, até a recomendam, com o critério de julgamento de “melhor técnica ou

> conteúdo artístico", previsto no inciso III do art. 33 da Lei 14.133/2021. Dispondo o nosso ordenamento jurídico de instrumento adequado para contratação de objetos especiais, que permitem escolher, com segurança, as soluções que melhor atendam às necessidades da Administração, não já justificativa para importar modalidades procedimentais que podem não corresponder às peculiaridades da nossa cultura jurídica. (CALASANS, 2021, p. 83)

Outro ponto que impacta na adoção deste procedimento, é a disposição contida no art. 81, da Lei de Licitações, que inaugura o Procedimento de Manifestação de Interesse PMI.

Novamente, nas palavras do doutrinador José Júnior Calasans:

> A desnecessidade do diálogo competitivo como modalidade de licitação resulta, também, da existência, na Lei 14.133/2021, de procedimento específico para promover a interação entre a Administração Pública e a iniciativa privada, com vistas à obtenção de contribuições para atendimento de necessidades coletivas, em questões de relevância. Trata-se do Procedimento de Manifestação de Interesse, assim regulado no art. 81 da Lei 14.133/2021:
> "Art. 81. A Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento.(...)
> § 3º Para aceitação dos produtos e serviços de que trata o caput deste artigo, a Administração deverá elaborar parecer fundamentado com a demonstração de que o produto ou serviço entregue é adequado e suficiente à compreensão do objeto, de que as premissas adotadas são compatíveis com as reais necessidades do órgão e de que a metodologia proposta é a que propicia maior economia e vantagem entre as demais possíveis". (CALASANS, 2021, p. 83)

Todavia, em que pese a previsão da PMI na atual lei de licitações, esta não se confunde com o diálogo competitivo, uma vez que o diálogo, no diálogo competitivo, é uma das fases que integra o procedimento licitatório, já no caso do PMI, este equivaleria, por sua natureza instrutória, à jurisprudência insculpida no Enunciado 26 da I Jornada de Direito Administrativo do Conselho de Justiça Nacional – CNJ.

Outrossim, em que pese a possibilidade de adoção da PMI, conforme já dito, apesar de sua natureza instrutória, na medida que expõe à Administração levantamentos e pareceres de relevo em determinadas matérias, a entrega desse material pelo setor privado não vincula a ocorrência de uma licitação, diferindo-se, assim, do diálogo competitivo.

8. Das soluções possíveis

A União, por disposição constitucional, cabe a regulação das disposições legislativas atinentes às licitações e contratações públicas, em caráter geral, conforme aponta o inciso art. 22, XXVII, da CRFB/88.

Nesta esteira, cabe a suplementação dos demais entes federativos das normas licitatórias de caráter específico.

Nesse aspecto, a solução legislativa desse instituto, no âmbito de cada esfera federal, poderia suprir lacunas e estimular a adoção do diálogo competitivo, no sentido, por exemplo, de fixar prazos para a abertura e encerramento de suas fases, o que pode contribuir para celeridade do procedimento como um todo.

9. Dos impactos positivos para a Administração

A realização de contratações na Administração Pública é uma constante, nas mais diversas áreas, falando especificamente do setor ambiental, dentro do âmbito municipal, pode-se concluir que os serviços por ela prestados a municipalidade demanda uma série de

profissionais capacitados, nas mais diversas áreas de conhecimento, biologia, geologia, arquitetura, engenharia, química etc.

A proteção do meio ambiente é uma imposição constitucional, que recai sobre todos os entes que compõem a federação, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, consoante disposto no art. 23, VI, da CRFB/88:

> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
> VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

Corriqueiramente há a necessidade de realizar manutenções nos parques municipais, desapropriações de parques públicos, a fim de garantir a utilização plena dos bens de uso comum do povo.

A implantação de suas políticas pública demanda a atualização de suas técnicas, a fim de que o serviço por ela prestado permaneça atual e refletindo as constantes mudanças das técnicas utilizadas no manejo de exemplares arbóreos, no cuidado com a fauna e flora locais,na implantação de parques municipais, dentre outras atribuições que lhe competem, decorrentes dos avanços das pesquisas cientificas.

Atualmente está em vigor o Plano de Metas 2021-2024, nele contemplada meta 63, que cuida da implantação de duas unidades de conservação, tendo por iniciativas:

> a) Implantar duas Unidades de Conservação;
> b) Abrir em tempo integral cinco parques naturais (Unidades de Conservação);
> c) Revisar e/ou elaborar os Planos de Manejo das Unidades de Conservação (PDM, 2021, p. 94)

Seu objetivo estratégico é: “Proteger, recuperar e aprimorar a qualidade ambiental do Município e promover a utilização sustentável do espaço público.”

Nesse sentido, visando contratações futuras, o diálogo competitivo pode encontrar sua aplicabilidade, na medida que, observados os requisitos e elementos próprios dessa modalidade licitatória, a inovação tecnológica ou técnica evidenciada, da qual a Administração não possua o satisfatório conhecimento, pode ser utilizada como meio de viabilizar planos de fomento e cumprimento de suas metas institucionais, que, em muitos aspectos dependerão de um aprimoramento das técnicas utilizadas, as quais, nem sempre, estarão dentro da esfera de expertise da Administração.

Para tanto, o Decreto Municipal 62.100/21, que regulamenta a aplicação da Lei 14.133/21 no âmbito municipal, ainda que não chegue a regular o diálogo competitivo, o elenca como uma das modalidades de licitação, conforme inserto no inciso V, do art. 37 do Decreto Municipal em comento.

De tal sorte, dentro das atribuições materiais e legislativas do ente municipal, verifica-se que o diálogo competitivo pode se tornar uma realidade.

10. Conclusão

Ao longo dos estudos feitos, constatou-se que o instituto em voga pode ser muito útil no fomento de novas técnicas e tecnologias pela Administração Pública.

Há, no entanto, desafios a serem superados a fim de estimular a adoção desse novo instituto para as compras e contratações a serem realizadas pela Administração, tais quais a possível morosidade procedimental decorrente das fases de sua tramitação, especialmente na fase de diálogo, a qual poderá ocorrer sucessivamente até que a Administração obtenha a solução, ou soluções de mercado que melhor atendam suas expectativas.

O instituto necessita, ainda, de maior regulamentação, na medida que as diretrizes dadas na Lei 14.133/21 carecem de implemento para melhor compatibilização e utilização pelos setores públicos, o que pode gerar certo temor dos administradores em adotá-lo, tendo em vista a fiscalização exercida pelos órgãos de contas.

Possíveis soluções poderiam de dar por meio da atuação legislativa de cada ente federativo, através da expedição de normas regulamentadoras e suplementares do instituto que propiciem maior segurança em sua utilização, bem como possam contribuir para a celeridade do procedimento.

Fato é que representa um avanço no modo pela qual as contratações públicas podem ser realizadas, tendo em vista que pode ser um instrumento jurídico a ser utilizado na vanguarda daquilo que mais houver de novo em termos de tecnologias e técnicas úteis na consecução dos objetivos primários e secundários da Administração.

Pode ser utilizada para contratações públicas de procedimentos licitatórios decorrentes de concessões públicas e permissões previstas na Lei 8.987/1995, bem como as concessões públicas previstas no âmbito da Lei 11.079/2004, que cuida das contratações decorrentes das parcerias público-privadas (PPP´s).

Fato é que o instituto ainda se encontra inédito, até a presente data, no país, muito pode ser em razão do seu caráter excepcional, que demanda uma atuação mais criteriosa do administrador quanto à devida fundamentação da necessidade de utilização do instituto frente às demais modalidades licitatórias já existentes e que têm um histórico consolidado de utilização.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm

BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Consulta de enunciados**. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/ Acesso em 09 nov. 2024

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Diálogo competitivo**. Disponível em: https://licitacoesecontratos.tcu.gov.br/3-6-5-dialogo-competitivo-2/ Acesso em 12 dez.2023.

CALASANS JUNIOR, José. **Manual da Licitação**: com base na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. 3. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2021, pág. 83.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** 31. Ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro; Forense, 2018. p. 26, 91, 236, 243.

MATOS, Marilene Carneiros, ALVES, Felipe Dalenogare, AMORIM, Rafael Amorim de (org.). **Nova Lei de licitações e contratos** - Lei nº 14.133/202: debates, perspectivas e desafios. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2023. p. 204. Disponível em : https://bd.camara.leg.br/bd/items/901987ea-1af4-4dcb-b9b7-9d617e6d5202 Acesso em 05 jan. 2024.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Nova lei de licitações e contratos administrativos comparada e comentada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.p.142.

SÃO PAULO (SP). **Programa de Metas 21-24**: Versão final participativa. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/governo/SEPEP/arquivos/pdm-versao-final-participativa.pdf Acesso em 11 jan. 2024.

UNIÃO EUROPÉIA. **Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32004L0018 Acesso em 11 nov.2023.

UNIÃO EUROPÉIA. **Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:32014L0024 Acesso em 01 dez.2023.

A aplicação da teoria dos diálogos institucionais na discussão de projetos de lei dentro da administração municipal

Romulo Oliveira Redondo[1]

RESUMO

O presente trabalho busca desenvolver uma reflexão a respeito da aplicação prática da teoria dos diálogos institucionais dentro do contexto da relação entre o Poder Executivo e Legislativo da cidade de São Paulo, especificamente no tocante à fase que antecede a produção de novas leis pela Câmara Municipal.

Palavras-chave: teoria dos diálogos institucionais; harmonia entre os poderes; solução de conflitos.

ABSTRACT

The present work seeks to develop a reflection regarding the practical application of the theory of institutional dialogues within the context of the relationship between the Executive and Legislative Powers of the city of São Paulo, specifically regarding the phase that precedes the production of new laws by the City Council

Keywords: theory of institutional dialogues; harmony between powers; conflict resolution.

1.Introdução

Conforme preceitua a denominada Teoria dos Diálogos Institucionais, inexiste uma prevalência entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, encontrando-se eles em pé de igualdade dentro do contexto de sua relação harmônica, prevista expressamente pela Constituição Federal. Dessa forma, considerando o sistema existente de freios e contrapesos, segundo a respectiva teoria, que um Poder pode exercer a sua função limitadora sobre o outro, em respeito às normas constitucionais, através de meios que envolvam a comunicação e a formação de entendimentos comuns.

Tendo em vista o contexto fático da Prefeitura do Município de São Paulo, verifica-se o desenvolvimento de um diálogo intenso entre suas diversas Pastas e Subpastas na formação da vontade do Poder Executivo, no tocante a questões de viabilidade ou inviabilidade da alteração, veto, ou aprovação de Projetos de Lei, sejam eles oriundos da Câmara ou da própria Prefeitura.

Logo, revela-se pertinente analisar a aplicação dos Diálogos Institucionais como forma de resolução de controvérsias entre Poderes, em especial o Legislativo e o Executivo, desenvolvidos nas discussões que antecedem a própria aprovação de Leis. Trata-se assim de um trabalho preventivo, com ampla capacidade de evitar conflitos e insegurança jurídica, antes mesmo de acarretar em desgastes envolvendo ações judiciais ou mal-estar evidente entre os Poderes.

[1] Residente Jurídico do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, alocado na Casa Civil/Assessoria Técnica e Legislativa – CC/ATL (2022-2025). Graduado em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Possui experiências anteriores nas áreas do direito civil, penal e administrativo, com passagens pelo Escritório Modelo Dom Paulo Evaristo Arns, Ministério Público do Estado de São Paulo e Ministério Público Federal. E-mail: romulo.redondo1@gmail.com

2.Teoria dos Diálogos Institucionais e seu contexto

De modo a iniciar a reflexão, revela-se de vital importância examinar sobre quais temas se debruça a teoria dos diálogos institucionais. Em primeiro lugar, cabe destacar que tal tese não possui um autor único e originário, comportando-se muito mais como um fenômeno identificado do que como uma proposição doutrinária com limites claros e objetivos.

Conforme o estudo realizado por Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto (2015) no artigo Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade:

> A proposta por diálogos tem seu início teórico na separação das atividades pertinentes a cada ramo do Poder. Sob influência dessa ideia, a cisão clássica entre direito e política foi articulada da seguinte maneira: a esfera política seria determinada pela soberania popular e pelo princípio majoritário, enquanto a esfera jurídica seria determinada pela ideia de rule of law (primado da lei) e pela observância aos direitos fundamentais.

Logo, percebe-se que a questão dos diálogos está intrinsecamente ligada à noção de separação dos poderes, na medida em que estes devem desenvolver uma relação harmônica entre si, estando, portanto, aptos a dialogarem, não se tratando de compartimentos estanques e isolados um do outro.

A tripartição dos poderes do Estado em Executivo, Legislativo e Judiciário tem como origem clássica a obra "O espírito das leis" de Montesquieu, na qual o filósofo defendeu que a distribuição das funções estatais a órgãos distintos seria necessária para assegurar as liberdades individuais. Todavia, tal divisão não ocorre de forma perfeita, exercendo os referidos poderes todas as funções, em maior ou menor grau, por questões de ordem prática e também de controle, sendo incabível pensar num poder completamente independente dos demais, que viesse a agir ilimitadamente. Consequentemente, temos hoje o consenso de que os poderes exercem primordialmente atividades típicas, e excepcionalmente atividades atípicas.

Tendo por base a conexão existente no relacionamento entre as três funções do Estado, a teoria dos diálogos institucionais ressalta que inexiste uma preponderância de um sobre os outros. Como consequência, surge a possibilidade destes discutirem conjuntamente soluções a casos complexos que envolvam a participação de um ou mais poderes, mantendo-se assim o equilíbrio entre eles.

Desse modo, tem-se como fundamental a noção de cooperação, havendo uma soma de esforços entre os Poderes para, de forma harmônica, contribuírem conjuntamente para a formulação de soluções estruturadas e coordenadas. O diálogo desempenha assim um papel importante na manutenção do equilíbrio das funções do Estado, na medida em que as discussões conjuntas e bem trabalhadas contribuem preventivamente ao surgimento de maiores conflitos, nos quais um Poder agiria de forma mais incisiva sobre o outro, possivelmente gerando desgastes de cunho político.

Os atritos entre os Poderes são inerentes à sua repartição. O controle mútuo destes exige a vigilância constante de um sobre o outro, sendo inevitável que em determinados momentos alguma função vá além de suas competências, necessitando da reprimenda proporcional nos ditames dos parâmetros previstos constitucionalmente. Entretanto, com a aplicação dos diálogos institucionais, surge a ênfase na constante troca de informações, ideias e sugestões, diminuindo assim os casos em que o controle repressivo precisa ser utilizado.

2.1 Diálogos institucionais entre os três Poderes

Com o objetivo de melhor compreender a teoria objeto deste artigo, denota-se importante trazer exemplos práticos de sua aplicação, ilustrando assim a interação constante existente entre as funções estatais. Na medida em que o enfoque deste trabalho se debruça sobre as interações existentes no âmbito da administração municipal com a Câmara de Vereadores na

discussão de projetos de lei, passemos brevemente sobre diversas possibilidades da aplicação do diálogo também em outros contextos de relações entre funções, como modo de compreender sua importância em um contexto global, para posteriormente concentrar a análise nas especificidades do presente estudo.

2.1.1 Poder Legislativo e Poder Judiciário

Uma das hipóteses mais palpáveis no contexto dos diálogos institucionais diz respeito à dinâmica que envolve a relação de freios e contrapesos entre o Judiciário e o Legislativo, consubstanciada no controle de constitucionalidade. Uma norma, antes mesmo de ser editada, muitas vezes já evoca questionamentos em sua fase de discussão quanto à compatibilidade ou incompatibilidade com a Constituição. Através de uma abordagem cooperativa, que antecede a tomada de decisões, torna-se possível que tais poderes evitem futuros desgastes.

2.1.2 Poder Executivo e Poder Judiciário

No tocante à dinâmica desenvolvida entre o Executivo e o Judiciário, podemos identificar a coparticipação destes nos casos envolvendo decisões que atingem ou até mesmo determinam a realização de políticas públicas. A questão do ativismo judicial revela-se complexa e merece uma abordagem mais detalhada em trabalho próprio, sob o risco de simplificação exacerbada da questão. Todavia, em termos gerais, ocorrem casos em que o Judiciário age de forma ativa na concretização de políticas de responsabilidade do Executivo, não raramente por razões de ineficiência deste. Nesse contexto, o diálogo pode ser utilizado na execução de decisões, considerando que o Executivo possui limitações de ordem prática, devendo-se buscar conjuntamente o melhor meio para que a determinação judicial seja executada.

Nesse mesmo sentido segue a Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942):

> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.
> Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

2.1.3 Poder Legislativo e Poder Executivo

Adentrando agora na dinâmica que mais interessa a este trabalho, destaca-se que o diálogo estabelecido entre o Legislativo e o Executivo, poderes esses com papéis eminentemente políticos, está intrinsecamente ligado ao próprio funcionamento da democracia, sendo o campo das negociações entre tais funções o palco dos maiores embates entre a realização de um programa de governo e a exposição de debates públicos sobre os mais variados temas.

2.2 Governança e governabilidade

Assim sendo, importante destacar que a dinâmica envolvendo esses Poderes é indissociável das ideias de governança e governabilidade.

2.2.1 Governança

Conforme definição do Banco Mundial, o conceito de governança pode ser compreendido como “a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos sociais e econômicos de um país visando o desenvolvimento” (WORLD BANK, 1992). Ou

seja, o termo se refere à competência da administração em empregar esforços para a persecução de seus objetivos. Tal empenho, embora de competência do Poder Executivo em sua obrigação de definir os rumos das políticas públicas, não se dá de maneira isolada, necessitando, portanto, da coordenação com o Legislativo, de modo a garantir rumos minimamente comuns no emprego dos recursos do Estado.

2.2.2 Governabilidade

Já no tocante à governabilidade, de acordo com Santos (1997), esta diz respeito às:

> [...] condições sistêmicas e institucionais sob as quais se dá o exercício do poder, tais como as características do sistema político, a forma de governo, as relações entre os Poderes, o sistema de intermediação de interesses

Logo, temos aqui a ideia de legitimidade do poder político em suas bases, sejam elas tanto a sociedade como com demais agentes que envolvam as decisões estatais. Assim, a governabilidade não pode ser separada da capacidade do Executivo de manter um grupo de apoio sólido no Legislativo, o que em muito depende da capacidade de diálogo e negociação nos moldes atuais da democracia brasileira.

2.2.3 Governo de coalizão

Nesse diapasão, considerando a vital relevância da manutenção da comunicação constante entre o Executivo e Legislativo, é essencial tomar considerações a respeito do modelo de governo de coalizão, presente na realidade da política em diversos países, incluindo claramente o Brasil.

Conforme leciona Sérgio Abranches (2018, p. 79):

> O modelo se baseia numa aguda interdependência entre os poderes Executivo e Legislativo, porém com um viés de concentração de autoridade no primeiro. A capacidade de governança do presidente depende do apoio parlamentar para poder transformar em leis as suas principais escolhas de políticas públicas. Os congressistas dependem das decisões de gasto do Executivo, para atender às demandas de seu eleitorado.

Logo, temos que é extremamente difícil que o Executivo garanta que seu partido sozinho obtenha maioria no Legislativo, considerando a diversidade de interesses e a pluralidade partidária, o que demanda uma organização em torno de vários representantes para a construção de uma base parlamentar. A complexidade existente no sistema presidencialista é espelhada, especialmente em cidades complexas como São Paulo, cuja extensa população e desafios alcançam proporções que dificultam em muito uma distribuição simples de pleitos, culminando na representação legislativa de vários ramos da sociedade.

2.3 Teorias Legislativas

De modo a melhor compreender a atuação do Executivo em suas dinâmicas com a Câmara de Vereadores, mostra-se pertinente considerar os modelos teóricos de organização legislativa, cujos estudos têm origem na análise de funcionamento do Congresso dos Estados Unidos da América.

2.3.1 Teoria distributivista

Segundo essa abordagem, examinada pelos cientistas políticos Kenneth Shepsle e Barry Weingast, as negociações do processo legislativo tem como centro a possibilidade da obtenção de benefícios políticos, atuando os parlamentares de modo a maximizar os ganhos para seus próprios interesses e de seu eleitorado. Nesse contexto, os legisladores se veem

obrigados a realizar concessões no tocante a matérias de menor relevância, com o objetivo de que tal "favor" fosse recompensado posteriormente por seus pares, com o apoio a projetos tidos por importantes para seus representados.

2.3.2 Teoria informacional

Relacionada a essa compreensão, foi elaborada a noção informacional, examinada por Keith Krehbiel na obra "Information and Legislative Organization" de 1991. Como bem explicitado por marta Mendes da Rocha e Cássio Felipe Barbosa (2008) no artigo "Regras, incentivos e comportamento: as comissões parlamentares nos países do cone sul":

> Um de seus postulados básicos é o da incerteza: o fato de que os parlamentares, ao tomarem suas decisões, não estão certos quanto à relação entre políticas e resultados e quanto aos resultados eleitorais de suas ações. Isso porque a informação e a especialização não são uniformemente distribuídas entre os atores do processo legislativo.

Dessa forma, ter-se-ia um incentivo à especialização dos legisladores e à presença de especialistas em diversas matérias, o que fortaleceria a atuação do Poder Legislativo. Todavia, dado o contexto da realidade brasileira, e mais especificamente do Município de São Paulo, verifica-se que a Câmara dos Vereadores não possui a mesma capacidade de produção de informações que a Prefeitura. Nesse aspecto, o Executivo, por meio de suas secretarias, detém uma espécie de monopólio da produção de dados técnicos, possuindo uma moeda de troca importante dentro da aplicação da teoria informacional em conjunto com os diálogos institucionais.

Conforme será analisado posteriormente neste trabalho, a Casa Civil atua como intermediário na prestação dessas informações, podendo assim influenciar a aprovação ou rejeição de uma propositura, ao possuir argumentos pela viabilidade ou inviabilidade de determinada matéria.

2.3.3 Teoria partidária

Já a concepção partidária, segundo Gary Cox e Mathew McCubbins, atribuí um enfoque muito maior a tal organização, compreendendo as agremiações partidárias como os protagonistas do processo legislativo, sendo os seus interesses preponderantes sobre as vontades individuais dos legisladores.

2.4 Processo Legislativo

Adentramos assim, como consequência lógica, na atividade da própria elaboração das leis. Esse processo, embora reflita a própria identidade do Poder Legislativo, revela-se muito mais complexo do que aparenta ser em sua noção clássica de discussão entre os parlamentares.

2.4.1 Ideia de intenção do legislador

Em um modelo estanque, tal função estatal se desenvolveria somente nas casas legislativas, estando, portanto, quase que totalmente restrita aos representantes do povo eleitos para o exercício de estipular novas leis. Dessa forma, teríamos uma suposta primazia do legislador, que de forma hermética debateria os termos das inovações no ordenamento jurídico, encontrando-se o debate limitado às votações internas das comissões e das casas como um todo.

Todavia, a realidade impõe uma complexidade muito maior a esse processo. Tal Poder não está imune às pressões externas e às discussões informais que ultrapassam os trâmites necessários para a aprovação de uma propositura. Consideramos assim, a influência que exerce

o debate público que inclui os mais variados atores, sejam eles grupos organizados em movimentos sociais, representantes de setores da sociedade, juristas, economistas e entre outros.

Consideremos assim a técnica legislativa da intenção do legislador. Nas explicações de Roberta Simões Nascimento (2021), em seu trabalho "O argumento da intenção do legislador. Anotações teóricas sobre uso e significado":

> Verificou-se que, superada a identificação da intenção legislativa com o estado mental (ou psicológico) do legislador (ou suas esperanças ou expectativas individuais, exclusivamente privadas), a intenção legislativa que interessa para os fins da interpretação jurídica das leis é outra.". (...) Desse modo, descobrir a intenção legislativa passaria por compreender a chamada occasio legis, o contexto que originou a lei. Para isso, claro que são relevantes as exposições de motivos, preâmbulos, justificativas, informes e pareceres produzidos nas comissões, atas taquigráficas e registros das sessões com os debates parlamentares, ou seja, tudo que permita alcançar a ambição ou a justificativa que possa adequadamente ser reconhecida como a intenção do Parlamento.

2.4.2 Capacidade de influência do Poder Executivo

O Poder Executivo possui papel fundamental tanto na influência das decisões do Legislativo, quanto na própria elaboração dos projetos de lei. O exemplo mais claro desse fenômeno diz respeito à possibilidade do Executivo em introduzir proposituras. Porém, somando-se a isso, temos o diálogo desenvolvido por este com a sua base nas casas legislativas, o que por sua vez culmina em intervenções no decorrer do processo de criação das leis, seja com o esforço para a retirada de pautas que não são do interesse dos detentores do poder no momento, como também para a alteração no texto dos projetos, seja razões de ordem técnica, práticas ou políticas.

Tal intermediação entre o Executivo e o Legislativo se dá, por parte da administração pública, institucionalmente através de um órgão especificamente criado para esse fim, denominado em grande parte como Casa Civil.

2.5 Casa Civil

Conforme explicitado pela Prefeitura do Município de São Paulo, a Casa Civil:

> (...) tem por finalidade promover e articular as relações institucionais do Poder Executivo com o Poder Legislativo e com a sociedade civil organizada, estabelecer e fomentar a interlocução governamental no território, fornecer apoio técnico e legislativo nos assuntos pertinentes à elaboração das leis municipais, bem como promover e articular as relações interfederativas e metropolitanas, além de executar atividades compatíveis e correlatas com a sua área de atuação. (Acesso à Informação da Casa Civil da Cidade de São Paulo, 2023).

Dessa forma, ressalta-se a importância do desenvolvimento organizado do diálogo institucional, sendo necessária uma secretaria específica para a realização dessa função. Citando também o Decreto Municipal nº 61.928 de 25 de outubro de 2022, que trata da reorganização da Casa Civil (SÃO PAULO-SP, 2022), identificamos suas competências no artigo 3º do referido diploma legal, do qual destacamos os seguintes incisos:

> Art. 3º Para a consecução de suas finalidades, a Casa Civil tem as seguintes atribuições:
> I. assessorar o Gabinete do Prefeito e todas as estruturas a ele vinculadas no desempenho de suas funções, no que concerne ao apoio técnico e legislativo no tratamento dos assuntos pertinentes à elaboração das leis municipais;
> II. promover e articular agenda do Poder Executivo Municipal perante o Poder Legislativo;

III. estabelecer interação permanente com a Câmara Municipal de São Paulo;
IV. auxiliar na condução do relacionamento do Governo com partidos políticos;
V. coordenar as ações e assuntos de natureza parlamentar e de relacionamento com outras instâncias legislativas e prefeituras;
VI. acompanhar assuntos de natureza parlamentar com a Câmara Municipal de São Paulo e com outras instâncias legislativas e prefeituras, relacionados com os projetos de leis de iniciativa dos parlamentares e emendas parlamentares;
VII. acompanhar o andamento de projetos na Câmara Municipal de São Paulo;
VIII. estabelecer e fomentar estrutura de interlocução governamental nos territórios da Cidade de São Paulo;

2.5.1 Diálogos dentro da Prefeitura do Município de São Paulo

Nesse diapasão, resta evidenciado que a Casa Civil organiza, de um modo geral, a interlocução da administração pública com a Câmara Municipal. Nesse ponto, a vivência do programa de residência jurídica pode proporcionar a verificação de como essa interação se desenvolve na prática, dando contornos mais claros à atuação do Executivo na atividade legislativa.

2.5.2 O processo administrativo dentro do Sistema Eletrônico de Informações (SEI)

Segundo a definição de Marcelo Harger (2017), em sua contribuição para a Enciclopédia Jurídica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo:

> O processo é a forma de atuação do Estado. Atos estatais não surgem "do nada". Sempre derivam de um processo decisório que, em um Estado de Direito, deve ser formalizado, por intermédio de atos que se sucedem no tempo, e que visam à edição de um ato final. Processo é, pois, o mecanismo por intermédio do qual o poder estatal se materializa em atos.

No âmbito da Prefeitura, e de muitos órgãos públicos, o processo administrativo é conduzido através do SEI, que possibilita o desenvolvimento e acompanhamento de diversas manifestações dos interessados no feito.

Assim sendo, o desenrolar do diálogo institucional inicia com a chegada de um projeto de lei, do qual a Prefeitura toma conhecimento, cabendo à Casa Civil o papel de verificar o seu conteúdo, encaminhando o processo às secretarias cujas funções estão relacionadas às questões abordadas na propositura, o que as torna interessadas na tomada de decisões.

Dessa forma, percebe-se que uma propositura passará, em regra, pelo crivo de uma análise tanto política quanto técnica das devidas pastas. De modo geral, após o envio inicial, as secretarias requisitam a manifestação das suas subpastas, envolvendo assim as áreas técnicas e jurídicas.

2.5.3 Das áreas técnicas

No tocante ao estudo técnico, a verificação da proposta se dá por um viés muito mais prático e inerente à especialização do grupo instado a se manifestar. Podemos mencionar assim a que a contribuição incluiu questões como a existência ou inexistência de legislação ou política pública que abarque os objetos das proposituras; a factibilidade das ações previstas no projeto de lei; o preenchimento de requisitos específicos, como por exemplo e a observância de normas técnicas que regulam determinada atividade. Não é raro também que sejam realizados breves apontamentos a respeito da constitucionalidade das inovações legislativas, vez que isso, por si só, a tornaria inviável. Entretanto, cabe às Assessorias Jurídicas se debruçar sobre as questões legais pertinentes.

2.5.4 Das assessorias jurídicas

Frequentemente, são realizados pelas áreas técnicas breves apontamentos a respeito da constitucionalidade das inovações legislativas, vez que isso, por si só, as tornaria inviáveis. Entretanto, cabe às Assessorias Jurídicas se debruçar sobre as questões legais pertinentes.

2.5.4.1 Competência legislativa constitucional dos municípios

A elaboração de pareceres pelos Procuradores do Município e suas equipes aprofundam os exames dos pontos relativos à constitucionalidade e ilegalidade. Por se tratar do âmbito municipal, as interrogações a respeito da compatibilidade dos projetos com a Constituição apresenta um contorno particular. Assim, a primeira questão a ser abordada diz respeito à observância das competências conferidas aos entes municipais, não podendo elas ser extrapoladas.

Conforme determina a Constituição Federal (BRASIL, 1988):

> Art. 30. Compete aos Municípios:
> I. legislar sobre assuntos de interesse local;
> II. suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;
> (...)

2.5.4.2 Interesse local

Percebe-se que a competência legislativa nesse caso, além de incidir sobre matérias de complementação de leis já existentes nas esferas estadual e federal, está intrinsecamente ligada à noção de interesse local. A definição desse termo, embora objeto de constante debate, é essencial para compreender a abrangência da capacidade legislativa. Para tanto, citamos o professor da Faculdade de Direito do Estado de São Paulo, José Levi Mello do Amaral Junior (2023):

> Em síntese, o interesse local pode e deve ser compreendido como decorrência natural do princípio da subsidiariedade inerente ao federalismo democrático, ou seja, deve-se deixar o mais possível aos cuidados do ente local — e, portanto, da comunidade — tudo aquilo em que consiga bem desempenhar o seu papel.

2.5.4.3 Iniciativa do Poder Executivo e Legislativo Municipal

Superada essa análise, as assessorias jurídicas verificam outra questão formal, relacionada à possível existência de vício de iniciativa dentro dos ditames da Lei Orgânica do Município de São Paulo (LOMSP).

Em sintonia com a Constituição Federal, a LOMSP (SÃO PAULO-SP, 1990) determina que:

> Art. 13 - Cabe à Câmara, com sanção do Prefeito, não exigida esta para o especificado no artigo 14, dispor sobre as matérias de competência do Município, especialmente:
> I. legislar sobre assuntos de interesse local;
> II. suplementar a legislação federal e estadual, no que couber;

Simultaneamente, tais dispositivos devem ser lidos em conjunto com as atribuições conferidas ao Chefe do Poder Executivo Municipal no mesmo diploma, segundo o qual:

> Art. 69 — Compete privativamente ao Prefeito, além de outras atribuições previstas nesta Lei:
> I - iniciar o processo legislativo na forma e nos casos nela previstos;
> II - exercer, com os Secretários Municipais, os Subprefeitos e demais auxiliares a direção da administração municipal;
> (...)

> IX — apresentar à Câmara Municipal projeto de lei dispondo sobre o regime de concessão ou permissão de serviços públicos;
> X — propor à Câmara Municipal projetos de lei relativos ao plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, dívida pública e operações de crédito;
> (...)
> XVI — propor à Câmara Municipal projetos de lei sobre criação, alteração das Secretarias Municipais e Subprefeituras, inclusive sobre suas estruturas e atribuições;

Merece destaque o inciso II do artigo 69 da Lei Orgânica, na medida em que esse explicita a reserva de competência ao prefeito para decidir a respeito da condução da administração pública, sendo ilegais os projetos de lei que busquem interferir ou usurpar essa prerrogativa do Executivo.

Complementando esse raciocínio, temos as palavras de Hely Lopes Meirelles, em sua obra Direito Municipal (2014, p. 633):

> São, pois, de iniciativa exclusiva do prefeito os projetos de leis que disponham sobre criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entes da Administração Pública Municipal; matéria de organização administrativa e planejamento de execução de obras e serviços públicos; criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta, autárquica e fundacional do Município; regime jurídico e previdenciário dos servidores municipais, fixação e aumento de sua remuneração; plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual e créditos suplementares e especiais.

Superadas essas considerações, o parecer jurídico adentra na investigação da compatibilidade das normas municipais, de modo a evitar futuros conflitos legislativos ou até mesmo questionamentos nos tribunais.

2.5.4.4 Considerações sobre a atividade do parecerista e do gestor público

Tendo em vista a noção dos diálogos institucionais, aponta-se que tanto as manifestações das áreas técnica quanto jurídica não possuem caraterística vinculante à tomada de decisão, seja do secretário da respectiva pasta, ou até mesmo do prefeito. No tocante ao parecer ofertado pelos procuradores municipais, aponta-se que a LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) trouxe alterações importantes nesse aspecto, cujo artigo 28 expõe que "o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro".

Conforme bem elucidado pelo professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, André Rodrigues Cyrino (2021):

> Pode-se dizer que o art. 28 da LINDB constitui espécie de cláusula geral do erro administrativo. Seu escopo, como tal, é oferecer segurança jurídica ao agente público com boas motivações, mas falível como qualquer pessoa. Criam-se os incentivos institucionais necessários à promoção da inovação e à atração de gestores e advogados públicos capacitados. De um lado, a responsabilização do agente público nos casos de dolo e erro grosseiro tem o efeito de reprimir ou desestimular os casos de corrupção, fraude ou culpa grave. De outro lado, admitir o erro, salvo quando grosseiro, faz sentido num regime jurídico que pretenda viabilizar soluções inovadoras e impedir que as carreiras públicas se tornem armadilhas para pessoas honestas, capazes e bem intencionadas.

Cria-se, portanto, um mecanismo de proteção ao parecerista, como modo de reforçar a sua atuação independente perante o Poder Executivo, o que por si contribui para a promoção do diálogo, na medida em que as informações e opiniões prestadas detém um grau maior de confiabilidade e de boa-fé daquele que a emitiu.

2.5.5 Análise política

Finaliza a tomada das informações das áreas técnicas e jurídicas, não restando mais manifestações especializadas a serem colhidas dentro do processo administrativo, chega-se à sua conclusão natural, na qual o responsável político da pasta, representado na maioria das vezes pelo seu secretário, opina pela viabilidade, inviabilidade da propositura, ou até mesmo conclui pela necessidade de confecção de substitutivo.

Todavia, o foco nessa etapa final adentra a questão do mérito do projeto de lei, não estando restrito assim às justificativas apresentadas durante o processo. Dessa forma, o gestor adentra em questões que vão além do técnico e do jurídico, sendo muitas vezes influenciado por demandas políticas de conveniência e oportunidade. Entretanto, até que seja tomada tal decisão, podemos dizer que o diálogo desenvolvido durante todo o trâmite contribui, em maior ou menor grau, para a formação da vontade do secretário, na medida em que ele naturalmente não detém sozinho de todo o conhecimento necessário para compreender as implicações das mais variadas inovações legislativas que afetam a sua pasta.

Além disso, quando as secretarias são consultadas, podem surgir manifestações divergentes, tanto entre as subpastas quanto entre as próprias secretarias, apresentando assim situações complexas que demandam, em tese, uma justificativa mais robusta do detentor do poder de decidir. Nesse aspecto, revela-se mais uma vez a incidência e a importância da realização dos diálogos institucionais, sendo aplicado na resolução de casos difíceis, cuja resolução demanda o conhecimento de vários agentes distintos, que por sua vez também serão afetados pela resposta a ser apresentada.

Consequentemente, resta evidenciada a relevância de uma troca organizada de informações entre as secretarias e suas áreas de atuação dentro da própria prefeitura, como um meio de providenciar bases para um relacionamento mais técnico e saudável.

2.5.6 Do substitutivo

Nesse sentido, mister apontar a possibilidade da elaboração de substitutivo, uma das atribuições da Casa Civil nesse trabalho de relacionamento com o Poder Legislativo.

Conforme definição presente na página da Câmara Municipal de São Paulo, o substitutivo pode ser compreendido como a "(...) proposição apresentada por Vereadores, por Comissão Permanente ou pela Mesa, para substituir outra já existente sobre o mesmo assunto".

Dessa forma, a Casa Civil, durante o desenrolar do processo administrativo, colhe as diversas manifestações apresentadas pelas pastas, avaliando se durante o trâmite houve alguma sugestão de mudança significativa no texto da propositura.

Algumas correções dizem respeito a questões formais, relativas à própria técnica legislativa, com o objetivo de deixar a nova legislação em conformidade com os padrões de redação, organização e clareza necessários a uma lei.

Porém, nos demais casos, surgem questões relativas às particularidades de cada hipótese, o que envolve tanto a retirada de trechos inaplicáveis, confusos, ilegais ou até mesmo inconstitucionais, como também abarca a adequação dentro das esferas específicas das matérias objetos do projeto de lei, seja por razões de maior eficiência da propositura, ou por limitações necessárias à execução prática dos futuros trabalhos que podem surgir com a aprovação de certos dispositivos.

Assim, a Casa Civil é responsável pela análise de todas as informações prestadas nesse diálogo, contribuindo para a construção de um texto livre de incorreções técnicas e mais próximo das vontades e realidades das secretarias envolvidas nos respectivos casos.

2.5.7 Trabalho de coordenação da Casa Civil

Destacamos que a Casa Civil, após a finalização do processo, também realiza a tarefa de auxiliar a comunicação do Poder Executivo com a sua base de vereadores na Câmara. Adentrando assim na prática dos diálogos institucionais, o órgão se empenha em sumarizar de forma sucinta, mas completa, as exposições das subpastas, pontuando se dentro de uma secretaria houve conclusão pela viabilidade ou inviabilidade do projeto, ou divergência, acompanhando, se for o caso, de proposta de substitutivo nos conformes das manifestações presentes no processo administrativo.

A atuação do Poder Executivo ocorre, portanto, de uma forma simultaneamente consultiva e preventiva nessa etapa do desenvolvimento do processo legislativo. Se por um lado, cria-se a possibilidade de discussão e contribuição entre as secretarias para o aperfeiçoamento das leis, podemos verificar também a possibilidade de um diálogo dotado de fundamentação robusta com o Poder Legislativo.

Ainda que esteja dentro da esfera política a decisão dos secretários sobre o endosso das manifestações de suas pastas e a opção dos vereadores por seguir as orientações técnicas e jurídicas providenciadas, percebe-se que a ponte existente entre os diferentes Poderes se dá, por parte da administração pública, com base em motivações claras e providenciadas por partes interessadas na boa prestação do serviço público e do respeito à constituição, envolvendo assim inúmeros servidores públicos que, por suas expertises, conseguem em algum grau contribuir para a lapidação de projetos de lei, mesmo sem integrarem formalmente o Poder Legislativo.

2.5.8 Poder de veto do Executivo

A relação clássica de diálogo institucional está presente também no método de pesos e contrapesos referente ao poder de veto do Executivo.

Quanto às suas espécies, podemos afirmar que: “O veto é político, quando a matéria é considerada contrária ao interesse público; jurídico, se entendida como inconstitucional; ou por ambos os motivos – inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público” (BRASIL, 2024).

Nesse aspecto, há também um auxílio da Casa Civil na formulação das razões dos vetos, que se mostram fundamental na dinâmica dos diálogos institucionais.

Embora detenha o chefe do Poder Executiva a prerrogativa de discordar das leis aprovadas pelo Legislativo, verifica-se que o exercício da competência de veto deve se dar por razões justificadas, sejam elas jurídicas ou políticas.

Nesse aspecto, as manifestações apresentadas durante o processo administrativo que antecedeu o surgimento de uma nova lei servem de base para fundamentar a justificativa do veto. Essa exposição é fundamental para a manutenção de uma relação de cooperação entre o prefeito e a Câmara Municipal, na medida em que o veto pode ser interpretado como um enfrentamento à decisão legislativa, podendo gerar desgastes de ordem política.

Dessa forma, interessante citar o trabalho de Mariana Barbosa Cirne (2019) em seu artigo “A relevância jurídica dos vetos presidenciais”:

> Muitas vezes, de fato, o veto pode materializar-se como embate. A sua forma pode corresponder, na prática, à divergência no arranjo político entre Poderes. Apesar disso, cabe salientar que, diante da relação simbiótica entre Executivo e Legislativo, é preciso também considerar o veto como meio de cooperação de forças entre os Poderes (KOSHIMIZU, 2011), uma forma de ajuda mútua (GROHMANN, 2003), de reciprocidade estratégica (LAMOUNIER, 2005) ou de diálogo (SILAME, 2016). Melhor que resumir o conflito é conceituar o veto como forma de resolver problemas entre os Poderes que não foram solucionados no regular processo legislativo (FREITAS, 2013). Trata-se de um instituto juspolítico (PEREIRA, 2016) que normatiza aspectos da relação que se estabelece entre Executivo e Legislativo no processo legislativo, sem perder, contudo, seu caráter reativo.

2.6 Accountability

Para minimizar esses efeitos, inerentes à esfera política, a Casa Civil contribuí com o auxílio na construção do respaldo formal da discordância do Poder Executivo, que por sua vez também pode ser objeto de questionamento pela população, que poderia gerar mais desgastes.

Dessa forma, a realização anterior dos diálogos contribui para a construção de um veto mais robusto, alicerçado em justificativas que não sejam meramente a vontade política do gestor. Isso corrobora para a eficiência do fenômeno denominado de "accountability", que por sua vez também se traduz em uma das facetas do diálogo institucional.

Nesse sentido:

> No espaço público a accountability está ligada ao ato de tentar equilibrar as demandas sociais às condições de uma governança democrática voltada aos anseios da sociedade. Somente o sistema democrático torna possível colocar em prática mecanismos de fiscalização, de controle e de diálogo entre os atores públicos e civis simultaneamente, através de instrumentos legais de "publicização", prestação de contas, punição e sanção do gestor ou servidor público em descumprimento normativo. (PEREIRA, 2015)

A "accountability", por sua vez, pode ser brevemente compreendida entre horizontal e vertical. No tocante ao segundo caso:

> A dimensão vertical aborda o controle dos gestores públicos pelos eleitores. Já na dimensão horizontal, accountability está relacionada a uma rede de instituições capazes de questionar e punir os agentes públicos pelo cumprimento impróprio de suas responsabilidades.

Assim, a questão dos diálogos relaciona-se com a ideia de controle vertical, ou seja, aquele exercido pelos cidadãos, na medida em que a promoção de uma boa relação entre os Poderes vai de encontro com o desempenho saudável das funções do Estado. Consequentemente, quando se evitam conflitos desnecessários, mantendo-se um funcionamento ainda que minimamente cordial entre as instituições, temos a incidência do controle vertical, providenciando-se à população a almejada normalidade democrática, na qual os agentes públicos se comportam com a postura esperada a altura de seus cargos, evitando conflitos desnecessários e muitas vezes vulgares, dilapidando a imagem e função atribuída aos cargos de Poder.

Embora parte da população e dos agentes públicos sinta-se atraídos por conflitos inúteis, cujo propósito único é o de gerar engajamento nas redes sociais, percebe-se que o bom relacionamento entre os Poderes interessa (mudar palavra) mais ao interesse público, na medida em que proporciona a persecução das atividades que possam beneficiar a coletividade, ao invés de gastar esforços em embates cujos resultados dificilmente se mostram úteis e proveitosos, não gerando embates polêmicos necessariamente frutos.

No tocante ao controle horizontal, ligado àquele realizado pelas próprias instituições, temos por evidência o próprio sistema de pesos e contrapesos. Atua, dessa forma, o Poder Executivo municipal em sua capacidade de vetar projetos de lei aprovados na Câmara dos Vereadores. Ao mesmo tempo, esta observa as limitações à atuação do Prefeito, sendo responsável pela fiscalização de seus atos.

Seguindo esse raciocínio, interessante mencionar as seguintes considerações (BUTA; TEIXEIRA; SCHURGELIES, 2018):

> Sistema de Freios e Contrapesos consiste no controle do poder pelo próprio poder, sendo que cada Poder teria autonomia para exercer sua função, mas seria controlado pelos outros poderes. Isso serviria para evitar que houvesse abusos no exercício do

> poder por qualquer dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Desta forma, embora cada poder seja independente e autônomo, deve trabalhar em harmonia com os demais Poderes.

Tal ideia reforça a noção de cooperação existente na lógica dos diálogos institucionais, na medida em que a relação harmônica entre os Poderes pressupõe a comunicação constante entre eles, lembrando que as funções do Estado não trabalham de forma completamente apartadas umas das outras. Essa dinâmica é causa e consequência da necessidade de equilíbrio entre os Poderes e da contenção mútua destes.

O controle, assim, não ocorre somente nas intervenções clássicas consagradas no ordenamento jurídico, como nos casos de veto, anulação de atos do executivo ou declaração de inconstitucionalidade de leis pelo judiciário, alcançando o sistema de "checks and balances" tanto o campo da coordenação política quanto da troca de informações de ordem técnica.

Ainda que indiretamente, a prática dos diálogos resulta numa maior vigilância da estabilidade entre as funções estatais, pois possibilita que as instituições estejam constantemente atualizadas das movimentações umas das outras, tomando ciência das mais variadas questões de interesse mútuo e das possíveis decisões que podem acarretar em consequências para todas elas, permitindo assim que estas desenvolvam soluções conjuntamente, evitando surpresas desnecessárias.

Concomitantemente, tais tarefas se constituem uma verdadeira obrigação. Essa afirmação se justifica ao pensar que o poder não pode ser exercido, democraticamente, por um único órgão, devendo, portanto, se relacionar com os demais para funcionar e exercer suas atividades. Ao mesmo tempo, a imposição constitucional dos pesos e contrapesos invoca a exigência dos diálogos, pois somente havendo contato entre os Poderes é que eles podem se fiscalizar, exigindo e fornecendo prestações de contas entre si, enviando comunicações e discutindo questões de interesse comum.

Assim, ainda no tocante à "accountability", destacamos as seguintes considerações no tocante ao avanço desse conceito, pontuadas por Bernardo Oliveira Buta, Marco Antonio Carvalho Teixeira e Vinicius Schurgelies (2018) no artigo "Accountability nos atos da administração pública federal brasileira":

> Recentemente, foi proposto um modelo que facilita o entendimento do complexo quadro em que o construto accountability está inserido, o qual abrange quatro estágios de interação entre Estado e sociedade para a coprodução de controle e informação: clássico, transversal, sistêmico e difuso. O estágio de accountability clássica seria aquele em que não há coprodução de controle e informação entre Estado e sociedade. Nesse estágio, accountability vertical apresenta-se dissociada da horizontal. Em seguida, o estágio transversal envolve alguma interação entre os mecanismos horizontais e verticais de accountability para produção, disseminação e uso da informação. O estágio sistêmico, por sua vez, abrange o trabalho conjunto e com regras complementares e interconectadas entre cidadãos e Estado para a produção de informação e controle. Finalmente, no estágio de accountability difusa, informação e controle são igualmente produzidas por Estado e sociedade, sem que haja uma estrutura central, mas uma rede capaz de envolver grande variedade de mecanismos políticos e institucionais.

Podemos pensar assim, que a aplicação da teoria dos diálogos institucionais contribui também para o estágio sistêmico da "accountability", quando possibilita que as discussões entre os órgãos públicos sejam acessadas pela sociedade, podendo ela também participar dos diálogos.

3. Conclusão

Por todo o exposto, verifica-se que os diálogos institucionais estão inseridos dentro de um contexto que envolve um relacionamento dinâmico entre os Poderes, contribuindo para um desenvolvimento de soluções cooperativas e conjuntas, evitando conflitos e fortalecendo os vínculos necessários para um funcionamento saudável da democracia, que por sua vez demanda tanto o controle dos atos das autoridades, quanto à possibilidade da solução pacífica de eventuais conflitos. Assim, tal teoria mostra-se ligada com a noção de paridade entre o Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo relevante para a superação de uma lógica de vencedores e perdedores quando se busca a solução para problemas envolvendo esses agentes, na medida em que o diálogo abre caminho para a construção de respostas coletivas entre os interessados.

No contexto da administração pública do município da cidade de São Paulo desenvolvido neste trabalho, restou evidenciado que a Casa Civil desempenha um papel fundamental na aplicação prática dos diálogos institucionais, sendo o órgão responsável pela sua operacionalização e coordenação. Assim, seu trabalho revela-se não apenas uma mera utilidade para o gestor, ao facilitar a aprovação de questões do interesse do Executivo na Câmara de Vereadores, como também mostra ser uma verdadeira necessidade, tendo em vista as imposições dos sistemas de freios e contrapesos e da realidade fática da manutenção da governança e governabilidade.

Somando-se a isso, percebe-se que os diálogos institucionais envolvem os mais diversos agentes para que ele seja de fato realizado, superando a ideia de que apenas os chefes dos Poderes deteriam o monopólio dessas trocas. Dessa forma, uma gama abrangente de servidores da Prefeitura contribui com suas opiniões técnicas e jurídicas na formulação, aprimoramento e até mesmo de eventual veto a projetos de lei, ampliando o número de protagonistas que influenciam os rumos das tomadas de decisões.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão**: raízes e evolução do modelo político brasileiro. 1ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

AMARAL JÚNIOR, J. L. M. do. Federalismo e repartição de competências: a afirmação das autonomias locais e a superação do princípio da simetria. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 117, p. 117-158, 2023. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/218271. Acesso em: 4 jan. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019**. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm. Acesso em: 19 dez.2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 19 dez. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. **Entenda a tramitação do veto**. Brasília: Congresso Nacional, [s.d.]. Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/entenda-a-tramitacao-do-veto. Acesso em: 3 dez. 2024.

BUTA, B. O.; TEIXEIRA, M. A. C.; SCHURGELIES, V. Accountability nos Atos da Administração Pública Federal Brasileira. **Revista Pretexto**, Belo Horizonte, v. 19, n. 4, p. 46-62, 2018. Disponível em: https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/accountability_nos_atos_da_administracao_publica_federal_brasileira.pdf. Acesso em: 05 jan.2024.

CIRNE, Mariana Barbosa. A relevância jurídica dos vetos presidenciais. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 56, n. 224, p. 105-126, out./dez. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p105. Acesso em: 28 dez 2023.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, [S.l.], v. 2, p. 183-206, 2015.

CYRINO, André Rodrigues. Advocacia pública. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Coord. de tomo: VIDAL SERRANO NUNES Jr.; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz. 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/541/edicao-2/advocacia-publica-. Acesso em: 5 jan. 2024.

COX, G. W. & MCCUBBINS, M. D. 1993. **Legislative Leviathan**. Party Government in the House. Berkeley : University of California.

GUIMARÃES, Luís Gustavo Faria. **O presidencialismo de coalizão no Brasil**. Blucher. São Paulo. 2020. 247 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/595837. Acesso em: 27/12/2023.

HARGER, Marcelo. Processo administrativo: aspectos gerais. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Coord. de tomo: SERRANO NUNES Jr., Vidal; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/145/edicao-1/processo-administrativo:-aspectos-gerais. Acesso em: 28 dez. 2023.

KREHBIEL, K. 1991. **Information and Legislative Organization**. Ann Arbor : University of Michigan.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 17. ed. Atualizada por Adilson Abreu Dallari, São Paulo: Malheiros, 2014.

NASCIMENTO, Roberta Simões. O argumento da intenção do legislador: anotações teóricas sobre uso e significado. **Revista de informação legislativa**, v. 58, n. 232, p. 167-193, out./dez. 2021. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/596860. Acesso em: 24 dez. 2023.

PEREIRA, Vera Regina da Rosa. **Accountability e comunicação na representação democrática**. BibliotecadoSenadoFederal.2015.Disponívelem: https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/516865. Acesso em: 03 jan.2024.

PISKE, de A.Barbosa; SARACHO, Antonio Benites. **Considerações sobre a Teoria dos Freios eContrapesos**. 2018.Disponívelem: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske#_ftn1. Acesso em: 29 dez. 2023.

ROCHA, Marta Mendes da; BARBOSA, Cásseio Felipe. Regras, incentivos e comportamento: as comissões parlamentares nos países docone sul. **Rev. Sociol. Polít.,** Curitiba, v. 16, n. suplementar, p. 93-104, ago 2008. Disponível em:

https://www.scielo.br/j/rsocp/a/V4CY3KD3B8MHBgjrrxgQwkH/?format=pdf&lang=pt Acesso em: 12 jan.2024.

SANTOS, M. H. de C. Governabilidade, governança e democracia: Criação da Capacidade Governativa e Relações Executivo-Legislativo no Brasil Pós-Constituinte. **DADOS – Revista de Ciências Sociais.** Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, p. 335-376, 1997. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rsocp/a/V4CY3KD3B8MHBgjrrxgQwkH/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 28 dez.2024

SÃO PAULO (SP). **Decreto nº 61.928 de 25 de outubro de 2022**. Catálogo de Legislação Municipal. Disponível em: https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-61928-de-25-de-outubro-de-2022. Acesso em: 24/12/2023.

SÃO PAULO (SP). **Lei Orgânica do Município de São Paulo**. Catálogode Legislação Municipal.Disponívelem: https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-0-de-04-de-abril-de-1990. Acesso em: 20 dez. 2023.

SÃO PAULO (SP). Câmara Municipal. **Como nascem as leis**. São Paulo: saopaulo.sp.leg.br. Disponível em: https://www.saopaulo.sp.leg.br/especiaiscmsp/como-nascemleis/#:~:text=SUBSTITUTIVO%20%E2%80%93%20%C3%89%20a%20proposi%C3%A7%C3%A3o%20apresentada,Projeto%20a%20que%20se%20refere. Acesso em: 28 dez. 2023.

SÃO PAULO (SP). Prefeitura. **Competências e atribuições – Acesso à informação**. São Paulo: prefeitura.sp.gov.br. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/casa_civil/acesso_a_informacao/index.php?p=245622. Acesso em: 27 dez. 2023.

SHEPSLE, K. A. & WEINGAST, B. R. 1987. **The Institutional Foundations of Committee Power**. American Political Science Review, Washington, D. C., n. 81, p. 85-103.

WORLD BANK. **Governance and development**. Washington, DC, 1992.

Instrumentos Indutores da Função Social da Propriedade Urbana no Município de São Paulo: Desapropriação com Pagamento Mediante Títulos da Dívida Pública e Instrumentos Alternativos

Instruments to Induce the Social Function of Urban Property in City of São Paulo: Expropriation With Payment Through Government Bonds and Alternative Instruments

Thais de Arruda Pelligrino[1]

RESUMO

O objetivo deste artigo é discorrer sobre a aplicação dos instrumentos indutores da função social da propriedade no Município de São Paulo, em especial a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública e os instrumentos alternativos introduzidos pela revisão ao Plano Diretor Estratégico (PDE) – Lei Municipal nº 16.050/2014, partindo da definição de função social da propriedade e dos dispositivos constitucionais referentes à política de desenvolvimento urbano, passando rapidamente pelas diretrizes estabelecidas pelo Estatuto da Cidade – Lei 10.257/2001, até alcançar as disposições mais específicas do PDE. Ademais, utilizando-se como base os dados levantados pela Coordenadoria de Controle da Função Social da Propriedade (CEPEUC), unidade que compõe a Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento (SMUL), em relatório produzido em junho de 2023, busca-se identificar os efeitos dos instrumentos indutores da função social da propriedade urbana aplicados até aquele momento, isto é, o parcelamento, edificação e utilização compulsórios (PEUC) e o IPTU progressivo no tempo, além de relatar as dificuldades em dar início à aplicação do instrumento da desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública. Considerando tais dificuldades e buscando dar maior efetividade no cumprimento da função social da propriedade urbana, discorre-se, ao final, sobre os instrumentos alternativos inseridos pela revisão ao PDE – Lei Municipal nº 17.975/2023.

Palavras-chave: função social; instrumentos indutores; desapropriação.

ABSTRACT

This article aims to discuss the application of instruments that induce the social function of property in the Municipality of São Paulo, specially the expropriation with payment through government bonds and alternative instruments inserted by the review of Strategic Direct Plan (PDE) – Municipal Law nº 16.050/2014, starting from the definition of the social function of property and the constitutional provisions referring to urban development policy, quickly going more specific provisions of the PDE. Furthermore, using as a basis the data collected by the Coordination of Control of Property´s Social Function (CEPEUC), a unit that is part of the Municipal Secretariat of Urbanism and expropriation with payment Licensing (SMUL), in a report produced in June 2023, we seek to identify the effects of the instruments that induce the social function of urban property applied until that moment, i.e., compulsory subdivision, construction and use (PEUC) and progressive IPTU over time, in addition to report the difficulties in initiating the aplication of the instrument of through government bonds.

[1] Residente jurídica do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, alocada na Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento – SMUL (2022-2025).
E-mail: thaisapelligrino@gmail.com

Considering these difficulties and seeking to provide greater effectiveness in fulfilling the social function of urban property, at the end is mentioned the alternative instruments inserted by the review of the PDE – Municipal Law nº 17.975/2023.

Keywords: social function; inductive instruments; expropriation.

1. Introdução

Com o processo de urbanização brasileiro que se iniciou em meados do século XIX, diversas cidades se desenvolveram de forma desordenada e sem planejamento, concentrando, atualmente, grande número de habitantes, sem conter, todavia, a infraestrutura necessária para garantir o bem-estar de todos. Pode-se dizer que, com o crescimento populacional e a urbanização acelerada, surgiram os desafios relacionados ao aumento da demanda por moradia, emprego, educação, transporte e saúde, sendo a cidade de São Paulo um grande exemplo desse processo.

Diante desse cenário e a fim de harmonizar a convivência das pessoas com os centros urbanos, construindo um ambiente urbano mais equilibrado, tornou-se relevante a questão da função social da propriedade urbana a fim de garantir o devido aproveitamento dos espaços urbanos.

Isso decorre do fato de que o mau aproveitamento desses espaços acaba por segregar regiões com mais infraestrutura, como comércio, transporte e saneamento básico, das regiões com mais moradia, sobretudo nas quais reside a população mais pobre. Assim, com o preenchimento dos imóveis ociosos na cidade é possível incluir moradia onde há infraestrutura e incluir infraestrutura onde há moradia, aproximando-as e garantindo um maior equilíbrio do ambiente urbano.

Considerando a importância do tema e partindo-se, então, da definição de função social da propriedade urbana, passa-se a analisar a aplicação dos instrumentos voltados a induzir seu cumprimento no Município de São Paulo.

2. Função Social da Propriedade Urbana

Pode-se definir a função social da propriedade urbana como a compatibilização da propriedade com a infraestrutura, com os equipamentos e serviços públicos disponíveis e com a disponibilização de novas instalações voltadas à comodidade da população, aproximando, assim, o direito privado à propriedade das estruturas existentes em favor da coletividade.

Nesse sentido, preceituam Patrícia Teixeira de Rezende Flores e Bernadete Schleder dos Santos:

> Quanto à função social da propriedade urbana, deve o Poder Público chegar ao maior equilíbrio possível entre o interesse do proprietário e o da coletividade. Deve visar, sempre, à urbanização da cidade e ao seu aproveitamento eficaz, de sorte a que o proprietário veja-se compelido a explorar o conteúdo econômico de sua área urbana. Com efeito, pelo uso da propriedade procura-se fazer justiça social, contribuindo para o desenvolvimento e planejamento urbano. E isso tudo, é bem de se ver, deve estar expresso no Plano Diretor, conforme mandamento constitucional. (FLORES, Patrícia Teixeira de Rezende; SANTOS, Bernadete Schleder. **Comentários ao Estatuto da Cidade.** Rio de Janeiro, AIDE Editora, 2002, p. 15)

Em outras palavras, a função social da propriedade urbana prevê que esta, além de servir aos interesses do proprietário, deve também atender às necessidades e interesses da sociedade, condicionando o direito de propriedade ao dever de respeitar o bem coletivo.

Tamanha é a relevância da função social da propriedade que a Constituição Federal de 1988 (CF), a prevê como uma garantia fundamental, em seu art. 5º, inciso XXIII, no qual se lê

que “a propriedade atenderá a sua função social”. O art. 170, inciso III, também da CF, compreende a função da propriedade, inclusive, como princípio da ordem econômica, veja-se:

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

Cabe mencionar aqui os dizeres de Rogério Gesta Leal a respeito da função social da propriedade como princípio da ordem econômica:

> A propriedade privada, inclusive e principalmente a urbana, é garantida desde que atenda à função social, como um dos princípios gerais da ordem econômica; deve ela estar vinculada a sua finalidade, o que significa que deve assegurar a todos a existência digna, conforme ditames de uma justiça social efetivamente isonômica. (LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil**: aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre, Livraria do Advogado/Edunisc, 1998, p. 120).

No tocante à propriedade urbana, estabelece a CF, em seu art. 21, inciso XX, a competência da União em “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”. Em razão desta competência foi promulgada a Lei Federal nº 10.257/2001, conhecida como Estatuto da Cidade, que “estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental” (art. 1º, parágrafo único), regulamentando, assim, os artigos 182 e 183 da CF, que tratam sobre a política de desenvolvimento urbano.

Ao tema tratado neste artigo, interessa mais especificamente o que preceitua o art. 182 da CF, *in verbis*:

> Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (Regulamento) (Vide Lei nº 13.311, de 11 de julho de 2016)
> § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.
> § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.
> § 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.
> § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:
> I - parcelamento ou edificação compulsórios;
> II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
> III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Nota-se que o dispositivo acima estabelece uma política urbana a ser executada pelo Poder Público municipal voltada a ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, vinculando o cumprimento da função social da propriedade urbana ao atendimento das exigências constantes no plano diretor (§2º),

instrumento básico da referida política e obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes (§1º).

Consoante §4º do art. 182 da CF, é facultado ao Município exigir do proprietário de imóvel não edificado, subutilizado ou não utilizado a promoção de seu adequado aproveitamento, a fim de garantir o cumprimento da função social da propriedade urbana, podendo levar à aplicação de penas sucessivas.

Tais penas são instrumentos indutores da função social da propriedade urbana, regulamentados pelos artigos 5º a 8º do Estatuto da Cidade, cabendo, no entanto, ao município estabelecer as regras específicas para sua efetividade, o que, no caso da cidade de São Paulo, ficou a cargo do Plano Diretor Estratégico (PDE), Lei Municipal nº 16.050 de 31 de julho de 2014.

3. Instrumentos Indutores da Função Social da Propriedade Urbana

A função social da propriedade urbana é um dos princípios que regem a Política de Desenvolvimento Urbano, conforme preceitua o art. 5º, inciso II, do PDE. De acordo com o §2º, do mesmo dispositivo, a "Função Social da Propriedade Urbana é elemento constitutivo do direito de propriedade e é atendida quando a propriedade cumpre os critérios e graus de exigência de ordenação territorial estabelecidos pela legislação, em especial atendendo aos coeficientes mínimos de utilização determinados nos Quadros 2 e 2A desta lei". (g.n)

O quadro 2 anexo ao PDE aponta, dentre outras coisas, o coeficiente de aproveitamento (CA) mínimo geral para as Macrozonas do município de São Paulo, ao passo que o quadro 2A aponta o CA mínimo específico para as Macroáreas, subdivisões das Macrozonas. Confiram-se abaixo ambos os quadros:

PLANO DIRETOR ESTRATÉGICO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
Quadro 2. Características de aproveitamento construtivo das áreas de influência dos Eixos de Estruturação da Transformação Urbana
Anexo à Lei nº

Macrozonas		Áreas de Influência dos Eixos de Transformação Urbana											
		coeficiente de aproveitamento			gabarito de altura (m)	cota parte máxima de terreno por unidade (m^2) (c)	cota de garagem máxima (m^2)	taxa de ocupação máxima	taxa de permeabilidade mínima		testada mínima (m) (d)	área mínima do lote (m^2) (d)	recuos mínimos (m)	lotes com área superior a 5.000 m^2 limite de fechamento com muros
		mínimo	básico	máximo (a) (b)					lotes com área menor ou igual a 5.000 m^2	lotes com área superior a 5.000 m^2				
Macrozona de Estruturação e Qualificação Urbana		0,5	1	4	sem limite	20	32	0,7	0,15	0,2	20	1.000	até a revisão da LPUOS, aplicam-se os artigos 184 e 186 da Lei 13.885/2004 de acordo com o disposto no inciso II do § 1º do artigo 368 desta lei	25% da testada
Macrozona de Proteção e Recuperação Ambiental	Fora da área de proteção aos mananciais	NA	1	2	28	40	32	0,5	0,25		20	1.000	até a revisão da LPUOS, aplicam-se os artigos 184 e 186 da Lei 13.885/2004 de acordo com o disposto no inciso II do § 1º do artigo 368 desta lei	25% da testada
	Área de proteção aos mananciais	Aplica-se a legislação estadual pertinente, especialmente as leis específicas das bacias Billings e Guarapiranga.												

Figura 1: Quadro 2 anexo à Lei Municipal nº 16.050/2014

PLANO DIRETOR ESTRATÉGICO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
Quadro 02A. Características de Aproveitamento Construtivo por Macroárea
(aplicáveis fora das áreas de influência dos Eixos de Estruturação da Transformação Urbana)

Macrozonas		Macroáreas (a)		Coeficiente de aproveitamento			Gabarito da edificação (m)	Número máximo de pavimentos
				mínimo	básico	máximo (b) (c) (d)		
Macrozona de Estruturação e Qualificação Urbana		Estruturação Metropolitana	Arco Tietê	0,5 (e)	1	2	28	Térreo mais 8
			Centro	0,5 (e)	1	2	28	Térreo mais 8
			Arco Jurubatuba	0,5 (e)	1	2	28	Térreo mais 8
			Arco Pinheiros	0,5 (e)	1	2	28	Térreo mais 8
			Arco Tamanduateí	0,5 (e)	1	2	28	Térreo mais 8
			Faria Lima/ Águas Espraiadas/ Chucri Zaidan	0,5 (e)	1	2	28	Térreo mais 8
			Arco Jacu-Pêssego	0,5 (e)	1	2	28	Térreo mais 8
			Avenida Cupecê	0,5 (e)	1	2	28	Térreo mais 8
			Arco Leste	0,3	1	2	28	Térreo mais 8
			Noroeste	0,3	1	2	28	Térreo mais 8
			Fernão Dias	0,3	1	2	28	Térreo mais 8
		Urbanização Consolidada		0,3	1	2	28	Térreo mais 8
		Qualificação da Urbanização		0,3	1	2	28	Térreo mais 8
		Redução da Vulnerabilidade		0,3	1	2	28	Térreo mais 8
Macrozona de Proteção e Recuperação Ambiental (f)	Fora da área de proteção aos mananciais	Redução da Vulnerabilidade Urbana e Recuperação Ambiental		NA	1	1	15	Térreo mais 4
		Controle e Qualificação Urbana e Ambiental		NA	1	1	15	Térreo mais 4
		Preservação de Ecossistemas Naturais		NA	NA	NA	NA	NA
	Área de proteção aos mananciais (f)	(VETADO) ~~Redução da Vulnerabilidade Urbana e Recuperação Ambiental~~		~~NA~~	~~0,1~~	~~0,1~~	~~15 (g)~~	~~Térreo mais 4~~
		(VETADO) ~~Controle e Qualificação Urbana e Ambiental~~		~~NA~~	~~0,1~~	~~0,1~~	~~15 (g)~~	~~Térreo mais 4~~
		Contenção Urbana e Uso Sustentável		NA	0,1	0,1	15 (g)	NA
		Preservação de Ecossistemas Naturais		NA	NA	NA	NA	NA

Figura 2: Quadro 2A anexo à Lei Municipal nº 16.050/2014

Explicita-se que o CA representa a relação entre a área construída e a área do terreno, isto é, corresponde ao número que, multiplicado pela área total do terreno, indicará a área que pode ser construída ali, somando-se todos os pavimentos que houver. Basicamente, o CA determina o potencial construtivo de determinado imóvel.

Assim, conforme art. 5º, §2º do PDE, cumpre-se a função social da propriedade urbana quando a área construída do terreno corresponde ao CA mínimo determinado para a propriedade pelo próprio PDE, conforme quadros 2 e 2A e, de acordo com §3º do mesmo artigo, quando o imóvel se encontra em efetiva utilização de forma racional e adequada.

Com isso, verificado que determinado terreno não possui área construída ou a possui, porém, menor que a correspondente ao CA mínimo previsto para Macroárea na qual se situa, ou, ainda, quando, mesmo possuindo área construída correspondente ao mínimo, o imóvel não está sendo devidamente utilizado, a propriedade estará em descumprimento de sua função social, sujeitando-se aos instrumentos previstos no art. 182, §4º da CF e no art. 90 do PDE.

Os incisos I, II e III do art. 90 do PDE preveem os mesmos instrumentos indutores de função social da propriedade urbana dispostos no art. 182, §4º da CF e nos artigos 5º a 8º do Estatuto da Cidade, aplicáveis de forma sucessiva, quais sejam: I – parcelamento ou edificações no tempo e; III – desapropriação mediante pagamento com dívida pública.

Em linhas gerais, conforme art. 96 do PDE, os imóveis não edificados – aqueles com mais de 500 m², cujo CA em uso é igual a zero (art. 92, *caput*, do PDE) – subutilizados – aqueles com mais de 500 m², cujo CA em uso é inferior ao mínimo definido para a respectiva zona (art. 93, *caput*, do PDE) – e não utilizados – aqueles com CA em uso igual ou superior ao mínimo definido para a respectiva zona, mas com 60% de sua área construída desocupada por mais de um ano ininterrupto (art. 95, caput, do PDE) – estão sujeitos ao parcelamento, edificação e utilização compulsórios (PEUC).

Constatado que determinado imóvel encontra-se não edificado ou subutilizado, deverá a Prefeitura de São Paulo, por meio da Coordenadoria de Controle da Função Social da Propriedade (CEPEUC), unidade que compõe a Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento (SMUL), notificar o proprietário para, no prazo máximo de um ano a partir da notificação, protocolar junto à SMUL pedido de aprovação e execução de projeto de parcelamento ou edificação do referido imóvel, devendo dar início à execução do projeto no prazo máximo de dois anos a contar da expedição do alvará de execução do projeto, tendo prazo

de até cinco anos, contado do início das obras, para concluí-las. Se, por outro lado, for constatado que determinado imóvel se encontra não utilizado, deverá ser notificado pela CEPEUC para, no prazo máximo de um ano, ocupá-lo. Em qualquer hipótese, a notificação deverá ser averbada na matrícula do imóvel no Cartório de Registro de Imóveis.

Caso os prazos para PEUC não forem observados, segundo o art. 98 do PDE, deverá a Prefeitura aplicar alíquotas progressivas de IPTU majoradas anualmente pelo prazo de 5 (cinco) anos consecutivos até atingir a alíquota máxima de 15% (quinze por cento), devendo, a cada ano, a alíquota ser igual ao dobro da alíquota do ano anterior. O IPTU progressivo será mantido até que se cumpra a obrigação de parcelar, edificar, utilizar o imóvel ou que ocorra a sua desapropriação.

De acordo com o art. 99 do PDE, decorrido os 5 (cinco) anos da cobrança do IPTU progressivo no tempo sem o cumprimento do PEUC, poderá a Prefeitura proceder à desapropriação do imóvel com pagamento em títulos da dívida pública, também denominada desapropriação sanção. Tal instrumento indutor da função social da propriedade será melhor retratado adiante.

Vale mencionar, neste momento, a existência de embaraços legais que dificultam a aplicação prática da desapropriação sanção, não tendo sido utilizado tal instrumento até então pelo Município de São Paulo, existindo importante discussão interna sobre como proceder nos casos em que o IPTU progressivo já alcançou a 5ª alíquota.

4. Dados sobre a aplicação dos instrumentos indutores da função social da propriedade no Município de São Paulo

Relatório elaborado pela CEPEUC em julho de 2023 apresenta um levantamento relativo à aplicação dos instrumentos indutores da função social da propriedade urbana no Município de São Paulo desde a aprovação do PDE em 2014.

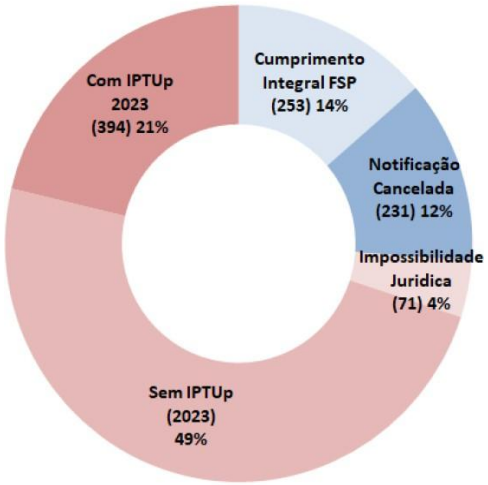
De acordo com o referido relatório, um total de 1.851 SQLs – Setor Quadra Lote (nº de contribuinte de um terreno), correspondente a 1.224 imóveis, foi notificado para PEUC de 2014 até junho de 2023. Desses 1.851, apenas 253 cumpriram integralmente as obrigações da PEUC, o que equivale a 14% do total, outros 231 tiveram as respectivas notificações canceladas por decisão da própria administração pública, havendo, ao final, 1.367 contribuintes notificados que não cumpriram integralmente a função social da propriedade na forma prevista pelo PDE.

Esses números representam uma baixa efetividade da notificação para PEUC na indução do cumprimento da função social da propriedade urbana.

O documento produzido por CEPEUC indica também a existência de 239 SQLs sujeitos, até junho de 2023, ao IPTU progressivo no tempo, o que corresponde a 21% do total de terrenos notificados. Destes, uma parcela de 188 SQLs, o que corresponde a 122 imóveis, encontram-se em majoração da 5ª alíquota, os quais se concentram, principalmente, na região central da cidade de São Paulo.

O gráfico e a tabela acostados abaixo, ambos retirados do relatório de CEPEUC, bem ilustram os dados destacados neste artigo:

Gráfico 1 - Situação dos contribuintes notificados até 2023



Fonte: SMUL/CEPEUC (julho/2023)

Figura 3: Gráfico com a situação dos contribuintes notificados até julho de 2023 em porcentagem

Tabela 2 - Situação dos contribuintes notificados até 2023

Situação dos notificados até 2023		nº Contribuintes	nº Imóveis
Cumprimento Integral FSP		253	203
Notificação Cancelada		231	134
Em monitoramento	Impossibilidade Jurídica	71	58
	Sem IPTUp (2023)*	902	636
	Com IPTUp (2023)	394	193
Total		**1851**	**1224**

*Em análise ou aguardando cumprimento de obrigações anteriores ao IPTUp

Figura 4: Tabela com a situação dos contribuintes notificados até julho de 2023 em números inteiros

Importante mencionar que CEPEUC levantou, ainda, que 84% dos imóveis com majoração do IPTU na 5ª alíquota encontram-se em dívida com a municipalidade, muitos com débitos anteriores à aplicação da alíquota progressiva no tempo, de modo que a intensão sancionatória e indutora da função social da propriedade pela utilização do IPTU progressivo também se apresenta pouco efetiva, diante do abandono das propriedades, muito provavelmente, pela impossibilidade de pagamento das dívidas a elas relacionadas.

CEPEUC identificou, também, que dentre os 122 imóveis que estão com ITPU majorado na 5ª alíquota, 3 deles encontram-se sem dívidas ou débitos de IPTU. Nota-se que para esses proprietários, o aumento dos gastos com o referido imposto também não foi capaz de incentivá-los a dar cumprimento à função social da propriedade.

Diante desse cenário de resposta pouco expressiva ao PEUC e ao IPTU progressivo no tempo e em que há uma grande parcela de imóveis com IPTU majorado na 5ª alíquota, se faz necessária a aplicação de instrumentos que envolvam maior participação do Poder Público e maior interferência sobre direito de propriedade, tal como a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública, com a qual o Município pode incorporar os imóveis ociosos para aproveitá-los em projetos de moradia e infraestrutura.

Levando isso em conta, CEPEUC lançou mão do SEI 6068.2021/0007923-3, a fim de discutir a possibilidade de efetiva aplicação da desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública, bem como de outros instrumentos existentes.

5. Desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública – Desapropriação Sanção

Antes de adentrar na discussão do SEI 6068.2021/0007923-3, cabe fazer as devidas considerações relativas à desapropriação com pagamento mediante título da dívida pública, também conhecida como desapropriação sanção.

De acordo com o art. 99, caput, do PDE:

> Decorrido o prazo de 5 (cinco) anos de cobrança do IPTU Progressivo no Tempo sem que os proprietários dos imóveis tenham cumprido a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar, conforme o caso, a Prefeitura poderá proceder à desapropriação desses imóveis com pagamento em títulos da dívida pública. (g. n).

Veja-se que a desapropriação sanção pode ou não ser decretada pela Prefeitura, resultando, portanto, do poder discricionário da Administração Pública, o qual, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello:

> é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, p. 48)

Nesse sentido, é possível afirmar que o Município pode escolher entre promover a desapropriação do imóvel que alcançou a 5ª alíquota do IPTU progressivo, ou continuar exigindo tal imposto. Trata-se de dois comportamentos possíveis do Poder Público municipal, orçamentários, financeiros e utilitários, bem como os requisitos de aplicação.

Apesar de haver discricionariedade na aplicação da desapropriação dos imóveis ociosos, a decisão quanto a isso não é livre, pois a atuação da Prefeitura encontra-se limitada pelo exposto no art. 99, §1º, do PDE, segundo o qual os títulos da dívida pública dependem de prévia aprovação do Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Assim, ainda que a Prefeitura pretenda aplicar a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública nos casos pertinentes, esta subordina-se à vontade do Senado Federal, órgão externo ao Poder Público Municipal, o que dificulta a concretização da medida.

Trata-se de previsão decorrente do art. 52, inciso IX, da Constituição Federal, que estipula a competência privativa do Senado Federal no "estabelecimento de limites globais e de condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios".

Cumpre destacar, ainda, que o Senado Federal, utilizando-se da sua competência constitucional, promulgou a Resolução nº 43/2001, cuja redação dada ao art. 11 pela Resolução nº 29/2009 prevê que "Até 31 de dezembro de 2020, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão emitir títulos da dívida pública no montante necessário ao refinanciamento do principal devidamente atualizado de suas obrigações, representadas por essa espécie de títulos".

Verifica-se, portanto, que os Municípios não poderiam emitir títulos da dívida pública para fins distintos ao refinanciamento de títulos já existentes, como no caso da desapropriação sanção, até 31 de dezembro de 2020.

Findo este prazo, CEPEUC promoveu a abertura do SEI 6068.2021/0007923-3, já citado, a fim de discorrer sobre a viabilidade da aplicação da desapropriação sanção já que não haveria mais o impedimento dos Municípios emitirem novos títulos da dívida pública.

No curso do referido SEI, no entanto, identificou-se outro possível impedimento à aplicação da desapropriação sanção pelo Município de São Paulo, qual seja, a existência de contrato firmado nos termos da Medida Provisória nº 2.185-35 de 24 de agosto de 2001, cujo art. 8º, inciso I, estabelece:

> Art. 8º O contrato de refinanciamento de dívidas deverá prever que o Município:
> I - somente poderá emitir novos títulos da dívida pública mobiliária municipal interna ou externa, após a integral liquidação da dívida objeto do refinanciamento previsto nesta Medida Provisória; e

No caso, identificou-se contrato de confissão, consolidação, promessa de assunção e refinanciamento de dívidas celebrado entre o Município de São Paulo e a União Federal, nos termos da MP nº 2185-35/2001, com vigência até 30 de maio de 2030. Assim, havendo dívida objeto de refinanciamento sob a égide da referida medida provisória, não poderão ser emitidos títulos da dívida ativa até a integral liquidação da dívida refinanciada.

Contudo, em 2022, foi noticiado na imprensa em geral a realização de um acordo entre o Município de São Paulo e a União Federal para pôr fim à disputa judicial da área conhecida como Campo de Marte, reconhecendo a propriedade da União sobre a área do aeroporto e outras dependências administradas pela Aeronáutica, sendo devolvido ao Município de São Paulo a parte do imóvel que não está ocupada por instalações federais e extinguidas as dívidas do Município para com a União.

Deste modo, como afirmado pela Secretaria Municipal da Fazenda nos autos do SEI 6068.2021/0007923-3 (doc. 061563473), o acordo implicará a quitação integral da dívida e a extinção do contrato de seus refinanciamentos e, com isso não, mais haverá o impedimento da emissão de títulos da dívida pública previsto no art. 8º, inciso I, da MP nº 2185-35/2001.

Cabe mencionar, ainda, que no âmbito do SEI 6068.2021/0007923-3 também se questionou a impossibilidade de emissão de novos títulos da dívida pública em decorrência do disposto no art. 11 da Lei Complementar 148, de 25 de novembro de 2014, no qual se lê que "É vedada aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a emissão de títulos da dívida pública mobiliária".

Em relação ao dispositivo citado, porém, a Assessoria Técnica e Jurídica – ATAJ de SMUL se manifestou no sentido de que não haveria uma vedação indistinta à emissão de títulos da dívida pública mobiliária por todos os entes subnacionais, isso porque a Lei Complementar nº 148, de 2014, estabelece regras relativas aos contratos de refinanciamento de dívidas celebrados entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com base na Lei Federal nº 9.496, de 11 de setembro de 1997, e na MP nº 2.185-35, de 2001 (como é o caso do Município de São Paulo), e nos contratos de empréstimos firmados com os Estados e o Distrito Federal ao amparo da Medida Provisória nº 2.192-70, de 24 de agosto de 2001.

Logo, a previsão do art. 11 da LC nº 148, de 2014 somente seria aplicável durante a vigência dos mencionados contratos de refinanciamento de dívidas e de empréstimos com fundamentos nas mencionadas Lei e MPs. Caso contrário, tal dispositivo estaria em clara contradição com a previsão constitucional do art. 182, § 4º, inciso III, que prevê a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública como instrumento indutor da função social da propriedade.

Por conseguinte, a ATAJ de SMUL entendeu que, quando houver quitação plena das dívidas do Município de São Paulo para com a União, não haverá a vedação tanto do art. 8º, I, da MP nº 2.185-35, de 2001, quanto do art. 11 da LC nº 148, de 2014, para que o Município possa eventualmente emitir, com a prévia aprovação do Senado Federal, títulos da dívida pública para o pagamento de desapropriações nos termos do art. 182, § 4º, III, da Constituição Federal (doc. 062335095).

Apesar de não ter sido noticiado nos autos a ocorrência da quitação integral da dívida de Município de São Paulo com a União Federal, sabe-se que já ocorreu a baixa contábil da referida dívida em 17/08/2022 (doc. 077451025), tendo a Procuradoria Geral do Município sugerido, com base nisso, que se dê prosseguimento à análise da conveniência e oportunidade relativa à emissão dos títulos da dívida pública, no contexto da política fiscal do Município e, havendo tal interesse, seja formulado pedido ao Senado Federal, ainda que não emitido o termo de quitação, sem prejuízo de complementação do pedido no curso do procedimento, caso isso venha a ser tido com realmente necessário, no entendimento do órgão responsável pela decisão a respeito.

Verifica-se, portanto, que no cenário atual o Município de São Paulo despiu-se dos impedimentos existentes para emissão de novos títulos da dívida ativa, de modo que a aplicação da desapropriação sanção ficaria agora à cargo, como antes dito, da discricionariedade da Administração Pública e de aprovação do Senado Federal.

Há de se destacar, porém, a impossibilidade de se aplicar, até então, o prazo de 1 (um) ano, a contar da 5ª alíquota do IPTU progressivo, para publicação do respectivo decreto de desapropriação quando há interesse público no imóvel ocioso, conforme previsto no art. 99, §2º do PDE, diante dos impedimentos citados anteriormente.

Com isso, indaga-se: os imóveis que se encontram hoje na 5ª alíquota do IPTU progressivo há mais de um ano não mais poderão ser objeto da desapropriação sanção até que ocorra a situação prevista no art. 99, §5º, do PDE, segundo o qual "Caso o valor da dívida relativa ao IPTU supere o valor do imóvel, a Prefeitura deverá proceder à desapropriação do imóvel e, na hipótese de não ter interesse público para utilização em programas do Município, poderá aliená-lo a terceiros"?

Tal questionamento carece de análise interna, de modo que, se o cumprimento do referido prazo for compulsório, a aplicação do instrumento de desapropriação sanção estará mais uma vez limitado, ainda mais considerando que o prazo estipulado é exíguo e desconsidera a complexidade do procedimento de verificação do interesse público e a eventual superveniência do interesse sobre o imóvel ocioso.

Vale dizer, por fim, que o art. 99, §5º do PDE retira do Poder Público a discricionariedade antes mencionada. Além disso, cabe mencionar que tal dispositivo ainda não foi regulamentado, de modo que não existem, até o momento, diretrizes quanto à sua aplicação, o que dificulta sua observância.

Apesar dos impedimentos existentes até pouco tempo e da necessária regulamentação do art. 99, §§ 2º e 5º, não se pode perder de vista a aplicação do instrumento da desapropriação sanção. Isso porque, com ele, o Poder Público municipal pode dar utilidade aos imóveis ociosos de acordo com as necessidades percebidas para as regiões nas quais estão inseridos, promovendo, assim, o equilíbrio dos espaços urbanos.

6. Instrumentos alternativos para o cumprimento da função social da propriedade urbana incluídos pela revisão do PDE

Tendo em vista as dificuldades elencadas anteriormente na aplicação do instrumento da desapropriação sanção, bem como a baixa eficácia do PEUC e do IPTU progressivo, conforme se verifica pelos dados levantados no relatório produzido por CEPEUC, o Poder Público tem

buscado novas alternativas para induzir os proprietários de imóveis ociosos a darem cumprimento à função social da propriedade urbana.

Diante disso, nos mesmos moldes da Lei Municipal nº 17.844/2022, que aprova o Projeto de Intervenção Urbana – Setor Central (PIU-SCE), e da Lei Municipal nº 17.734/2022, que estabelece as normas e os procedimentos para a Regularização Fundiária Urbana (Reurb), por meio da revisão ao PDE – Lei Municipal nº 17.975/2023, foi inserido ao art. 90 do PDE o instrumento da desapropriação por hasta pública (inciso IV), a ser utilizado com base no art. 4º e no art. 5º, alínea "i", do Decreto-Lei Federal nº 3.365/41, e cuja aplicação não é sucessiva como com os demais instrumentos indutores da função social da propriedade, podendo ser utilizada após a averbação da notificação por descumprimento da função social da propriedade no Cartório de Registro de Imóveis e desde que fixadas as razões da desapropriação por meio do decreto de utilidade pública, conforme previsto no art. 99-A, §§ 1º e 2º do PDE.

Define-se hasta pública como um ato judicial realizado no curso do processo de execução e pelo qual são vendidos por leilão os bens de um devedor para que, com o dinheiro da venda, possam ser pagos o credor, as custas e as despesas do processo. Já a desapropriação por hasta pública é um instrumento pelo qual o Poder Público Municipal declara a utilidade pública de determinado imóvel que fora notificado por descumprimento da função social para que possa ser, então, arrematado em leilão por um particular, que fica responsável pela execução do projeto urbanístico caracterizador da utilidade pública. O valor arrecadado com o leilão servirá para pagar o proprietário, descontada a dívida do IPTU. Nesse caso, não há a necessidade de o Poder Público Municipal desapropriar o imóvel previamente (mediante pagamento de justa indenização) e incorporá-lo ao seu patrimônio, razão pela qual foi considerada pela Câmara Municipal uma alternativa mais interessante ao Município do que a aplicação da desapropriação por interesse social, regulamentada pela Lei federal nº 4.132/1962.

No entanto, apesar de se reconhecer a importância da aplicação de instrumentos alternativos capazes de dar cumprimento à função social da propriedade na cidade de São Paulo, a utilização da desapropriação por hasta pública mostra-se inviável. Isso porque se trata de espécie de desapropriação distinta das previstas pela CF, quais sejam, a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, mediante o pagamento prévio da justa indenização em dinheiro (art. 5º XXIV, da CF), por interesse social para fins de reforma agrária (art. 184 da CF), por contrariedade à função social da propriedade (art. 182 § 4º, III, da CF), mediante prévio pagamento do justo preço em títulos da dívida pública, e por uso nocivo da propriedade, caso em que não haverá qualquer tipo de indenização (art. 243 da CF). A aplicação das hipóteses previstas pela CF, por sua vez, é regulamentada por legislação federal, diante da competência privativa da União de legislar sobre o assunto, conforme art. 22, inciso II, da CF. Sendo assim, eventual criação de uma nova espécie de desapropriação deve ser realizada por meio de emenda constitucional ou, em uma leitura mais abrangente, por lei federal, não competindo a município realizar tal medida.

Além disso, como dito anteriormente, a hasta pública é um ato judicial, de modo que a sua aplicação se insere em um processo judicial, o que não está previsto para a desapropriação ora criada, cujo procedimento é administrativo, havendo, com isso, violação ao princípio do devido processo legal, que se encontra previsto no art. 5º, LIV, da CF, o qual estabelece que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Verdade é, portanto, que o instrumento da desapropriação por hasta pública, introduzido ao PDE pela Lei Municipal nº 17.975/2023, é inconstitucional. Melhor seria, ainda que se trate de um procedimento mais moroso em comparação ao do instrumento criado, fazer uso da desapropriação por interesse social, regulamentada pela Lei Federal nº 4.132/1962 para os casos em que se busca utilizar o imóvel ocioso para criação de moradias sociais, tendo em vista que, conforme art. 2º, inciso I da referida lei, considera-se de interesse social "o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação,

trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico".

Cumpre dizer que a revisão ao PDE também incluiu ferramentas complementares na indução do cumprimento da função social da propriedade urbana, são elas: i) a promoção de chamamentos públicos para a realização de consórcio imobiliário com a finalidade de implantação de unidades de habitação de interesse social; ii) a promoção de desapropriação amigável, inclusive no caso em que o valor da dívida relativa ao IPTU supere o valor do imóvel, nos termos do § 5º do art. 99 desta Lei; e iii) a utilização do procedimento de regularização fundiária urbana previsto na Lei Federal nº 13.465/2017 (art. 99, §2º, do PDE).

Explicita-se quanto à primeira das ferramenta listadas que, de acordo com o art. 102 do PDE, faculta-se ao Poder Público a realização de consórcios imobiliários a imóveis sujeitos à PEUC, por meio do qual o proprietário transfere à Prefeitura seu imóvel e, após a realização das obras, recebe algumas unidades como pagamento, ficando as demais incorporadas ao patrimônio público, devendo ser promovido o aproveitamento adequado destas pela Administração Pública no prazo máximo de 5 (cinco) anos a contar de sua incorporação, obedecendo, nesse caso, a finalidade de implantação de unidade de habitação social, na forma do art. 99, §2º, inciso I, do PDE.

Tais ferramentas não representam uma novidade jurídica como no caso da desapropriação por hasta pública e podem ser de grande auxílio no cumprimento da função social da propriedade urbana, como se pretende, ainda mais quando o interesse da Prefeitura no imóvel ocioso está voltado à criação de unidades de habitação de interesse social.

Vale dizer que, não reconhecida formalmente a inconstitucionalidade da desapropriação por hasta pública, sua aplicação, bem como a das demais ferramentas introduzidas ao PDE, aguardam regulamentação pelo Poder Executivo.

7. Conclusão

A função social da propriedade urbana é a obrigação do proprietário de compatibilizar sua propriedade com as necessidades da coletividade e o bem-estar social, sendo de grande importância na organização harmônica do espaço urbano. Faz parte da política de desenvolvimento urbano do Estado estabelecida pelos art. 182 e 183 da CF, pelo Estatuto da Cidade e pela Plano Diretor Municipal, que no caso da cidade de São Paulo corresponde à Lei 16.050/2014.

De acordo com o PDE, considera-se descumprida a função social da propriedade urbana quando determinado imóvel se encontra não edificado, subutilizado ou não utilizado. Em linhas gerais, o imóvel não edificado é aquele com mais com mais de 500 m², cujo CA em uso é igual a zero (art. 92, *caput*, do PDE); já o imóvel subutilizado é aquele com mais de 500 m², cujo CA em uso é inferior ao mínimo definido para a respectiva zona (art. 93, *caput*, do PDE), ao passo que o imóvel não utilizado é aquele com CA em uso igual ou superior ao mínimo definido para a respectiva zona, mas com 60% de sua área construída desocupada por mais de um ano ininterrupto (art. 95, caput, do PDE).

Constatado que determinado do imóvel se encontra não edificado, subutilizado ou não utilizado, seu proprietário estará sujeito aos instrumentos indutores do cumprimento da função social da propriedade urbana, quais sejam a notificação para PEUC, a cobrança de IPTU progressivo e a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública, aplicáveis sucessivamente, conforme estabelecido no art. 182, §4º da CF, nos art. 5º a 8º do Estatuto da Cidade, e art. 90, incisos I, II e III do PDE.

No entanto, se nota que a retomada dos imóveis ociosos encontrados na cidade de São Paulo tem se mostrado um desafio, diante da baixa resposta à notificação para PEUC e ao IPTU progressivo no tempo, e da dificuldade de colocar em prática a desapropriação sanção, tendo em vista os impeditivos legais na emissão de títulos da dívida pública existentes até pouco

tempo, a necessária aprovação do Senado Federal para a emissão de tais títulos, bem como a falta de regulamentação do art. 99, §2º e §5º do PDE. Apesar dessas dificuldades, desapropriação sanção é de grande importância e não pode ser esquecida pelo Poder Público, já que, com ela, a Prefeitura pode dar utilidade ao imóvel de acordo com as necessidades percebidas para a região em que está inserida.

Diante das dificuldades em se aplicar a desapropriação sanção, foi inserido o instrumento da desapropriação por hasta pública ao PDE por meio da revisão realizada pela Municipal nº 17.975/2023. Tal instrumento, porém, é inconstitucional, pois se trata de espécie de desapropriação não prevista pela Constituição Federal, nem pela legislação federal sobre o tema. De todo modo, a desapropriação por hasta pública aguarda regulamentação pela Câmara do Vereadores.

Uma alternativa possível seria a utilização da desapropriação por interesse social, regulamentada pela Lei Federal nº 4.132/1962, para os casos em que se busca utilizar o imóvel ocioso para criação de moradias sociais, pois, conforme art. 2º, inciso I da referida lei, considera-se de interesse social "o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico".

Outras alternativas bem recebidas, são as ferramentas complementares também incluídas no PDE pela Municipal nº 17.975/2023, no §2º do art. 99: i) a promoção de chamamentos públicos para a realização de consórcio imobiliário com a finalidade de implantação de unidades de habitação de interesse social; ii) a promoção de desapropriação amigável, inclusive no caso em que o valor da dívida relativa ao IPTU supere o valor do imóvel, nos termos do § 5º do art. 99 desta Lei; e iii) a utilização do procedimento de regularização fundiária urbana previsto na Lei Federal nº 13.465/2017 (art. 99, §2º, do PDE).

Trata-se de hipóteses já previstas no ordenamento jurídico e que podem, de fato, auxiliar no cumprimento da função social da propriedade, em especial nos casos em que se pretende utilizar o imóvel ocioso para a criação de moradias sociais. Isso não quer dizer, porém, que a desapropriação sanção deve ser esquecida ou descartada, pois com ela o Poder Público também pode desapropriar o imóvel por necessidade ou utilidade pública, além do interesse social, não precisando realizar pagamento prévio em dinheiro, mas sim com títulos da dívida pública em até 10 anos, sendo uma opção menos onerosa ao Município. Deve permanecer, portanto, o interesse por parte da Prefeitura em dar efetividade à desapropriação sanção, utilizando-a em paralelo com as demais ferramentas.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Kátia Magalhães. A função social da propriedade e sua repercussão na propriedade urbana. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 33, nº 132, p. 313/319, out./dez. 1996. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176504/000518634.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em 05 jan. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em 05 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 4.132 de 10 de setembro de 1962**. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4132.htm. Acesso em 05 jan. 2024.

LEVIN, Alexandre. **Parcelamento, edificação e utilização compulsórios de imóveis públicos urbanos**. 2008. Tese (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

CARDOSO, Fernanda Lousada. Propriedade Urbana no Ordenamento Brasileiro**. Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 247, p. 98-25, 2008. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/rda/article/download/41549/40862/86581. Acesso em: 08 jan. 2024.

FLORES, Patrícia Teixeira de Rezende; SANTOS, Bernadete Schleder. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro, AIDE Editora, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil:** aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre, Livraria do Advogado/Edunisc, 1998.

MARCO, Nathalia Leone. Função social da propriedade urbana e sua importância para o desenho das políticas públicas de desenvolvimento urbano. **A Boa Gestão Pública e o Novo Direito Administrativo**: dos conflitos às melhores soluções práticas. São Paulo, 1ª ed., p. 428-445, 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo, 2ª ed., Malheiros Editores, 2003.

RITCHER, Daniela; ROSA, Marizélia Peglow da. **A função social da propriedade urbana como princípio constitucional:** proteção e exigibilidade. Conpedi. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/daniela_richter-1.pdf. Acesso em: 07 jan. 2024.

ROSA, Paulo Leandro da. **A (in)constitucionalidade da desapropriação indireta**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário UNIVATES, Rio Grande do Sul, Lajeado, 2015.

SÃO PAULO (SP). Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento. Coordenadoria de Planejamento Urbano. **Relatório Temático:** 06 – Função Social da Propriedade e Retrofit. São Paulo: Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento, 2021-2022. Disponível em: https://gestaourbana.prefeitura.sp.gov.br/wp-content/uploads/2023/02/06_Funcao-Social-da-Propriedade-e-Retrofit.pdf. Acesso em 05 jan. 2024.

SÃO PAULO (SP). Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento. Coordenadoria de Controle da Função Social da Propriedade. **Imóveis na 5ª alíquota do IPTU (Relatório)**. São Paulo: Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento, 2023.

SÃO PAULO (SP) **Lei nº 16.050 de 31 de julho de 2014**. Aprova a Política de Desenvolvimento Urbano e o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo e revoga a Lei nº 13.430/2002. São Paulo, SP: Prefeitura Municipal de São Paulo, 2014. Disponível em: https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16050-de-31-de-julho-de-2014. Acesso em 05 jan. 2024.

SÃO PAULO (SP). Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento. Processo SEI nº 6068.2021/0007923-3. São Paulo, 2021–2024.

Imunidade Tributária recíproca ao IPTU em imóveis públicos utilizados por pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público

Reciprocal Tax Immunity to IPTU on public properties used by legal entities under private law providing public services

Vitória de Melo Pereira[1]

RESUMO

O presente estudo se propõe a analisar a imunidade tributária recíproca, especialmente considerando a incidência do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) em imóveis públicos cedidos a pessoas jurídicas de direito privado, tais como empresas estatais e sociedades de economia mista, que atuam como prestadoras de serviço público. A análise aborda a distinção jurisprudencial entre empresas que prestam serviços públicos e àquelas que exercem atividade econômica. Ao longo deste estudo, observa-se que tanto a doutrina quanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) têm, nos últimos anos, enfatizado essa diferenciação, considerando a natureza das atividades desempenhadas pelas empresas em imóveis públicos como critério essencial para a aplicação da imunidade tributária prevista no artigo 150, inciso VI, alínea 'a' da Constituição Federal.

Palavras-chave: IPTU; imunidade; serviços públicos; empresas estatais.

ABSTRACT

This present study aims to analyze recíprocal tax immunity, particularly considering the incidence of the Urban Property Tax (IPTU) on public properties leased to private legal entities, such as state-owned enterprises and mixed-capital companies, operating as public service providers. The analysis delves into the jurisprudential distinction between companies rendering public services and those engaged in economic activities. Throughout this study, it is evident that both doctrine and the jurisprudence of the Supreme Federal Court (STF) have, in recent years, emphasized this differentiation, considering the nature of activities carried out by companies on public properties as an essential criterion for the application of tax immunity as provided in Article 150, Section VI, Clause 'a' of the Federal Constitution.

Keywords: IPTU; immunity; public services, state-owned company.

1. Introdução

Neste estudo, será analisado o conceito da imunidade tributária recíproca, conforme estabelecido no artigo 150, inciso VI, alínea “a” da Constituição Federal, juntamente com sua aplicação no contexto da incidência do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) sobre imóveis públicos utilizados por entidades de direito privado, como empresas públicas e sociedades de economia mista, tendo como foco a utilização desses imóveis públicos para a oferta de serviços de natureza pública.

[1] Residente Jurídica do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, alocada na Secretaria Municipal da Saúde – SMS (2022-2025). E-mail: vitoriademelo.97@outlook.com

Dessa forma, inicialmente, de forma a fundamentar a análise jurídica do tema, será apresentada a conceituação do IPTU, seus aspectos gerais, bem como o sujeito ativo e passivo desse tributo.

Sobre a imunidade tributária, objeto balizador do presente artigo, será dedicada a maior parte deste trabalho, passando pelo conceito de imunidade tributária no geral, prevista no art. 150, VI da Constituição Federal, e depois, passaremos ao objeto principal do estudo, qual seja, a imunidade tributária recíproca, prevista na alínea "a" do referido artigo de lei.

A imunidade tributária recíproca é uma norma constitucional, prevista no art. 150, VI, alínea "a" da Constituição Federal, que proíbe a União, Estados, Distrito Federal e Municípios de instituírem impostos sobre o patrimônio, a renda ou serviços uns dos outros. O objeto dessa norma nada mais é do que primeiramente respeitar o pacto federativo, bem como impedir que a cobrança de impostos de um ente para outro possa prejudicar a consecução das finalidades públicas.

Tratando-se das empresas estatais, o art. 150, §3º da CF prevê que a imunidade recíproca não se aplica ao patrimônio, rendas e serviços relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados. Entretanto, como veremos nos capítulos finais do presente trabalho, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passaram a entender que, se a administração pública opta por descentralizar a realização de serviços públicos para empresas estatais, nada mais justo do que também ser estendido a elas a norma imunizante, pois atuam essas pessoas jurídicas como verdadeiras longa manus do Estado.

Nesse contexto, abordaremos a maneira como empresas estatais e sociedades de economia mista operam no âmbito econômico em comparação com sua atuação na prestação de serviços públicos. Também exploraremos como o uso de imóveis públicos por essas entidades, concedidos pelos órgãos públicos, é crucial para determinar se haverá ou não aplicação da imunidade tributária recíproca.

Por fim, defendido a aplicação da norma imunizante às pessoas jurídicas de direito privado utilizadoras de imóvel público na realização de serviços públicos, busca-se evidenciar que essas atividades são essenciais para garantir um nível mínimo de dignidade para todos. Além disso, são responsabilidades obrigatórias do Estado, visando garantir a efetivação dos direitos fundamentais e, por esse motivo, estes serviços não devem ser tributados, já que, por meio do fenômeno da repercussão tributária, o custo da tributação acabará recaindo sobre o verdadeiro pagador, ou seja, o cidadão que utiliza esses serviços.

2. Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU

2.1. Aspectos Gerais

O IPTU está previsto no art. 156, I da Constituição Federal, sendo um imposto de competência Municipal, incidindo sobre o imóvel que se encontre em área urbana, considerando a propriedade edificada ou não edificada.

No plano infraconstitucional, o IPTU é regulado por cada uma das leis municipais que o institui, bem como no artigo 32 do Código Tributário Nacional, tendo como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel. Sua incidência ocorre anualmente, dando ao contribuinte a possibilidade de parcelamento.

De acordo com Hugo de Brito Machado "*A função do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana é tipicamente fiscal. Seu objetivo primordial é a obtenção de recursos financeiros para os Municípios*" (MACHADO, 2010, p.410), ou seja, tal imposto é uma fonte importante de receita para os municípios brasileiros, sendo

utilizado para financiar serviços públicos, como infraestrutura urbana, saúde, educação e segurança, portanto, sendo sua cobrança de grande importância.

Quanto ao aspecto material do IPTU, o fato gerador é a propriedade, a posse e o domínio útil do bem imóvel. Sobre a conceituação de cada instituto, leciona Eduardo Sabbag:[2]

> a) **Propriedade:** o gozo jurídico pleno de uso, fruição e disposição do bem imóvel.
> b) **Domínio útil:** um dos elementos de gozo jurídico da propriedade plena.
> c) **Posse:** manifesta-se, no caso de incidência do IPTU, quando alguém age como se fosse titular do domínio útil, portanto, na posse caracterizada como usocapionem. Assim, refere-se à posse juridicamente perfeita, e não Àquela de índole irregular.

Quanto ao aspecto temporal, compete à lei ordinária sua fixação, sendo para o IPTU o primeiro dia de janeiro de cada ano, bastando a existência da propriedade, posse ou domínio útil para sua ocorrência, sendo que eventuais alterações físicas que aconteçam após a data estabelecida pelo Município só será importante para o próximo exercício.

Quanto ao critério espacial, o que regula o IPTU é a zona urbana do Município, àquela que atende as especificações do art.32 §§ 1º e 2º do CTN, devendo existir pelo menos 2 (dois) dos melhoramentos trazidos pelo artigo, sendo eles: meio fio ou calçamento com canalização de águas pluviais, abastecimento de água, sistema de esgoto sanitários, rede de iluminação pública, escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 quilômetros do imóvel considerado.

Quanto ao aspecto quantitativo do IPTU, estamos falando do valor do tributo, sendo composto por dois elementos, a base de cálculo e a respectiva alíquota. De acordo com o art.33 do Código tributário nacional, a base de cálculo é composta pelo valor venal do imóvel. Como aborda Hugo de Brito Machado:

> A base de cálculo do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana é o valor venal do imóvel (CTN, art. 33). Valor venal é aquele que o bem alcançaria se fosse posto à venda, em condições normais. O preço neste caso, deve ser o correspondente a uma venda à vista, vale dizer, sem incluir qualquer encargo relativo a financiamento.[3]

Também temos a alíquota, que aplicada à base de cálculo não poderá ter efeito confiscatório, sendo claro o art.150, IV, da Constituição Federal ao determinar que os entes federados não poderão utilizar tributo com efeito de confisco. Além disso, importante mencionar que a alíquota poderá ser simples ou progressiva, conforme função social, valor e localização do imóvel, nos termos do art. 156, I, §1º da Constituição Federal.

Quanto ao aspecto pessoal, temos dois sujeitos nessa relação tributária, de um lado o sujeito ativo – aquele responsável pela cobrança do tributo, e no caso aqui tratado, o Município, e de outro o sujeito passivo – o devedor do tributo, responsável pelo adimplemento do Imposto como estipula os artigos 121 e 122 do Código Tributário Nacional.

2.2. Sujeito Passivo do IPTU

[2] SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 917.
[3] MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 415.

De acordo com o artigo 34, do Código Tributário Nacional, o contribuinte é o proprietário do imóvel, o titular do domínio útil.

Leciona Eduardo Sabbag sobre o sujeito passivo do IPTU:

> A sujeição passiva abrange aquele que detêm qualquer direito de gozo, relativamente ao bem imóvel, seja pleno ou limitado. Os titulares desses direitos, como sujeitos passivos do IPTU, são o **proprietário** (pleno, de domínio exclusivo ou na condição de coproprietário), o **titular do domínio útil** (enfiteuta e usufrutuário) e o **possuidor** (*ad usocapionem*, isso é, aquela com possibilidade de aquisição de domínio ou propriedade pela usucapião).[4]

Para Kiyoshi Harada, podem ser considerados contribuintes do IPTU tanto o proprietário do imóvel, o titular do domínio útil ou o possuidor a qualquer título, desde que essa posse seja de conteúdo econômico, o que exclui a posse de mero locatário. Confira-se:

> Cumpre, todavia, observar que a posse abrangida pelo fato gerador é aquela de conteúdo econômico, o que exclui, por exemplo, a do locatário. Portanto, "possuidor a qualquer título" refere-se àquele que exerce alguns dos poderes inerentes ao domínio ou à propriedade; diz respeito ao titular da posse de conteúdo econômico.[5]

Portanto, o autor defende que há um critério objetivo na escolha do sujeito passivo na situação em concreto, o que segundo seu entendimento, deve ser sempre aquele que dispõe economicamente do bem no momento do lançamento do IPTU, não havendo liberdade na escolha do sujeito passivo.

3. Imunidade Tributária prevista no art. 150, inciso VI da Constituição Federal

3.1. Aspectos Gerais sobre Imunidade Tributária

Nossa Constituição Federal além de ter traçado perfeitamente os tributos que podem ser criados pelos entes federativos, estabeleceu os limites que estes devem observar na hora de criá-los.

As imunidades constitucionais são verdadeiramente limitações de tributar por parte dos seus entes.

Define o artigo 150, VI da Constituição Federal que é vedado a União, Estados, Distrito Federal e Municípios instituir impostos em situações determinadas, resumidamente são elas: a imunidade recíproca, a templos de qualquer culto e a entidades educacional e assistencial. Desta forma, a imunidade tributária pode ser considerada como um obstáculo, criado pelo poder constituinte, no qual determinou que não recairá a tributação a partir de determinado fato ou pessoa.

Dispõe o ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 712:

> O exercício do poder tributário, pelo Estado, submete-se, por inteiro, aos modelos jurídicos positivados no texto constitucional que, de modo explícito ou implícito, institui em favor dos contribuintes decisivas limitações à competência estatal para impor e exigir, coativamente, as diversas espécies tributárias existentes. (**ADI 712- MC**, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19/02/93).

Sobre esse tema, Yoshiaki Ichihara conceitua imunidade tributária da seguinte maneira:

> Imunidades tributária são norma da Constituição Federal, expressas e

[4] SABBAG, *op. cit.*, p. 915.
[5] HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 498.

> determinadas, que delimitam negativamente, descrevendo os contornos às normas atributivas e dentro do campo das competências tributárias, estabelecendo e criando uma área de incompetência, dirigidas às pessoas jurídicas de direito público destinatárias, com eficácia plena e aplicabilidade imediata, outorgando implicitamente direitos subjetivos aos destinatários beneficiados, não se confundindo com as normas fundamentais, vedações ou proibições expressas, com as limitações que decorrem dos princípios constitucionais, nem com a não-incidência.[6]

De todo o exposto, em síntese, a imunidade nada mais é do que a exclusão da tributação.

Por se tratar este artigo sobre a aplicação da imunidade recíproca quando da cessão de bem público a terceiro na prestação de serviço público, passaremos a uma análise pormenorizada do instituto imunidade recíproca.

3.2. Imunidade Tributária Recíproca

Nos termos do artigo 150, inciso VI, "a" da Constituição Federal, é proibido à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a criação de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços uns dos outros.

Essa imunidade é estendida às entidades políticas da Administração Centralizada, ou seja, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e também abrange as pessoas jurídicas de direito público da Administração Indireta. Essa regra decorre da coexistência das três esferas governamentais inerentes ao sistema federativo brasileiro.

No que diz respeito a sua abrangência, importante destacar que a imunidade recíproca se aplica somente com relação a obrigação principal, desta forma, não atinge as obrigações tributárias acessórias, ou seja, a imunidade recíproca se aplica somente aos impostos, não havendo vedação para a incidência das demais hipóteses.

A principal finalidade da imunidade recíproca é evitar que as unidades federativas sejam obrigadas a pagar impostos umas às outras, o que ajudaria a evitar conflitos fiscais e práticas de "guerra fiscal" no contexto federativo. Além disso, ela protege contra influências políticas mútuas que possam abalar o princípio fundamental do federalismo, tendo como objetivo preservar a unidade federativa, como uma consequência direta e imediata do princípio da igualdade existente entre os Entes Federativos, sendo todos autônomos, conforme previsto na Constituição Federal.

No entanto, a imunidade recíproca é limitada pelo artigo 150, § 3, da Constituição Federal, que permite a tributação quando os entes políticos exercem atividades econômicas não vinculadas às atividades estatais típicas e regidas pelo direito privado, ou que haja contraprestação ou pagamento de tarifas pelos usuários, *in verbis*:

> § 3º As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contra- prestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel. (BRASIL, 1988)

Portanto, a imunidade recíproca só se aplica às atividades típicas dos entes políticos, a menos que estejam envolvidos em atividades econômicas sujeitas a contraprestação ou pagamento de tarifas pelos usuários.

---

[6] ICHIHARA, Yoshiaki. **Imunidades Tributárias**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 183.

No contexto da concessão de uso de imóveis públicos a pessoas jurídicas de direito privado para fins de atividade econômica, o fisco argumenta que a imunidade recíproca não se aplica a esses casos, sob o pretexto de proteger os princípios da livre iniciativa e concorrência. No entanto, a aplicação desses princípios deve ser cuidadosa, levando em consideração a natureza das atividades econômicas envolvidas.

Entretanto, diferente é a situação quando a pessoa jurídica de direito privado se utiliza do bem público, sob o qual recai a imunidade, para a prestação de serviços públicos.

De maneira geral, parece contraditório o estado criar uma entidade para realizar um serviço que é sua responsabilidade exclusiva e, ao mesmo tempo, cobrar impostos por essa atividade. Essa tributação parece ser justificável apenas quando o serviço público é delegado a uma empresa privada, conforme previsto no artigo 175 da Constituição Federal, através de concessão ou permissão. Nesses casos, o serviço público, quando executado pelo setor privado sob essas regras, pode ser tributado. No entanto, tratando-se da ideia principal desse artigo, quando o serviço público é disponibilizado ao cidadão por meio de empresas públicas ou sociedades de economia mista, a imunidade tributária pode ser aplicada. Contudo, essa imunidade não se estende à exploração de atividades econômicas sob o regime da livre iniciativa por parte das empresas públicas e sociedades de economia mista.

A criação de entidades para oferecer serviços públicos é um requisito usado pelo legislador constituinte para permitir que autarquias e fundações públicas sejam isentas do pagamento de impostos, conforme o artigo 150, §2o da Constituição Federal. Portanto, é considerada apropriada a extensão da imunidade tributária mútua para o patrimônio, renda e serviços associados à prestação dos serviços públicos para os quais empresas públicas ou sociedades de economia mista foram estabelecidas.

3.3. Princípios que regem a Imunidade Tributária Recíproca

Após a análise constitucional da imunidade recíproca, passemos agora para a análise dos princípios que regem esse instituto.

Primeiramente, pode se dizer que o que fundamenta a imunidade recíproca em regra é o princípio federativo, mas também podemos falar da capacidade contributiva e também sobre a instituto da livre concorrência, igualmente prevista constitucionalmente.

No que diz respeito ao princípio federativo, o objetivo imediato é a garantia do perfeito funcionamento das esferas de governo, onde a liberdade pública depende da separação vertical dos poderes. A descentralização do poder, característica do federalismo, confere autonomia aos entes, representando a convivência entre eles, o que nos leva a um fortalecimento financeiro, do contrário, se existisse a tributação de um ente sobre o outro estaríamos diante do enfraquecimento financeiro. O princípio federativo não admite a subordinação de um ente sobre o outro, uma clara violação a autonomia.

Quanto ao princípio da capacidade contributiva, podemos traduzir em princípio da igualdade. Para que esse princípio seja atendido se faz necessário um critério de justificação, onde o atendimento será diferenciado. Com relação ao imposto, dispõe o art. 145, §1º em outras palavras que sempre que possível, os impostos serão personalizados e ajustados de acordo com a capacidade financeira do contribuinte. A administração tributária terá permissão, especialmente para garantir que esses objetivos sejam atendidos, de identificar, dentro dos limites da lei e respeitando os direitos individuais, os bens, ganhos e atividades econômicas dos contribuintes

Em outras palavras, trata-se da divisão das despesas na medida da capacidade individual de cada indivíduo, em que é dado tratamento desigual aos desiguais. Assim, a imunidade recíproca se fundamenta tanto no princípio federativo quanto no da capacidade contributiva, porque toda a riqueza do Estado serve diretamente para as finalidades públicas, sendo, portanto, sem sentido atribuí-lo uma capacidade de contribuição para os propósitos nos quais toda sua atividade e existência estão destinadas. Nesse sentido, o ente público possui capacidade econômica, mas não capacidade contributiva, já que os recursos são revertidos em prol da coletividade.

Importante trazer para a discussão o art. 150, § 3º da CF que exclui do âmbito da imunidade tributária recíproca o patrimônio, renda e serviços relacionados a exploração de atividades econômicas, amparadas pelas normas aplicáveis aos empreendimentos privados. Por isso, é imprescindível a análise da capacidade contributiva das pessoas jurídicas de direito privado, para constatar se elas atuam como instrumentos públicos ou se são equiparadas a empreendimentos privados, devendo neste último caso ser afastado o reconhecimento da imunidade recíproca.

4. Imunidade Tributária Recíproca e o Imóvel Público utilizado por Pessoa Jurídica de Direito Privado

4.1. Prestação de serviço público versus Atividade Econômica

Após conceituação da imunidade recíproca, ficou constatado que deve ser observado a natureza da atividade exercida pela pessoa jurídica no bem imóvel utilizado, se é exploração de atividade econômica ou se é prestação de serviço público, pois essa distinção é de grande importância para a tributação, como veremos a seguir.

Quanto a atuação estatal no domínio econômico, já sabemos que não goza de imunidade recíproca, em absoluta consonância com o art. 150 §3º da constituição, combinado com o 173 da CF, que submete as pessoas de direito público que exploram atividade econômica ao regime próprio de empresas privadas, incluindo as obrigações tributárias, visando a livre concorrência e equidade concorrencial.

Entretanto, não há limitação da imunidade tributária recíproca quando o ente federativo presta serviço público.

No direito pátrio, embora a prestação de serviço público seja realizada pelo próprio Estado, em algumas situações a execução dessa atividade é transferida a um terceiro por meio de concessão ou permissão.

Conforme aborda Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Serviço Público é, portanto, toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singular- mente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público, portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.[7]

Notadamente, pode se dizer que a prestação de serviço público é a concretização dos objetivos do Estado, não podendo ser confundido a titularidade de serviço com a titularidade da prestação de serviço.

Continua o autor destacando que:

> O fato de o Estado (União, Estado, Distrito Federal e Municípios) ser titular

[7] MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 695.

> de serviços públicos, ou seja, o sujeito que detém "senhoria" sobre eles (a qual, de resto, é, antes de tudo, um dever em relação aos serviços que a constituição ou as leis puseram ou venham a pôr seu cargo) não significa que deva obrigatoriamente prestá-los por si ou por criatura sua quando detenha titularidade exclusiva do serviço.[8]

Pode-se afirmar que a execução de serviços públicos ocorre tanto de maneira direta quanto por meio de transferência a terceiros. A administração pública é responsável por prestá-los ou conceder a entidades externas – sejam elas particulares ou outras entidades jurídicas da administração indireta – a autorização para desempenhá-los.

Dito isso, antes de adentrar no mérito da incidência da norma da imunidade sobre as pessoas jurídicas, é necessário destacar que este artigo está tratando especificamente sobre as empresas estatais e as sociedades de economia mista, que possuem participação acionária da administração pública, e não das sociedades totalmente privadas que são concessionárias de serviços públicos.

Segundo Hely Lopes Meirelles[9], empresas públicas são as pessoas jurídicas de Direito Privado, instituídas e mantidas pelo Poder Público por intermédio de autorização em lei específica, possuindo capital exclusivamente público, para a prestação de serviço público ou a realização de atividade econômica de relevante interesse coletivo, podendo revestir qualquer forma e organização empresarial.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello[10] a sociedade de economia mista é a pessoa jurídica criada e autorizada por lei, como instrumento de ação do Estado, com personalidade jurídica de Direito Privado, mas submetida a certas regras decorrentes desta sua natureza auxiliar de atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade de sua Administração indireta, sobre remanescente acionária de propriedade particular.

Nesse sentido, alguns doutrinadores reconhecem a imunidade a tais pessoas jurídicas quando prestadoras de serviço público.

No entendimento de Roque Antônio Carazza:

> Aprofundando o assunto, as empresas estatais, quando delegatárias de serviços públicos ou de atos de polícia – e que, portanto, não exploram atividades econômicas –, não se sujeitam à tributação por meio de impostos, justamente porque são a 'longa manus' das pessoas políticas que, por meio de lei, as criam e lhes apontam os objetivos públicos a alcançar. A circunstância de serem revestidas da natureza de 'empresa pública' ou de 'sociedade de economia mista' não lhes retira a condição de 'pessoas administrativas', que agem em nome do Estado, para a consecução do bem comum.[11]

Na mesma percepção sobre o assunto, dispõe Regina Helena Costa[12] que "o raciocínio se resume no seguinte: se o serviço público for prestado diretamente pela pessoa política, estará indubitavelmente imune à tributação por via de impostos". E continua "a delegação da execução desse serviço público pela pessoa que é titular da

---

[8] MELLO, *op. cit*., p. 705.
[9] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 355 - 356.
[10] MELLO, *op. cit.*, p. 203.
[11] CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 706.
[12] COSTA, Regina Helena. **Imunidade tributária**: teoria e análise da Jurisprudência do STF. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 158.

competência para prestá-lo à coletividade, por meio de lei, a uma empresa por ela instituída – empresa pública ou sociedade de economia mista-, que se torna delegatária do serviço, não pode, portanto, alterar o regime jurídico – inclusive tributário – que incide sobre a mesma prestação".

Logo, de acordo com a doutrina especializada, quando uma empresa estatal e uma sociedade de economia mista atuam prestando serviço público, em verdade, estão executando a função estatal, não havendo nenhuma alteração no regime jurídico da prestação, legitimando, portanto, a incidência da imunidade tributária recíproca.

Quanto a incidência da imunidade sobre as sociedades de economia mista e empresas estatais que explorem atividade econômica, a doutrina tem firmando entendimento no sentido de que há a vedação à incidência da imunidade tributária prevista no art. 150, IV da Constituição Federal.

Celso Antônio Bandeira de Mello destaca que há de se distinguir as atividades prestadas pelas pessoas jurídicas acima citadas:

> Há, portanto, dois tipos fundamentais de empresas públicas e sociedades de economia mista: exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos ou coordenadoras de obras públicas e demais atividades públicas. Seus regimes jurídicos não são, nem podem ser, idênticos, como procuraremos demonstrar em outra oportunidade. No primeiro caso, é compreensível que o regime jurídico de tais pessoas seja o máximo possível daquele aplicável à generalidade das pessoas de Direito Privado. Seja pela natureza do objeto de sua ação, seja para prevenir que desfrutem de situação vantajosa em relação às empresas privadas –, compreendendo-se que estejam, em suas atuações, submetidas a uma disciplina bastante avizinhada da que regula as entidades particulares de fins empresariais. Daí haver o Texto Constitucional estabelecido que em tais hipóteses regular-se-ão pelo regime próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º, II). Advirta-se, apenas, que há um grande exagero nesta dicção da Lei Magna, pois ela mesma se encarrega de desmentir-se em inúmeros outros artigos, como além será demonstrado. No segundo caso, quando concebidas para prestar serviços públicos ou desenvolver quaisquer atividades de índole pública propriamente (como promover a realização de obras públicas), é natural que sofram o influxo mais acentuado de princípios e regra do Direito Público, ajustados, portanto, ao resguardo de interesses desta índole.[13]

Em linhas gerais, a conclusão doutrinária é a de que: empresas estatais que exercem atividade econômica não estão sujeitas a imunidade, haja vista que atuam em regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, nos termos do art. 173 da CF, diferente das empresas estatais presta- doras de serviço público, que estariam sujeitas a imunidade por estarem recebendo o encargo de prestar o serviço público, obtendo como prerrogativa o direito a imunidade tributária.

Dito isso, os imóveis afetados ao interesse público, embora cedidos as empresas estatais e as sociedades de economia mista, continuam sem dúvidas vinculados às finalidades essenciais do ente federativo a quem a constituição outorgou a competência executiva de tais atividades, portanto, não há justificativa para restringir a aplicação da imunidade recíproca a essas pessoas utilizadoras do imóvel público.

5. Análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema

Conforme discutido anteriormente, abordamos o conceito de imunidade recíproca e sua aplicação na Constituição Federal. Nesse contexto, examinamos a

[13] MELLO, *op. cit.*, p. 203.

posição doutrinária acerca desse tema, com foco especial na ampliação que alguns doutrinadores conferiram à norma imunizante.

Dessa forma, é importante destacar que a principal abrangência da aplicação da imunidade recíproca reside na orientação de impedir a tributação das pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos.

Portanto, é claro que é importante abordar como a jurisprudência tem se posicionado em relação à aplicação da imunidade recíproca para as pessoas jurídicas de direito privado, especialmente as que prestam serviços públicos. Isso se deve à influência significativa que o judiciário exerceu sobre a evolução desse instituto ao longo do período constitucional.

No que se refere às decisões contrárias à imunidade, a suprema corte no Tema 385 fixou o entendimento de que a imunidade recíproca não se estende à empresa privada arrendatária de imóvel público quando for ela exploradora de atividade econômica com fins lucrativos, sendo constitucional a cobrança do IPTU pelo Município.[14]

O ministro Luís Roberto Barroso observou que a imunidade tributária recíproca se aplica exclusivamente a empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços essenciais e exclusivos. Ele ressaltou que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os temas 437 e 385 de repercussão geral, estabeleceu a aplicação do IPTU sobre propriedades de entidades públicas cedidas a entidades privadas e a impossibilidade de estender a imunidade recíproca a empresas privadas com fins lucrativos que arrendam imóveis públicos.

Da mesma forma, no tema 437 o STF decidiu de forma vinculante que incide o IPTU, considerado imóvel de pessoa jurídica de direito público cedido a pessoa jurídica de direito privado, devedora do tributo. No caso, tratava-se de pessoa jurídica de direito privado que se utilizava do bem público para prestação de atividade econômica.[15]

Na reclamação 32717, julgada pelo ministro Luiz Fux, houve uma diferenciação quanto a aplicabilidade da imunidade recíproca às empresas privadas exploradoras de atividade econômica e àquelas prestadoras de serviço público.[16]

Na mencionada Reclamação, o relator cassou a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que havia declarado a obrigação da Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP a pagar o IPTU relativo ao porto de Santos. O Tribunal entendeu que sendo a CODESP pessoa jurídica de direito privado, não era detentora da imunidade tributária prevista no art. 150, VI da Constituição Federal, não importando a natureza jurídica do serviço prestado, mas sim a natureza jurídica da empresa.

No entanto, chegando ao STF, segundo o relator, o ponto central da questão está na essência do serviço oferecido, segue a decisão *in verbis*:

> Com efeito, nota-se que a referida tese tem aplicabilidade restrita àqueles empreendimentos que, a partir do imóvel público arrendado, exploram atividade econômica com finalidade essencialmente lucrativa. **Diferente disso, no caso dos autos, está-se diante de empresa que, embora ostente**

[14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 594015**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2642811&numeroProcesso=594015&classeProcesso=RE&numeroTema=385. Acesso em 07 dez. 2023.

[15] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 601720**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2692309&numeroP rocesso=601720&classeProcesso=RE&numeroTema=437. Acesso em 07 dez. 2023.

[16] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 32717**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5600632. Acesso em 07 dez. 2023.

> **natureza jurídica de direito privado, presta serviços essencialmente públicos**. De fato, a companhia reclamante, CODESP, é vinculada ao Governo Federal e à Secretaria de Portos da Presidência da República, incumbindo-se do gerenciamento dos imóveis que servem de supedâneo ao exercício das atividades portuárias nos Municípios de Santos e de Guarujá, responsabilizando-se por toda a parte administrativa do complexo portuário. (grifo nosso)

E prossegue o Min. Luiz Fux:

> Destarte, verifica-se que as discussões ora em comento comportam dois aspectos envolvendo o pagamento de tributos: um é a inaplicabilidade da imunidade tributária recíproca às empresas que, embora utilizem imóvel público, explorem atividades com fins lucrativos (Tema 437 da Repercussão Geral) e o outro é a aplicabilidade da imunidade recíproca às empresas que, a despeito de ostentarem natureza privada, prestem serviços essencialmente públicos (**RE 253.472**).

A distinção está na natureza das atividades realizadas pelas pessoas jurídicas que utilizam o espaço público: caso sejam pessoas jurídicas oferecendo serviços de caráter essencialmente público, terão direito à imunidade tributária.

Em outro julgado com Repercussão Geral, (RE) 1320054 Tema 1.140[17], o STF reafirmou que empresas estatais sem lucro são beneficiarias de imunidade tributária recíproca. Segundo o entendimento da Corte, o benefício, previsto na Constituição Federal (artigo 150, inciso VI, alínea "a"), é concedido quando não houver distribuição de lucros a acionistas privados e nos casos de ausência de risco ao equilíbrio concorrencial. Em tal processo questionava-se a possibilidade da Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô-SP) obter imunidade tributária recíproca ao pagamento de Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU).

No mesmo sentido, em ARE nº 1080256/SP,[18] a suprema corte reconheceu ser licita a aplicação da imunidade tributária recíproca em imóvel utilizado pela CPTM – sociedade de economia mista – na execução de serviços de transporte ferroviário.

Em sua decisão, a corte argumenta que a estrutura do Estado Federal, presente em nossas leis, impede que qualquer unidade federativa institua impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços das outras entidades políticas ou administrativas, especialmente quando estas foram criadas para oferecer serviços públicos específicos dentro da esfera de competência determinada pela Constituição, e que a finalidade da

---

[17] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1320054**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Presidente. APELAÇÃO – Execução Fiscal – IPTU. Exceção de pré-executividade acolhida. Imunidade, nos termos do art. 150, VI, a, da CF. Benefício extensível a sociedade de economia mista, prestadora de serviço público. Precedentes do STF e desta Corte. Sentença mantida. Recurso desprovido. (Doc. 11, p. 2) Disponívelem: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6146137&numeroProcesso=1320054&classeProcesso=RE&numeroTema=1140. Acesso em 07 dez. 2023.

[18] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1080256**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Celso de Mello. EMENTA: Recurso Extraordinário – CPTM – sociedade de economia mista incumbida de executar, como atividade-fim, em função de sua específica destinação institucional, serviços de transporte ferroviário – CPTM como instrumentalidade administrativa do ente federado, incumbida, nessa condição institucional, de executar típico serviço público – consequente extensão, a essa empresa governamental, em matéria de impostos, da proteção constitucional fundada na garantia da imunidade tributária recíproca (CF, ART. 150, VI, " a") – o alto significado político-jurídico dessa garantia constitucional, que traduz uma das projeções concretizadoras do postulado da federação – imunidade tributária da CPTM, em face do IPTU, quanto às atividades executadas no desempenho do encargo, que a ela foi outorgado – doutrina – jurisprudência – precedentes do supremo tribunal federal.. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5278341. Acesso em 07 dez. 2023.

imunidade tributária recíproca representa verdadeira garantia institucional de preservação do sistema federativo.

Ao encerrar a análise jurisprudencial referente ao tópico abordado neste artigo, a Suprema Corte, por meio do Recurso Especial nº 253.472[19], com a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa (Dje de 01/02/2011), estabeleceu determinados critérios a serem considerados ao se aplicar a imunidade tributária recíproca a pessoas jurídicas de direito privado, particularmente as sociedades de economia mista. Esses critérios são:

A. a imunidade tributária recíproca se aplica apenas à propriedade, bens e serviços utiliza- dos na satisfação dos objetivos institucionais imanentes do ente federado;

B. atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas à tributação, por apresentarem-se como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política; e

C. a desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre concorrência e do livre exercício de atividade profissional ou econômica lícita.

Quanto ao primeiro requisito, constata-se que o relator buscou restringir a imunidade aos bens estritamente ligados à prestação de serviços públicos, que é a finalidade da empresa estatal, ficando de fora da imunização aqueles bens e serviços que são utilizados em atividades estranhas e com outros objetivos que não a prestação do serviço público.

No segundo requisito, é certo que as atividades econômicas não ligadas à prestação do serviço público e que sirvam para o aumento do capital ou do patrimônio da empresa estatal, devem ser tributadas, sob pena de se criar condição mais vantajosa para ela, em comparação à empresa privada que exerça a mesma atividade em regime de livre concorrência.

Por fim, o último requisito estipulado dispõe que a ausência de pagamento de imposto não poderá promover uma concorrência desleal entre as empresas estatais e uma sociedade totalmente privada.

É evidente que a discussão sobre a aplicação da imunidade tributária recíproca é complexa e se concentra na natureza das atividades desempenhadas pelas entidades privadas que usufruem de imóveis públicos.

A jurisprudência, exemplificada por diversos julgados do Supremo Tribunal Federal, estabelece critérios para determinar quando a imunidade se aplica ou não, levando em consideração se a atividade é essencialmente pública, sem intuito lucrativo, ou se busca principalmente o lucro por meio da exploração econômica.

Essa distinção é crucial para determinar se a imunidade tributária recíproca é concedida ou não. A análise da natureza das atividades realizadas pelas empresas privadas, especialmente as estatais, tem sido um ponto central na tomada de decisões judiciais sobre esse tema.

A jurisprudência destaca a importância de garantir a imunidade tributária recíproca para empresas estatais que não visam o lucro, que estão vinculadas ao cumprimento de serviços públicos essenciais e que não comprometem a concorrência no mercado. Por outro lado, empresas privadas que exploram atividades lucrativas a partir de imóveis públicos podem não se enquadrar nesse benefício, sujeitando-se à tributação.

[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 253572**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Joaquim Barbosa. (Dje de 01/02/2011). Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618164. Acesso em 07 dez. 2023.

Assim, a interpretação jurisprudencial delineia critérios claros para determinar a aplicabilidade da imunidade tributária recíproca, considerando a essência das atividades desenvolvidas pelas entidades privadas que usufruem de bens públicos, respeitando os princípios da livre concorrência e a preservação do sistema federativo.

6. Considerações Finais

As imunidades tributárias são limitações ao poder de tributar, impedindo que o ente tributante exerça sua competência para instituir impostos sobre determinados fatos, pessoas ou bens.

O objetivo desse trabalho foi apresentar uma análise tanto doutrinária como jurisprudencial acerca da possibilidade da imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, "a" da Constituição Federal ser estendida as pessoas jurídicas de direito privado – sociedades de economia mista e empresas públicas – que se utilizam dos bens imóveis públicos na prestação de serviços públicos de competência exclusiva do ente político que a criou ou instituiu.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, em seus diversos precedentes, tais pessoas jurídicas podem usufruir de tal benesse imunizante quando prestem serviços públicos, visto que são verdadeiros instrumentos administrativos utilizados pelo próprio Estado na consecução do serviço público, exercendo atividades típicas da administração direta.

Restou claro nos julgados com repercussão geral que as empresas públicas e sociedades de economia mista, para que sejam beneficiadas com a imunidade tributária recíproca, além de serem criadas para agirem como verdadeiros auxiliares do Estado, devem também observar alguns requisitos: prestação de um serviço público; ausência de intenção de obter lucro; e atuação com respeito ao princípio da livre concorrência.

Dito isso, se o imóvel é utilizado para prestação de atividades econômicas e que sirvam para o aumento do capital ou do patrimônio da empresa estatal, deve haver a tributação, ou seja, a incidência do IPTU sob esse imóvel, sob pena de se criar uma condição mais vantajosa a essa empresa estatal em detrimento de uma empresa privada que exerça a mesma atividade em regime de livre concorrência.

A verdade é que se essas pessoas jurídicas de direito privado prestam serviços públicos, estão agindo como instrumentos do Estado na implementação de políticas públicas e realizando objetivos constitucionalmente determinados, portanto, se estão executando a função do Estado, não há que se falar na alteração do regime jurídico, sendo legitima a incidência da norma imunizante.

Se o Estado tem a responsabilidade de executar os serviços que são de interesse público, mas decide, por vontade própria, não os realizar diretamente, optando por delegar essa função a entidades privadas como as sociedades de economia mista e as empresas públicas, essas entidades jurídicas de direito privado que recebem essa autorização para oferecer o serviço público passam a agir como um instrumento do próprio Estado na implementação das políticas públicas, sendo, portanto, abarcadas pela imunidade.

Além disso, é crucial o entendimento de que essa imunidade não é um privilégio desmedido concedido às entidades privadas, mas sim uma forma de promover a cooperação entre o setor público e o privado em prol do interesse coletivo.

Quando uma pessoa jurídica de direito privado utiliza um imóvel público para desenvolver suas atividades, está, de certa forma, prestando um serviço que, em condições normais, seria responsabilidade direta do município.

Portanto, a imunidade tributária recíproca com relação ao IPTU sobre imóveis públicos utilizados por pessoas jurídicas de direito privado não apenas fortalece a

parceria entre setores, mas também amplia a oferta de serviços à população sem sobrecarregar os recursos municipais.

E por último, importante mencionar que não é possível que esse benefício fiscal passe a ser reconhecido de maneira automática, visto que é inegável a importância do crivo do judiciário. Faz-se necessário que para que a imunidade tributária recíproca seja concedida, passe antes por uma análise caso a caso, e que essas pessoas jurídicas passem pelos requisitos definidos pelo Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

BRECHBÜHLER, Gustavo. Imunidade Recíproca e IPTU. Revista dos Tribunais online: **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 120, p. 29-72, jan./fev. 2015. DTR\2015\40. Acesso em: 07 dez. 2023.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional.** 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

COSTA, Regina Helena. **Imunidade tributária**: teoria e análise da Jurisprudência do STF. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Imunidades Tributárias**. São Paulo: Atlas, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

PIRES, Marcos. Imunidade tributária recíproca e imóvel público cedido a particular. **PPF Advocacia**, [S. l.], [2023]. Disponível em: https://www.google.com/search?q=https://ppf.adv.br/conteudo/imunidade-tributaria-recíproca-e-imovel-publico-cedido-a-particular. Acesso em: 07 dez. 2023.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Usucapião de Bens Públicos: (Im)possibilidade?

Adverse Possesion of Public Assets: (Im)possibility?

Yasmine Ramos Cezar Gomes[1]

RESUMO

O presente trabalho tem como propósito aprofundar o estudo das complexidades envolvidas na aplicação do instituto da usucapião em relação aos bens públicos, considerando a legislação, doutrina e jurisprudência vigentes no contexto nacional. Inicialmente, será conduzida uma análise detalhada sobre os bens públicos, elucidando o conceito, as diferentes classificações relacionadas à titularidade, destinação e disponibilidade, bem como o regime jurídico que os envolve, abordando temas como inalienabilidade, afetação e desafetação, imprescritibilidade e impenhorabilidade. Na sequência, será dedicada atenção ao princípio constitucional da "função social da propriedade", avaliando-o sob a perspectiva dos bens públicos. Este princípio fundamental será contextualizado no âmbito da usucapião, buscando compreender como a função social da propriedade se relaciona com a possibilidade de aquisição desses bens por meio desse instituto. Por fim, serão apresentados os variados posicionamentos encontrados na doutrina e jurisprudência, visando identificar o entendimento predominante em relação à viabilidade ou impossibilidade de usucapir bens públicos. A análise desses diferentes pontos de vista proporcionará uma visão abrangente e aprofundada sobre a temática em questão, contribuindo para o desenvolvimento de reflexões críticas e embasadas.

Palavras-chave: usucapião; bens públicos; função social.

ABSTRACT

The present work aims to delve into the study of the complexities involved in the application of the institute of adverse possession in relation to public assets, considering the legislation, doctrine, and current jurisprudence within the national context. Initially, a detailed analysis will be conducted on public assets, elucidating the concept, the various classifications related to ownership, destination, and availability, as well as the legal regime that involves them, addressing issues such as inalienability, allocation and deallocation, imprescriptibility, and non-seizability. Subsequently, attention will be devoted to the constitutional principle of the "social function of property," evaluating it from the perspective of public assets. This fundamental principle will be contextualized within the scope of adverse possession, seeking to understand how the social function of property relates to the possibility of acquiring these assets through this institute. Finally, various positions found in doctrine and jurisprudence will be presented, aiming to identify the predominant understanding in relation to the feasibility or impossibility of adversely possessing public assets. The analysis of these different points of view will provide a comprehensive and in-depth perspective on the subject matter, contributing to the development of critical and well-founded reflections.

Keywords: adverse possession; public assets; social function.

[1] Residente jurídica do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, alocada no Departamento de Defesa do Meio Ambiente e do Patrimônio – DEMAP 11 (2022-2025). E-mail: yasmineramos01@gmail.com

1. Introdução

A Constituição Federal estabelece, nos artigos 183, §3º, e 191, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, que “os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”. Da mesma forma, o Código Civil dispõe em seu artigo 102 que “os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

Todavia, apesar da vedação legislativa e posição majoritária da doutrina e jurisprudência nacionais que sustentam a impossibilidade de usucapir bens públicos, surge uma problemática acerca da possibilidade de adquiri-los mediante a usucapião, com base no princípio constitucional da função social da propriedade consagrado no artigo 5º, inciso XXIII, e artigo 170, inciso III, da Constituição Federal. Assim, o questionamento central deste estudo é: podem imóveis públicos serem adquiridos por usucapião com base no princípio da função social da propriedade?

A pesquisa se justifica devido à necessidade de analisar os recentes entendimentos da doutrina e jurisprudência nacionais sobre a possibilidade ou não de usucapir bens públicos.

O objetivo geral deste artigo é analisar o instituto dos bens públicos e a aplicação da usucapião em relação a eles. Os objetivos específicos, por sua vez, são identificar os aspectos doutrinários e legais dos bens públicos; analisar o posicionamento da doutrina e jurisprudência brasileira quanto à possibilidade de adquirir imóveis públicos por usucapião; e verificar a possibilidade ou não de usucapir imóveis públicos com fundamento no princípio da função social da propriedade.

A pesquisa desenvolvida foi do tipo instrumental, de natureza exploratória, executada por meio do método indutivo, o qual, segundo Cesar Luiz Pasold (2015, p. 85), “é a forma lógico-comportamental investigatória pela qual o pesquisador identifica as partes de um fenômeno, colecionando-as de modo a ter uma percepção ou conclusão geral”. Por meio desse método, observaram-se situações específicas para alcançar uma conclusão geral.

Quanto às técnicas de pesquisa, utilizou-se a Bibliográfica, que consiste na “técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais” (PASOLD, 2015, p. 240), bem como a do Referente, que compreende a "explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa" (PASOLD, 2015, p. 241).

No que diz respeito aos dados, foram levantados e analisados por meio da pesquisa bibliográfica e documental, bem como pela análise de livros, jurisprudências, doutrinas e textos legais.

Para esclarecer adequadamente o tema em questão, esta pesquisa foi estruturada em quatro capítulos. No segundo capítulo, inicialmente, serão examinadas as principais definições relacionadas aos bens públicos, tais como os conceitos, classificações e regime jurídico. O terceiro capítulo se dedicará à análise do princípio constitucional da função social 2 da propriedade, conforme estabelecido no artigo 5º, inciso XXIII, e destacará sua aplicação aos bens públicos de forma geral. Já no quarto capítulo, serão apresentadas as perspectivas da doutrina e dos tribunais estaduais e superiores sobre o assunto, atribuindo ao estudo as conclusões referentes à aplicação do instituto da usucapião à luz da função social da propriedade em relação aos bens públicos.

2. Dos bens públicos

2.1. Conceito de bens públicos

O conceito de bens públicos é encontrado no artigo 98 do Código Civil de 2002: “São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina:

> Bens públicos são todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público (estas últimas, aliás, não passam de autarquias designadas pela base estrutural que possuem), bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público.
> O conjunto de bens públicos forma o "domínio público", que inclui tanto bens imóveis como móveis. (MELLO, 2015, p. 937)

E acrescenta:

> A noção de bem público, tal como qualquer outra noção em Direito, só interessa se for correlata a um dado regime jurídico. Assim, todos os bens que estiverem sujeitos ao mesmo regime público deverão ser havidos como bens públicos. Ora, bens particulares quando afetados a uma atividade pública (enquanto o estiverem) ficam submissos ao mesmo regime jurídico dos bens de propriedade pública. Logo, têm que estar incluídos no conceito de bem público. (MELLO, 2015, p. 938)

Portanto, bens públicos são aqueles que pertencem às pessoas jurídicas de direito público. Tais bens são tradicionalmente classificados sob a ótica de três aspectos: quanto à titularidade; quanto à destinação e quanto à disponibilidade, como se observará no tópico adiante.

2.2. Classificação dos bens públicos

2.2.1. Quanto à titularidade

Os bens públicos podem pertencer à União, aos Estados e aos Municípios, e, como vimos no tópico anterior, às suas respectivas autarquias e fundações de Direito Público. Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina (2018, p. 920): “Os bens públicos ainda podem ser classificados, quanto à titularidade, em federais, estaduais e municipais”.

2.2.2. Quanto à destinação

Em relação à sua destinação, os bens públicos são classificados em três categorias: bens de uso comum do povo; bens de uso especial e bens dominicais, conforme estabelece o artigo 99 do Código Civil, cuja descrição será melhor discorrida abaixo.

Os **bens de uso comum do povo** são aqueles que podem ser usados pela coletividade sem necessidade de qualquer permissão especial, “tais como rios, mares, estradas, ruas e praças” (CC, art. 99, I).

Vale considerar que tais bens

> não perdem essa característica se o Poder Público regulamentar seu uso ou torná-lo oneroso, instituindo **cobrança de pedágio**, como nas rodovias (art. 103). A Administração pode também restringir ou vedar o seu uso, em razão de segurança nacional ou de interesse público, interditando uma estrada, por exemplo, ou proibindo o trânsito por determinado local.
> O povo somente tem o direito de usar tais bens, mas não tem o seu **domínio.**

> Este pertence **à pessoa jurídica de direito público,** mas é um domínio com características especiais, que lhe confere a guarda, administração e fiscalização dos referidos bens, podendo ainda reivindicá-los. (GONÇALVES, 2011, p. 241, grifos da autora)

Os **bens de uso especial** são os locais destinados especialmente à execução dos serviços públicos e ao uso da administração. Eles estão expressos no artigo 99, II, do Código Civil e tratam-se de "edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias".

Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 938) exemplifica-os "como teatros, universidades, museus e outros abertos à visitação pública".

Quanto aos **bens dominicais**, o artigo 99, III, do Código Civil estabelece que são aqueles "que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades", ou seja, são aqueles em que "o Poder Público exerce poderes de proprietário. Incluem-se nessa categoria as terras devolutas, as estradas de ferro, oficinas e fazendas pertencentes ao Estado" (GONÇALVES, 2011, p. 242).

O parágrafo único do citado artigo acrescenta, ainda, que: "Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado". Nesse caso, esses bens "podem ser alienados pelos institutos típicos do direito civil, como se pertencessem a um particular qualquer" (GONÇALVES, 2011, p. 242).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona:

> A redação do dispositivo permite concluir que, nesse caso, a destinação do bem é irrelevante, pois, qualquer que seja ela, o bem se inclui como dominical só pelo fato de pertencer a pessoa jurídica de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado, a menos que a lei disponha em sentido contrário. Vale dizer que a lei instituidora da pessoa jurídica pode estabelecer a categoria dos bens, consoante a sua destinação. (DI PIETRO, 2018, p. 919)

Desse modo, se o bem é utilizado pela coletividade ou nele são realizadas atividades administrativas, não será classificado como bem público dominical.

2.2.3. Quanto à disponibilidade

Nesta análise os bens públicos são divididos em: bens indisponíveis; bens patrimoniais indisponíveis e bens patrimoniais disponíveis. Destaca-se que para essa divisão leva-se em conta a classificação quanto à destinação abordada no tópico acima.

Os **bens indisponíveis** são aqueles que não possuem natureza típica patrimonial e são insuscetíveis de alienação pelo poder público. Eles se relacionam aos bens de uso comum, que "não são suscetíveis de valoração patrimonial, de avaliação econômica" (DI PIETRO, 2018, p. 920).

Já os **bens patrimoniais indisponíveis** são aqueles que possuem caráter patrimonial, mas são inalienáveis por terem afetação pública. Estes se referem aos **bens de uso especial** "que são indisponíveis, ou por se destinarem ao uso coletivo ou por estarem destinados ao uso direto ou indireto da Administração, para consecução de seus fins" (DI PIETRO, 2018, p. 920).

Por outro lado, os **bens patrimoniais disponíveis** são aqueles que podem ser alienados, justamente por não estarem afetos à essa destinação pública, são os chamados **bens dominicais** (GONÇALVES, 2011). Por esse motivo, o Código Civil estabelece em

seu artigo 101: “Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei”.

2.3. Regime Jurídico dos Bens Públicos

Os bens públicos, no Direito Brasileiro, são detentores das seguintes características: inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade.

2.3.1. Da inalienabilidade

O artigo 100 do Código Civil de 2002 estabelece que “os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.”. E o artigo 101 acrescenta que “os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.”.

Celso Antônio Bandeira de Mello aprofunda a interpretação dos mencionados artigos, lecionando que os bens:

> de uso comum ou especial não são alienáveis enquanto conservarem tal qualificação, isto é, enquanto estiverem afetados a tais destinos. Só podem sê-lo (sempre nos termos da lei) ao serem desafetados, passando à categoria dos dominiais. O fato de um bem estar na categoria de dominical não significa, entretanto, que só por isto seja alienável ao alvedrio da Administração, pois o Código Civil, no artigo 101, dispõe que: "Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei".(MELLO, 2015, p. 940)

2.3.1.1. Da afetação e desafetação dos bens públicos

No que tange à inalienabilidade dos bens públicos de uso comum e de uso especial é importante ressaltar que essa característica não é absoluta, visto que poderá ser perdida por meio do instituto da desafetação, “ou seja, passar para a categoria de bens dominicais, pela perda de sua destinação pública.” (PIETRO, 2018, p. 931).

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 242) a desafetação “é a alteração da destinação do bem” e “deve ser feita por lei ou por ato administrativo praticado na conformidade desta”.

Por outro lado, a alienabilidade dos bens públicos dominicais (artigo 101 do Código Civil de 2002) também não é absoluta, “porque podem perdê-la pelo instituto da afetação, que é ato ou fato pelo qual um bem passa da categoria de bem do domínio privado do Estado para a categoria de bem do domínio público” (GONÇALVES, 2011, p. 242).

Assim, torna-se significativa a ocorrência da modificação de finalidade. Na afetação o bem adquire uma destinação pública que anteriormente não possuía, enquanto na desafetação o bem, que anteriormente tinha uma destinação pública, deixa de tê-la, seja de forma temporária ou definitiva, ou seja, ocorre o fenômeno oposto.

2.3.2. Da imprescritibilidade

A Constituição Federal de 1988 prevê em seus artigos 183, §3º, e 191, parágrafo único, que “os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

O Código Civil de 2002 também discorre nesse sentido em seu artigo 102: “os bens públicos não estão sujeitos a usucapião”.

Da mesma forma, a Súmula n. 340 do Supremo Tribunal Federal dispõe que “desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.”.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 940) explica que “quer-se com esta expressão significar que os bens públicos – sejam de que categoria forem – não são suscetíveis de usucapião.”.

Portanto, é possível constatar, mediante os dispositivos legais apresentados, a recusa da viabilidade da usucapião de bens públicos. Isso evidencia que uma considerável parcela da doutrina adere a essa perspectiva.

2.3.3. Da impenhorabilidade

Os bens públicos não podem ser penhorados, devido ao disposto no artigo 100 da Constituição Federal de 1988, pois “de acordo com ele, há uma forma específica para satisfação de créditos contra o Poder Público inadimplente” (MELLO, 2015, p. 940).

Nesse sentido, Maria Helena Diniz (2012, p. 399) ensina que os bens públicos possuem o atributo da impenhorabilidade, porque são “inalienáveis, insuscetíveis de serem dados em garantia. A impenhorabilidade impede que o bem passe do patrimônio do devedor ao do credor, ou de outrem, por força da execução judicial (adjudicação ou arrematação)”.

Assim, de acordo com a autora mencionada, fica evidente que os bens públicos não estão sujeitos ao regime da penhora e, por essa razão, são caracterizados como impenhoráveis.

3. Da função social dos bens públicos

Tendo em vista os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, CRFB), o poder constituinte originário, por meio do artigo 5º, incisos XXII e XXIII, da CRFB, consagrou no rol de direitos e garantias fundamentais a noção de direito de propriedade e de função social da propriedade.

Observa-se que um instituto não se confunde com o outro; neste sentido, José Afonso da Silva (2014, p. 284) explica: “A função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade”.

Nathalia Masson (2016, p. 255) leciona, ainda: “Entende-se, pois, que a função social é exigência constitucional que, se efetivada, culmina no reconhecimento de que o direito de propriedade estará resguardado na sua plenitude”.

Em síntese, a função social da propriedade é erigida constitucionalmente como um direito fundamental, cuja finalidade reside em harmonizar a tessitura social do ponto de vista coletivo, impondo limitações à propriedade individual e zelando pelo incremento do atendimento ao interesse público.

Dentro deste conceito, Júlio Cesar Sanchez (2022) aduz que o atual Código Civil de 2002 também deixa explícito que a propriedade deve atender à sua função social por meio do artigo 1.228, parágrafos primeiro a quinto, uma vez que coíbe o uso abusivo da propriedade e estabelece que ela deve ser utilizada para o bem comum.

A partir desse prisma, observa-se que o direito civil caracteriza a conduta do proprietário que não atende à função social de sua propriedade como antissocial e dá prevalência à posse funcionalizada, viabilizando, consequentemente, o reconhecimento da usucapião pelo terceiro possuidor (ROSINA, 2015).

Certo é, na esfera do direito privado, que o reconhecimento da usucapião é perfeitamente possível para o possuidor que funcionalizou sua posse, em conformidade com os ditames constitucionais.

Por outro lado, em sede de direito público, quanto à possibilidade de usucapir bens públicos devido ao não atendimento de sua função social pelo Poder Público, a

doutrina e a jurisprudência demonstram uma marcante oposição, fundamentada na simples justificativa da existência de uma proibição explícita tanto na Constituição quanto na legislação infraconstitucional (ROSINA, 2015), que será mais bem estudada no próximo capítulo.

Apesar disso, percebe-se que os ditames constitucionais supramencionados não estabelecem parâmetros diversificados para a aplicação da função social sobre bens privados e públicos; e caso houvesse, seria inconcebível exigir que tão somente os bens privados ficassem atentos ao interesse social, eximindo os bens públicos de tal obrigação.

Com isso, é forçoso concluir que os bens públicos devem cumprir sua função social, mormente pela sua finalidade estrutural e intrínseca de atender ao interesse público.

4. Da usucapião de bens públicos

A usucapião, também conhecida como prescrição aquisitiva, constitui um meio de adquirir a propriedade e outros direitos reais por meio da posse prolongada da coisa, desde que determinadas condições sejam atendidas.

Em princípio, os bens públicos não podem ser adquiridos por meio do instituto da usucapião, conforme estabelecido nos artigos 183, §3º e 191, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, e no artigo 102 do Código Civil de 2002. Essa restrição decorre da proteção especial concedida aos bens públicos.

Com base nesses dispositivos legais, as teses que visam reconhecer a prescrição aquisitiva em relação aos bens públicos têm sido rejeitadas pelos tribunais e por uma parte expressiva da doutrina.

Entretanto, apesar da proibição constitucional, há debates intensos na doutrina e na jurisprudência sobre se a impossibilidade de adquirir bens públicos por meio de usucapião é verdadeiramente absoluta, especialmente quando confrontada com o princípio da função social da propriedade.

A seguir, examinaremos alguns posicionamentos da doutrina e da jurisprudência nacionais, especialmente dos Tribunais Superiores e do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com o intuito de verificar o entendimento predominante acerca da viabilidade ou impossibilidade de usucapir bens públicos.

4.1. Posicionamento da Doutrina

No que diz respeito ao tema em análise, alguns autores sustentam a tese da impossibilidade de adquirir bens públicos por meio de usucapião. Entre esses, destacam-se Maria Helena Diniz, Celso Antônio Bandeira de Mello, José Afonso da Silva e Hely Lopes Meirelles. A seguir, apresentam-se alguns posicionamentos nesse sentido:

Maria Helena Diniz, em sua obra “Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas”, explicita seu entendimento:

> Há proprietários que não podem perder a propriedade por usucapião, como ocorre com as pessoas jurídicas de direito público, cujos bens são imprescritíveis.
> (...)
> Jamais poderão ser objeto de usucapião: (...) b) os bens públicos que estando fora do comércio são inalienáveis (STF, Súmula 340; RT, 803:226). Até alguns anos atrás não era pequena a controvérsia sobre se podiam ou não ser usucapidos os bens públicos, prevalecendo, mesmo, a opinião em sentido afirmativo desde que houvesse posse tranquila dos bens de uso especial e

> dominicais durante 40 anos, mantendo-se porém a imprescritibilidade dos bens de uso comum. Essa dúvida se dissipou com o Decreto n. 22.785, de 31 de maio de 1933, ora revogado pelo Decreto s/n. De 25-4- 1991, que no seu art. 2º afirmava que "os bens públicos, seja qual for sua natureza, não estão sujeitos à prescrição", orientação essa reiterada em normas posteriores. (DINIZ, 2023, p. 170)

No mesmo sentido, Gustavo Tepedino, Carlos Edison e Pablo Renteria explanam:

> Em princípio, são usucapíveis todas as coisas materiais e todos os direitos reais sobre coisas prescritíveis. Contudo, determinados bens não podem ser usucapidos por expressa determinação legal. Quando o Código Civil de 1916 foi promulgado, discutia-se se os bens públicos poderiam ser objeto de usucapião. Sustentava-se que, como os bens públicos patrimoniais estavam sujeitos à alienação, também poderiam ser adquiridos por usucapião, definida como forma de alienação prescrita em lei. Entretanto, os Decretos n. 19.924 de 27 de abril de 1931, n. 22.785 de 31 de maio de 1933 e o Dec.-Lei n. 9.760 de 5 de setembro de 1946 determinaram que os bens públicos não podiam ser usucapidos. Atualmente, tal restrição encontra-se prevista na Constituição Federal. Nenhum bem imóvel público estará sujeito à usucapião, conforme o § 3º do artigo 183 e o parágrafo único do artigo 191 da Lei Maior, que determinam: "os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião". O mesmo dispõe o artigo 102 do Código Civil.
> A impossibilidade justifica-se em face do interesse social, "uma vez que os bens públicos, como patrimônio coletivo, não se devem achar expostos ao risco desta apropriação particular, tanto mais grave quanto maiores as dificuldades de fiscalização e país extremamente vasto dotado de regiões mal povoada". Por outro lado, os bens das sociedades de economia mista e empresas públicas, devido à sua natureza de direito privado, são suscetíveis de serem adquiridos pela usucapião, desde que não afetados ao serviço público. (TEPEDINO; EDISON; RENTERIA, 2023, p. 122)

Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra "Direito Civil Esquematizado", leciona:

> Dispõe, ainda, o art. 102 do Código Civil que os "bens públicos não estão sujeitos a usucapião". Nesse mesmo sentido já proclamava anteriormente a Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal: "Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião". Encontra-se hoje totalmente superada a discussão que outrora se travou no País a respeito da possibilidade de bens públicos serem adquiridos por usucapião, mormente os dominicais, visto que a Constituição de 1988 veda expressamente, nos arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, tal possibilidade, tanto no que concerne aos imóveis urbanos como aos rurais. (GONÇALVES, 2011, p. 243)

Nas lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, encontra-se o seguinte esclarecimento:

> Com relação ao **usucapião**, depois de larga divergência doutrinária e jurisprudencial, o Decreto n o 22.785, de 31-5-33, veio expressamente proibi-lo, seguindo-se norma semelhante no Decreto-lei nº 710, de 17-9-38 e, depois, no Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46 (este último concernente apenas aos bens imóveis da União). O STF, pela Súmula nº 340, consagrou o entendimento de que "desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião". No entanto, tem havido exceções, como a prevista nas Constituições de 1934, 1937 e 1946, que previam o chamado **usucapião *pro labore*,** cujo objetivo era assegurar o direito de propriedade àquele que cultivasse a terra com o

> próprio trabalho e o de sua família; a Constituição de 1967 não mais contemplou essa modalidade de usucapião, porém valorizava ainda o trabalho produtivo do homem do campo, permitindo que lei federal estabelecesse as condições de **legitimação de posse e de preferência para aquisição**, até 100 ha, de terras públicas por aqueles que as tornassem produtivas com o seu trabalho e o de sua família (art. 164 da redação original, e art. 171, após a Emenda Constitucional nº 1, de 1969). As condições para essa legitimação estão contidas nos artigos 29 a 31 da Lei nº 6.383, de 7-12-76. A legitimação difere do usucapião porque, neste, a posse dá direito à aquisição, pura e simples, do imóvel pelo simples decurso do tempo; naquela, a posse dá direito de **preferência para aquisição** do imóvel pelo valor histórico, desde que comprovados os requisitos legais. (DI PIETRO, 2018, p. 927/928)

Na mesma linha de raciocínio, Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que:

> Os *bens das autarquias* são considerados bens públicos e, por isto, protegidos na conformidade do regime próprio que se lhes aplica, do que decorre que (a) quando forem de uso comum ou de uso especial são inalienáveis enquanto conservarem tal qualificação (Código Civil de 2002, art. 100), ao passo que os dominicais podem ser alienados observadas as exigências da lei (art. 101 do mesmo Código); (b) são todos eles insuscetíveis de usucapião (art. 200 do Decreto-lei 9.760, de 5.9.1946, e especificamente em relação a imóveis: arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da Constituição Federal, e 102 do Código Civil de 2002); e (c) não podem ser objeto de direitos reais de garantia, pois não são excutíveis, conforme a seguir se esclarece. (...)
> c) **Imprescritibilidade - quer-se com esta expressão significar que os bens públicos - sejam de que categoria forem - não são suscetíveis de usucapião.** É o que estabelecem os arts. 102 do Código Civil e 200 do Decreto-lei 9.760, de 5.9.1946, que regula o domínio público federal. Antes dele, já a tradição normativa, desde o Brasil-Colônia, repelia a usucapião de terras públicas, embora alguns insistissem em questionar este tópico. A primeira lei de terras do Brasil independente, Lei 601, de 18 .9 .1850, e seu Regulamento, n. 1.318/1854, impunham tal intelecção e os Decretos federais 19.924, de 27.4.1931, 22.785, de 31.5.1933, e 710, de 17.9.1938, também espancavam qualquer dúvida sobre isto. Hoje, a matéria está plenamente pacificada (Súmula 340 do STF).
> Ademais, a Constituição vigente é expressa, em seus arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, ao dispor que "os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião". Assim, as normas sobre a usucapião *pro labore*, previstas no art. 191, caput, não podem ser invocadas *em relação a bens públicos*. No passado, podiam. É que os textos constitucionais anteriores que previam tal modalidade de usucapião não mencionavam a imprescritibilidade dos imóveis públicos. Era cabível, pois, entender que prevaleciam sobre a proteção que lhes era dada pela legislação ordinária. Hoje isto não é mais possível, ante a clareza do precitado parágrafo único do art. 191. (MELLO, 2015, pp. 171; 940-941, grifo da autora)

Nathalia Masson (2016, p. 259) também explica: “Frise-se, por último, que imóveis públicos (sejam urbanos ou rurais) **não** serão adquiridos por usucapião, conforme previsão dos artigos 183, § 3° e 191, parágrafo único, ambos da CF/88” (grifo da autora).

Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 352) afirma brevemente: “Por último, os bens públicos não são usucapíveis”.

José Afonso da Silva, ao dissertar sobre a usucapião pró-moradia, também discorre (2014, p. 831): “Veda-se, por outro lado, o usucapião, para tal fim, de imóveis públicos”. Quando aborda sobre a usucapião “prolabore”, explana da mesma maneira (2013, p. 836): “Anota-se, contudo, que não se verifica usucapião de imóveis públicos”.

Em sua obra "Direito Municipal Brasileiro" Hely Lopes Meirelles brilhantemente discorre:

> A *imprescritibilidade dos bens públicos* decorre como consequência lógica da sua *inalienabilidade* originária. E é fácil demonstrar a assertiva: se os bens públicos são originariamente inalienáveis, segue-se que ninguém os pode adquirir enquanto guardarem essa condição. Daí não ser possível a invocação de usucapião sobre eles. É princípio jurídico de aceitação universal que não há direito contra Direito, ou, por outras palavras, não se adquire direito em desconformidade com a lei vigente.
> A despeito disso, por longo tempo lavrou fundo a divergência jurisprudencial, até que os Decretos federais 19.924, 22.785 e 710, respectivamente de 27.4.1931, 31.5.1933 e 17.9.1938, cortaram a dúvida, reiterando a imprescritibilidade dos bens públicos, "seja qual for a sua natureza" (art. 2º do Decreto 22.785). Hoje é remansosa a jurisprudência nesse sentido, quer do STF (Súmula 340), quer das Cortes estaduais. (MEIRELLES, 2017, p. 338)

Com isso, é possível compreender que a tese da impossibilidade de adquirir imóveis públicos, sejam urbanos ou rurais, fundamenta-se no interesse social, intrínseco à essência dos bens públicos, e na clareza da vedação constitucional acerca do assunto.

Por outro lado, há um posicionamento minoritário que defende a tese da possibilidade de se usucapir bens públicos. Entre eles está Júlio Cesar Sanchez, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, cujas defesas discorrem nos termos abaixo:

Nas palavras de Júlio Cesar Sanchez:

> É possível usucapir bem público, pois existem várias classificações de bens públicos. Dessa forma, o bem público sem destinação social abandonado deverá ser objeto de possível usucapião em prol do possuidor que cumpra e prove todos os pressupostos do instituto e sua modalidade.
> (...)
> É de se defender a possibilidade de usucapião sobre os bens públicos, como instrumento hábil a fazê-los cumprir sua função social, uma vez que a intenção do legislador constituinte, ao tratar da imprescritibilidade, referiu-se aos bens materialmente públicos.
> (...)
> Com isso, queremos dizer que, se formalmente público, seria possível a usucapião, satisfeitos os demais requisitos; sendo materialmente público, haveria óbice à usucapião. Essa seria a forma mais adequada de tratar a matéria, se lembrarmos que, enquanto o bem privado "tem" função social, o bem público "é" função social.(SANCHEZ, 2022, p. 57, 65 e 67)

Da mesma maneira, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald defendem que:

> Não é a personalidade jurídica do titular do bem que determinará a sua natureza, mas a afetação de suas finalidades a um serviço público. Vivencia-se uma época em que 10 não se avalia o rótulo, mas a efetividade dos modelos jurídicos. Em outras palavras, se o bem pertencente à União, Estados, Municípios, Autarquias e Fundações de Direito Público, não guardar qualquer relação com a finalidade pública exercitada pela pessoa jurídica de direito público, haverá possibilidade de usucapião. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 407)

Nota-se, assim, que os mencionados autores sustentam a ideia de que a natureza do bem não é determinada pela personalidade jurídica de seu titular, mas sim pela destinação de suas finalidades a um serviço público, especialmente quando o bem público desempenha uma função social.

Contudo, é perceptível que, apesar de existir uma corrente de autores que advoga pela sujeição dos bens públicos à usucapião, mesmo que restrita aos formalmente públicos, tal posicionamento é minoritário. A corrente majoritária não aceita a possibilidade de usucapião dos bens públicos, sejam eles formais ou materiais, e fundamenta-se na necessidade de preservar a harmonia, unidade e a força normativa e vinculante da Constituição Federal.

4.2. Posicionamento da Jurisprudência

Considerando essas observações, é relevante destacar que a jurisprudência predominante sustenta firmemente a posição de que a usucapião de bens públicos não é admissível. Inclusive, o assunto já fora sumulado pelo Tribunais Superiores:

> **Súmula n. 340, STF**: Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.
> **Súmula n. 619, STJ**: A ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias.

Da mesma maneira, este é o entendimento que se depreende das ementas das decisões proferidas pelo Superior Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, como se evidencia a seguir:

> EMENTA: Trata-se de agravo contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto de acórdão cuja ementa segue transcrita: Constitucional. **Ação de usucapião. Bem pertencente à União Federal. Bem público. Usucapião impossibilidade. Art. 200, do Decreto-Lei nº 9.760/46. Arts. 183, § 3º, e 191, da CF/88. Art. 500, do CC/1916. Súmula 340 do STF**. Apelação improvida (pág.118 do volume 2). No RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se violação ao art. 5º, XXXVI, da mesma Carta. A pretensão recursal não merece acolhida. O acórdão recorrido decidiu a questão com fundamento na análise do acervo fático-probatório constante nos autos. Assim, firmar entendimento diverso implicaria novo exame deste conjunto, circunstância que torna inviável o recurso nos termos da Súmula 279 do STF. No mesmo sentido, cito precedentes de ambas as Turmas desta Corte: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO. BEM DOMINICAL. SUPOSTA AQUISIÇÃO EM DATA ANTERIOR AO REGISTRO DO BEM PELA UNIÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 279 DO STF. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A Súmula 279/STF dispõe: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. 2. É que o recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. 3. In casu, o acórdão recorrido assentou: A**DMINISTRATIVO. AÇÃO DE USUCAPIÃO. BEM DOMINICAL. IMPOSSIBILIDADE DE ALIENAÇÃO. 1. A área objeto da presente ação constitui bem publico dominical, sobre o qual não pode incidir usucapião, nost ermos dos arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da Constituição Federal. 2. Em que pese a demonstração pelo autor da posse mansa e pacífica do bem por período superior a vinte anos, sendo o imóvel propriedade da União, impossível a sua aquisição pela usucapião. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (AI 852.804-AgR/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma).** Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Usucapião. Bem público. O Tribunal de origem consignou

que os requisitos para aquisição do domínio foram reunidos antes da edição do Código Civil de 1916 e da posterior vedação constitucional. Conclusão insuscetível de reexame por força da Súmula 279. Necessidade de interpretação da legislação infraconstitucional. Impossibilidade na via extraordinária. Precedente. (...) (AI 606.103-AgR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma). Isso posto, nego seguimento ao recurso (CPC, art. 557, caput). Publique-se. (STF, 2014, *on-line*, grifo da autora)

EMENTA: DECISÃO: vistos, etc. Trata-se de recurso extraordinário, interposto com suporte na alínea a do inciso III do art. 102 da Constituição Republicana, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão assim ementado (fls. 83): **USUCAPIÃO. TERRAS PÚBLICAS. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.** INDEFERIMENTO DA INICIAL. DECISÃO CORRETA. RECURSO IMPROVIDO. 1) Sendo as terras da TERRACAP Companhia Imobiliária de Brasília públicas, por força da Lei nº 5.861/72, que faz o Distrito Federal participar com 51% de seu capital, impossível serem elas adquiridas por Usucapião. **2) Impossível se mostra o pedido de usucapião de terras públicas, por expressa proibição neste sentido contida nos parágrafos 3º e único, dos artigos 183 e 191 da Constituição Federal, o que leva à extinção do processo sem apreciação do mérito, com base no artigo 267, VI, do CPC**. 3) Recurso conhecido e improvido. 2. Pois bem, a parte recorrente alega ofensa ao art. 173, ao § 3º do art. 183 e ao parágrafo único do art. 191 da Magna Carta de 1988. 3. A seu turno, a Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Rodrigo Janot Monteiro de Barros, opina pelo desprovimento do recurso. 4. Tenho que a insurgência não merece acolhida. Isso porque o art. 173 da Constituição Federal não foi apreciado pelo aresto impugnado. Tampouco foram opostos embargos declaratórios para suprir eventual omissão. Falta, portanto, o necessário prequestionamento, nos termos das Súmulas 282 e 356/STF. **5. De mais a mais, o entendimento adotado pela instância judicante de origem afina com a jurisprudência desta nossa Casa de Justiça, que me parece juridicamente correta, a qual reconhece a impossibilidade de usucapião de bem público. Leia- se, a propósito, a Súmula 340/STF: Desde a vigência do código civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.** 6. Incide, por fim, a Súmula 279/STF. Ante o exposto, e frente ao caput do art. 557 do CPC e ao § 1º do art. 21 do RI/STF, nego seguimento ao recurso. Publique-se. (STF, 2011, *on-line*, grifo da autora)

EMENTA: AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 788.019 - RS (2015/0235236-0) RELATOR : MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA AGRAVANTE : SELMA MIRIAN DE FREITAS JOSLIN ADVOGADO : FRANÇÓIS YOUSSEF DAOU E OUTRO(S) - PR039492 AGRAVADO : ABDON SOARES - ESPÓLIO AGRAVADO : MYLKA POLYSU SOARES - ESPÓLIO ADVOGADO : CELIO LUCAS MILANO - PR024580 AGRAVADO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL DECISÃO Trata-se de agravo nos próprios autos (CPC/1973, art. 544) contra decisão que inadmitiu o recurso especial por aplicação da Súmula n. 7/STJ (e-STJ fls. 490/491). O acórdão do TRF da 4ª Região traz a seguinte ementa (e-STJ fl. 443): ADMINISTRATIVO. USUCAPIÃO. VILA DOMITILA. BEM PÚBLICO. IMÓVEL PERTENCENTE AO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS. IMPOSSIBILIDADE. INDEFERIMENTO DA INICIAL. **1. O entendimento desta Corte é firme no sentido da impossibilidade jurídica de aquisição por usucapião de bem público (art. 183, § 3º, da CF). 2. Reconhecido que o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS é o legítimo proprietário dos imóveis localizados na "Vila Domitila", em Curitiba/PR, não há como reconhecer o pedido de usucapião, sob pena de ofensa à Constituição Federal.** 3. Indeferimento da inicial mantido. No recurso especial (e-STJ fls.

453/457), fundamentado no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da CF, a recorrente apontou violação do art. 282 do CPC/1973, visto que estariam presentes os requisitos necessários ao reconhecimento da usucapião postulada sobre o imóvel em disputa, além de que o bem usucapiendo não seria público, sendo, dessa maneira, descabido extinguir a demanda sem resolução do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido. Não foram apresentadas contrarrazões (e-STJ fl. 473). No agravo (e-STJ fls. 499/505), afirma a presença de todos os requisitos de admissibilidade do especial. Não foi apresentada contraminuta (e-STJ fl. 517). É o relatório. Decido. O recurso especial e o agravo foram interpostos com fundamento no Código de Processo Civil de 1973, por isso devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, com as interpretações dadas pela jurisprudência desta Corte (Enunciado Administrativo n. 2/STJ). Nas alegações do especial, a recorrente apontou violação do art. 282 do CPC/1973 para argumentar que estariam presentes as condições necessárias à declaração da usucapião postulada sobre o imóvel em disputa, além de que o bem usucapiendo não seria público, sendo, dessa maneira, descabido extinguir a demanda sem resolução do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido. Todavia, o dispositivo legal supramencionado não possui o alcance normativo pretendido pela recorrente, a fim de sustentar suas alegações, porque apenas prevê genericamente os requisitos da petição inicial. Dessa forma, a fundamentação recursal mostra-se deficiente e atrai, por analogia, a incidência da Súmula n. 284/STF. A esse respeito: AgInt no AgInt no AREsp n. 984.530/SP, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/9/2017, DJe 20/10/2017, e AgInt no REsp n. 1.505.441/SC, Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 2/8/2017. É de ver que o Tribunal de origem não debateu o conteúdo do art. 282 do CC/2002. Dessa forma, sem ter sido objeto de debate na decisão recorrida e ante a falta de aclaratórios, a matéria contida em tal dispositivo carece de prequestionamento e sofre, por conseguinte, o empecilho das Súmulas n. 282 e 356 do STF. Além disso, o Tribunal a quo, soberano na análise do processo cognitivo dos autos, não reconheceu a usucapião alegada pela recorrente sobre o imóvel litigioso, ante a natureza pública do bem. Confira-se (e-STJ fls. 440/442): **É cediço que os imóveis de propriedade pública, de titularidade da União, não podem ser passíveis de usucapião em razão das características do regime excepcional dos bens públicos, tais como a inalienabilidade, a imprescritibilidade e de estarem fora do comércio, as quais impedem que sobre eles ocorra prescrição aquisitiva. Nesse sentido, o art. 183, § 3º e o art. 191, parágrafo único, ambos da Constituição Federal de 1988, in verbis:** [...] De outro lado, constata-se que, em relação aos imóveis localizados na Vila Domitila, em Curitiba/PR, já houve decisão definitiva reconhecendo a propriedade do INSS sobre a área e, portanto, na medida em que públicos e pertencentes à União, a impossibilidade de virem a ser usucapidos. **A matéria está pacificada no âmbito deste Tribunal, conforme exemplificam os seguintes julgados: [...] Desta forma, possuindo o imóvel a natureza de bem público, resta impossibilitada a pretensão da apelante de adquirir a área por usucapião, do que decorre a correção da decisão da magistrada monocrática.** Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação. É o voto. Diante da propriedade pública do imóvel premissa insuscetível de revisão nesta sede especial, ante a incidência do óbice da Súmula n. 7/STJ, verifica-se que o entendimento da Justiça de origem se harmoniza com a jurisprudência do STJ, segundo o qual "a Súmula 340/STF orienta que, desde a vigência do Código Civil de 1916, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião" (REsp n. 1.090.847/RS, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/4/2013, DJe 10/5/2013). Em igual sentido: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DISCRIMINATÓRIA. PONTAL DO PARANAPANEMA. ACÓRDÃO RECORRIDO. OMISSÃO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO-

> CONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REGULARIDADE DA CITAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. LEGISLAÇÃO ESTADUAL. NÃO-CONHECIMENTO. REGISTROS PÚBLICOS. PRESUNÇÃO RELATIVA. PROVA EMPRESTADA. CABIMENTO. DOCUMENTO FALSO. COMPROVAÇÃO DE POSSE. IMPOSSIBILIDADE. USUCAPIÃO COM BASE EM LEGISLAÇÃO ESTADUAL. INVIABILIDADE. SÚMULA 340/STF. […]. Não comprovada a posse, inviável o reconhecimento de usucapião, qualquer que seja o fundamento jurídico alegado (legislação federal ou estadual). **De qualquer forma, o STF, nos processos que sustentam a Súmula 340 daquela Corte ("Desde a vigência do código civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião"), entendeu que inexiste usucapião de imóveis públicos decorrente de legislação estadual, ainda que se trate de terras devolutas pertencentes ao Estado (RE 4.369/SP, j. 21.9.1943).** Incabível, assim, a pretensão de usucapião extraordinário (e de desnecessidade de comprovação de justo título) com base no Decreto-Lei de SP 14.916/1945. 14. Recurso Especial de Wilson Rondó Júnior e outros não conhecido. Recurso Especial de Ponte Branca S/A e outro parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Recursos Especiais de Antônio dos Santos Vardasca, Willian Branco Peres e outros conhecidos e não providos. (REsp n. 617.428/SP, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/8/2010, DJe 27/4/2011.) Estando o acórdão impugnado em sintonia com a jurisprudência assente neste Tribunal Superior, incide a Súmula n. 83/STJ, que se aplica como óbice tanto aos recursos interpostos com base na alínea "c" quanto àqueles fundamentados pela alínea "a" do permissivo constitucional. Ante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo. Publique-se e intimem-se. (STJ, 2019, *on-line*, grifo da autora)

Júlio Cesar Sanchez, em sua obra “Usucapião”, ao abordar sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acerca da possibilidade de usucapião de bens públicos, apresentou o seguinte dado:

> Das 20 (vinte) decisões encontradas neste Tribunal, todas foram no sentido contrário à possibilidade da usucapião, sob a justificativa da impossibilidade e inadmissibilidade devido à situação de mera detenção do imóvel e da vedação constitucional. (SANCHEZ, 2022, p. 64),

Em oposição à perspectiva adotada pelos Tribunais Superiores, há algumas decisões dos tribunais estaduais pouco comuns no país que sustentam a possibilidade de se admitir a usucapião de bens públicos.

Nesse contexto, menciona-se o seguinte acórdão da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, referente à Apelação Cível n.º 1.0194.10.011238-3/001/MG (SANCHEZ, 2022), cujo relator é o Desembargador Carlos Levenhagen, datado de 08/05/2014, conforme se segue:

> EMENTA: APELAÇÃO CIVIL - AÇÃO REIVINDICATÓRIA - DETENÇÃO - INOCORRÊNCIA - POSSE COM "ANIMUS DOMINI" - COMPROVAÇÃO - REQUISITOS DEMONSTRADOS - PRESCRIÇÃO AQUISITIVA – EVIDÊNCIA -POSSIBILIDADE - EVIDÊNCIA - PRECEDENTES - NEGAR PROVIMENTO. -"A prescrição, modo de adquirir domínio pela posse contínua (isto é, sem intermitências), ininterrupta (isto é, sem que tenha sido interrompida por atos de outrem), pacífica (isto é, não adquirida por violência), pública (isto é, exercida à vista de todos e por todos sabida), e ainda revestida com o animus domini, e com os requisitos legais, transfere e consolida no possuidor a propriedade da coisa, transferência que se opera, suprindo a prescrição a falta de prova de título

> preexistente, ou sanando o vício do modo de aquisição". (TJMG, 2014, *on-line*)

Apesar disso, conforme mencionado anteriormente, torna-se claro que a jurisprudência predominante não aceita a usucapião de bens públicos, incluindo os classificados como bens públicos dominicais.

5. Considerações finais

Diante do exposto, constata-se que a vedação da prescrição aquisitiva em relação aos bens públicos é abordada de maneira absoluta, sem exceções à regra normativa. Portanto, o que prevalece, como destacado, é a imprescritibilidade desses bens e, consequentemente, a impossibilidade de serem usucapidos.

Não obstante, embora os bens públicos devam atender ao interesse social, especialmente pela sua finalidade intrínseca de servir à coletividade, não se permite cogitar a desconsideração e desrespeito à vedação constitucional acerca do tema, assim como às disposições infraconstitucionais, súmulas, posicionamento expressivo da doutrina e entendimento reiterado da jurisprudência, tanto dos Tribunais Superiores quanto das Cortes estaduais.

Embora novas perspectivas estejam emergindo, muitas delas se baseiam em argumentos simplistas, inadequados para lidar com os desafios contemporâneos que visam à construção de uma sociedade mais equitativa.

Conceder a possibilidade de aquisição de bens públicos por particulares, fundamentada na posse prolongada, representaria um retrocesso social de magnitude expressiva, tendo em vista a vastidão territorial do país e a sobrecarga inerente à máquina administrativa. Tal permissão desencadearia impactos adversos, comprometendo não apenas a integridade do patrimônio público, mas também a eficácia das políticas de ordenamento territorial e gestão administrativa.

A extensão territorial do Brasil demanda uma gestão cuidadosa e estratégica dos recursos públicos, visando garantir o atendimento das necessidades da população em diversas regiões. Permitir a usucapião de bens públicos introduziria uma dinâmica prejudicial, podendo resultar na dispersão desordenada de propriedades, prejudicando o planejamento urbano e rural, além de comprometer a preservação de áreas de relevância ambiental.

Ademais, a sobrecarga da máquina administrativa já é uma realidade desafiadora. Acrescentar a complexidade e as disputas decorrentes da usucapião de bens públicos aumentaria a carga de trabalho dos órgãos responsáveis, retardando processos, prejudicando a eficiência e minando a capacidade de responder eficazmente às demandas sociais.

Portanto, a preservação da impossibilidade de usucapião de bens públicos é crucial para assegurar a estabilidade do ordenamento jurídico, a integridade do patrimônio estatal e a capacidade do Estado de gerenciar seus recursos de forma estratégica, promovendo o bem- estar social e o desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

BASTOS, C. R. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 371 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 19.924, de 27 de abril de 1931**. Dispõe sobre as terras devolutas. Coleção de Leis do Brasil, Rio de Janeiro, v. 1, p. 521, 1931. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19924-27-abril-1931-514651-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 22.785, de 31 de maio de 1933**. Veda o resgate dos aforamentos de terrenos pertencentes no domínio da União e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Rio de Janeiro, p. 11.346, 08 jun. 1933. Disponível em: https://www.google.com/search?q=https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22785-31-maio-1933-505782-publicacaooriginal-1-pe.html%23:~:text%3DDecreta%253A-,Art.,n%25C3%25A3o%2520s%25C3%25A3o%2520sujeitos%2520a%2520usucapi%25C3%25A3o. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 710, de 17 de setembro de 1938**. Reorganiza a Diretoria do Domínio da União. Diário Oficial da União: seção 1, Rio de Janeiro, p. 18.994, 22 set. 1938. Disponível em: https://www.google.com/search?q=https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-710-17-setembro-1938-358386-publicacaooriginal-1-pe.html%23:~:text%3DReorganiza%2520a%2520Diretoria%2520do%2520Dom%25C3%25ADnio%2520da%2520Uni%25C3%25A3o.%26text%3Dos%2520bens%2520dos%2520devedores%2520da,na%2520forma%2520do%2520C%25C3%25B3digo%2520Civil. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946**. Dispõe sobre os bens imóveis da União dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Rio de Janeiro, p. 12.500, 06 set. 1946. Disponível em: https://www.google.com/search?q=https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-9760-5-setembro-1946-417540-publicacaooriginal-1-pe.html%23:~:text%3DDisp%25C3%25B5e%2520sobre%2520os%2520bens%2520im%25C3%25B3veis%2520da%2520Uni%25C3%25A3o%2520d%25C3%25A1%2520outras%2520provid%25C3%25AAncais.%26text%3Dos%2520que%2520tenham%2520sido%2520a,lei%252C%2520incorporados%2520ao%2520seu%2520patrim%25C3%25B4nio. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 788.019 - RS** (2015/0235236-0). Disponível em: https://www.google.com/search?q=https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/%3Fnum_registro%3D201502352360%26dt_publicacao%3D05/08/2019. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 619**. A ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça,

[2018]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência**, Brasília, n. 752, p. 17-18, out. 2022. Disponível em: https://www.google.com/search?q=https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/%3Facao%3Dpesquisarumaedicao%26livre%3D0752.cod. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 812.138/PE**. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho418284/false. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 569.305/DF**. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho228876/false. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 340**. Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1964]. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula340/false. Acesso em: 19 out. 2023.

BRITO, M. D. P.; MARQUES, V. P. Usucapião de bens públicos dominicais. **Revista Vertentes do Direito**, Tocantins, v. 4, n. 1, p. 42–62, 2017. DOI: https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2017.v4n1.p42-62. Disponível em: https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/2860. Acesso em: 19 out. 2023.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 1180 p.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito das Coisas. 37. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. vol. 4. 728 p.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 1. 625 p.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil**: Direitos Reais. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012. vol. 5. 989 p.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Esquematizado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 849 p.

MASSON, N. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 1300 p.

MEIRELLES, H. L. **Direito Municipal Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 155-172.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. 1150 p.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0194.10.011238-3/001**. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=182EFE2B016B7E376BB8CD21BDA01937.juri_node2?numeroRegistro=1&amp

;totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0194.10.011238-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 19 out. 2023.

PASOLD, C. L. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2015. 232 p.

ROSINA, J. F. **A função social da propriedade e a possibilidade da usucapião de bem público**. 2015. 16 f. Artigo Científico – Pós-Graduação Lato Sensu, Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: https://www.google.com/search?q=https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2015/pdf/JessicaFernandesRosina.pdf. Acesso em: 19 out. 2023.

SANCHEZ, J. C. **Usucapião**. 1. ed. Leme: Mizuno, 2022. 336 p.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 935 p.

Estudo de caso:
O Termo Inicial da Pretensão Regressiva do Estado sob o Viés Subjetivo da Teoria Actio Nata

Antonio de Meira Sousa[1]

O Caso

Ação Principal

Em **janeiro de 2005**, Cebolácio Silva e sua esposa, Mônica Souza Silva, ajuizaram ação indenizatória em face da Fazenda Municipal, requerendo indenização por danos materiais e morais em razão de transbordamento do córrego intermunicipal que causou a queda do muro de sua residência e danificou o automóvel do casal.

Em sede de contestação, a Fazenda Municipal alegou, preliminarmente, ilegitimidade passiva, atribuindo a responsabilidade à Fazenda Estadual, pois as águas intermunicipais pertencem ao Estado, a quem competiria promover ações com o objetivo de evitar enchentes/transbordamentos, nos termos do art. 26, inciso I, da Constituição Federal de 1988 e do art. 29, inciso II, do Código de Águas (Decreto nº 24.643/34).

No mérito, defendeu a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, aplicada aos casos de dano por omissão, bem como a excludente de força maior e a ausência de comprovação dos danos materiais e morais.

Ao sanear o feito, o Juízo rejeitou a preliminar arguida, inaugurando a fase de instrução processual, a qual decorreu como de praxe.

Após alegações finais, o Juízo julgou parcialmente procedente a ação, condenando a Fazenda Municipal ao pagamento de danos materiais no importe de R$78.120,00, bem como ao pagamento de honorários advocatícios fixados no importe de 10% do valor da condenação.

A Fazenda interpôs apelação, a qual teve seu provimento negado pelo Tribunal, com majoração da condenação dos honorários sucumbenciais em 15%.

A ação **transitou em julgado** em **janeiro de 2010**, mês em que se iniciou a fase de cumprimento de sentença, sucedida de impugnação pela Fazenda Municipal.

Em **janeiro de 2013**, sobreveio sentença acolhendo a impugnação da Fazenda e condenando os autores ao pagamento de honorários de sucumbências de 10% sobre o valor em excesso.

Inconformados, os Autores interpuseram apelação, a qual teve provimento negado, majorando a sucumbência em 15%.

O **trânsito em julgado** do cumprimento de sentença se deu em **janeiro de 2016**, mês em que foi **expedido ofício requisitório** para pagamento do precatório, o qual aguarda pagamento.

Ação de regresso

Naquele mesmo mês, **janeiro de 2016**, a Fazenda Municipal ingressou com ação de regresso em face da Fazenda Estadual, nos termos do art. 125, § 1º do CPC,

[1]Residente Jurídico do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo, alocado no Departamento Judicial - JUD (2022-2025). E-mail: antoniomeira@outlook.com.br

fundamentando que a Fazenda Municipal foi condenada em razão de omissão por parte da Fazenda Estadual, a quem compete a responsabilidade pelas águas intermunicipais, nos termos do art. 26, inciso I, da Constituição Federal de 1988 e do art. 29, inciso II, do Código de Águas (Decreto nº 24.643/34).

Por sua vez, em sede de contestação, a Fazenda Estadual, preliminarmente, alegou prescrição da cobrança, atribuindo como termo inicial da pretensão o trânsito em julgado da ação de conhecimento (ação principal), bem como arguiu sua ilegitimidade passiva, atribuindo a responsabilidade ao Departamento de Águas e Energia Elétrica – DAEE, autarquia estadual. Por fim alegou ausência de interesse processual por parte da Fazenda Municipal, ante a ausência de comprovação do pagamento, requisito essencial para pretensão regressiva.

Após o devido andamento processual, o Juízo julgou improcedente a demanda, condenando a Fazenda Municipal ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como ao pagamento de honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa.

Eis o caso.

Perspectiva de análise

Diante da improcedência da ação regressiva, na condição de Procurador Municipal e no exercício de sua atribuição contenciosa, será desenvolvida, no presente estudo, uma análise sobre a possibilidade (ou não) de flexibilização da regra prescricional inserida no art. 189 do Código Civil por meio da Teoria da *actio nata* em seu viés subjetivo.

Desenvolvimento

A virtude consiste em saber encontrar o meio-termo entre dois extremos
(frase atribuída a Aristóteles)

Na legislação civil brasileira, em regra, o termo inicial da prescrição é a data da violação do direito. Prevalece na doutrina e na jurisprudência a aplicação da Teoria da *actio nata*, segundo a qual a prescrição começa a correr com a violação do direito, assim que a prestação se tornar exigível.

Fixa o art. 189 do Código Civil (CC): "Art. 189. Violado o **direito**, nasce para o titular a **pretensão**, a qual se extingue, pela **prescrição**, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206." (grifo nosso)

Para melhor análise do início do prazo prescricional, entende-se, por bem, distinguir direito subjetivo e pretensão.

De acordo com a Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Resp. nº 1.736.091/PE, direito subjetivo "*é a extensão prática, concreta e material da previsão genérica do direito objetivo que define a possibilidade de um indivíduo exigir de outro um certo agir*".

No âmbito das relações civis, a pretensão nasce com a violação do direito, ou seja, a ocorrência no mundo das relações jurídicas de uma das hipóteses previstas pelo legislador (direito objetivo) que define a possibilidade de alguém exigir de outrem um certo bem, um agir ou não agir.

Desta forma, acerca do direito subjetivo e da pretensão, a Ministra Nancy Andrighi expõe:

> [...] que o primeiro nasce com estabelecimento da relação jurídica, com a previsão com base no direito objetivo do nascimento dos feixes obrigacionais, **ao passo que a segunda somente surge no momento em que a prestação**, decorrente do direito subjetivo, **passa a ser exigível, com sua violação**. (BRASIL, 2019, grifo nosso)

Desse modo, pode-se observar que, antes mesmo de a prestação se tornar exigível, já existe um direito subjetivo. Assim, a pretensão pode nascer, ou não, concomitantemente com direito subjetivo, sendo certo de que esta última é requisito essencial para que o titular do direito possa exigir do devedor seu cumprimento.

De fato, a ideia central para se analisar o início do prazo prescricional é mesmo a da exigibilidade, uma vez que não se pode falar em prescrição, quando o direito subjetivo ainda não pode se fazer valer.

Assim, a Teoria *actio nata*, a qual busca delimitar o marco inicial da prescrição, oriunda do brocardo latino: "***actioni nondum natae non praescribitur***" ("*as ações não nascidas, não prescrevem*" – tradução livre), desenvolveu as vertentes objetiva e subjetiva.

Para os adeptos da vertente objetiva, assim como Theodoro Júnior:

> [...] não exige senão que tenha ocorrido a violação do direito do credor e que a partir de então tenha decorrido o prazo extintivo da pretensão, sem que o lesado a tenha exercitado (CC, art. 189). Não entra, na conceituação legal, qualquer referência à inércia culposa ou à insciência da lesão por parte do credor. Quando nosso Código Civil quis vincular, excepcionalmente, o dies a quo do lapso prescricional ao conhecimento da lesão pelo credor, ele o fez de maneira expressa. O afastamento desse objetivismo, para subordinar a contagem do prazo extintivo ao conhecimento da violação do direito por seu titular, somente pode, em princípio, ser autorizado pela própria lei. Banalizar na prática aquilo que, de acordo com a lei, deveria ser exceção de estrito cabimento, vulnera, profundamente, o espirito de um instituto vinculado à **segurança jurídica**, reduzindo muito o papel que a ordem jurídica lhe conferiu. Não merece aplausos, portanto, a facilidade com que a jurisprudência dilata os prazos prescricionais, em ações indenizatórias, desviando o dies a quo do momento do ato ilícito para o da suposta ciência do dano. (THEODORO JR., 2021, p. 32-34)

Por sua vez, para os adeptos da vertente subjetiva, nas palavras do professor José Fernado Simão:

> [...] contudo, parte da doutrina pondera que não basta surgir a ação (*actio nata*), mas é necessário o conhecimento do fato. Trata-se de situação excepcional, pela qual o início do prazo, de acordo com a exigência legal, só se dá quando a parte tenha conhecimento ato ou fato do qual decorre o seu direto de exigir. Não basta assim que o ato ou fato violador exista do para que surja para ela o exercício da ação. (SIMÃO, 2011, p. 268)

Ainda, neste sentido, o professor Flávio Tartuce pondera:

> [...] constata-se que a lei, a jurisprudência e a própria doutrina têm levado em conta esse conhecimento para os fins de fixação do termo a quo da prescrição constituindo uma *actio nata* com viés subjetivo. (TARTUCE, 2017. p. 234)

Ademais, Flávio Tartuce discorre que *"*[...] *a tese da actio nata com viés subjetivo é mais justa, diante do principio da boa-fé, especialmente com a valorização da informação derivada desse regramento"* (TARTUCE, 2017. p.469).

Diante do exposto, infere-se que os adeptos da vertente objetiva da teoria discutida utilizam-se da hermenêutica literal, prestigiando a segurança jurídica. Já os adeptos da vertente subjetiva utilizam-se da hermenêutica teleológica, prestigiando a boa-fé e a justiça, sob argumento de que não é justo submeter o titular do direito às sanções do instituto da prescrição por uma inércia que decorreu da falta de conhecimento do dano ou de sua extensão.

Nesse sentindo, o Superior Tribunal de Justiça entende:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE MANDATO. REPARAÇÃO CIVIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. PRAZO PRESCRICIONAL DECENAL. ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL. **TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO. TEORIA DA ACTIO NATA. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO ILÍCITO**. DATA DA REPRESENTAÇÃO JUNTO À OAB. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO
INTERNO DESPROVIDO. 1. O prazo prescricional das pretensões indenizatórias exercidas por mandante contra mandatário é o decenal. Incidência da Súmula 83/STJ no ponto. 2. **O início do prazo prescricional, com base na Teoria da Actio Nata, não se dá necessariamente no momento em que ocorre a lesão ao direito, mas sim quando o titular do direito subjetivo violado obtém plena ciência da lesão e de toda a sua extensão.** 3. Nesse contexto, para alterar os fundamentos do acórdão, que compreendeu ser o termo a quo do prazo prescricional a data da ciência inequívoca do ato lesivo ao direito, qual seja, a data do registro de representação junto ao Conselho de Ética da OAB, ante a falta de prova de que a autora teve ciência inequívoca sobre a prescrição da pretensão relativa à ação trabalhista patrocinada por sua então advogada, seria necessário o reexame fático-probatório dos autos, o que se mostra inviável dada a natureza excepcional da via eleita, conforme enunciado da Súmula 7/STJ. 4. Agravo interno desprovido. (STJ - AgInt no AREsp: 1500181 SP 2019/0132374-5, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 22/06/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2021) (grifo nosso)

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. EXCLUSÃO ILEGAL DOS QUADROS DE COOPERATIVA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. TEORIA DA ACTIO NATA. EXISTÊNCIA DE CONDIÇÃO IMPEDITIVA AO EXERCÍCIO DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. 1. O propósito recursal consiste em determinar se está prescrita a pretensão indenizatória fundada em exclusão ilegal dos quadros de cooperativa. 2. **O critério para a fixação do termo inicial do prazo prescricional como o momento da violação do direito subjetivo foi aprimorado em sede jurisprudencial, com a adoção da teoria da actio nata, segundo a qual o prazo deve ter início a partir do conhecimento, por parte da vítima, da violação ou da lesão ao direito subjetivo. 3. Não basta o efetivo conhecimento da lesão a direito ou a interesse, pois é igualmente necessária a ausência de qualquer condição que impeça o pleno exercício da pretensão**. Precedentes desta Corte. Sendo assim, a pendência do julgamento de ação declaração em que se discute a ilegalidade da conduta constitui empecilho ao início da fluência da prescrição da pretensão indenizatória amparada nesse ato. [...] (STJ - REsp: 1494482 SP 2014/0280678-1, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 24/11/2020, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2020) (Grifo nosso)

APELAÇÃO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – PRESCRIÇÃO REFUTADA – TEORIA DA ACTIO NATA – CONHECIMENTO DA LESÃO - **Pela teoria da actio nata, o lapso prescricional começa a correr quando verificada a extensão do dano; - Apesar de os fatos terem ocorrido em 2010, a autora somente teve conhecimento da extensão dos danos em 2018** – ausência da prescrição da pretensão. RECURSO IMPROVIDO (TJ-SP - AC: 10045158220188260082 SP 1004515-82.2018.8.26.0082, Relator: Maria Lúcia Pizzotti, Data de Julgamento: 10/08/2020, 30ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/08/2020)

É imperioso destacar que o artigo 189 do Código Civil (CC) consagra a aludida teoria ao prever que, "violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206".

Contudo, a prescrição contra o ente fazendário, seja qual for a sua natureza, prescreve em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originar, nos termos do Decreto nº 20.910/1932.

Tanto a aplicação da Teoria da *actio nata*, quanto a prescrição quinquenal são temas pacíficos na jurisprudência. Vejamos:

> ADMINISTRATIVO.RECURSOESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ARTIGO 543-C DO CPC). RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO. **PRAZO QUINQUENAL (ART. 1º DO DECRETO 20.910/32) X PRAZO TRIENAL (ART. 206, § 3º, V, DO CC). PREVALÊNCIA DA LEI ESPECIAL. ORIENTAÇÃO PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ.** RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. A controvérsia do presente recurso especial, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC e da Res. STJ n 8/2008, está limitada ao prazo prescricional em ação indenizatória ajuizada contra a Fazenda Pública, em face da aparente antinomia do prazo trienal (art. 206, § 3º, V, do Código Civil) e o prazo quinquenal (art. 1º do Decreto 20.910/32). 2. O tema analisado no presente caso não estava pacificado, visto que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública era defendido de maneira antagônica nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. Efetivamente, as Turmas de Direito Público desta Corte Superior divergiam sobre o tema, pois existem julgados de ambos os órgãos julgadores no sentido da aplicação do prazo prescricional trienal previsto no Código Civil de 2002 nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública. [...]. **No caso concreto, a Corte a quo, ao julgar recurso contra sentença que reconheceu prazo trienal em ação indenizatória ajuizada por particular em face do Município, corretamente reformou a sentença para aplicar a prescrição quinquenal prevista no Decreto 20.910/32, em manifesta sintonia com o entendimento desta Corte Superior sobre o tema.** 8. Recurso especial não provido. **Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC**, e da Resolução STJ 08/2008. (STJ - REsp: 1251993 PR 2011/0100887-0, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 12/12/2012, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 19/12/2012 REVPRO vol. 220 p. 432 RIP vol. 77 p. 287 RT vol. 932 p. 721) (Grifo nosso)

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. **PRESCRIÇÃO INDENIZATÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º DO DECRETO N. 20.910/1932. TERMO INICIAL. PRINCÍPIO DA ACTIO NATA**. 1. Esta Corte firmou compreensão segundo o qual o termo inicial do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de indenização contra ato do Estado ocorre no momento em que constatada a lesão e os seus efeitos, conforme o princípio da actio nata. 2. Conclui-se que o descumprimento da medida liminar pelo Estado é o ato do qual se originou lesão ao direito dos agravados. Tendo em vista que o descumprimento da liminar se deu em 05/12/1990 e a ação foi ajuizada em 2003, verifica-se a ocorrência da prescrição. 3. Agravo interno não provido. (STJ - AgInt no AgInt no REsp: 1630163 PR 2013/0337160-6, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 28/09/2017, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/10/2017)

Destaca-se que o STJ admite que o início dos prazos prescricionais deve ocorrer a partir do conhecimento inequívoco da lesão ou violação do direito nos casos em que envolvam ilícitos oriundos da responsabilidade civil extracontratual, o que ficou conhecido como viés subjetivo da Teoria *actio nata*.

> (...) segundo a vertente subjetiva da actio nata, a contagem do prazo prescricional exige a efetiva inércia do titular do direito, a qual somente se verifica diante da inexistência de óbices ao exercício da pretensão e a partir do momento em que o titular tem CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO DANO, DE SUA EXTENSÃO, e da autoria da lesão (STJ. 3ª Turma. REsp 1.736.091/PE, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 14/05/2019).

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. TERMO INICIAL DA PRETENSÃO INDENIZA- TÓRIA. PRINCÍPIO DA ACTIO NATA. 1. Cuida-se, na origem, de Ação Indenizatória ajuizada pela parte ora recorrente, com o objetivo de obter reparação pelos danos morais, materiais e am- bientais, ocasionados pela implantação da Hidrelétrica de Es- treito, sob o fundamento de que é pescador profissional e sofreu bastante com a diminuição da população de peixes. 2. **O STJ possui entendimento dominante no sentido de que o termo inicial da pretensão indenizatória tem início a partir da ciên- cia inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo, nos termos do princípio da actio nata.** Precedentes: AgInt no REsp 1.740.239/MA, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 28/8/2018; STJ, AgRg no AREsp 531.654/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 13/3/2015; STJ, AgInt no REsp 1.681.411/PR, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Pri- meira Turma, DJe de 15/12/2017. 3. Recurso Especial não pro- vido. (STJ - REsp: 1797615 MA 2019/0041999-9, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 10/12/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/05/2020)

Com efeito, pelo viés subjetivo, o início do prazo prescricional só se dá quando o titular do direto possui plena ciência do dano e de sua extensão, visto que somente a partir desse momento é que, pela lógica, poderia lhe imputar o ônus por eventual inércia, traduzindo-se na prescrição.

No caso em análise, a ação principal transitou em julgado em janeiro de 2010, nascendo ali, um direito subjetivo, o qual carece de exigibilidade, seja pela ausência de requisito essencial para ação de regresso (art. 934, CC), isto é, a comprovação do pagamento, seja pela ausência de conhecimento do dano e de sua extensão.

Adotar o trânsito em julgado da fase de conhecimento como marco inicial da prescrição levaria à hipótese de se postular em juízo o ressarcimento de um dano cuja ocorrência e extensão não são inequívocas, pois é possível que o particular, por uma razão qualquer, não execute a condenação (hipótese de falecimento do autor sem que deixe herdeiros, por exemplo) ou, até mesmo, renuncie a parte do débito (a fim de viabilizar o recebimento da quantia em menor tempo, através de RPV, por exemplo).

Nesse panorama, poderia a Fazenda Municipal, em ação regressiva, pretender se ver ressarcida da integralidade do valor condenatório, porquanto, na ocorrência de alguma das possibilidades citadas, estaria dando azo ao enriquecimento sem causa do Estado. Isso porque estaria recebendo do terceiro devedor valor que se quer pagou, considerando que o pagamento de precatórios costuma ultrapassar o prazo prescricional, o que justifica o surgimento da pretensão regressiva apenas quando de fato estabelecido o juízo de certeza com relação ao *quantum* a ser pago. Nesse sentido:

> ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RESPONSABILI- DADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO REGRESSIVA. DIES A QUO DE INCIDÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL: CONCRETO E EFETIVO PAGAMENTO, PELO ESTADO, DO VALOR A QUE FOI CONDENADO. Não há que se falar em ação regressiva sem o ocorrer de um dano patrimonial concreto e efetivo. A decisão judicial, transita em julgado, nada obstante possa refletir um tí- tulo executivo para o Estado cobrar valor pecuniário a

> que foi condenado satisfazer, somente vai alcançar o seu mister, se executada. **Até então, embora o condenar já se faça evidente, não se pode falar em prejuízo a ser ressarcido, porquanto o credor tem a faculdade de não exercer o seu direito de cobrança e, nesta hipótese, nenhum dano haveria, para ser ressarcido ao Erário. O entender diferente propiciaria ao Poder Público a possibilidade de se valer da ação regressiva, ainda que não tivesse pago o quantum devido, em evidente apropria- ção ilícita e inobservância de preceito intrínseco à própria ação regressiva, consubstanciado na reparação de um pre- juízo patrimonial**. (...) (REsp 328.391/DF, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/10/2002, DJ 02/12/2002, p. 274)

De fato, o pagamento da indenização é o momento em que o direito subjetivo se torna uma pretensão. Porém, ciente de eventual desgaste ao submeter ao crivo do Poder Judiciário a tese mais elástica do prazo prescricional, entende-se que o direito subjetivo se encontra dotado de exigibilidade já no momento da expedição do ofício requisitório.

Com efeito, uma vez expedido o ofício requisitório, a Fazenda Municipal necessariamente efetuará o pagamento, a despeito do tempo. Ademais, desde a expedição do precatório ou da requisição de pagamento, já se mostra concretizada a lesão ao direito material do Estado, surgindo, a partir de então, a pretensão ao ajuizamento da ação regressiva em face do agente causador do dano, porquanto, nessa oportunidade, já se encontrará estabelecido o valor efetivo e concreto a ser pago pela condenação que lhe foi imposta.

Nesse sentido, assim já decidiu a jurisprudência:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. RES- PONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE REGRESSO CONTRA O CAUSADOR DO DANO. PRESCRIÇÃO. EXPEDI- ÇÃO DO PRECATÓRIO. RECONHECIMENTO. EFEITO IN- FRINGENTE. (...) **Tratando-se de ação regressiva ajuizada pelo Estado, tem-se que com a expedição do precatório resta concretizada a lesão ao direito material, surgindo, a partir desse momento, o direito de ajuizar ação regressiva em face do agente causador do dano, sendo esse o momento inicial da contagem do prazo prescricional**. (Acórdão 1125126, 07088456120178070018, Relator: CARMELITA BRASIL, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 19/9/2018, publicado no DJE: 27/9/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

> ADMINISTRATIVO. CIVIL. AÇÃO REGRESSIVA. FAZENDA. INTERESSE PROCESSUAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO OU REQUISIÇÃO DE PAGAMENTO. 1. Trata-se de apelação interposta em face da sentença que, nos autos da ação conhecimento (ação de regresso), inde- feriu a petição inicial, por entender ausente o interesse processual e, por consequência, julgou extinto o processo sem apreciação do mérito, ao fundamento que a ação regressiva por dano causado ao erário somente pode ser ajuizada após o pagamento do precatório ou requisição de pagamento. 2. **Considerando a sistemática própria de liquidação de dívidas imposta à Fazenda, a pretensão autoral a ser deduzida em juízo em ação regressiva está condicionada a expedição do precatório ou da RPV, sendo este o marco a deflagrar o início do prazo prescricional, porquanto, nessa oportunidade, já se encontrará estabelecido o valor efetivo e concreto a ser pago pela condenação imposta ao Estado.** 3. Não tendo sido expedido o precatório ou a RPV correspondente à condenação imposta ao erário, impõe-se reconhecer a ausência de interesse processual na pretensão regressiva. 4. Recurso conhecido e desprovido. (TJ-DF 07128730420198070018 DF 0712873-04.2019.8.07.0018, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, Data de Julgamento:

> 05/08/2020, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no PJe : 16/08/2020 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

De fato, apenas com a expedição do ofício requisitório, após longa discussão sobre os cálculos na fase de cumprimento de sentença, é que o titular do direto, no caso a Municipalidade, chega à ciência inequívoca do dano e de sua extensão.

Necessário destacar que, atendendo pedido feito pelo Departamento Judicial (JUD), a Coordenadoria Geral do Contencioso Judicial (CGCJ) já se debruçou sobre o tema, emitindo o Parecer nº 11.777 de 18 de agosto de 2017, com a seguinte ementa:

> O Município, quando possível, deverá, nos termos do §1º do art. 125 do CPC, ajuizar ação autônoma no prazo de cinco anos do trânsito em julgado da sentença que ensejar a correspondente ação regressiva. O pagamento do precatório ou requisição de pequeno valor é condição para o exercício pelo Município de pretensão executória de procedência de ação regressiva autônoma ou de denunciação da lide.

O parecer tem por base a tese mais aceita pela jurisprudência, qual seja: o trânsito em julgado da ação de conhecimento como termo inicial da pretensão regressiva.

Isto se dá pois o cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, bem como o lapso temporal para o efetivo pagamento da indenização, como se sabe, costuma demorar mais do que o prazo prescricional em si. Caso não fosse, não haveria discussão sobre o tema, sendo certo que, senão por unanimidade, ao menos por maioria de votos haveria consenso de que o termo *a quo* do prazo prescricional nasce com o pagamento.

Desse modo, pode-se afirmar que outro critério a ser adotado para se perquirir a possibilidade da aplicação da vertente subjetiva da Teoria *actio nata* consiste em verificar, em cada hipótese concreta, se, a partir do postulado da razoabilidade, a municipalidade tinha, além do conhecimento do dano, ciência de sua extensão e, por consequência, exigibilidade do direito.

Feitas as devidas considerações, do ponto de vista contencioso, há possibilidade de utilização da tese analisada com vistas à flexibilização da regra prescricional inserida no art. 189 do Código Civil

A Teoria *actio nata* em seu viés subjetivo é corrente minoritária na jurisprudência, sendo aplicada de modo excepcional, a bem da segurança jurídica. Contudo, no contexto do contencioso judicial, especificamente nos casos de ação de regresso, s.m.j, é a tese que se mostra mais adequada, levando em conta fatores como o intenso volume de ações e a sistemática própria de pagamento de dívidas da Fazenda Pública.

Assim, quanto mais valioso o bem jurídico tutelado, mais plausível será a tese de flexibilização do termo inicial da prescrição, pois, sem um mínimo de justiça, segurança jurídica não é segurança, nem jurídica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp: 1500181 SP**, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 22/06/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **REsp: 1494482 SP**, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 24/11/2020, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **REsp: 1736091 PE**, Relatora: Ministra

NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 14/05/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/05/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **REsp: 1797615 MA**, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 10/12/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/05/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp: 1630163 PR**, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 28/09/2017, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/10/2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 07 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **REsp: 1251993 PR**, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 12/12/2012, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 19/12/2012.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 07 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **REsp 328.391/DF**, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/10/2002, DJ 02/12/2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 07 jan. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932**. Regula a prescrição quinquenal. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d20910.htm . Acesso em 07 jan. 2024.

BRASÍLIA, Tribunal de Justiça do Distrito Federal – **AC: 07128730420198070018**, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, Data de Julgamento: 05/08/2020, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no PJe: 16/08/2020.

BRASÍLIA, Tribunal de Justiça do Distrito Federal – **Acórdão 1125126, 07088456120178070018**, Relatora: CARMELITA BRASIL, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 19/9/2018, publicado no DJE: 27/9/2018.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - **AC: 10045158220188260082 SP**, Relator: Maria Lúcia Pizzotti, Data de Julgamento: 10/08/2020, 30ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/08/2020.

SÃO PAULO (SP). **Parecer PGM nº 11.777 de 18 de agosto de 2017**. AJC. Disponível em: https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/parecer-procuradoria-geral-do-municipio-pgm-11777-de-18-de-agosto-de-2017. Acesso em 07 jan. 2024.

SIMÃO, José Fernando. **Tempo e Direito Civil**: Prescrição e Decadência. São Paulo: USP 2011.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume único. 7. ed. São Paulo, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Prescrição e Decadência**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Estudo de caso:
Responsabilidade Civil Ambiental: Supressão de Árvores

Caio Oliveira Marques[1]

O Caso

Através de denúncia anônima, em 08/10/2017, a Secretaria do Verde e do Meio Ambiente recebeu a informação de que, em terreno privado, localizado nos limites do Município de São Paulo, teria ocorrido o corte de grande quantidade de exemplares arbóreos de variadas espécies nativa da flora brasileira.

A fim de apurar a veracidade da denúncia recebida, a Secretaria do Verde e do Meio Ambiente, seguindo os procedimentos exigidos, instaurou processo administrativo, incumbindo aos agentes técnicos capacitados a vistoria do local.

Em vistoria realizada em 05/11/2017, os agentes técnicos constataram, primeiramente, a supressão de 55 (cinquenta e cinco) exemplares arbóreos, todos de espécies nativas, em área especialmente protegida no Município (Decreto Estadual 30.433/89), conforme definido em Legislação Municipal; além disso, constatou-se ainda o depósito irregular de resíduos sólidos, alguns classificados como perigosos e outros como não perigosos, em área cimentada.

Ao realizar a vistoria, verificou-se que a supressão dos exemplares arbóreos teria ocorrido há pelos menos 3 meses, em razão do crescimento da vegetação, da qualidade de alguns exemplares arbóreos e do relato de pessoas presentes no local.

O relatório técnico foi elaborado, descrevendo e documentando de modo detalhado as características dos exemplares arbóreos suprimidos, bem como dos síduos sólidos encontrados, se havia ou não possibilidade de contaminação do solo, de rios ou córregos.

Tendo em vista as informações constantes do relatório, foram lavrados, em 18/11/2017, os autos de infração e de multa em face da Construtora XY, proprietária do imóvel no momento da vistoria, em razão das infrações ambientais cometidas, ou seja, a supressão de exemplares arbóreos sem a autorização devida e o depósito de resíduos sólidos também sem a devida autorização, conforme mandamentos das legislações Federal, Estadual e Municipal.

Houve também a comunicação das autoridades policiais, especificamente da Polícia Civil do Estado de São Paulo, a fim de apurar a possível prática de crime ambiental.

Em seguida providenciou-se a comunicação da infratora, para tomar ciência da aplicação da multa e da lavratura do auto de infração.

A Infratora apresentou Defesa Administrativa, sustentando não ter sido a responsável direta pelo cometimento das infrações relativas à supressão dos exemplares arbóreos, uma vez que ao realizar a compra da propriedade, em 27/09/2017, já não existiam os exemplares arbóreos verificados, portanto, não haveria responsabilidade. Além disso, juntou documentos que evidenciavam a supressão de exemplares arbóreos pelo antigo proprietário do imóvel, como imagens do imóvel tão logo ocorrida a supressão dos exemplares, anteriores à efetivação da compra.

[1] Residente jurídico do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, alocado no Departamento de Defesa do Meio Ambiente e do Patrimônio – DEMAP (2022-2025). E-mail: caiomarquesfc@gmail.com

A autoridade ambiental competente, ao analisar a Defesa e os documentos juntados pela Construtora XY, entendeu não ser ela a responsável pelas infrações cometidas relativas à supressão dos exemplares arbóreos, de modo que o Auto de Infração e Multa contra ela foram cancelados, sendo lavrado outro auto de infração apenas com as infrações ambientais de depósito irregular de resíduos sólidos.

A Construtora XY foi notificada para apresentação de defesa, porém, manteve-se inerte. Do mesmo modo ocorreu após a notificação para apresentação de Recurso administrativo. Em seguida, foi notificada para corrigir a irregularidade a respeito do depósito irregular e resíduos, bem como para o pagamento da multa administrativa imposta.

Após a ciência pela Infratora, houve vistoria técnica a fim de verificar o cumprimento das determinações, através da qual verificou-se a retirada completa dos resíduos sólidos, bem como a ausência de qualquer contaminação no local da deposição. Quanto à multa, foi realizado o pagamento integral pela Construtora XY.

Em razão do cancelamento dos Autos de Infração e de Multa contra a Construtora XY, foi lavrado novo Auto de Infração e respectivo Auto de Multa, contra o antigo proprietário do imóvel, pessoa física, Sr. Ícaro F., contendo apenas a infrações relativa à supressão dos exemplares arbóreos

Houve a devida comunicação e ciência do Infrator, o qual permaneceu inerte, não apresentando Defesa. A autoridade ambiental competente manteve integralmente o Auto de Infração e deu, novamente, ciência ao Autuado, o qual não apresentou recurso, prevalecendo decisão de manutenção do Auto de Infração.

Por fim, houve nova comunicação do autuado, para que efetuasse o pagamento da multa. Apesar de ciente, o autuado não recolheu o valor devido tampouco procurou a SVMA para tratar da recuperação.

Em seguida, houve a realização de relatório técnico que estipulava as medidas reparatórias necessárias para a compensação dos danos ambientais verificados com a supressão de tantos exemplares arbóreos.

Com isso, o infrator foi novamente notificado a fim de manifestar interesse na elaboração de Termo de Ajustamento de Conduta, com os parâmetros de reparação definidos pelo órgão ambiental competente, possibilitando a redução do valor da multa administrativa.

O Sr. Icaro F. quedou-se inerte, de modo que não foi firmado nenhum termo de ajustamento de conduta.

Após as providências finais no processo administrativo, houve a remessa dos autos para a Procuradoria Geral do Município, especificamente para o Departamento de Defesa do Patrimônio e o Meio Ambiente – DEMAP, a fim de que se verificasse a possibilidade de ajuizamento de ação judicial para a reparação dos danos ambientais verificados no processo administrativo em questão

Perspectiva de análise e de solução

O Procurador responsável pelo caso deve verificar a possibilidade, a viabilidade, a necessidade e qual ação ou medida judicial é mais adequada ao caso.

Definindo a medida mais conveniente, deve-se apresentar a fundamentação jurídica que sustenta o pedido a ser feito na peça inicial.

Desenvolvimento

Da medida judicial adequada ao caso em análise

A tutela judicial do Meio Ambiente pode admitir algumas espécies de medidas judiciais, a depender de alguns aspectos, entre eles: a pretensão a ser requerida; os fatos e danos causados ou na iminência de serem causados; a necessidade e possibilidade de instrução probatória e, ainda, o sujeito ativo a demandar em juízo.

No presente caso, houve a ocorrência de danos ambientais, de modo o Município tem o dever de buscar sua reparação.

Como se sabe, a ação civil pública é uma medida judicial que visa a responsabilização por "danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico" (Lei 7.347/85), estando, dentre os legitimados a propositura dessa ação os Municípios.[2]

Conforme a narração fática do caso analisado, verificou-se graves danos ao meio ambiente, em razão da supressão de inúmeros exemplares arbóreos. Portanto, seria possível o ajuizamento de Ação Civil Pública pelo Município, a fim de buscar a responsabilização pelos danos causados ao Meio Ambiente.

Em que pese no caso em questão não ter ocorrido a assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), há de se mencionar a possibilidade execução direta do referido termo, que é considerado título executivo judicial, conforme a Lei nº 7.347/85.[3] Em razão da ausência de TAC no presente caso, não seria viável a utilização da medida judicial executiva para buscar a reparação dos danos ambientais.

Como se verifica de todo o exposto, a melhor medida judicial será a Ação Civil Pública, para a reparação dos danos ambientais ocorridos.

Do foro competente

O foro competente para a propositura da Ação Civil Pública é definido na Lei nº 7.347/85, em seu artigo 2º:

> Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.
> Parágrafo único A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.(BRASIL, 1985)

Além disso, devido a existência das Varas Especializadas da Fazenda Pública no Tribunal de Justiça de São Paulo, a competência, em razão da pessoa jurídica que propõe a ser Município, recai sobre uma das Varas da Fazenda Pública, conforme inteligência do Código Judiciário do Estado de São Paulo (Decreto-Lei Complementar nº 3 de 1969).[4]

Desse modo, a presente ação será distribuída a um dos Juízos das Varas da Fazenda Pública do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Da definição do sujeito passivo da ação

---

[2] Lei 7.347/85. Art. 5º Têm legitimidade parapropor a ação principal e a ação cautelar: (...) III - a União, os Estados, o Distrito Federal **e os Municípios**;

[3] Lei 7.347/85. Art. 5º (...) § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

[4] Decreto-Lei Complementar nº 3 de 1969. Artigo 36 - Aos Juízes das Varas da Fazenda Municipal compete: I - processar, julgar e executar os feitos, contenciosos ou não, principais, acessórios e seus incidentes, em que o Município da Capital e respectivas entidades autárquicas ou paraestatais forem interessados na condição de autor, réu, assistente ou opoente, executados:

Sendo a medida judicial a ser promovida a ação civil pública, deve-se definir então, o sujeito passivo, do qual será exigida a reparação dos danos causados.

No presente caso, percebe-se que o infrator considerado pelo órgão ambiental foi o Sr. Ícaro, tendo sido verificada ao menos sua omissão quanto à supressão de exemplares arbóreos em seu imóvel. Portanto, é o Sr. Ícaro F. um possível sujeito passivo da ação civil pública a ser proposta pelo Município.

Além disso, nos termos da Súmula 623 do STJ, "as obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor."

Portanto, sendo a Construtora XY a atual proprietária do imóvel e tendo recebido o imóvel já com o dano ambiental configurado, sem demonstrar ter buscado reparar os danos existentes, também poderá sem incluída no polo passivo da demanda a ser proposta.

A Jurisprudência do STJ definiu que apenas titular do imóvel anterior à ocorrência do dano não terá responsabilidade civil na reparação dos danos, em razão da ausência de nexo causal entre a ação ou omissão e o dano causado.

Desse modo, temos que os sujeitos passivos da ação serão a Construtora XY e o Sr. Ícaro F., uma vez que o nexo causal está configurado para ambos, levando a responsabilidade civil ambiental, como se verá detalhadamente a seguir.

Da impossibilidade de prescrição da ação reparatória de danos ambientais

A pretensão de reparação civil de danos ambientais foi declarada imprescritível pelo STF, em razão da natureza do dano ambiental, conforme o julgamento dos Acórdãos relacionados ao Tema nº 999 de Repercussão Geral:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 999. CONSTITUCIONAL. DANO AMBIENTAL. REPARAÇÃO. IMPRESCRITIBILIDADE. 1. Debate-se nestes autos se deve prevalecer o princípio da segurança jurídica, que beneficia o autor do dano ambiental diante da inércia do Poder Público; ou se devem prevalecer os princípios constitucionais de proteção, preservação e reparação do meio ambiente, que beneficiam toda a coletividade. 2. Em nosso ordenamento jurídico, a regra é a prescrição da pretensão reparatória. A imprescritibilidade, por sua vez, é exceção. Depende, portanto, de fatores externos, que o ordenamento jurídico reputa inderrogáveis pelo tempo. 3. Embora a Constituição e as leis ordinárias não disponham acerca do prazo prescricional para a reparação de danos civis ambientais, sendo regra a estipulação de prazo para pretensão ressarcitória, a tutela constitucional a determinados valores impõe o reconhecimento de pretensões imprescritíveis. 4. O meio ambiente deve ser considerado patrimônio comum de toda humanidade, para a garantia de sua integral proteção, especialmente em relação às gerações futuras. Todas as condutas do Poder Público estatal devem ser direcionadas no sentido de integral proteção legislativa interna e de adesão aos pactos e tratados internacionais protetivos desse direito humano fundamental de 3ª geração, para evitar prejuízo da coletividade em face de uma afetação de certo bem (recurso natural) a uma finalidade individual**. 5. A reparação do dano ao meio ambiente é direito fundamental indisponível, sendo imperativo o reconhecimento da imprescritibilidade no que toca à recomposição dos danos ambientais.** 6. Extinção do processo, com julgamento de mérito, em relação ao Espólio de Orleir Messias Cameli e a Marmud Cameli Ltda, com base no art. 487, III, b do Código de Processo Civil de 2015, ficando prejudicado o Recurso

> Extraordinário. Afirmação de tese segundo a qual é imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental. (Supremo Tribunal Federal; RE 654833; Julgamento: 20/04/2020).

Há de se afirmar, então, que a presente demanda não merece ser refreada em razão de possível prescrição da ação reparatória, uma vez que o STF reconheceu a imprescritibilidade "no que toca à recomposição dos danos ambientais".

Da Responsabilidade Civil Ambiental

A Responsabilidade Civil Ambiental no ordenamento jurídico pátrio, diferenciando-se da Responsabilidade Civil ordinária, foi moldada em grande parte pela Constituição Federal, de forma implícita e pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, mais explicitamente. Desse modo, conforme os dizeres de Mirra (2003 apud Milaré, 2021, p. RB-12.1), "o sistema de responsabilidade civil por danos ambientais configura um 'microssistema' dentro do sistema geral da responsabilidade civil, com regras próprias e especiais (...)".

Como mencionado, a Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) teve papel crucial para alterar o sistema a fim de que se consolidasse a natureza objetiva da responsabilidade civil ambiental, impondo normatividade e diferenciando- a da responsabilidade civil como entendida no ordenamento à época da edição da referida lei. Em seu artigo 14, § 1º, se dispõe o seguinte:

> Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:
> (...)
> § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado**, independentemente da existência de culpa**, a **indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.** O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (g.n) (BRASIL, 1981)

Já a Constituição Federal de 1998, trouxe inscrita em seu artigo 225, § 3º,[5] a responsabilidade ambiental, que possui natureza tripartite, se perfazendo no âmbito administrativo, civil e penal.

Posteriormente o Código Civil de 2002 também trouxe em seu artigo 927, Parágrafo único, a possibilidade de responsabilização objetiva, adotando a teoria do risco:

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

Conforme aponta Edis Milaré (2021, p. RB-12.2), o disposto no Código é "a materialização formal da teoria do risco, fincada num sistema aberto, que entende a

[5] Art. 225. (...) § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

responsabilidade como decorrente do simples existir da atividade, sem qualquer perquirição quanto a eventual negligência ou imprudência do seu explorador."

A teoria do risco, portanto, busca responsabilizar aquele que cria risco à terceiros simplesmente pela prática de alguma atividade ou empreendimento, ainda que o agente não tenha sido o causador direto do dano, com ação ou omissão, ou seja, com culpa.

Como justificativa para a adoção de tal teoria, podemos vislumbrar a peculiaridade do dano ambiental que, na esteira do que afirma Leite (2003, *apud* TRENNEPOHL, 2022, p. 174), "é diferente das demais formas de dano, pois se constitui numa forma ambivalente, designando, ora alterações nocivas ao ambiente, ora os efeitos provocados por essas alterações à saúde das pessoas envolvidas".

A teoria adotada é pelo STJ, com uma especificação, uma vez que é entendida como teoria do risco integral pela jurisprudência da Corte. Isso ocorre a fim de diferenciar de outras teorias do risco, quais sejam, do risco proveito e do risco criado, uma vez que pela teoria do risco integral não se admite excludentes de responsabilidade ordinariamente admitidas (força maior, caso fortuito, culpa da vítima ou fato de terceiro). Veja-se abaixo o entendimento exarado quando do julgamento dos Tema 681 e 707 de Recursos Repetitivos, pelo STJ:

> 1) A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar. (TEMA 681 e 707, letra a)

Em consequência a teoria do risco, a mesma Corte entende que a responsabilidade civil ambiental possui natureza *propter rem*, estando isento de responsabilidade apenas o titular do imóvel anterior a ocorrência do dano. O referido entendimento foi, inclusive, sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, na súmula nº 623.

No julgamento do REsp nº 650728/SC, o Ministro Herman Benjamin ressaltou que:

> 13. Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem.
> 14. Constatado o nexo causal entre a ação e a omissão das recorrentes com o dano ambiental em questão, surge, objetivamente, o dever de promover a recuperação da área afetada e indenizar eventuais danos remanescentes, na forma do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, julgado em 23/10/2007)

Diante disso, na doutrina e jurisprudência permanecem como requisitos para responsabilidade civil objetiva o dano ambiental e o nexo de causalidade.

Primeiro tratemos da existência de dano ambiental ao caso em questão.

A SVMA demonstrou, conforme documentos inseridos no processo administrativo, como imagens e relatórios de vistoria técnica, a inequívoca ocorrência de dano ambiental, causado pelo corte de inúmeros exemplares arbóreos.

É indiscutível a importância da arborização para os ambientes urbanos, como por exemplo a formação de microclimas mais amenos, o que ajuda no aumento da qualidade de vida. Nem se mencione que o papel cumprido pela arborização ainda é mais relevante

numa cidade como São Paulo, na qual grande parte dos locais não contam com a presença de grandes quantidades de árvores nativas.

Portanto, não há negativa para a ocorrência do dano ambiental, que se materializa com a supressão dos exemplares arbóreos, bastando tal constatação.

Relativamente ao nexo causal, Milaré traz explicação sucinta de como se constata a causalidade diante da teoria do risco:

> Analisa-se a atividade, indagando-se se o dano foi causado em razão dela, para se concluir que o risco que lhe é inerente é suficiente para estabelecer o dever de reparar o prejuízo. Dito de outra maneira, basta que se demonstre a existência do dano para cujo desenlace o risco da atividade influenciou decisivamente. O risco, por si só, não gera a obrigação de indenizar. (MILARÉ, 2021, p. RB-12.7)

Semelhante a atividade que traz risco, o fato de ser titular de imóvel onde se praticou, permitiu que se praticasse ou não se importou que praticasse, leva à configuração do nexo causal necessário para a responsabilização.

Pois, é justamente o caso da situação em discussão, na qual ambos os proprietários ao menos permitiram ou não se importaram com a ocorrência e prática de danos ambientais.

O Sr. Ícaro era o proprietário à época do evento danoso, não tendo prevenido, evitado, tampouco comunicado as autoridades sobre a supressão de grande quantidade de exemplares arbóreos.

O mesmo se pode dizer da Construtora XY, que não tomou iniciativas e providências a fim de reparar o dano ambiental ao ter o conhecimento de sua ocorrência, que era de fácil constatação em razão das marcas e evidências deixadas pelos poluidores.

Portanto, quanto aos dois réus está configurado o nexo de causalidade em razão da titularidade da propriedade enquanto e após o evento danoso.

Relativamente aos resíduos sólidos deixados no local, a SVMA não comprovou ter ocorrido dano a quaisquer elementos do meio ambiente, não sendo, portanto, necessária a reparação ambiental em razão do objeto da reparação inexistir.

Diante do exposto, é evidente a responsabilidade civil ambiental objetiva de ambos os réus, uma vez que se constatou o dano e o nexo de causalidade, definido pela titularidade dos imóveis pelos réus.

Do pedido e da pretensão reparatória

Constatado o dano ambiental e a responsabilidade civil, o Município busca na Ação Civil Pública que a reparação ambiental seja efetuada ou financiada pelos Réus.

Em relação à reparação de danos ambientais, dois princípios principais a norteiam, são eles: o princípio da reparação integral e o princípio da reparação *in natura*.

A denominação do princípio da reparação integral já indica parcialmente seu significado, deixando explícito que se deve buscar uma reparação plena e completa do meio ambiente degradado, é o que indica Milaré:

> Assim, forte nessas diretivas, conclui-se que, por esse viés – que se mostra verdadeira proposta de ressignificação **–, o princípio da reparação integral impõe o dever de se buscar a reparação do dano ambiental de forma a se restabelecer o equilíbrio ecológico por meio de ações que objetivem o retorno da situação evidenciada de forma mais próxima ao status quo ante.** Em não sendo possível a restauração natural no próprio local do dano – a chamada restauração in situ – é que deverá ser invocada a compensação por

> equivalente ecológico – restauração ex situ –, por meio da substituição do bem afetado por outro que lhe corresponda funcionalmente, ou seja, deve- se buscar a adoção de medida compensatória equivalente, de sorte a propiciar algo próximo daquilo que era antes da sua ocorrência, que se traduz, ao fim e ao cabo, em mecanismo voltado ao restabelecimento do equilíbrio ecológico. (MILARÉ, 2021, p. RB-12.5) (g.n.)

O princípio da (priorização da) reparação *in natura* se mostra verdadeira consequência e complemento do princípio da reparação integral. Sarlet e Fensterseifer resumem bem a finalidade do referido princípio:

> De tal sorte, a reparação civil do dano ecológico deve ser guiada pelo primado da restauração da Natureza, da forma mais integral possível e, preferencialmente, no mesmo local onde o dano ocorreu. Esse é o primeiro passo e esforço que deve ser tentado na reparação civil do dano ecológico. A salvaguarda da integridade ecológica e dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I, da CF/1988) depende de tal priorização, sob pena de a ampliação de áreas degradadas impactar de forma cada mais progressiva o equilíbrio ecológico essencial à proteção das espécies da flora e da fauna e do ecossistema no seu conjunto. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2022, p. 615)

Face aos comandos principiológicos estabelecidos, deve-se ter em conta que a pretensão da presente ação civil pública é a de recuperação ambiental integral e *in natura*, abrangendo todos os aspectos do dano ambiental ocasionado.

Portanto, visando esse fim, a SVMA elabora relatório técnico específico a cada caso, contendo todas as medidas reparatórias necessárias para recuperação integral e *in natura* do dano ambiental.

O pedido condenatório conterá as medidas reparatórias indicadas pela SVMA, que deverão ser cumpridas integralmente para a total reparação.

Pode-se, ainda, requerer indenização em relação aos danos interinos suportados entre a degradação ambiental e a efetiva reparação do dano, que se completa quando o ambiente retorna ao estado anterior.

Conclusão

Diante de todo o exposto se pode concluir que deverá ser proposta ação civil pública contra os réus Ícaro F. e Construtora XY, na qual se utilizaram os fundamentos elencados relativos à responsabilidade civil ambiental objetiva, de forma a demonstrar os danos ambientais causados e o nexo de causalidade em razão da titularidade do imóvel.

O pedido será a reparação dos danos causados, tendo como parâmetro as medidas reparatórias indicadas pelos técnicos da SVMA, poderá, ainda, ser requerida a indenização pelos danos interinos, a ser definida pelo juízo.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Sinopses para Concursos** – v.30 – Direito Ambiental. 9. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.

ANTUNES, Paulo de B. **Direito Ambiental**. 23. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1998.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **RE 1287474** (Tema 999 de Repercussão Geral). Relator(a): Cármen Lúcia. Julgado em 12/05/2021. Publicado em 14/05/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça; Primeira Seção; **REsp n. 1.953.359/SP**, Relatora Ministra Assusete Magalhães, julgado em 13/9/2023, DJe de 26/9/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Súmula 623:** As obrigações ambientais possuem natureza propter rem, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor; julgado em 12/12/2018; DJe 17/12/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. **REsp n. 1.354.536/SE**, relator Ministro Luis Felipe Salomão, , julgado em 26/3/2014, DJe de 5/5/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp n. 650.728/SC**, relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 23/10/2007, DJe de 2/12/2009.

FARIAS, Talden; TRENNEPOHL, Terence Dornelles (coord.). **Direito ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 5. ed. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2020.

MILARÉ, Edis. **Ação Civil Pública**. 1. ed. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2020.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito Ambiental**. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. 3. ed. Rio de Janeiro. Grupo GEN, 2022.

TRENNEPOHL, Terence Dornelles. **Manual de Direito Ambiental**. 9. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2022.

Estudo de Caso:
A Verificação da Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública nos Contratos de Gestão por ela Celebrados

Richard de Moraes Pereira Martins[1]

O caso

"Fulana", na data de "01/10/2020", foi contratada para laborar como Copeira na unidade de pronto atendimento (UPA 24h), laborando das 07h às 19h, em escala 12x36, percebendo a remuneração mensal de R$ 1.400,00, sendo posteriormente dispensada na data de "01/10/2022".

Por julgar que seus direitos foram supostamente violados durante a vigência de seu contrato de trabalho, ingressou com Reclamação Trabalhista na data de "01/10/2023" alegando em síntese que, mantinha contato direto com leitos e pacientes com doenças infectocontagiosas sem, contudo, receber Adicional de Insalubridade. Alegando também ter sofrido danos morais em seu local de trabalho por suposta circulação de comentários maldizentes de colegas a seu respeito.

Em sede processual, ingressou com a referida Reclamação Trabalhista pleiteando direitos supostamente violados durante a relação contratual em face da sua empregadora direta, qual seja a Organização Social "Casa de Gestão de Saúde", bem como, subsidiariamente, em face do Município de São Paulo (MSP).

No caso, a Municipalidade celebrou contrato de gestão com a Organização Social em comento para a administração do equipamento público (UPA 24h) em que a Reclamante laborou. Desse modo, a Reclamante junta à sua peça exordial, cópia de sua CTPS, extrato de recolhimento de FGTS e documentos constitutivos da Organização Social empregadora, sem, contudo, juntar qualquer outro documento que comprove suas alegações.

Perspectiva de análise e de solução

Diante da situação prática e cotidiana descrita acima, na qualidade de Procurador Municipal e pertencendo ao departamento responsável por tais demandas em âmbito contencioso, deve ser elaborada peça processual adequada (Contestação) no sentido de promover a defesa jurídica do Município de São Paulo nos autos da ação em curso.

Desenvolvimento

Inicialmente, cumpre mencionar alguns aspectos da nova dinâmica que envolve a Administração Pública e a forma de prestação de seus serviços, enfatizando o papel da sociedade civil (aqui eventualmente referenciada também como Terceiro Setor) como protagonista para atender e satisfazer o interesse público em determinadas áreas.

Consonante com o princípio da subsidiariedade, a interferência estatal na dinâmica da sociedade deve se restringir aos casos em que esta, por si só, não seja capaz de exercer suas atividades de forma a garantir a promoção do interesse coletivo, fiscalizando e regulando essas atividades com o intuito de promover a liberdade da iniciativa privada ao mesmo passo em que evita desequilíbrios na justiça social.

[1] Residente Jurídico do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, alocado no Departamento Judicial - JUD (2022-2025). E-mail: rmpm.97@outlook.com

Em âmbito nacional, a chamada Reforma Administrativa iniciada na década de 90 do século passado e que se estende até os dias atuais, possui como um dos pressupostos estruturantes de sua proposta reformadora uma ênfase em um modelo de gestão gerencial e maior presença da iniciativa privada na execução dos serviços públicos e na gestão da coisa pública. Uma das suas características principais consiste, basicamente, na prevalência de parcerias firmadas entre o Estado e a sociedade civil organizada (Terceiro Setor) para a prestação de serviços públicos de forma mais eficiente, econômica e efetiva.

Surge nesse contexto reformador as Organizações Sociais (OS), pessoa jurídica de direito privado, legalmente qualificada como tal, sem qualquer finalidade lucrativa, que juntamente com o Estado, executa atividades de interesse público em ramos específicos da prestação estatal e das necessidades coletivas da sociedade, como atividades voltadas ao ensino, ao meio ambiente, à cultura, à pesquisa científica e tecnológica e à saúde.

Na prática, as Organizações Sociais (OSs) ou as também chamadas Organizações da Sociedade Civil (OSCs) - a diferença destas últimas é que ainda não obtiveram a qualificação como Organização Social (OS) - possuem plena compatibilidade com o ordenamento jurídico vigente, promovendo ações que contribuem com um aprimoramento na prestação de serviços públicos por parte da inciativa privada de forma autônoma, porém, sempre de forma complementar ao dever estatal de prestação e garantia de certos serviços essenciais, como saúde, educação etc.

Tomando como referência uma conceituação doutrinária, reafirma-se que a transferência em caráter temporário da execução e gestão de determinados serviços prestados à sociedade em que a prestação estatal deva incidir, possui consonância com as necessidades sociais modernas e com o perfil atual do Estado brasileiro, encontrando também respaldo no ordenamento jurídico então vigente, materializando-se nos chamados Contratos de Gestão e nos preceitos da Lei nº 9637 de 15 de Maio de 1998, que dispõe sobre a qualificação das entidades como Organizações Sociais, conforme pode-se observar nos artigos abaixo elencados:

> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.
> Art. 6º O contrato de gestão, elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social, discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social.
> Parágrafo único. O contrato de gestão deve ser submetido, após aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada.
> Art. 7º Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos: (...)

A legislação Municipal de São Paulo em seu âmbito, também regulamentou a qualificação das entidades sem fins lucrativos como Organizações Sociais (OS), encartando no bojo da Lei Municipal nº 14.132 de 24 de Janeiro de 2006 os preceitos e requisitos para essa finalidade.

Doutrinariamente, pode-se valer de uma conceituação trazida por Raquel Melo Urbano de Carvalho que define Organização Social da seguinte forma:

> Organização Social é a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, a que o Poder Público outorga qualificação específica que a habilita a firmar

> contrato de gestão, cujo objeto é o exercício de atividades não exclusivas, pertinentes aos setores de saúde, educação, pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente. (CARVALHO, 2009, p. 928)

Ademais, apenas a título elucidativo, cabe registrar uma distinção entre o chamado Contrato de Gestão (instrumento público de contratação aplicado ao caso concreto em estudo) e outros três instrumentos de cooperação/contratação utilizados pelo Poder Público para firmar parcerias público-privadas para o atingimento de determinadas finalidades. Estes outros instrumentos são os chamados Termo de Colaboração, Termo de Fomento e o Acordo de Cooperação, todos trazidos pela Lei 13.019 de 31 de Julho de 2014 e que possuem aplicabilidade específica divergente das hipóteses em que se utiliza o Contrato de Gestão.

Merece destaque - para dirimir qualquer dúvida sobre o arcabouço legislativo aplicado ao estudo de caso - a conceituação legislativa destes outros três instrumentos que segue abaixo referenciada:

> Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:
>
> I - organização da sociedade civil: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
>
> a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)
>
> b) as sociedades cooperativas previstas na Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)
>
> c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)
>
> II - administração pública: União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, e suas subsidiárias, alcançadas pelo disposto no § 9º do art. 37 da Constituição Federal; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
>
> (...)
>
> VII - termo de colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
>
> VIII - termo de fomento: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e

> recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
>
> VIII-A - acordo de cooperação: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

Por exercer atividades que são de competência e dever do poder público, diversos são os casos em que pela própria natureza desse tipo de parceria entre o Estado e a iniciativa privada, demandas administrativas e judiciais (como é o exemplo do caso prático aqui estudado) são direcionadas a ambas as pessoas jurídicas, a de direito privado (OS ou OSC) e a de direito público (União, Estados, Municípios). O intuito e a pretensão de quem busca responsabilizar ambas as entidades são em princípio legítimas, pois existe um mandamento constitucional vigente, especificamente o artigo 6º da Constituição Federal de 1988, que literalmente apregoa ser dever do Estado garantir, dentre outros, os seguintes direitos:

> Art. 6º São Direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Ressalta-se desde já que a efetividade desse modelo administrativo de prestação de serviços públicos adotado pelo Estado nos últimos tempos é medida por duas vertentes principais, a eficiência e eficácia dos serviços prestados por tais entidades privadas (OS e OSC) e a possibilidade do exercício de controle da execução e do resultado esperado por parte do poder público. Esse controle por parte do Estado é estabelecido desde a elaboração do Contrato de Gestão ou dos Termos de Colaboração, Fomento e Acordos de Cooperação, em que constam todas as responsabilidades da entidade contratada e os deveres fiscalizatórios do poder público contratante.

Referida previsão contratual tem como objetivo garantir a "*accontability*" dos contratos e parcerias firmados uma vez que prevê em seu conteúdo parâmetros de qualidade para mensurar a viabilidade de manutenção da parceria ou sua descontinuação, com a possibilidade de aplicação de sanções à entidade privada caso ela descumpra alguma regra pactuada, seja no próprio documento que estabelece a parceria, seja na legislação aplicada ao caso, podendo inclusive gerar efeitos para referida entidade além da simples rescisão contratual, como, por exemplo, a sua desqualificação como OS e o impedimento de futuras contratações com o poder público.

Denota-se que a adoção desse tipo de contrato não suprime e regime jurídico administrativo incidente na prestação desses serviços, uma vez que o exercício do controle externo e interno por parte do Estado nesses contratos é imperativo, contudo, a depender da situação concreta (como, por exemplo, a narrada no presente estudo de caso), pode o ente público ser poupado de responsabilidade caso demonstre juridicamente que exerceu seu poder fiscalizatório sobre a execução do contrato firmado entre ele e uma OS ou OSC.

Nesse sentido, a classificação doutrinária a respeito da responsabilização do poder público não dá margem a dúvidas sobre a extensão dessa responsabilidade, como consagrou o eminente professor Hely Lopes Meireles (2016, p. 788), a responsabilidade civil da administração é a imposição sobre ela de uma obrigação reparatória e de composição de dano causado a terceiros por ação ou omissão de seus agentes públicos,

que ao desempenhar suas atribuições ou a pretexto de exercê-las, causem dano a outrem.

Na mesma linha, ao trazer os princípios constitucionais da Administração Pública, o artigo 37 da Carta Magna de 1988 estabelece a obrigatoriedade reparatória por parte do Estado caso este provoque dano:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> (...)
> § 6º 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.

No entanto, diferentemente do que ocorre quando se verifica a responsabilidade civil do Estado em que se demanda do poder público uma ação direta ou se comprova uma omissão de sua parte, no caso aqui narrado, não existe um contrato de prestação de serviços entre o Município de São Paulo e a OS "Casa de Gestão da Saúde", mas sim um Contrato de Gestão celebrado no ano de 2015 (portanto, anterior a contratação da Reclamante) em que se transferiu à referida Organização Social a gestão de diversos equipamentos públicos de saúde.

A "Casa de Gestão da Saúde" é qualificada como Organização Social, e é quem de fato e legalmente administra o local de trabalho da parte Reclamante, e, deste modo, a Municipalidade de São Paulo não figura como tomadora direta de mão de obra fornecida pela Reclamante, e sim como parceira pública, que nesses tipos de contratação, possui o dever fiscalizatório durante a execução do Contrato de Gestão, fato que por si só, de acordo com entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (TST), afasta qualquer intenção de responsabilizar o ente público por quaisquer inadimplementos ou obrigações assumidas pela Organização Social que faz a gestão do local de trabalho da parte Reclamante, como destaca-se pelo entendimento sumular abaixo transcrito:

> Súmula 331 do TST
> **CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE**
> V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Faz parte da própria natureza dos Contratos de Gestão celebrados entre o poder público e as OS que esta última detenha plena autonomia de gestão sobre o objeto do contrato a fim de se alcançar os objetivos pactuados no referido instrumento. Nesse tipo de contratação, cumpre ao poder público a fiscalização sobre a correta execução e o atingimento dos resultados esperados, não detendo a administração pública qualquer ingerência sobre a forma pela qual a OS gere seus recursos para a consecução dos objetivos dispostos na parceria, em outras palavras, a responsabilização do Município de São Paulo no caso em questão, só poderia ser reconhecida caso ficasse cabalmente demonstrado a ausência de fiscalização por parte do poder público, sendo que, para tanto, o ônus da prova - de acordo com entendimento sedimentado na jurisprudência

pátria - compete a quem alega suposta omissão no dever fiscalizatório, o que de fato, não ocorreu.

Sobre a natureza e finalidade dos Contratos de Gestão, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona que:

> Quanto ao contrato de gestão, servirá de instrumento para estabelecer-se um vínculo jurídico entre a organização social e a Administração Pública. Por meio dele, fixam-se as metas a serem cumpridas pela entidade e, em troca, o Poder Público auxilia de diversas formas, quer cedendo bens públicos, quer transferindo recursos orçamentários, quer cedendo servidores públicos. (DI PIETRO, 2006, p. 268)

Frise-se, na Reclamação Trabalhista proposta, não existe qualquer comprovação ou mesmo menção de desvirtuamento das condições estabelecidas no Contrato de Gestão referentes à execução das atividades e serviços de saúde ou à inércia da Administração Municipal Paulistana no tocante à fiscalização da execução do contrato. Ademais, ressalta-se no caso aqui estudado que o Contrato de Gestão se traduz, na prática, como uma verdadeira concessão por parte do poder público destinando a um particular a possibilidade da prestação de determinados serviços públicos, fato esse que não se amolda como uma contratação de serviços especializados em favor da Administração Pública, afastando, portanto, qualquer incidência do entendimento contido no inciso V da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de se buscar a responsabilização da Administração Pública de forma subsidiária por suposta alegação infundada de falta de fiscalização, destacando-se aqui a ressalva contida no próprio inciso, em sua última frase, que adverte que: "A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada" (SÚMULA 331, TST).

Farta é a jurisprudência pátria no sentido da errônea busca por responsabilização do ente público nos casos em que existam Contratos de Gestão celebrados, conforme alguns exemplos elencados abaixo:

> RECURSO ORDINÁRIO - TERMO DE PARCERIA FIRMADO ENTRE MUNICÍPIO E OSCIP - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS - NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. A responsabilização subsidiária do Município reconhecida pelo "*a quo*" viola, por via transversa, a norma de ordem pública e caráter cogente inserta no inciso II e § 2º do artigo 37 da Constituição Federal, especificamente quando resta comprovado nos autos que a contratação da empresa prestadora de serviços ocorreu mediante celebração de Termo de Parceria na forma disposta pela Lei nº 9.790/99, inexistindo ainda elementos em favor da tese de conduta culposa da edilidade no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93. 2. Recurso ordinário provido. (Proc.nº.TRT.0000626-13.2010.5.06.0281, 4ª T., Rel. Des. Pedro Paulo Pereira Nóbrega, pub 04/09/2012).

> TERMO DE PARCERIA - AUTARQUIA FEDERAL - RESPONSABILIDADE
> SUBSIDIÁRIA - IMPOSSIBILIDADE. Constatada prestação de serviços à Administração Pública, por força do Termo de Parceria celebrado com Organização Civil de interesse público, não se aplica o item IV da Súmula n.º 331 do TST, até porque, além de prevista responsabilidade solidária apenas ao fiscalizador do pacto na hipótese definida no artigo 12 da Lei n.º 9.790/99, cabível, por analogia, a incidência do artigo 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93. Recurso ordinário provido. (Proc.nº.TRT.0000658-45.2011.5.06.0002, 2ª T., Rel. Juiz Fernando Cabral de Andrade Filho, pub 13/08/2012).

> AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. INAPLICABILIDADE. REPASSE DE RECURSOS FINANCEIROS PELO MUNICÍPIO DE ESCADA À ASSOCIAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS, MEDIANTE CONVÊNIO. Sendo incontroversa a celebração de convênio entre os Reclamados, visando a interesses convergentes, no caso, o fomento de programa de saúde, conclui-se que é inaplicável à hipótese a diretriz do item IV da Súmula n.º 331 do TST (TST-AIRR - 102240-23.2005.5.06.0221, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, 4ª T., DEJT 16/10/2009).
>
> EXECUÇÃO. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. PODER CONCEDENTE. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DESCABIMENTO. O contrato de concessão/permissão de exploração de transporte público coletivo não se enquadra na hipótese de responsabilidade da Administração Pública, não somente por força de lei (artigo 31, parágrafo único, da Lei nº 8.987/95), como por não apresentar as características da terceirização, tais como o ente público como beneficiário e responsável direto pelo pagamento dos serviços prestados. (TRT-1 - AP: 00006119220105010019 RJ, Relator: Celio Juacaba Cavalcante, Décima Turma, Data de Publicação: 13/11/2015)

No caso em análise, não se pode pleitear a caracterização da chamada "*culpa in vigilando*" ou mesmo a "*culpa in eligendo*" que seriam, respectivamente, a responsabilidade atribuída a quem deixa de supervisionar adequadamente aqueles sob sua autoridade e a culpa atribuída a quem deixa de verificar com antecedência a plena capacidade de uma determinada entidade para cumprir os objetivos pactuados no contrato escolhendo-a inadequadamente, uma vez que, não resta comprovado no caso em análise esse desvirtuamento por parte do Município de São Paulo. O reconhecimento da responsabilidade subsidiária imposta a Administração Pública é uma excepcionalidade que se manifesta somente quando restar comprovada (por parte de quem a alega) qualquer falha ou negligência na fiscalização dos contratos de gestão pela municipalidade, conforme entendimento jurisprudencial que trata da questão específica do ônus da prova abaixo colacionado, tal encargo é da parte Reclamante e não da Administração Pública:

> (...)
> Ademais, a 2ª Turma do STF também reafirmou, de forma cristalina, o entendimento de que o ônus da prova, nos casos de responsabilidade subsidiária da Administração Pública, recai sobre o Reclamante, sendo indevida a sua inversão em desfavor da Administração Pública, *in verbis*: "Agravo regimental na reclamação. 2. Direito do Trabalho. 3. Terceirização. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. 4. Violação ao decidido na ADC 16 e ao teor da Súmula Vinculante
> 10. Configuração. Reclamação julgada procedente. 5. Impossibilidade de responsabilização automática da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas. Necessidade de comprovação inequívoca do seu comportamento reiteradamente negligente. Ausência de fiscalização ou falta de documentos que a comprovem não são suficientes para caracterizar a responsabilização. 6. Inversão do ônus da prova em desfavor da Administração Pública. Impossibilidade. Precedentes de ambas as Turmas. 7. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 8. Agravo regimental não provido" (AgRg-Rcl40.505-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 17/11/20, vencidos os Min. Ricardo Lewandowski e Edson Fachin)"
> Penso que o STF, em suas decisões quanto ao tema, tem sido superlativamente claro, quanto à questão do ônus da prova, e o TST tem sido perseverantemente refratário à jurisprudência da Suprema Corte. Ora,

> tendo em vista o caráter vinculante das decisões do STF em temas de repercussão geral, o que não se dá com decisões da SBDI-1 do TST, é de se sobrepor aquelas a estas. Note-se, em suma, que, pela literalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, a regra é a não responsabilização da administração pública pelos créditos judiciais trabalhistas de empregados terceirizados, e a contemporização do STF, abrindo exceção àregra, fica limitada e balizada pelas decisões da própria Suprema Corte, que, portanto, não comportam elastecimento por parte da Justiça do Trabalho.
> (...)
> (TST. PROCESSO Nº TST-AIRR-1001095-19.2022.5.02.0706. Ministra
> Relatora: MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI. Data de Publicação: 15/05/2024)

Em reforço aos argumentos aqui elencados, em recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), encartada sob o Tema 1118 assim ementado – Ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para fins de responsabilização subsidiária da Administração Pública, em virtude da tese firmada no RE 760.931 (Tema 246) – a questão referente ao ônus da prova e dos limites da responsabilidade subsidiária do poder público delineou-se ao traço dos argumentos aqui apresentados, ficando decidido que cabe a parte Reclamante a comprovação de comportamento negligente por parte da Administração Pública, conforme decisão proferida abaixo destacada:

> Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 1.118 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, afastar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Dias Toffoli. Em seguida, por maioria, foi fixada a seguinte tese: "1. Não há responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviços contratada, se amparada exclusivamente na premissa da inversão do ônus da prova, remanescendo imprescindível a comprovação, pela parte autora, da efetiva existência de comportamento negligente ou nexo de causalidade entre o dano por ela invocado e a conduta comissiva ou omissiva do poder público. 2. Haverá comportamento negligente quando a Administração Pública permanecer inerte após o recebimento de notificação formal de que a empresa contratada está descumprindo suas obrigações trabalhistas, enviada pelo trabalhador, sindicato, Ministério do Trabalho, Ministério Público, Defensoria Pública ou outro meio idôneo. 3. Constitui responsabilidade da Administração Pública garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato, nos termos do art. 5º-A, § 3º, da Lei nº 6.019/1974. 4. Nos contratos de terceirização, a Administração Pública deverá: (i) exigir da contratada a comprovação de capital social integralizado compatível com o número de empregados, na forma do art. 4º-B da Lei nº 6.019/1974; e (ii) adotar medidas para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada, na forma do art. 121, § 3º, da Lei nº 14.133/2021, tais como condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas do mês anterior", nos termos do voto do Relator, vencidos parcialmente os Ministros Cristiano Zanin, Flávio Dino, Edson Fachin e Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia, que já havia proferido voto em assentada anterior. Impedido o Ministro Luiz Fux. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 13.2.2025.
> (STF. Tema 1118. Ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para fins

> de responsabilização subsidiária da Administração Pública, em virtude da tese firmada no RE 760.931 (Tema 246). Ministro Relator: Nunes Marques. Julgamento de Mérito. Tese de Repercussão Geral. 13/02/2025.

Dessa forma, resta evidente que o mero repasse de subvenções pelo Poder Público não possui em nenhuma hipótese o condão de atrair por si só a responsabilidade subsidiária pelos débitos trabalhistas contraídos pela Organização Social detentora da gestão do equipamento público que a Reclamante trabalhou, pois se assim fosse, as demais pessoas jurídicas, nacionais e internacionais, que contribuem financeiramente para a manutenção e funcionamento desses equipamentos públicos também deveriam ser responsáveis subsidiárias pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela entidade contratada, eis que em tese também seriam tomadores indiretos dos serviços prestados pela OS.

O Contrato de Gestão firmado entre ambos os entes no caso em análise (OS e o Município de São Paulo) trata-se de um acordo de vontades, com o escopo de fomentar iniciativas privadas que possuam utilidade pública, de modo que, não é cabível a responsabilização da Administração Pública em sede subsidiária no caso concreto uma vez que não restou comprovada as hipóteses de cabimento dessa eventual responsabilidade conforme largamente aqui demonstrado.

Conclusão

Diante de todos os fundamentos jurídicos elencados para tratar do caso em estudo, considera-se que a Procuradoria Jurídica do Município de São Paulo, na pessoa de seu Procurador Municipal, deve apresentar Contestação, fundamentada nos argumentos, legislação e precedentes aqui elencados, requerendo o indeferimento dos pedidos formulados pela Reclamante por todos os fatos acima expostos, uma vez que não se verifica nenhuma hipótese que enseja a responsabilidade subsidiária do Município de São Paulo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Lei nº 9.637 de 15 de Maio de 1998**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm

BRASIL. **Lei nº 13.019 de 31 de Julho de 2014**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 1118**. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=604 8634&numeroProcesso=1298647&classeProcesso=RE&numeroTema=1118.

BRASIL. Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos. **Organizações Sociais**. Disponível em: https://www.gov.br/gestao/pt-br/assuntos/organizacoes-sociais.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmulas**. Disponível em: https://jurisprudencia.tst.jus.br/?tipoJuris=SUM&orgao=TST&pesquisar=1.

DI PIETRO,Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed.. São Paulo: Atlas, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SÃO PAULO (SP). **Lei nº 14.132 de 24 de Janeiro de 2006**. Disponível em: http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-14132-de-24-de-janeiro-de-2006.

Estudo de caso:
Possibilidade de transação em matéria ambiental: caso SVMA x COHAB

Vinícius Manosalva Alves [1]

O Caso

Trata-se de caso prático que versa sobre transação entre a Municipalidade e a COHAB, oriundo de valores relativos a Desapropriação Judicial Direta de glebas para constituição da **Área de Proteção Ambiental Parque e Fazenda do Carmo**, pela **Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente (SVMA)**, que figura como proprietária e, de outro, de valores devidos a titulo de multa ambiental, ante as lnfrações ambientais praticadas par COHAB nas áreas Mata Sete Cruzes; Cidade Tiradentes; Morro do Cruzeiro; Sao Rafael e Parque Limoeiro do Aricanduva.

Buscar-se-á analisar qual a melhor solução e os conceitos jurídicos envolvidos na pendenga que envolve a Municipalidade de São Paulo e a Empresa COHAB, da administração indireta também da Municipalidade de São Paulo.

O caso teve inicio com o nascimento de uma obrigação de pagamento pela desapropriação de glebas para constituição da Área de Proteção Ambiental Parque e Fazenda do Carmo, matrículas originárias: nº 49.526, nº 36.729 e nº 42038, do 9º C.R.I, que foram transformadas nas matrículas nºs.: 234.095 e 234.096; cujas certidões imobiliárias ficam fazendo parte integrante deste.

A Municipalidade de São Paulo propôs a ação judicial de desapropriação judicial direta para a desapropriação dessa área, processo - autos nº 0125695- 24.2008.8.26.0053, que tramitou pela 2ª Vara da Fazenda Pública da Capital, para a expropriação parcial de três imóveis rurais, contíguos, pertencentes à Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo – COHAB-SP, os quais somam 5.237.438,31 m2; cujas plantas e memoriais descritivos ficam fazendo parte integrante deste acordo.

Ainda no início do processo as partes alcançaram um acordo para extinguir a demanda (fls. 1.631/1.638 do processo em comento), sob a condição de pagamento de indenização em três parcelas, cuja soma equivale a oferta administrativa; a primeira de R$ 25.067.498,00 na data de homologação do acordo; as demais de R$ 1.155.033,15 e R$ 12.000.000,00, nas datas de 30/11/2008 e 30/12/2008, respectivamente.

Destaca-se que o Juízo de primeira instância (2ª VFP) indeferiu a homologação, pois entendeu que a concordância quanto ao valor da indenização excluiria a lide; além disso, defendeu não ser possível homologar quando o valor alcançado pelo Perito Judicial se distanciaria do acordado (R$ 173.586.000,00), pois o caráter de valor incontroverso da causa, que valeria também para o juiz, seria afastado. Não haveria, dessa forma, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido, o que o levou a extinguir o processo sem julgamento do mérito.

Tal decisão foi alterada em segunda instância pela 5ª Turma de Direito Público do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, restabelecendo o acordo entre a COHAB-SP e a Municipalidade de São Paulo, em que ficou acordado o pagamento do valor total de R$ 38.222.531,15 até dezembro de 2008, pela desapropriação da área.

[1] Residente jurídico do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, alocado na Secretaria Municipal de Verde e Meio Ambiente – SVMA. E-mail: vmanosalvaadv@gmail.com

A SVMA, por sua vez, a fim de reduzir o valor a ser pago, selecionou casos nos quais COHAB-SP figuraria como a devedora da Municipalidade de São Paulo, ante o passivo ambiental em face dos danos causados provocados ao municipio pela empresa de habitação COHAB.

A partir dessa exigência de compensação ambiental o pagamento não fora feito nos prazos previstos no acordo homologado pelo Poder Judiciário.

Em decorrência do tempo decorrido, a controvérsia foi enviada para a presente solução consensual entre as partes, através da **Câmara de Solução de Conflitos da Administração Municipal, órgao integrante da estrutura da Procuradoria Geral do Município de São Paulo - PGM**, prevista no art. 33 do Decreto M u n i c i p a l 57.263, de 29 de agosto de 2016.

A COHAB-SP, por sua vez, apresentou o valor atualizado do débito, sendo utilizada a tabela prática do TJSP; e a dívida que em 2008 era de R$ 38.222.631,15 se tornou, até agosto de 2023, R$ 94.206.223,45 (noventa e quatro milhões, duzentos e seis mil duzentos e vinte e três reais e quarenta e cinco centavos).

A Municipalidade de São Paulo, de sua parte, apresentou os valores devidos pela COHAB-SP a SVMA a título de Termo de Compensação Ambiental - TCAs, que, conforme tabelas apresentadas por CFA/SVMA e AJ/SVMA, totalizam o valor de R$ 3.249.386,96;

A Municipalidade de São Paulo apresentou ainda os seguintes autos de multas por infrações ambientais: A) Cadastro do Auto de Multa nº 67.014.691-9 e respectivo Auto de lnfração nº 046331, por força do artigo 66, do Decreto Federal nº 6.514/08, no valor de R$ 18.479.360,00 (dezoito milhões, quatrocentos e setenta e nove mil e trezentos e sessenta reais); B) Cadastramento do Auto de Multa nº 67.014.690-1 e respectivo Auto de infração nº 046193, por força do artigo 66, do Decreto Federal nº 6.514/08, no valor de 232.710,00 (duzentos e trinta e dois mil, setecentos e dez reais); C) Cadastramento do Auto de Multa nº 67.014.687-7 e respectivo Auto de infração nº 046194, por força do artigo 66, do Decreto Federal nº 6.514/08, no valor de R$ 20.875,00 (vinte mil, oitocentos e setenta e cinco reais); D) Cadastramento do Auto de Multa nº 67.014.693-5 e respectivo Auto de infração nº 046196, por força do artigo 66, do Decreto Federal nº 6.514/08, no valor de R$ 233.795,00 (duzentos e trinta e três mil, setecentos e noventa e cinco reais); E) Cadastramento do Auto de Multa nº 67.014692-7 e respectivo Auto de lnfração nº 046195, por força do Artigo 66 do Decreto Federal nº 6514/08, no valor de R$ 706.950,00 (setecentos e seis mil, novecentos e cinquenta reais); F) Cadastramento do Auto de Multa nº 67.014.688-9 e respectivo Auto de lnfração nº 046197, por força do artigo 25 da Lei Municipal nº 17.794/22, regulamentada pelo Decreto Municipal nº 61.859/22, no valor de R$ 68.538.000,00 (sessenta e oito milhões, quinhentos e trinta e oito mil reais); G) Cadastramento do Auto de Multa n° 67.014.990-0 e respectivo Auto de lnfração n° 049329, por força do Art. 66, do Decreto Federal nº 6.514/08, no valor de R$ 10.102.000,00 (dez milhões cento e dois mil reais). H) Cadastramento do Auto de Multa n° 67.014.991- 8 e respectivo Auto de lnfração n° 049330, por força do Art. 30, da Lei Municipal n° 17.794/22, no valor de R$ 4.084.000,00 (quatro milhões e oitenta e quatro mil reais), totalizando o valor de 102.397.690,00 (cento e dois milhões, trezentos e noventa e sete mil seiscentos e noventa reais).

Perspectiva de análise e de solução

Considerando que as partes integram os quadros da administração municipal - direta e indireta - e a via da mediação e da conciliação se mostram adequadas ao presente caso, avalia-se a realização de um **ACORDO ADMINISTRATIVO,** a fim de formalizar a transmissão de domínio do imóvel em questão a Municipalidade de São Paulo, sem qualquer ônus, gravame, encargos, livre e desembaraçado, sem o pagamento da respectiva indenização oriunda do processo expropriatório, e a COHAB-SP, por sua

vez, ficará desobrigada a pagar as multas aplicadas pela Municipalidade de São Paulo a título de autos de infração ambiental, elencadas de A até H, previstas em tópico anterior, bem como será solucionado todo o passivo ambiental provocado por COHAB.

Desenvolvimento

Ao se analisar o caso, entende-se que a melhor solução seria realizar uma transação entre as partes, tudo conforme os princípios de cooperação e boa-fé que norteiam as relações jurídicas contratuais entre as partes; em razão dos princípios processuais da rápida solução dos litígios; em razão dos princípios que autorizam e incentivam as soluções consensuais entre as partes.

Para tanto, importante entender os mecanismos utilizados, bem como os conceitos jurídicos aplicados ao caso; recebendo a municipalidade paulistana todos os imóveis desembaraçados de quaisquer ônus.

Devemos iniciar a analise, ressaltando que a crescente tendência a se adotar soluções consensuais de conflito é fruto direto da "crise do judiciário", que não é recente para os operadores do direito no Brasil.

Tal crise materializa-se, sobretudo, na morosidade do desembaraço das lides que são levadas até o Poder Judiciário – morosidade que persiste, não obstante diversos esforços que vêm sendo empreendidos para diminuir tal problema.

Relembremos que, inclusive, a celeridade e a duração razoável do processo foram elevadas a garantias fundamentais a partir da Emenda Constitucional 45/2004. Ao se analisar a citada crise, em um primeiro plano, tende-se a culpabilizar a administração da Justiça pela situação. No entanto, outros fatores – sobretudo culturais – precisam ser estudados, pois se apresentam enquanto causa central para a ineficiência do Poder Judiciário. Tais fatores podem ser sumarizados na chamada "cultura da litigância" (ou cultura da sentença, nas palavras de Kazuo Watanabe) termo que faz menção à tendência de judicialização dos conflitos no Brasil, em detrimento do uso de outros meios para se conseguir a pacificação:

> Disso tudo nasceu a chamada cultura da sentença, que se consolida assustadoramente. Os juízes preferem proferir sentença ao invés de tentar conciliar as partes para a obtenção da solução amigável dos conflitos. Sentenciar, em muitos casos, é mais fácil e mais cômodo do que pacificar os litigantes e obter, por via de consequência, a solução dos conflitos[2]

As soluções consensuais de litigios, portanto, são uma resposta à crescente judicialização dos conflitos, inclusive os ambientais, com a massificada procura pela tutela do Poder Judiciário para a resolução dos impasses sociais.

Experienciamos uma verdadeira "cultura da sentença", que muitas vezes é encorajada até mesmo pelos próprios operadores do Direito. Grinover [3] já dizia que a mera imposição de uma sentença, muitas vezes, não é capaz de gerar a pacificação social, vez que dita o desfecho do conflito a partir da delimitação de um vencedor e de um perdedor – e este último, via de regra, irá se insurgir contra a decisão.

Além disso, a sentença tenderá a solucionar apenas o objeto do processo, sem levar em consideração as raízes sobre as quais o problema se desenvolveu, tampouco suas implicações para além do que está nos autos.

---

[2] WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007, p. 7.

[3] GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *In*: GRINOVER; WATANABE; LAGRASTA, *op. cit.*, p. 2-7.

Buscando uma saída para esta cultura adjudicatória e para as suas inadequações, houve, nas últimas décadas, forte guinada no sentido de incentivo à regulação e adoção dos chamados meios adequados de resolução de conflitos.

Nesse sentido, afirma Tartuce que:

> É inegável a mudança de visão verificada nos últimos anos: como o processo judicial não mais vem sendo considerado via adequada para compor todos os conflitos, deve o Estado oferecer meios diversos para garantir o acesso à justiça.[4]

Em relação aos conflitos ambientais, a mencionada mudança de paradigma não tem sido diferente.

A adoção dos meios adequados de resolução de conflitos em matéria administrativa/ambiental justifica-se, hoje, sobretudo, ao se levar em conta a complexidade dos litígios ambientais e a busca por agilidade na resolução de tais disputas.

A sua utilização traz diversos benefícios no processo de pacificação dos conflitos ambientais, se comparado à clássica resolução adjudicatória. Dispõe Samira Soares:

> Nas controvérsias ambientais, a mediação mostra-se vantajosa por permitir um grau maior de satisfação dos participantes, que mantêm certo grau de controle; por ter maior flexibilidade para analisar opções mais criativas que os tribunais e, o mais importante, é que promove a cooperação, elemento que falta normalmente na solução da maioria dos problemas ambientais. Por não ter uma postura adversarial, a mediação consegue tratar de um campo maior de dados técnicos e não favorece a obstrução de informações. Ainda, por ser voluntária, consegue chegar a soluções mais duradouras e a uma melhor implementação dessas.[5]

Deve-se ressaltar que a busca por uma solução efetiva, rápida e consensual tem levado as partes a perseguirem alternativas como mediação, conciliação, negociação e arbitragem; no âmbito ambiental também não é diferente; e, no caso vertente há vantajosidade para as partes envolvidas.

Ao buscar a proteção ambiental e o desenvolvimento econômico, de forma perene, as soluções consensuais são importantes meios de solução de conflito entre litigantes para se alcançar uma resposta justa e satisfitória, assim como já ocorre em outros países, seja na prevenção ou na solução de conflitos instalados ou na sua prevenção.

Em geral, as soluções consensuais apresentam diversas vantagens em relação a decisão jurisdicional de mérito, tais como a eficácia, celeridade, a economia de tempo, de gastos e a possibilidade de as partes, quando for o caso, escolherem um profissional especializado no assunto.

Além disso, permitem uma solução mais criativa e flexivel para o conflito, uma vez que os interessados têm mais liberdade para negociar e propor soluções que atendam aos seus interesses, destacando a prática colaborativa de todos, aredução dos custos, a preservação do relacionamento entre si, e em matéria ambiental, possibilita alcançar soluções mais sustentáveis para a redução e prevenção de danos ao meio ambiente.

Ressalta-se que costuma-se utilizar, para se chegar a essa solução critativa e flexivel, alguns metodos de comunicação entre as partes, entre os mais importantes temos a mediação e a conciliação, senão vejamos:

---

[4] TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Grupo Editorial Nacional, 2018, p. 27.

[5] SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira. **Mediação de conflitos ambientais**: um novo caminho para a governança da água no Brasil? Curitiba: Juruá, 2010, p. 136.

Bacellar [6], de maneira didática, elenca três principais modos de diferenciação para a recomendação do uso da conciliação e da mediação: a natureza da relação que antecede ao litigio: quando a relação é incidental, ou seja, quando surgiu por conta do fato desencadeador do conflito, ou caso exista algum tipo de vínculo anterior, mas este é diminuto, recomenda-se o uso da conciliação, buscando-se, por meio dela, dirimir o conflito e encontrar uma solução que satisfaça ambas as partes, sem a necessidade latente de restaurar a boa relação entre elas.

Quando se tratar de relações perenes, como quando envolver vizinhos, por exemplo, a mediação é a técnica mais indicada, vez que possibilita o resgate do relacionamento, prezando pelo restabelecimento do diálogo entre as partes; A finalidade e o foco que se busca pela solução do impasse: a principal motivação para o emprego da conciliação é a extinção da lide, por meio da transação, enquanto que a mediação tem por pressuposto o tratamento do conflito mediante a busca real de sua motivação, dando enfoque ao relacionamento entre as partes; A forma de atuação do terceiro: esta deve ser mais ativa na conciliação, vez que o conciliador pode opinar sobre o mérito do acordo, orientar as partes e até mesmo sugerir soluções, direcionando-se mais ao mérito da questão e menos às relações; já a mediação aborda o conflito de forma holística, buscando real motivador para o conflito. Para conseguir este objetivo, o mediador apenas conduz as partes, deixando que elas próprias tragam às sessões as possíveis soluções e alternativas.

No caso em comento, utilizou-se a mediação, pois já havia um relacionamento institucional entre as partes, e foi por esse caminho que se buscou por uma solução eficiente que se buscou o acordo administrativo, evitando a judicialização da execução do valor devido a COHAB, bem como das multas aplicadas pela SVMA.

Tudo de acordo com a Lei Municipal nº 17.324/2020, que institui a politica de desjudicialização no âmbito da administração pública, buscando reduzir a litigiosiadade, estimular a solução adequada de controvérsias, promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos e aprimorar o gerenciamento do volume de demandas administrativas e judiciais.

O artigo 2º da referida lei ainda explicita os objetivos das medidas autompositivas, senão vejamos:

> Art. 2º A Política de Desjudicialização será coordenada pela Procuradoria Geral do Município, cabendo-lhe, dentre outras ações:
>
> I. **dirimir, por meios autocompositivos, os conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública Municipal Direta e Indireta**; (grifo nosso)
>
> II. avaliar a admissibilidade de pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e a Administração Pública Municipal Direta e Indireta;
>
> III. requisitar, aos órgãos e entidades da Administração Pública Municipal, informações para subsidiar sua atuação;
>
> IV. promover o arbitramento das controvérsias não solucionadas por meios autocompositivos, na hipótese do inciso I;
>
> V. promover, no âmbito de sua competência e quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta nos casos submetidos a meios autocompositivos;
>
> VI. fomentar a solução adequada de conflitos, no âmbito de seus órgãos de execução;
>
> VII. propor, em regulamento, a organização e a uniformização dos procedimentos e parâmetros para a celebração de acordos envolvendo a Administração Direta, bem como as autarquias e fundações representadas

[6] BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 91-92.

judicialmente pela Procuradoria Geral do Município, nos termos desta Lei;

VIII. disseminar a prática da negociação;

IX. coordenar as negociações realizadas por seus órgãos de execução;

X. identificar e fomentar práticas que auxiliem na prevenção da litigiosidade;

XI. identificar matérias elegíveis à solução consensual de controvérsias.

Apesar de não haver menção à solução de conflitos ambientais pela Lei em comento, é importante lembrar que o Direito Ambiental demanda interdisciplinaridade, ampla participação dos envolvidos e acesso à informação, cooperação, o que pode ser efetivamente garantido pelas soluções consensuais de conflito, pois eles beneficiam o restabelecimento do diálogo entre os participantes, promovem a troca de informações para o alcance de soluções criativas voltadas à preservação, ao desenvolvimento econômico e social e a proteção do equilíbrio do meio ambiente, garantindo a sadia qualidade de vida pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado, econômico e socialmente sustentável, que fica, assim, preservado para as futuras gerações.

Há registros de diversos *cases* ambientais internacionais e nacionais resolvidos, outros evitados, mediante o uso da arbitragem, da mediação e da negociação, como o da Mineradora BHP em Tintaya, no Peru, onde a mediação auxiliou a empresa no diálogo com os povos indígenas locais quanto à sua realocação da terra de seus ancestrais para dar lugar à mineração, além de minorar os impactos ambientais locais; no Brasil temos o projeto Minas-Rio, da mineradora inglesa Anglo American, que visa a exploração do minério de ferro, contou com técnicas de negociação para auxiliar na aquisição das terras necessárias para a passagem do gasoduto; nos Estados Unidos da América, o uso do rio Hudson para produção de energia; a disputa sobre a extensão da Interestadual 90 através do Lago Washington e em Seattle, e por onde ela seria construída; a disputa entre um desenvolvedor hidrelétrico de pequena escala, que queria extrair a água do lago em Swanville, Me. e a cidade de Swanville, que queria usar a água para outros fins; a cidade de Eau Claire, Wisconsin, estava envolvida em uma disputa com a cidade de Seymour, que Eau Claire havia escolhido como lixão; moradores de Port Townsend, Washington, solucionaram mediante um acordo sobre o novo local para a instalação de um terminal de balsas[7].

Outro ponto que devemos destacar no uso das soluções consensuais em matéria ambiental relaciona-se à natureza jurídica dos interesses tutelados, que podem ser difusos, coletivos e individuais homogêneos, envolvendo direitos disponíveis ou não, o que implica refletir sobre a possibilidade de as partes envolvidas poderem transigir sobre os mesmos.

Neste contexto, dependendo dos interesses em baila, deve ser observado o que prevê nossa legislação acerca da legitimidade e interesse jurídico para ser "parte" neste processo, inclusive para preservação de eventuais direitos indisponíveis, concluindo, assim, não haver dúvida acerca da possibilidade de ser recorrer a tais métodos alternativos de soluções de conflitos em matéria ambiental relacionada a questões patrimoniais e disponíveis dos seus interessados.

Nos casos direitos difusos, por exemplo, relacionados com algum conflito envolvendo uso da água, o Ministério Público tem quer ser parte necessariamente desta solução.

Já na hipótese de direitos coletivos, em que uma associação de bairro pleiteia a conservação de um parque em razão de obras de construção civil em determinada localidade, os representantes legais desta associação precisam ser chamados para ser parte de uma mediação.

[7] UNITED STATES. Department of Justice. Office of Justice Programs. **Settling things** — six case studies in environmental mediation. [S.l.]: U.S. Department of Justice, [s.d.]. Disponível em: https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/settling-things-six-case-studies-environmental-mediation.

No caso de direitos individuais homogêneos, pensa-se na fase de liquidação de uma sentença judicial de uma indenização decorrente de um acidente que gerou danos à saúde de várias pessoas, resolvida mediante uma mediação ou conciliação entre as partes interessadas.

Levando em consideração os princípios e as finalidades que regem a tutela do direito ambiental, podemos pensar que não somente direitos patrimoniais relacionados ao aspecto indenizatório decorrente de um problema ambiental podem ser resolvidos pelos métodos consensuais de solução de conflitos, como outros.

Como ressalta o professor Mancuso[8], caso seja resguardado o núcleo do interesse metaindividual indisponível, seria plenamente cabível a transação.

As soluções consensuais podem também ser aplicadas em uma situação anterior ao conflito ambiental, em que as partes interessadas possam ser previamente consultadas, audiências públicas realizadas, conversas entre os envolvidos, cada qual expondo seus interesses e preocupações acerca das vantagens e desvantagens das pretendidas intervenções que possam vir a gerar um impacto ou dano ambiental, seria possível e viável esta fase ser conduzida previamente por uma destas ferramentas de solução de conflitos, pois o resultado esperado de "ganha-ganha" atingiria seu potencial pleno, em que todos sairiam vitoriosos; mas o mais importante é que estaríamos, conscientemente, diminuindo o impacto ao ambiente de uma forma programada, sustentável e preservada para as futuras gerações.

Precisamos conferir às soluções consensuais a relevância necessária para que os resultados por meio deles sejam eficazes, ou seja, sejam respeitadas por todos, principalmente pelos órgãos e instituições públicas, além do Poder Judiciário, pois somente assim a credibilidade que deles se espera será concreta, além de ampliar sua utilização em larga escala nos mais diversos segmentos, o que certamente contribuirá para o desentrave da burocratização, fomentando mais investimentos e desenvolvimento econômico para nossa sociedade.

A utilização desses métodos pode contribuir para o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental, ao permitir que as partes cheguem a uma solução consensual, criativa e mais sustentável e protetiva para o conflito ambiental.

No caso em comento, ao se homologar o acordo judicialmente, haverá economia financeira, processual, de tempo, de pessoal, pois buscou-se evitar não apenas um, mas vários litigios simultâneos.

De um lado evita-se a execução dos valores devidos a COHAB, a titulo de indenização pela desapropriação das glebas que criaram o Parque do Carmo; de outro, evita-se o ajuizamento de ações judiciais para a cobrança das multas aplicadas pelas infrações ambientais constatadas pelos órgãos técnicos da Secretária do Verde e do Meio Ambiente.

Economiza-se custas, honorários, tempo e pessoal. Assim, é uma relação em que ambas as partes ganham em realizar a transação. Por conseguinte, não há que se falar em autorização legislativa, vez que os imóveis em questão serão integrados ao patrimônio municipal.

Do contrário, o processo de execução da COHAB poderia levar anos, com custos elevados para as partes; o mesmo pode-se dizer no caso de não pagamento voluntário pela COHAB das multas ambientais aplicadas, levariam anos de processo, que também levaria anos para ser finalizado.

Assim, como os direitos em questão podem ser transacionados pelas partes, economiza-se diversos recursos que podem ser utilizados para outras finalidades.

Conclusão

[8] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 147.

Como visto durante toda a analise do caso prático, a adoção dos métodos consensuais de resolução de conflitos em âmbito nacional, regional e local mostra- se de extrema importância por diversos fatores. Os dois de maior destaque, pode- se dizer, são: o menor número de litígios que vão parar no Poder Judiciário e fazem crescer a fila de processos, causando lentidão na resolução das demandas, naturalmente; e a obtenção de uma solução consensual, levando em consideração o fato de que a resolução obtida de forma adjudicada, via sentença, a depender do tipo de litígio, tende a não satisfazer completamente as partes, vez que designará sempre um vencedor e um perdedor - e este último, na maioria das vezes, não ficará satisfeito com a resolução e buscará por todos os meios possíveis, dificultar a efetivação da tutela jurisdicional concedida ao vencedor.

Vimos também que hoje há legislação do municipio de São Paulo que viabiliza a utilização de métodos consensuais de solução de conflitos e, apesar da legislação em comento não fazer menção a questões ambientais, depreendeu-se que é possível a sua aplicação, já que no Direito Ambiental exige-se a cooperação, interdisciplinaridade, ampla participação dos envolvidos e acesso à informação, o que pode ser efetivamente garantido pelas soluções consensuais de conflito, pois eles favorecem o restabelecimento do diálogo entre os participantes, promovem a troca de informações para o alcance de soluções criativas voltadas à preservação do meio ambiente, de solução de conflitos que envolvam questões ambientais, de solução entre meio ambiente e outros direitos (como o presente caso).

Além disso, a doutrina, nos últimos anos, desenvolveu de forma ampla a tese de que os direitos ditos indisponíveis não necessariamente também serão intransigíveis, como o direito ambiental.

Ou seja, tanto pela legislação quanto pela doutrina, a ideia de que os litígios envolvendo questões ambientais não poderiam ser tratados por vias consensuais não parece ser mais acolhida no Direito brasileiro.

O que se vê quando da utilização dos meios consensuais em matéria ambiental é que a composição pode gerar maior efetividade à proteção ambiental, haja vista que o que se busca com a transação são acertos, sobretudo, em relação ao tempo e ao modo das obrigações legais, de maneira a melhor tutelar o interesse das partes, bem como o bem ambiental que esteja envolvido.

Assim, evitam-se os percalços que uma ação judicial pode trazer, notadamente quanto à sua demora de tramitação. Desse modo, a utilização das vias consensuais de resolução de conflitos, uma vez observadas todas as suas particularidades e exigências legais, não só é aceita hoje pela legislação e pela maior parte da doutrina, mas também oferece flagrantes benefícios à tutela do meio ambiente.

Não de outra forma, no caso prático analisado, a melhor solução para a pendenga é um acordo administrativo que viabilize, em uma unica esfera de comunicação, diversos problemas juridicos que seriam levados ao judiciário.

Como relatado, além da execução do valor devido pela Municipalidade à COHAB, a titulo de indenização pela desapropriação de ára para implantação do Parque do Carmo; há, também, a economia processual, financeiro e de pessoal com a inclusão, no acordo, das multas aplicadas pela Secretaria do Verde e do Meio Ambiente.

Concluímos portanto, que o acordo administrativo, no presente caso, além de permitido, é indicado, pois represente uma grande economia para a Municipalidade de São Paulo; atende ao interesse público; e há vantajosidade para todas as partes.

REFERÊNCIAS

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Grupo Editorial Nacional, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007.

WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira. **Mediação de conflitos ambientais**: um novo caminho para a governança da água no Brasil? Curitiba: Juruá, 2010.

UNITED STATES. Department of Justice. Office of Justice Programs. **Settling things — six case studies in environmental mediation.** [S.l.]: U.S. Department of Justice, [s.d.]. Disponível em: https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/settling-things-six-case-studiesenvironmental-mediation.