

JAM,  
**JURÍDICA**  
*A informação necessária*



## **Associação dos Procuradores do Município do Salvador**

**Presidente:** Francisco Bertino B. de Carvalho

**Vice-Presidente:** Wilson Chaves de França

**1º Secretário:** Tércio Roberto Peixoto Souza

**2º Secretário:** Emanuel Faro Barretto

**Tesoureira:** Sheili Franco de Paula

**Diretora Cultural:** Tamara Freire Mello

**Diretor Social:** Rafael Santos Alexandria de Oliveira

### **Conselho Fiscal - Efetivos:**

Thiago Martins Dantas

Lisiane Maria Guimarães Soares

Andrea Claudia Ribeiro Oliveira

### **Conselho Fiscal - Suplentes:**

Geórgia Teixeira Jezler Campello

Eduardo Amin Menezes Hassan



**ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES  
DO MUNICÍPIO DO SALVADOR**

**Edição Especial | 2015**

JAM JURÍDICA é uma revista mensal produzida por  
JAM JURÍDICA EDITORAÇÃO E EVENTOS LTDA.

Endereço Comercial:  
Av. Praia de Itapuã, 1.137, Quadra 17, Lotes 49/52,  
Shopping Vilas Boulevard, Salas D 2.8 e D 2.9 Vilas do Atlântico  
Lauro de Freitas – Bahia  
CEP 42700-000  
Fones: (71) 3342-4531 / 3342-3756 / 3342-3880  
www.jam-juridica.com.br  
contato@jam-juridica.com.br

Editor:  
JAM JURÍDICA EDITORAÇÃO E EVENTOS

Conselho Redacional:  
Adilson Abreu Dallari  
Afonso H. Barbuda  
Alice Maria González Borges  
André dos Santos Pereira Araújo  
Carlos Alberto Sobral de Souza  
Daniela Campos Libório Di Sarno  
Luciano Ferraz  
Rafael Carrera

Diretor Comercial:  
André dos Santos Pereira Araújo  
diretoria@jam-juridica.com.br

Coordenação Científica  
Editoria Adjunta:  
Angélica Guimarães

Revisão:  
Rosângela Leal Lyra

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Elizabet Häussler CRB-5/1237

JAM JURÍDICA: Administração Pública, Executivo e Legislativo.  
Salvador: Jam Jurídica Editoração e Eventos Ltda. Ano XX,  
edição especial, setembro, 2015.

Periodicidade Mensal

ISSN 1806-1346

1. Administração Pública - Periódico. 2. Administração  
Municipal - Periódico. I. Título.

CDU 35(05)

As idéias esposadas nos opinativos e demais matérias doutrinárias  
subscritas pelos colaboradores desta revista são de sua exclusiva  
responsabilidade.

ISSN 1806-1346



9 771 806 1341 14

**Adilson Abreu Dallari**

Advogado  
Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP

**Afonso H. Barbuda**

Chefe da Assessoria Jurídica do Tribunal de Contas dos Municípios/BA

**Alice González Borges**

Professora Titular de Direito Administrativo da UCSAL  
Membro do Conselho Superior do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo

**André dos Santos Pereira Araújo**

Administrador  
Especialista em Gestão Pública Municipal  
Bacharel em Direito  
Pós-graduando em Direito Público – UNIFACS

**Angélica Maria Santos Guimarães**

Advogada  
Mestra em Direito Público – UFPE  
Procuradora Geral do Município do Salvador  
Professora Universitária

**Benjamin Zymler**

Presidente do TCU  
Mestre em Direito e Estado – UNB  
Formado em Engenharia Elétrica pelo Instituto Militar de Engenharia – IME Formado em Direito pela Universidade de Brasília

**Carlos Alberto Sobral de Souza**

Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe

**Carlos Ayres Britto**

Presidente do Supremo Tribunal Federal

**Carlos Pinto Coelho Motta (in memoriam)****Carmem Lúcia Antunes Rocha**

Professora Titular de Direito Constitucional da Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG

**Celso Antônio Bandeira de Mello**

Advogado  
Professor Titular de Direito Administrativo da PUC/SP

**Cláudio Brandão de Oliveira**

Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro  
Mestre em Direito na área de Justiça e Cidadania  
Professor de Direito Administrativo e Constitucional

**Daniela Libório**

Mestra e Doutora em Direito Urbanístico Ambiental  
Professora da PUC/SP  
Advogada

**Darcy Queiroz**

Assessora Jurídica do Tribunal de Contas dos Municípios/BA

**Edgar Guimarães**

Advogado  
Mestre e Doutorando em Direito Administrativo pela PUC/SP  
Professor de Direito Administrativo e de Licitações em cursos de Pós-graduação  
Consultor Jurídico do TCE/PR

**Edite Mesquita Hupsel**

Advogada  
Procuradora do Estado da Bahia

**Evandro Martins Guerra**

Advogado  
Professor de Direito Administrativo e Direito Financeiro da Faculdade Milton Campos e Universidade FUMEC  
Coordenador da pós-graduação em Direito Administrativo do CEAJUF

**Fábio Nadal Pedro**

Consultor Jurídico da Câmara Municipal de Jundiá/SP

**Fabrizio Motta**

Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCM/GO  
Mestre em Direito Administrativo pela UFMG

**Flavio C. de Toledo Jr.**

Economista  
Técnico do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

**Francisco de Salles Almeida Mafra Filho**

Doutor em Direito Administrativo pela UFMG  
Professor Adjunto I de Direito Administrativo na UFMT

**Francisco Ferreira Jorge Neto**

Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de São Caetano do Sul  
Professor Universitário  
Mestre em Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho pela PUC/SP

**Francisco Fontes Hupsel**

Advogado

**Gina Copola**

Advogada

**Gustavo de Castro Faria**

Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho/RJ  
Professor dos cursos de pós-graduação em Direito Processual e Poder Judiciário do Instituto de Educação Continuada da PUC Minas  
Professor e membro do Conselho Acadêmico da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen  
Professor do curso de Direito da Faculdade de Minas – FAMINAS BH  
Advogado

**Gustavo Justino de Oliveira**

Advogado  
Doutor em Direito do Estado pela USP  
Professor Universitário

**Hugo de Brito Machado**

Professor Titular de Direito Tributário da UFC  
Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários  
Juiz aposentado do TRF – 5ª Região

**Ivan Barbosa Rigolin**

Advogado, parecerista e consultor jurídico de entes públicos  
Autor de obras jurídicas especializadas na área do Direito Público

**Jair Eduardo Santana**

Mestre em Direito do Estado pela PUC de São Paulo  
Consultor de entidades públicas e privadas  
Advogado especializado em Governança Pública  
Professor em cursos de pós-graduação

**João de Deus Pereira Filho**

Advogado  
Economista

**João Jampaulo Júnior**

Advogado  
Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP  
Professor de Direito  
Consultor em Direito do Estado

**Jorge Jesus de Azevedo**

Bacharel em Direito  
Pós-graduando em Direito Público – UNIFACS

**José Anacleto Abduch Santos**

Advogado  
Procurador do Estado do Paraná  
Mestre em Direito Administrativo – UFPR  
Professor de Direito Administrativo

**José Aras**

Professor de Direito Administrativo da Escola Livre de Direito Josaphat Marinho  
Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UCSAL  
Professor substituto de Direito Administrativo da UFBA  
Advogado e Consultor Jurídico de Prefeituras Municipais

**José Francisco de Carvalho Neto**

Professor de Direito Administrativo da UCSAL  
Superintendente Geral do TCM – BA

**José Nilo de Castro (in memoriam)****Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante**

Advogado  
Professor da Faculdade de Direito Mackenzie  
Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Mackenzie  
Mestre em Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo (USP/PROLAM).

**Juarez Freitas**

Professor de Direito Administrativo – UFRGS e Escola Superior da Magistratura – AJURIS

**Karine Lillian de Sousa Costa Machado**

Auditora Federal de Controle do TCU  
Graduada em Direito  
MBA em Gestão da Administração Pública

**Kiyoshi Harada**

Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP  
Mestre em Processo Civil – UNIP  
Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro  
Ex-Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo

**Licurgo Mourão**

Mestre em Direito Econômico  
Pós-graduado em Direito Administrativo, Contabilidade Pública e Controladoria Governamental  
Bacharel em Direito e em Administração  
Auditor e Conselheiro substituto do TCE/MG  
Professor Universitário

**Luciano Ferraz**

Advogado  
Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela UFMG  
Professor de Direito Administrativo da UFMG  
Professor de Direito Financeiro e Finanças Públicas da PUC/Minas

**Luiz Alberto Blanchet**

Mestre e Doutor em Direito  
Professor nos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional e Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná  
Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional  
Membro do Instituto dos Advogados do Paraná

**Marcos Juruena Villela Souto (in memoriam)****Marcus Vinícius Americano da Costa**

Professor de Direito Constitucional e Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da UCSAL  
Professor de Direito Constitucional, Municipal e do Trabalho da Faculdade Ruy Barbosa – BA  
Mestre em Direito – UFBA

**Maria da Conceição Castellucci Ferreira**

Assessora Jurídica do Tribunal de Contas dos Municípios/BA

**Maria da Graça Diniz da Costa Belov**

Professora Assistente da Cadeira de Direito Constitucional da Criança e do Adolescente – UCSAL

**Maria do Carmo de Macêdo Cadidé**

Auditora Jurídica do Tribunal de Contas do Estado da Bahia

**Maria Elisa Braz Barbosa**

Advogada  
Mestra em Direito Administrativo – UFMG

**Moacir Joaquim de Santana Junior**

Bel. em Direito – UFS  
Pós-Graduado em Gestão Pública – UNIT  
Secretário de Controle Interno da Prefeitura de Aracaju  
Diretor Presidente da Empresa de Serviços Urbanos de Aracaju – EMSURB

**Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho**

Especialista em Direito Público e Responsabilidade Fiscal pelo CEPPEV  
Especialista em Processo Civil pelo CCJb  
Agente de Controle Externo do TCE/BA  
Advogada

**Patrícia Verônica N. C. Sobral de Souza**

Contadora e Advogada  
Professora de Pós-graduação – UNIT  
Pós-graduada em Auditoria Contábil – UFS  
Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil  
Assessora de Gabinete do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe

**Paulo Borba Costa**

Advogado  
Procurador do Estado da Bahia  
Professor da Faculdade de Direito da UCSAL

**Paulo Modesto**

Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia – UFBA  
Membro do Ministério Público da Bahia  
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA  
e do Instituto dos Advogados da Bahia – IAB

**Pedro Henrique Lino de Souza**

Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado da Bahia

**Petrônio Braz**

Advogado  
Assessor Jurídico

**Rafael Carrera Freitas**

Mestre em Direito Público pela UFBA  
Professor Universitário  
Procurador do Município de Salvador

**Ricardo Maurício Freire Soares**

Advogado  
Professor de Graduação e Pós-Graduação da UNIME – Bahia  
Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia  
Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia

**Rita Tourinho**

Promotora de Justiça do Estado da Bahia  
Mestra em Direito Público – UFPE  
Professora de Direito Administrativo

**Roberto Maia de Ataíde**

Advogado

**Rodrigo Pironi Aguirre de Castro**

Mestre em Direito Econômico e Social PUC/PR  
Especialista em Direito Administrativo e em Direito Empresarial  
Professor Universitário

**Rubens Nunes Sampaio**

Procurador aposentado do Estado da Bahia  
Membro do Conselho Estadual do Meio Ambiente – SEPRAM – BA

**Sérgio de Andréa Ferreira**

Advogado  
Professor Titular de Direito Administrativo/RJ  
Desembargador Federal aposentado

**Sérgio Ferraz**

Advogado  
Ex-professor Titular de Direito Administrativo da PUC/RJ

**Simone da Costa Neves Araújo**

Bacharel em Direito  
Pós-graduanda em Direito Público – UNIFACS

**Tatiana Maria Nascimento Matos**

Advogada

**Toshio Mukai**

Mestre e Doutor (USP)

**Valéria Cordeiro**

Pós-Graduada em Direito da Administração Pública – UFF  
Atuação na Assessoria Técnica de Licitações no TRE/RJ, Presidente da CPL e Pregoeira Consultora e Professora

**Walter Moacyr Costa Moura**

Assessor Jurídico do Tribunal de Contas dos Municípios/BA

**Weida Zancaner**

Mestra em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
Professora de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

**Yuri Carneiro Coelho**

Advogado  
Professor Universitário  
Diretor Nacional Secretário da ABPCP – Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais  
Mestre em Direito Público/UFBA

# APRESENTAÇÃO

Caro Leitor

A edição especial da Revista JAM Jurídica, lançada pela Associação dos Procuradores do Município do Salvador – APMS em parceria com a JAM, visa divulgar artigos, pareceres e peças elaboradas pelos Procuradores do Município do Salvador, disseminando as suas teses e trabalhos no meio jurídico.

Os temas apresentados são fruto do estudo aprofundado do Direito Municipal demandado pelos casos apresentados e consultas formuladas à Procuradoria-Geral do Município, que exigem o enfrentamento das mais diversas questões relacionadas a nossa cidade.

Assim, é com grande satisfação que apresentamos o volume da Revista JAM Jurídica Edição Especial 2015.

## **Associação dos Procuradores do Município do Salvador**

**Presidente:** Francisco Bertino B. de Carvalho

**Vice-Presidente:** Wilson Chaves de França

**1º Secretário:** Tércio Roberto Peixoto Souza

**2º Secretário:** Emanuel Faro Barretto

**Tesoureira:** Sheili Franco de Paula

**Diretora Cultural:** Tamara Freire Mello

**Diretor Social:** Rafael Santos Alexandria de Oliveira

### **Conselho Fiscal - Efetivos:**

Thiago Martins Dantas

Lisiane Maria Guimarães Soares

Andrea Claudia Ribeiro Oliveira

### **Conselho Fiscal - Suplentes:**

Geórgia Teixeira Jezler Campello

Eduardo Amin Menezes Hassan



# SUMÁRIO

## DOUTRINA

<b>Igualdade e justiça. A capacidade contributiva como princípio e critério mensurador da igualdade na tributação</b> <i>Geórgia T. Jezler Campello</i> .....	9
<b>A questão da autorização legislativa na concessão de serviços públicos: edição de Lei Geral de Concessões por Município. Aplicação ao Município do Salvador</b> <i>João Deodato Muniz de Oliveira</i> .....	24
<b>As cooperativas de trabalho nas licitações públicas e caracterização das falsas cooperativas de mão de obra</b> <i>Tércio Roberto Peixoto Souza</i> .....	49
<b>A sindicabilidade do mérito administrativo pelo princípio da moralidade administrativa sob a luz argumentativa da razão pública de John Rawls</b> <i>Tamara Freire Mello</i> .....	67

## PARECERES E CONSULTAS

<b>Consequências da extinção da concessão de direito real de uso para fins de regularização fundiária</b> <i>Daniel Majdalani de Cerqueira</i> .....	83
<b>Taxa de juros abusiva cobrada por instituições financeiras e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC).</b> <i>Eduardo Amin Menezes Hassan</i> .....	94
<b>Responsabilidade Técnica na Execução do Procedimento de Carboxiterapia</b> <i>Joelma Santos</i> .....	103
<b>Aspectos da execução da medida de demolição pela Sucom face à prerrogativa da autoexecutoriedade</b> <i>Karla Letícia Passos Lima</i> .....	124
<b>Natureza Jurídica do instrumento urbanístico denominado Transferência do Direito de Construir (TRANSCON)</b> <i>Silvia Cecília Azevedo</i> .....	140





JAM,  
JURÍDICA  
*A informação necessária*



ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES  
DO MUNICÍPIO DO SALVADOR

D O U T R I N A



# IGUALDADE E JUSTIÇA. A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO PRINCÍPIO E CRITÉRIO MENSURADOR DA IGUALDADE NA TRIBUTAÇÃO

## ***Geórgia T. Jezler Campello***

Presidente da Associação Nacional de Procuradores Municipais - ANPM. Presidente da Comissão de Advocacia Pública OAB/BA. Membro da Comissão Nacional de Advocacia Pública do Conselho Federal da OAB. Mestranda em Direito pela PUC SP. MBA em Direito Público pela FGV-Rio. Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP. Especialista em Filosofia Contemporânea pela Faculdade do Mosteiro de São Bento da Bahia. Procuradora do Município de Salvador

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente trabalho pretende abordar a justiça como um valor que imprime racionalidade à igualdade, sendo a base de todo o sistema jurídico, como o nacional, calcado num Estado democrático e social de direito.

Nessa perspectiva, traz-se à tona a filosofia de Aristóteles, que consagra a justiça como a maior das virtudes, cuja prática deve ser promovida na comunidade política.

A abordagem de Aristóteles ainda se mostra valorosa para um estudo das instituições, especialmente o Estado e os princípios por ele eleitos para promover a distribuição de ônus e bônus entre os cidadãos.

O conteúdo do princípio da igualdade serve também ao pretense estudo, pois estabelece os critérios que visam suprimir a zona cinzenta que paira entre as noções de iguais e desiguais, contribuindo para uma melhor avaliação das normas que estatuem diferenças e a sua aplicação consentânea com os valores da justiça e da igualdade.

Sendo a capacidade contributiva fundada na igualdade, e positivada no ordenamento nacional, tendo por função a efetivação da justiça tributária, o estudo desse princípio mostra-se adequado sob a perspectiva da ideia aristotélica de justiça distributiva.

## 2 JUSTIÇA, EQUIDADE E IGUALDADE SOB A ÓTICA DE ARISTÓTELES

A teoria aristotélica, em lugar da dualidade sensível instituída por Platão, traçou os quadrantes dos assuntos humanos, o domínio das ações e passou a estudá-lo em todas as suas dimensões (ética, política, retórica, dialética, poética, pedagógica). Esses aspectos, unidos, comporiam o homem integralmente maduro, tendo realizado todas as suas potencialidades humanas, separado do Primeiro Motor divino e diverso dos demais animais pelo *logos*.<sup>1</sup>

Na preocupação de Aristóteles em construir um sistema total de saber e os seus limites, ele empreendeu a busca dos múltiplos caminhos de uma existência verdadeiramente humana, contida na capacidade do homem preocupado em agir, para ser feliz e viver em paz e na amizade, na medida de condições possíveis.

A vida moral aristotélica tem por objetivo a felicidade, mas não a felicidade encarada sob o condão utilitarista de preponderância do prazer sobre a dor. O indivíduo virtuoso é aquele que sente prazer e dor com as coisas certas, sendo a felicidade uma maneira de ser e não um estado de espírito. Destarte, a virtude moral resulta do hábito, e portanto deve ser exercitada. Nessa esteira é que conclui que somente na *polis* pode o homem realizar a sua natureza, porque são seres gregários, que têm a faculdade da linguagem. E é nesse espaço que se delibera sobre justiça e injustiça e sobre a natureza da vida boa:

Essas considerações deixam claro que a cidade é uma criação natural, e que o homem é por natureza um animal social, e um homem que por natureza, e não por mero acidente, não fizesse parte de cidade alguma, seria desprezível ou estaria acima da humanidade.<sup>2</sup>

Sendo o homem, para Aristóteles, um animal político, dotado de razão e linguagem,<sup>3</sup> ele tende a se associar aos seus semelhantes, formando grupos. A *polis* (cidade) é um agrupamento de aldeias que tem condições de suficiência, podendo atender às necessidades dos seus membros. Nas cidades, portanto, é que se consegue atingir a felicidade, por meio da prática da virtude e pelo respeito à justiça.

<sup>1</sup> STIRN, François. **Compreender Aristóteles**. 2. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2008, p. 13.

<sup>2</sup> ARISTÓTELES. **A Política**. Brasília: UNB, 1985, Livro I, Cap. 1, 1253a).

<sup>3</sup> “Na verdade a simples voz pode indicar a dor e o prazer, e outros animais a possuem (...) mas a fala tem a finalidade de indicar o inconveniente e o nocivo, e portanto também o justo e o injusto.” (ARISTÓTELES. **A Política**. Brasília: UNB, 1985, Livro I, Cap. 1, 1253a.

O justo, para Aristóteles, significa o legal e o igual ou equitativo; e o injusto o ilegal e o desigual ou não equitativo. O justo significa aquilo que produz e preserva a felicidade e as partes componentes desta na comunidade política.

Esta contextualização da justiça na comunidade política ocorre porquanto ele entende que o ético (a esfera do indivíduo enquanto indivíduo) caminha necessariamente rumo ao político (já que o homem é animal político, o indivíduo isolado não é, não existe). Nesse sentido, revela que a justiça é a virtude completa e a significa como a relação com alguém (alteridade), justificando:

É completa porque aquele que a possui pode exercer sua virtude não só sobre si mesmo, mas também sobre o seu próximo, já que muitos homens são capazes de exercer a virtude em seus assuntos privados, porém não em suas relações com os outros.

(...)

Por essa mesma razão se diz que somente a justiça, entre todas as virtudes é o “bem de um outro”, visto que se relaciona com o nosso próximo fazendo o que é vantajoso para um outro, seja um governante seja um associado.<sup>4</sup>

A justiça para Aristóteles era definida como uma virtude, assim como a coragem, a benevolência, dentre outros. Dessa forma, a justiça compõe a ética (*ethos* = hábito, costume, modo, proceder), que é um saber prático e não teórico, que só se aprende fazendo. Sendo a justiça uma virtude, portanto também se aprende praticando. Assim, há uma relação entre ser justo e bom cidadão.

O Estado é uma necessidade e, como visto, o homem um animal político. O Estado regula a vida dos cidadãos através das leis, sendo o conteúdo das leis a justiça e o princípio da justiça a igualdade.

A teoria do justo poderia ser sintetizada na seguinte sentença *dar a cada um o que é seu*. A igualdade é o elemento central de qualquer teoria da justiça e tem como cerne o clássico ensinamento de Aristóteles:

Pensa-se, por exemplo, que justiça é igualdade – e de fato é –, embora não o seja para todos, mas somente para aqueles que são

---

<sup>4</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 1. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, Livro V, 1129b, 1130a, p. 322.

iguais entre si; também se pensa que a desigualdade pode ser justa, e de fato pode, embora não para todos, mas somente para aqueles que são desiguais entre si; os defensores dos dois princípios, todavia, omitem a qualificação das pessoas às quais eles se aplicam, e por isto julgam mal; a causa disto é que eles julgam tomando-se a si mesmos como exemplo e quase sempre se é um mau juiz em causa própria.<sup>5</sup>

Enaltece a prática de desenvolver os hábitos corretos, e este é o primordial objetivo da lei. Isto porque, como visto, ao praticar a virtude estamos propensos a agir dentro dos preceitos de virtude.

O vocábulo justiça pode ter vários sentidos. Primeiro, o de justiça total, que corresponde à observância da lei,<sup>6</sup> tudo aquilo que é legítimo, que vige para o bem da comunidade. O justo total é a observância dessa regra de caráter social vinculativo. Se todos fazem a lei – numa democracia – nada mais justo que todos a obedeçam. Essa obediência é um pressuposto da felicidade e da manutenção da sociedade política. De outro lado, há a justiça particular, que corresponde a uma espécie do gênero justiça total, já que quem comete um injusto particular não deixa de violar a lei, e portanto, a justiça total (isto porque a justiça só pode ser justa ou injusta por inteiro).

A justiça particular admite subdivisões: a) justiça distributiva; e b) justiça corretiva ou igualitária, igualadora, retificadora, comutativa ou sinalagmática. Assim é a classificação estabelecida por Aristóteles:

Da justiça particular e do que é justo no sentido correspondente, (A) uma espécie é a que se manifesta nas distribuições de honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois aí é possível receber um quinhão igual ou desigual ao de um outro); e (B) outra espécie é aquela que desempenha um papel corretivo nas transações entre os indivíduos. Desta última há duas divisões: dentre as transações, (1) algumas são voluntárias, e (2) outras são involuntárias – voluntárias, por exemplo, as compras e vendas, os empréstimos para consumo, as arras, o empréstimo para uso, os depósitos, a locações (todos estes são cha-

<sup>5</sup> ARISTÓTELES. **A Política**. Brasília: UNB, 1985, Livro II, Cap. V,1280b.

<sup>6</sup> Pois as ações que nascem da virtude total são, fundamentalmente, idênticas às ações que se harmonizam com a lei.

mados voluntários porque a origem das transações é voluntária); ao passo que das involuntárias, (a) algumas são clandestinas, como o furto, o adultério, o envenenamento, o lenocínio, o engodo a fim de escravizar, o falso testemunho, e (b) outras são violentas, como a agressão, o seqüestro, o homicídio, o roubo a mão armada, a mutilação, as invectivas e os insultos.<sup>7</sup>

A justiça distributiva objetiva tem por característica a subordinação (relação entre dois entes distintos, inclusive diferentes em capacidade política, como por exemplo o soberano e o súdito). Outro aspecto é a distribuição de honras e bens segundo o mérito de cada um. Há uma distribuição dos bônus (honras, cargos) e ônus (deveres e responsabilidades) que as pessoas devem acatar em benefício da coletividade. Se as pessoas não são iguais, também não terão coisas iguais. Enfatiza assim a proporcionalidade, analisando cada pessoa e as suas condições, avaliando os méritos e talentos de cada qual, a partir dos quais lhes serão atribuídos os ônus e os bônus referidos.

Mas o que as pessoas merecem? Quais os critérios utilizados por Aristóteles para dar a cada qual o que lhe é devido? Dependerá do que está sendo distribuído. Na teoria da justiça de Aristóteles a justiça não é neutra, na medida em que diz respeito a questões como a honra, a virtude e a natureza de uma vida boa. Nessa linha, serão levadas em consideração as pessoas que receberão e as coisas que lhes serão distribuídas. Os iguais devem receber coisas iguais. Mas essas pessoas seriam iguais em que sentido? Como já dito, depende do que está sendo distribuído e das virtudes consideradas em cada caso. Para determinar a justa distribuição temos que procurar o *telos* ou propósito pelo qual o bem está sendo distribuído.<sup>8</sup>

As concepções centrais da filosofia política de Aristóteles são muito bem explicitadas no exemplo das flautas citado por Michael Sandel: “Imaginemos que estamos distribuindo flautas. Quem deve ficar com as melhores. A resposta de Aristóteles: os melhores flautistas.” Mais adiante assevera:

<sup>7</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 1. ed. São Paulo: Abril cultural, 1973, Livro V, 1130b, 1131<sup>a</sup>, p. 324

<sup>8</sup> SANDEL, Michael J. **Justiça**. O que é fazer a coisa certa. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 234. Sandel observa que as teorias modernas de justiça tentam separar as questões de equidade e direitos das discussões sobre honra, virtude e mérito moral, buscam princípios de justiça que sejam neutros para que as pessoas possam buscar seus objetivos por conta própria.

A justiça determina de acordo com o mérito, de acordo com a excelência relevante. E no caso das flautas, o mérito relevante é a aptidão para tocar bem. Seria injusto basear a discriminação em qualquer outro fator, como riqueza, berço, beleza física ou sorte (como na loteria).<sup>9</sup>

Nessa perspectiva, as flautas devem ser dadas aos melhores flautistas não porque produzirão boa música para os nossos ouvidos, ainda que essa seja uma consequência natural, mas porque as flautas foram feitas para serem bem tocadas (a justiça é teleológica) e aqueles capacitados para este propósito devem receber as melhores flautas (a justiça é honorífica).

Dúvida não há de que a boa música, resultado dessa distribuição dos instrumentos aos melhores músicos, fará bem a todos que a ouvirão, causando maior felicidade para o maior número de indivíduos; contudo, a razão de Aristóteles ultrapassa essa consideração utilitarista, concentrando-se, como visto, no objetivo do bem conferido.<sup>10</sup>

A justiça para Aristóteles é uma questão de adequação. Atribuir direitos é buscar o *telos* de instituições sociais e enquadrar as pessoas nos papéis que devem desempenhar para realizarem a sua natureza. “Dar aos indivíduos seus direitos significa dar-lhes os ofícios e as honrarias que merecem e os papéis que na sociedade se adéquam a sua natureza.”<sup>11</sup>

Esse pensamento teleológico era comum na antiguidade e era a base para a compreensão da natureza. Essa visão significativa da natureza perdeu espaço quando surgiu o mecanicismo, que contaminou todo o pensamento moderno, invadindo as esferas da política e da moral.

Já a justiça corretiva visa regular relações mútuas. As medidas são feitas apenas no campo objetivo, não há espaços para relatividade, pressupõe condição de paridade, condição de coordenação, é calcada na ideia de divisão perfeita, igualdade aritmética.

Onde se encaixa a equidade aí?

A abstração e a impessoalidade são características da lei, porque visa atingir a maior quantidade de casos possíveis. O alcance da lei é menor do que a riqueza dos fatos. Nem sempre conseguirá regular todos os casos, não por uma

<sup>9</sup> Op. cit. p. 234.

<sup>10</sup> Op. cit. p. 235.

<sup>11</sup> SANDEL, Michael J. **Justiça**. O que é fazer a coisa certa. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 248



deficiência das normas ou intenção do legislador, mas pela multiplicidade de ocorrências, daí é que surge a necessidade de aplicação da equidade, que visa dar a solução ao caso concreto como se o legislador a regulasse ali. Assim, podemos dizer que a equidade está ligada à ideia de justiça. A equidade é uma medida de correção da justiça legal.

Deve-se observar que a filosofia moral de Aristóteles traz uma base de fundamental importância para o estudo relacionado às instituições sociais e políticas, porquanto as discussões sobre direitos e justiça conduzem sempre rumo às investigações sobre o objetivo das instituições sociais, os bens por elas destinados e o que elas valorizam, isto é, sobre a natureza da vida boa.

### 3 O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A igualdade é o princípio nuclear de todo o sistema constitucional brasileiro. É um preceito básico do Estado democrático de direito, voltado tanto para o aplicador quanto para o legislador.

A lei como reguladora da vida social não pode privilegiar ou perseguir, mas tratar equitativamente todos aqueles abrangidos por ela de forma parificada. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e positivado nos mais diversos sistemas jurídicos.<sup>12</sup>

Vale asseverar, entretanto, que Celso Antônio Bandeira de Mello apontou para o fato de que entre os iguais e desiguais de Aristóteles há um vácuo de incertezas que pode propiciar injustiças, de sorte que é fundamental se estabelecer qual o critério manipulável para aferir a distinção e tratamentos jurídicos diversos a pessoas e situações sem que haja violação à igualdade.<sup>13</sup>

Nessa perspectiva, Hans Kelsen, na sua visão estruturalista do direito, traz parâmetros para se aferir igualdade, quais sejam aqueles determinados expressamente pela Constituição:

A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devam ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem

<sup>12</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 10

<sup>13</sup> Op. cit. p. 11

em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, sãos de espírito e doentes mentais, homens e mulheres. Quando na lei se vise a igualdade, a sua garantia apenas pode realizar-se estatuidando a Constituição, com referência a diferenças completamente determinadas, como talvez as diferenças de raça, de religião, de classe ou de patrimônio, que as leis não podem fazer acepção das mesmas, quer dizer: que as leis em que forem feitas tais distinções poderão ser anuladas como inconstitucionais. Se a Constituição não fixa distinções bem determinadas que não possam ser feitas nas leis relativamente aos indivíduos, e se a mesma Constituição contém uma fórmula proclamando a igualdade dos indivíduos, esta igualdade constitucionalmente garantida a custo poderá significar algo mais do que a igualdade perante a lei. Com a garantia da igualdade perante a lei, no entanto, apenas se estabelece que os órgãos aplicadores do Direito somente podem tomar em conta aquelas diferenciações que sejam feitas nas próprias leis a aplicar. Com isso, porém, apenas se estabelece o princípio, imanente a todo o Direito, da juridicidade da aplicação do Direito em geral e o princípio imanente a todas as leis da legalidade da aplicação das leis, ou seja, apenas se estatui que as normas devem ser aplicadas de conformidade com as normas.<sup>14</sup>

Mas, ainda assim, é de se ver que há situações em que discrimens baseados em convicção religiosa ou sexo, por exemplo, que são expressos na Carta Magna como fatos ou situações abarcados pelos valores de igualdade e liberdade, podem justificar uma desequiparação sem que se viole a isonomia, porque a diferenciação de tratamento muitas vezes está calcada em valores também constitucionais, ainda que implícitos, não passíveis de uma aplicação hierarquizada ou absoluta, sem que isso represente a diminuição do âmbito de proteção de ambos os direitos ou valores em que a diferenciação se baseia.<sup>15</sup> Vale observar que nem mesmo a Constituição hierarquiza os direitos fundamentais, isto porque não se pode admitir a colisão entre eles, sob pena de desaparecerem.

---

<sup>14</sup> Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 99

<sup>15</sup> Sendo todas as liberdades públicas igualmente importantes, é impossível a aplicação de todas de forma integral, sem risco de conflito.

A lei deve ser a mesma para todos, apenas razões justificáveis e compatíveis com a Constituição podem estabelecer uma diferenciação de tratamento em função delas. Assim, desequiparação vazia, por puro preconceito, não encontra guarida nos valores consagrados constitucionalmente.

Celso Antônio Bandeira de Mello estabelece os seguintes critérios para a aferição da violação da isonomia:

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura indeterminada.

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator tempo – que não descansa no objeto – como critério diferencial.

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção ao fator de *discrímen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses protegidos constitucionalmente.

V – A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrímens*, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.<sup>16</sup>

A isonomia imprime à justiça certa racionalidade, que orienta o jogo sem fim do direito, jogo este de igualdades e desigualdades. A justiça é o princípio racional e problema do jogo. Mas também devem ser observadas as regras, procedimentos impostos pelo princípio formal da igualdade proporcional, como limite do jogo. Dentro desses quadrantes é que há espaço para se aferir a justiça material.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 47-48

<sup>17</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6. ed. São Paulo: 2008, p. 331

#### 4 A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO CRITÉRIO MENSURADOR DA IGUALDADE

A capacidade contributiva surge como critério consagrador da justiça distributiva, pois a tributação só pode se dar na medida da riqueza eleita pela norma e de forma idêntica entre aqueles que possuírem igual riqueza. Nessa perspectiva filosófica é que a capacidade contributiva pode ser vista como pressuposto ético-jurídico da tributação e como expressão da isonomia, assemelhando todos em face do tributo.<sup>18</sup>

A capacidade contributiva foi positivada pelo direito pátrio, passando a integrar o sistema jurídico nacional como vetor dirigido tanto ao legislador, como aos aplicadores do direito. Assim, a análise do referido princípio, critério ou limite, requer um estudo acurado sob a ótica jurídica.

A capacidade econômica<sup>19</sup> do contribuinte consagrou-se na Constituição de 1946, precisamente no art. 202<sup>20</sup>, tendo sido excluída pela Emenda Constitucional 18, de 1965<sup>21</sup>, que implementou a reforma constitucional tributária. A Constituição Federal de 1988 devolve o princípio da capacidade contributiva, que tem grande relevância e aplicação nas relações entre o fisco e o contribuinte.

A Carta Magna de 88 trouxe o princípio de forma expressa, assim como elegeu instrumentos aptos à sua realização, como a seletividade, a personalização e a progressividade.

<sup>18</sup> OLIVEIRA, José Marcos Domingues. **Capacidade Contributiva**. Conteúdo e Eficácia do Princípio. Rio de Janeiro: 1988, Renovar, p. 13.

<sup>19</sup> O termo capacidade econômica gerou uma série de polêmicas na doutrina. Entendemos que a capacidade contributiva, após a sua juridicização, deve ser encarada como uma capacidade econômica qualificada, porque não basta a mera disponibilidade econômica ou financeira do sujeito, mas a sua legitimidade para integrar a relação jurídica tributária.

<sup>20</sup> “Art 202 - Os tributos terão caráter pessoal, sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte.”

Já a progressividade constou da constituição de 1934, no art. 28: “ficam sujeitos a imposto progressivo as transmissões de bens por herança ou legado.”

<sup>21</sup> “Art. 25. Ressalvado o disposto no artigo 26 e seus parágrafos, ficam revogados ou substituídos pelas disposições desta Emenda o artigo 15 e seus parágrafos, o artigo 16, o artigo 17, o artigo 19 e seus parágrafos, o artigo 21, o § 4º do artigo 26, o artigo 27, o artigo 29 e seu parágrafo único, os números I e II do artigo 30 e seu parágrafo único, o artigo 32, o § 34 do artigo 141, o artigo 202 e o artigo 203 da Constituição, o artigo 5º da Emenda Constitucional número 3, a Emenda Constitucional número 5 e os artigos 2º e 3º da Emenda Constitucional número 10.”

Com a redemocratização, a Constituição trouxe uma série de direitos e garantias fundamentais, além de uma forma econômica capitalista<sup>22</sup>, mas também instrumentos de transformação social. O Estado Social que dela emerge prevê uma série de direitos básicos para os cidadãos e as decorrentes garantias para a sua efetividade; confere uma série de prestações de cunho social aos indivíduos e destes não pode retirar além do que tem que lhes dar<sup>23</sup> sob pena de subverter valores sob os quais a Carta Constitucional está imersa. Daí a importância de se exigir os tributos dos contribuintes de acordo com a sua capacidade de contribuir, ou seja, em função da sua renda,<sup>24</sup> considerada aquela disponível, sem comprometer a sua subsistência, como forma de se viabilizar a efetividade dos sobreditos princípios, bem como a igualdade e a justiça na tributação.

A necessária abdicção de parte da liberdade individual de cada qual é o que permite a manutenção dessa mesma liberdade por meio dos serviços disponibilizados pelo Estado, e que obviamente têm um custo.<sup>25</sup>

A igualdade é o princípio nuclear de todo o nosso sistema constitucional. É um princípio básico do Estado democrático de direito. O princípio da capacidade contributiva, por sua vez, é uma das formas pelas quais o princípio da igualdade aplica-se no sistema, pois irá utilizar critério de discriminação – a capacidade contributiva – para impor diferenças entre as pessoas,<sup>26</sup> tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

---

<sup>22</sup> Para José Afonso da Silva, a Constituição se apóia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (art. 170), caracterizando o modo de produção capitalista, que não se desnatura diante de intervenção do Estado para impor condicionamentos à atividade econômica (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 786)

<sup>23</sup> TIPKE, Klaus e YAMASHITA, Douglas. **Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 31.

<sup>24</sup> Renda entendida como renda auferida ou renda acumulada, como o patrimônio.

<sup>25</sup> Nesta perspectiva, perde relevância a distinção entre os direitos negativos, classificados como de primeira geração, e os direitos positivos, concebidos como direitos de segunda geração, na medida em que ambos devem ser financiados pelo Estado, pois são sindicáveis judicialmente, sendo o Estado o seu único guardião. Nesse sentido, alertam STEPHEN HOLMES e CASS SUNSTEIN: Rights are costly because remedies are costly. (...) almost every right implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purse.(...) All rights are claims to an affirmative response. All rights, descriptively speaking, amount to entitlements defined and safeguarded by Law (HOLMES, Stephen and SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W. W. Norton and Company, 1999, pp. 43-44)

<sup>26</sup> CONTI, José Mauricio. **Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 26.

O princípio da capacidade contributiva é, portanto, um desdobramento do princípio da igualdade, é critério mensurador da igualdade. Não se relaciona com o modo pelo qual as receitas angariadas serão aplicadas. Esta preocupação fica por conta do princípio do benefício.<sup>27</sup>

Nessa esteira, a capacidade de contribuir tem relação com a justiça no sentido de justiça distributiva, em que, desde os clássicos e especialmente em Aristóteles, propõe a desigualdade para se remunerar os desiguais, segundo um critério diferenciador. É exatamente nessa perspectiva que surgem as questões relativas à equidade.

Os princípios, sejam termo ou enunciado mais complexo, são passíveis de construção sob a forma de proposição, prescritiva ou descritiva. Os princípios são normas como as outras já que têm a função de regular comportamentos,<sup>28</sup> inclusive comportamento dos órgãos introdutores de normas no sistema.

A capacidade contributiva é princípio jurídico, explícito, previsto no art. 145, § 1º, da Constituição Federal, expressão da justiça fiscal. Além de concretizar o valor da igualdade, apresenta-se como limite ao legislador, fazendo-o prever como tributários unicamente fatos que tenham conteúdo econômico.

É com a positivação do direito que as normas se relacionam, dando forma ao sistema jurídico, e nesse esquema é que o princípio da capacidade contributiva dialoga com as normas que visam instituir os tributos, na medida em que compõe a norma de competência, condicionando os órgãos legiferantes quanto à matéria das normas que instituirão os tributos (capacidade contributiva absoluta), numa verdadeira limitação material, porquanto só poderão eleger na hipótese de incidência fatos que demonstrem signos presuntivos de riqueza.

Assim, a introdução no sistema de regras-matrizes de incidência tributária deve estar em consonância com as proposições prescritivas veiculadas pelo princípio da capacidade contributiva, e dirigidas aos órgãos enunciadores das mencionadas regras, sob pena do reconhecimento da sua inconstitucionalidade, sanção para a conduta violadora da prescrição veiculada no mencionado princípio.

---

<sup>27</sup> A determinação dos custos dos serviços prestados pelo Estado e dos projetos e programas de governo são irrelevantes para a determinação da tributação (CONTI, José Mauricio. **Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 29

<sup>28</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro. Brasília: Polis/UnB, 1989, pp. 158/159

A manifestação da capacidade contributiva é apontada pela Constituição Federal quando dispõe acerca dos fatos-signos presuntivos de riqueza, signos estes que devem ser considerados pelo legislador infraconstitucional.<sup>29</sup>

Dessa afirmação decorre que tem capacidade contributiva aquele contribuinte que está juridicamente obrigado a cumprir com determinada prestação, legitimamente vinculado numa relação jurídica tributária, por ter praticado o fato previsto na norma jurídica tributária como gerador do liame obrigacional.

## 5 CONCLUSÃO

A justiça como virtude, tal qual proposta por Aristóteles, e a relevância do seu caráter de alteridade, assim como a sua ideia de justiça distributiva de riquezas e outras vantagens na sociedade, ainda influenciam os debates travados sobre a tributação no Brasil.

A realização da justiça é o conteúdo material<sup>30</sup> do Estado democrático de direito e se revela no princípio da igualdade, que em matéria de tributos tem como critério de medida a capacidade contributiva indicada pelos signos presuntivos de riqueza previstos na Constituição, afastando-se critérios discriminatórios que não guardem correlação com a riqueza tributável.

A capacidade contributiva revela-se como um juízo fundamental de valor, critério de justiça e expressão da isonomia na tributação, impondo a eleição de indicadores de riqueza como integrantes das hipóteses de incidência tributária das regras-matrizes, e estabelecendo um patamar de tributação entre um mínimo necessário e uma tributação confiscatória como caminho para se atingir a igualdade material na tributação.

---

<sup>29</sup> Para Elizabeth Carrazza não é a disponibilidade financeira para contribuir um dado relevante para a aferição da capacidade contributiva, não importando se a manifestação da capacidade contributiva é objetiva ou subjetiva, mas o que aponta a Constituição Federal como indicativo de riqueza (CARRAZZA, Elizabeth Nazar. **IPTU e Progressividade. Igualdade e Capacidade Contributiva**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 49)

<sup>30</sup> O Estado atual tem uma preocupação muito maior com uma justiça material, uma igualdade maior de oportunidades e situação econômica, e não apenas com uma igualdade de direitos e deveres, de cunho meramente formal.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. Brasília: UNB, 1985

\_\_\_\_\_. **Ética a Nicômaco**. 1. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro. Brasília: Polis/UnB, 1989.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, Linguagem e Método**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

CARRAZZA, Elizabeth Nazar. **IPTU e Progressividade**. Igualdade e Capacidade Contributiva. Curitiba: Juruá, 2000.

CONTI, José Mauricio. **Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade**. São Paulo: Dialética, 1997.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6. ed. São Paulo: 2008.

GAMA, Tácio Lacerda. **Competência tributária**. Fundamentos para uma Teoria da Nulidade. São Paulo: Noeses, 2009.

HOLMES, Stephen and SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W. W. Norton and Company, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues. **Capacidade Contributiva**. Conteúdo e Eficácia do Princípio. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.



PHILIPPE, Marie-Dominique. **Introdução à Filosofia de Aristóteles**. São Paulo: Paulus, 2002.

SANDEL, Michael J. **Justiça**. O que é fazer a coisa certa. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STIRN, François. **Compreender Aristóteles**. 2. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

TIPKE, Klaus e YAMASHITA, Douglas. **Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.

# A QUESTÃO DA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA NA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: EDIÇÃO DE LEI GERAL DE CONCESSÕES POR MUNICÍPIO. APLICAÇÃO AO MUNICÍPIO DO SALVADOR\*

**João Deodato Muniz de Oliveira**

Consultor Jurídico com Especialização em Direito Administrativo pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia e em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários Procurador do Município do Salvador. Membro do Instituto dos Advogados da Bahia. Advogado

## INTRODUÇÃO

### Tema a ser abordado

Uma questão que costuma pontuar as discussões relacionadas com elaboração de projetos de concessão de serviço público é a necessidade, ou não, de prévia autorização legislativa para a sua implementação.

Essa questão vem a propósito do momento presente em que, à míngua de recursos próprios para a implementação de serviços de interesse coletivo, os entes municipais voltam-se para a parceria com a iniciativa privada de modo a celebrar contratos de concessão de serviços públicos, deparando-se com a pertinente indagação acerca da necessidade de submissão de cada projeto dessa natureza a prévia discussão e autorização do Poder Legislativo local.

Não existe uma resposta pronta para todos os casos envolvendo essa espécie de concessão, especialmente depois da edição da Lei no. 9.074, de 07 de julho de 1995, cujo artigo 2º fixou tal necessidade, muito embora tenha aberto margem para exceções.

---

\* Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no curso de Pós-Graduação Direito de Infraestrutura Pública e Inclusão Social – Novas Tendências e Mecanismos para o Desenvolvimento. Orientador: Professor André Rosilho

Deve-se ressaltar que, apesar do apontado dispositivo legal não ter sido afastado do ordenamento jurídico por nenhuma decisão judicial, observa-se que a sua constitucionalidade tem sido objeto de discussão, com posicionamentos divergentes no âmbito doutrinário.

A própria necessidade de autorização legislativa tem abordagens diversas por parte do Poder Judiciário, inclusive no que tange à exegese do art. 175 da Constituição Federal.

De toda sorte, ainda que se admita a necessidade de autorização legislativa, teria esta que preceder cada projeto de concessão, ou seria possível a edição de uma lei geral que já autorizasse o Poder Executivo a implementar projetos de concessão de serviço público?

Pretende-se abordar essa questão sob a ótica municipal, especificamente em relação ao Município do Salvador, onde, pela legislação vigente, não se extrai tal obrigatoriedade, para, em seguida, admitindo-se a possibilidade de que uma única lei, de natureza geral, possa contemplar essa autorização, focar o alcance dessa norma e sugerir aspectos que teriam cabimento em seu texto.

Para tanto, e já se tendo conhecimento prévio de clássica decisão do Supremo Tribunal Federal que firmou a inconstitucionalidade de dispositivos da Constituição do Estado da Bahia que condicionavam a realização de contratos de concessão (e também de convênios, convenções e acordos) a prévia autorização legislativa, cuidou-se de verificar, no âmbito do STF, se tal posicionamento ainda seria prevalente, mediante a utilização da expressão “reserva da Administração”, o que resultou em vários Julgados que refletem o mesmo entendimento, havendo, inclusive, recente decisão que confirmou posição defendida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais no sentido de que seria inconstitucional dispositivo de lei local impondo prévia autorização legislativa para a realização de contratos de concessão de serviço público, conforme se demonstrará adiante.

## **LEI AUTORIZATIVA PARA CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

### **Marco Normativo**

O fundamento de validade constitucional para a concessão de serviços públicos pode ser buscado no Art. 175, da Constituição Federal, que assim dispõe:

“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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

os direitos dos usuários;

política tarifária;

a obrigação de manter serviço adequado”.

Tem-se dito que a lei à qual fez referência o apontado dispositivo constitucional fora consubstanciada com a edição da Lei no. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que “Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal e dá outras providências”, a qual, no dizer de Floriano de Azevedo Marques Neto, passou a ser uma Lei Geral de Concessões de serviços públicos, muito embora convivendo com outros diplomas legais disciplinando setores específicos. (MARQUES NETO, 2013, p. 154).

Com efeito. O artigo 1º do apontado diploma legal dispõe:

“Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços”.

Da redação de tal dispositivo parece claro que a Lei no. 8.987, de 1995, é uma *lei nacional*, que se aplica a todas as entidades federativas – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – as quais, por sua vez, teriam condição de editar normas legais próprias para adequação às suas especificidades, sendo certo que a

ausência de lei local não impede a aplicação dos princípios contidos na legislação federal, exceto naquilo que envolver competência privativa do ente federativo.

Ainda no mesmo ano de 1995, em 7 de julho, foi editada a Lei no. 9.074, a qual teria por aparente objetivo a fixação de normas para a concessão de serviços públicos no âmbito da União. Todavia, observa-se que dito diploma legal enveredou pela trilha das normas gerais, capazes de atingir todos os entes federativos, a teor da redação de seu artigo 2º, que assim dispõe:

“Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei 8.987, de 1995.

§ 1º A contratação dos serviços e obras públicas resultantes dos processos iniciados com base na Lei no 8.987, de 1995, entre a data de sua publicação e a da presente Lei, fica dispensada de lei autorizativa.

§ 2º Indepe de concessão, permissão ou autorização o transporte de cargas pelos meios rodoviário e aquaviário.

§ 3º Indepe de concessão ou permissão o transporte:

I - aquaviário, de passageiros, que não seja realizado entre portos organizados;

II - rodoviário e aquaviário de pessoas, realizado por operadoras de turismo no exercício dessa atividade;

III - de pessoas, em caráter privativo de organizações públicas ou privadas, ainda que em forma regular”.

### **A questão da constitucionalidade do art. 2º da Lei no. 9.074, de 1995**

Uma indagação que exsurge da análise do apontado dispositivo é se haveria fundamento constitucional capaz de validar a exigência de prévia autorização legislativa para a implementação de projetos de concessão de serviços públicos.

Dir-se-ia, de um lado, que não haveria, em nível constitucional, obrigatoriedade de exigir-se autorização legislativa prévia para a execução de concessões ou permissões.

Conforme já evidenciado linhas atrás, a Constituição Federal, em seu artigo 175 e parágrafo único, estabeleceu que caberia ao Poder Público, na forma da lei, prestar serviços públicos diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. Além disso, fixou que a lei disporia sobre o regime de concessão e permissão e outras condições acerca da prestação do serviço. Essa lei, por sua vez, como visto, é aquela que fixa as normas gerais do instituto, representada pela Lei no. 8.987, de 1995.

Não se observa, em nenhuma das referências a lei, feitas pela Constituição Federal, imposição quanto à necessidade de autorização legislativa para a realização de concessões ou permissões. Tanto é verdade que o citado artigo 2º da Lei no. 9.074, de 1995 admite a possibilidade de existirem concessões sem lei autorizativa prévia, a exemplo do saneamento básico e limpeza urbana.

Da mesma forma, se o mesmo dispositivo legal permite a Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais, dispensarem autorização legislativa, parece evidenciado que a Constituição Federal não contempla essa obrigatoriedade.

Em sentido contrário, há quem afirme que a ausência de obrigatoriedade da autorização legislativa poderia ser introduzida por lei infraconstitucional, como parte das normas gerais que a Constituição autoriza sejam por aquela fixadas.

### **Posição da Doutrina**

Tem-se que a necessidade, ou não, de autorização legislativa para concessões e permissões de serviços públicos é objeto de acirrada polêmica entre diversos doutrinadores, havendo quem entenda que a disposição contida no apontado artigo 2º da Lei no. 9.074, de 1995, seria inconstitucional, ao passo que outros, defendem a sua constitucionalidade.

Ambas as correntes ostentam argumentos respeitáveis, de modo a justificar o respectivo entendimento, contando, cada uma delas, com defensores de escol dentre os doutrinadores.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (DI PIETRO, 1997, p. 49), por exemplo, afirma que o referido dispositivo legal não encontraria fundamento na Constituição Federal, uma vez que estaria estabelecendo um controle prévio do Poder Executivo pelo Poder Legislativo, afrontando o princípio da separação dos poderes, o qual, somente pode ser afastado em casos expressamente indicados pelo próprio texto

constitucional, o que não seria o caso das concessões e permissões de serviço público. Da mesma forma, entende a autora que o dito dispositivo legal não estaria em consonância com o princípio federativo ao dispensar de lei autorizativa concessão de serviços de saneamento básico e limpeza pública que são da competência de outros entes, que não a União.

Carlos Pinto Coelho Motta (MOTTA, 1998, p. 485) concorda com esse entendimento, afirmando que a Constituição Federal, em seus artigos 49, 51 e 52, não atribui ao Congresso Nacional a competência autorizativa em tais casos. Afirma, ainda, o autor, que a competência do Executivo para as ações de governo deve ser exercida plenamente, em nome do regime federativo.

No campo oposto, pode-se citar Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, 2004, p. 47-48) que enxerga justificativa para a exigência de lei autorizativa nas concessões de serviço público pela circunstância de que, como o serviço pertence à Administração Pública, a sua transferência a terceiro, estranha a esta, deveria ser autorizada pelo Poder Legislativo.

Comunga desse entendimento Celso Antônio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 634), para quem, “[...] a outorga do serviço (ou obra) em concessão depende de lei que a autorize”. Aduz, ainda, o autor que: “Não pode o Executivo, por simples decisão sua, entender de transferir a terceiros o exercício de atividade havida como peculiar ao Estado. É que, se se trata de um serviço próprio dele, quem deve, em princípio, prestá-lo é a Administração Pública. Para isto existe”.

Para essa corrente doutrinária, ao contrário de haver uma violação ao princípio da separação e harmonia entre os Poderes, a participação do Poder Legislativo possibilitaria uma maior segurança aos cidadãos em relação à qualidade e lisura da futura outorga do serviço público.

Outro defensor desse ponto de vista é Marçal Justen Filho, para quem autorização legislativa é o “[...] ato jurídico específico, dotado de configuração própria, que precede o surgimento da concessão e sem o qual a outorga é inviável. Inúmeras outras formalidades devem ser obrigatoriamente respeitadas como requisito de validade da formalização da concessão”. (JUSTEN FILHO, 1997, p. 173)

Para o citado autor, a concessão de serviço público, pela sua relevância, não teria caráter meramente administrativo, em face dos interesses envolvidos, daí

porque haveria necessidade de uma manifestação da organização estatal em seu sentido amplo, mediante autorização do Poder Legislativo para que o Poder Executivo venha a implementá-la.

No caso específico dos Municípios, os defensores desse entendimento ainda acrescentam que a efetivação de contratos de concessão de serviço público representa um grande impacto orçamentário e que, como o Poder Legislativo local tem a prerrogativa de proceder à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Município, inclusive quanto à legalidade e legitimidade (CF/88, art. 29, XI, e 70), esse controle estaria sendo exercido preventivamente mediante autorização legislativa prévia, de modo a afastar concessão ou permissão que esteja em dissonância com os parâmetros legais.

Gregório Assara de Almeida concorda com Marçal Justen Filho, ao aduzir que “Não se trata de decisão inserida na órbita de competência do Poder Executivo. Depende do exame, aprovação e regulamentação do Poder Legislativo, por meio de cuja manifestação retrata-se a concordância do povo à alternativa adotada”. (ALMEIDA, 2003, p. 176)

Combatendo a tese de que a autorização legislativa configura ingerência indevida do Poder Legislativo no Poder Executivo, Hely Lopes Meirelles lembra que o Poder Legislativo não estaria praticando atos *in concreto*, mas sim, apenas autorizando, ou não, a prática de atos pelo Poder Executivo, ao qual incumbe dar-lhe a forma administrativa conveniente. (MEIRELLES, 2001, p. 654)

### **A Posição do STF em situação concreta relacionada ao tema**

Muito embora não exista decisão do Supremo Tribunal Federal especificamente a propósito da constitucionalidade da regra contida no art. 2º da Lei no. 9.074, de 1995, impõe-se trazer à colação o quanto fixado pelo Pretório Excelso a propósito de aspecto que guarda relação com o tema, retratado na Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 462-0 – Bahia, quando o Governador do Estado questionou, perante o STF, dispositivos da Constituição Estadual que se entendeu ofensivos ao princípio da independência e harmonia dos poderes, a que alude o art. 2º da Constituição Federal.

Os dispositivos questionados que dizem respeito ao objeto do presente trabalho são dois incisos do art. 71, e mais o § 1º do art. 25, da Carta Estadual, os quais a seguir se transcreve:



“Art. 71 – Além de outros casos previstos nesta Constituição compete privativamente à Assembléia Legislativa:

.....  
 XIII – autorizar convênios, convenções ou acordos a serem celebrados pelo Governo do Estado com entidades de direito público ou privado e aprovar, sob pena de nulidade, os que, por motivo de urgência ou de interesse público, forem efetivados sem autorização, a serem encaminhados nos 10 (dez) dias subsequentes à sua celebração;

.....  
 XXX – aprovar previamente contratos a serem firmados pelo Poder Executivo, destinados a concessão e permissão para exploração de serviços públicos, na forma da lei”.

“Art. 25 - .....

§ 1º - A concessão de serviços públicos dependerá de prévia autorização legislativa e far-se-à sempre mediante licitação pública, ressalvados os casos previstos em lei”.

Entendeu o Governador do Estado da Bahia que a exigência de aprovação prévia de contratos a serem firmados pelo Poder Executivo implicaria em uma tutela de um Poder (no caso, o Legislativo) sobre outro (o Executivo), não se confundindo com o poder de fiscalização e controle, que somente pode ser exercido nos termos previstos na Constituição Federal, o que não teria sido observado pelo legislador constitucional baiano.

Da mesma forma, o Autor da Ação fixou entendimento de que haveria invasão de área de atuação própria do Poder Executivo, configurando uma participação direta, prévia e imediata da Assembléia Legislativa na configuração da vontade do Poder Público na prática de atos administrativos, importando em violação ao princípio da independência e harmonia dos Poderes.

A defesa dos atos questionados foi feita pela Advocacia Geral da União, que argumentou, no caso do inciso XIII referido, que este estaria em consonância com a Constituição Federal que evidencia condicionamento formal e material da despesa pública, e esta é passível de averiguação prévia pelo Poder Legislativo. Quanto ao inciso XXX, e ao § 1º do art. 25, argumentou que o art. 175, Parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal lhe daria amparo, uma vez que dali se extrai a noção do caráter especial dos contratos de concessão e permissão de serviço público, que seriam dependentes de lei.

O Parecer da Procuradoria Geral da República foi no sentido da procedência da ação, acenando que, no caso da pretendida anuência para celebração de convênios, o STF já teria decidido em outros casos no sentido do descabimento da autorização legislativa prévia<sup>1</sup>, e, no que tange à questão dos contratos de concessão e permissão, isso também importaria em ingerência indevida, pelo Poder Legislativo, na competência do Poder Executivo, através de controle prévio de seus atos, o que não estaria em consonância com a Constituição Federal.

O voto do Relator, Ministro Moreira Alves, a propósito, especificamente, da questão atinente à prévia autorização legislativa para celebração de contratos de concessão e permissão de serviço público foi no sentido da sua inconstitucionalidade, em face do art. 2º da Constituição Federal, uma vez que importaria em uma forma de participação na formação desses atos, não guardando consonância com o poder de fiscalização “a posteriori” que, pela Constituição Federal, cabe ao Poder Legislativo.

Tal voto foi acolhido, resultando na decisão cuja ementa se transcreve a seguir:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Incisos XIII, XXIX e XXX do artigo 71 e § 1º do artigo 15, todos da Constituição do Estado da Bahia, promulgada em 05 de outubro de 1989. - Os incisos XIII e XIX do artigo 71 da Constituição do Estado da Bahia são *ofensivos ao princípio da independência e harmonia dos Poderes (artigo 2º da Constituição Federal)* ao darem à Assembléia Legislativa competência privativa para a autorização de convênios, convenções ou acordos a ser celebrados pelo Governo do Estado ou a aprovação dos efetivados sem autorização por motivo de urgência ou de interesse público, bem como para deliberar sobre censura a Secretaria de Estado. - Violam o mesmo dispositivo constitucional federal o inciso XXX do artigo 71 (competência privativa à Assembléia Legislativa para aprovar previamente contratos a ser firmados pelo Poder Executivo e destinados a concessão e permissão para exploração de serviços públicos) e a expressão ‘dependerá de prévia autorização legislativa e’ do § 1º do artigo 25 (relativa à concessão de serviços públicos), ambos da Constituição do Estado da Bahia. Ação julgada procedente em parte, para declarar

<sup>1</sup> Ações Diretas de Inconstitucionalidade números 676-2, 177-9, 342-9 e 165-5

a inconstitucionalidade dos incisos XIII, XXIX e XXX do artigo 71 e a expressão ‘dependerá de prévia autorização legislativa e’ do § 1º do artigo 25, todos da Constituição do Estado da Bahia, promulgada em 05 de outubro de 1989”. (STF, Pleno, ADI nº 462/Ba, Rel. Min. Moreira Alves, j. 20.08.1997, DJ 18.02.2000, p. 54). (Grifou-se).

Com isso, na medida em que considerou inconstitucional disposição da Constituição do Estado da Bahia impondo autorização legislativa prévia para concessão de serviços públicos, tem-se que o STF se alinha com a corrente doutrinária aparentemente minoritária antes referenciada.

Não é demais lembrar que o apontado Julgado defende o que se poderia chamar de uma “reserva de administração”, no sentido de que a prática de atos próprios do Poder Executivo não se sujeitam a ingerência normativa do Poder Legislativo.

Apenas a título ilustrativo, pode-se lembrar outras decisões do STF nesse sentido, chancelando o entendimento de que o Poder Legislativo não se constitui em instância de revisão dos atos administrativos oriundos do Poder Executivo,<sup>2</sup> inclusive no que tange à prévia aprovação de convênios, acordos e contratos.<sup>3</sup> Não sendo estas, de forma alguma, decisões isoladas.<sup>4</sup>

### Exemplos de posicionamentos jurisprudenciais diversificados sobre o tema

Não obstante ter-se como clara a exegese do art. 175, da Constituição Federal, no sentido de que a lei ali referenciada seria de caráter nacional e já fora consubstanciada na Lei no. 8.987, de 1995, nada obsta que se apresente, a título

<sup>2</sup> “O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. (...) Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação *ultra vires* do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais.” (RE 427.574-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-12-2011, Segunda Turma, DJE de 13-2-2012.)

<sup>3</sup> “Norma que subordina convênios, acordos, contratos e atos de Secretários de Estado à aprovação da Assembleia Legislativa: inconstitucionalidade, porque ofensiva ao princípio da independência e harmonia dos Poderes.” (ADI 676, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 1º-7-1996, Plenário, DJ de 29-11-1996).

<sup>4</sup> No mesmo sentido: ADI 770, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 1º-7-2002, Plenário, DJ de 20-9-2002; ADI 165, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 7-8-1997, Plenário, DJ de 26-9-1997.

de curiosidade, entendimento esboçado pelo Tribunal de Justiça do Maranhão no seguinte sentido:

“AÇÃO POPULAR. LICITAÇÃO. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE LEI AUTORIZATIVA. NULIDADE DA CONCESSÃO ANTE EXIGÊNCIA DO ART. 175 DA CF.

I – Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviço público. Assim, portanto, veda-se à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão, sem lei que lhes autorize e fixe os termos.

II – Apelo improvido”.<sup>5</sup>

Os fundamentos do aludido Julgado foram os seguintes:

“Com efeito, dentre os documentos acostados nos autos pelo apelante se observa que o processo licitatório está desacompanhado de lei autorizativa para se efetuar o processo de licitação para contrato de concessão cuja exigência está prevista no art. 175 da Carta Magna. Verbis:

‘Incumbe ao poder público, **na forma da lei**, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviço público’.

Do enunciado no citado dispositivo, conclui-se que o legislador constituinte exigiu para o processo de licitação e prestação de serviço público que sejam prescindidos de lei autorizadora para sua operacionalização.

Do mesmo lado, o art. 2º da Lei 9.074/95, veda aos entes públicos outorgarem concessão ou permissão de serviço público sem lei que os autorize e fixe respectivos termos:

‘É vedado à União, ao Estado, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e per-

---

<sup>5</sup> Acórdão n.º 58.360/2005, na Apelação Cível N. 10294-2004- Imperatriz, Rel. Des. Raymundo Liciano de Carvalho, julgado em 21 de dezembro de 2005

missão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensados a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis orgânicas do Distrito Federal e Municipal, observado em qualquer caso, os termos da lei 9987/95’.

Diante desse conjunto de regras, de logo se percebe que o processo licitatório já nasceu eivado de nulidade absoluta, concluindo-se, desse modo, haver óbice intransponível para o prosseguimento da licitação”.

Entendeu-se pertinente transcrever os exatos termos da apontada decisão para deixar bem claro o entendimento da Corte maranhense no sentido de que a expressão “na forma da lei” contida na Constituição Federal (art. 175) indicaria que cada concessão de serviço público teria que ser precedida de autorização legislativa, e não que a Carta Magna estaria indicando a necessidade da edição de uma lei geral sobre o tema.

Em posicionamento que se alinha ao quanto fixado pelo STF, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem decidido, sistematicamente, pela inconstitucionalidade de dispositivos de leis municipais que impõem autorização prévia do Poder Legislativo para concessões e permissões de serviço público, por entender que se trataria de ingerência indevida de um Poder sobre outro, como se deu, por exemplo, em Ação Direta de Constitucionalidade a propósito de dispositivo de Lei Orgânica do Município de Cambuquira, naquele Estado, que continha a seguinte redação:

“Art. 105 - A permissão de serviço público a título precário, será outorgada por decreto do Prefeito, após edital de chamamento de interessados para a escolha do melhor pretendente, sendo que a concessão só será feita com a autorização legislativa, mediante contrato, precedido de concorrência pública.

Parágrafo 1º - Serão nulas de pleno direito as permissões, as concessões, bem como quaisquer outros ajustes feitos em desacordo com o estabelecido neste artigo” (sic).

De acordo com o entendimento do TJ-MG, a concessão para a exploração de serviços públicos é típica atividade de gestão. Assim, ao conferir à Câmara Municipal atribuição de natureza administrativa, e não normativa, a referida pre-

visão da Lei Orgânica Municipal invadiria a competência do Poder Executivo, por estabelecer uma participação indevida na formação dos atos de concessão, em detrimento do princípio da separação dos poderes albergado pelos arts. 6º e 173 da Constituição Estadual.

Para o Tribunal mineiro, os atos de gestão consistentes em descentralizar a atuação do Estado, de forma a diminuir a participação direta deste em determinadas atividades, é função própria do Poder Executivo. Portanto, em havendo subordinação, por parte do Executivo, à autorização da Câmara Municipal, para a concessão de serviço público, estaria criada uma situação de conflito entre os Poderes municipais e prejuízos à administração do Município.

Com isso, a decisão foi no sentido de que o dispositivo da Lei Orgânica contém procedimento que excede dos limites e da forma de fiscalização, o que alarga indevidamente a competência do Poder Legislativo, ao instituir um controle sobre os atos da administração, fazendo depender, em cada caso, o exercício das faculdades inerentes à função administrativa e, portanto, restringindo o âmbito de sua competência, já que a lei não pode atenuar a dimensão constitucional da separação de poderes, pois estaria alterando, indevidamente, o desenho daquele princípio, que é matéria tipicamente constitucional.<sup>6</sup>

Não se tratou de uma decisão isolada do Tribunal mineiro. Outras, no mesmo sentido, podem ser colacionadas<sup>7</sup>.

Os Julgados referenciados são meramente exemplificativos, de modo a demonstrar que, tal como ocorre no campo doutrinário, não existe uma convergência de posicionamentos no âmbito jurisprudencial, não sendo objetivo do presente trabalho esgotar a posição dos Tribunais sobre a matéria.

Não obstante, pode-se dizer que o posicionamento do TJ-MG encontra-se em consonância com o do STF, a teor de recente Acórdão exarado no âmbito de Agravo de Instrumento interposto pela Câmara Municipal de Ubá contra decisão que negou seguimento a Recurso Extraordinário interposto em face de decisão do Tribunal mineiro que afastou disposição da Lei Orgânica daquele

<sup>6</sup> TJMG, Corte Superior, ADI nº 1.0000.06.440339-7/000, Rel. Des. Célio Cesar Paduani, j. 23.01.2008, DJ 28.03.2008

<sup>7</sup> TJMG, Corte Superior, ADI nº 1.0000.00.336625-9/000, Rel. Des. Almeida Melo, j. 31.03.2004, DJ 05.05.2004, TJMG, Ação Direta Inconst 1.0000.06.438564-4/000 4385644-20.2006.8.13.0000, Rel. Des. Almeida Melo, j. 28/02/2007, DJ 11.04.2007 e TJMG - Ação Direta Inconst 1.0000.00.336625-9/000 3366259-16.2000.8.13.0000, Rel. Des. Almeida Melo, j. 31/03/2004, DJ 05/05/2004

Município que condicionava a concessão de serviço público a prévia autorização legislativa<sup>8</sup>.

A decisão do TJ-MG pode ser exteriorizada pela seguinte ementa:

“ADIN – Artigo 179, da Lei Orgânica do Município de Ubá, que condiciona a concessão ou permissão de serviço público à prévia autorização do Legislativo – Violação do princípio da separação, independência e harmonia dos poderes – CE, art. 173 – Inconstitucionalidade parcial declarada, relativamente à expressão ‘com autorização da Câmara Municipal (...)’”. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a questão, enfatizou que malferia o princípio da separação de poderes dispositivo de legislativo local que atribua ao Poder Legislativo a competência para autorização de convênios, convenções ou acordos celebrados pelo Poder Executivo, conforme já decidido anteriormente por aquela Corte<sup>9</sup>.

No mesmo pronunciamento, o STF lembrou que o apontado entendimento também já houvera sido externado em relação a contratos de concessão de serviço público<sup>10</sup>, fazendo, também, referência ao já mencionado caso da ADI 472, do Estado da Bahia.

Por se tratar de decisão recente, no âmbito do STF, tem-se a existência de relevante fundamento para defender-se o entendimento quanto à prescindibilidade de prévia autorização legislativa para a concessão de serviços públicos.

## **A SITUAÇÃO DO MUNICÍPIO DO SALVADOR**

### **Disposições da legislação e a prescindibilidade de autorização legislativa para concessão de serviços públicos**

Ainda que se quisesse deixar de lado o quanto já decidido pelo STF, e se considerando apenas o disposto no art. 2º da Lei no. 9.074, de 1995, que, a par de exigir prévia autorização legislativa para concessão e permissão de serviços públicos, admitiu que as Leis Orgânicas dos Municípios poderiam conter exceções a essa obrigação, convém observar determinados marcos normativos de modo a

<sup>8</sup> Ag. Inst. 755.058-MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05.03.2013

<sup>9</sup> ADI 676, Rel. Min. Carlos Veloso, DJ 1º.7.1996

<sup>10</sup> DI 472, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 20.8.1997

extrair alguma conclusão acerca da prescindibilidade, ou não, de lei autorizativa local para essa temática.

O primeiro elemento a ser observado é a Constituição Federal:

“Art. 30 Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

.....

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”.

Na Lei no. 8.987, de 1995, também pode ser buscado fundamento normativo, no seguinte dispositivo:

“Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços”.

A Constituição do Estado da Bahia, por sua vez, dispõe:

“Art. 59. Cabe ao Município, além das competências previstas na Constituição Federal:

.....

VIII - legislar sobre assuntos de interesse local, notadamente sobre;

a) (Revogada pela Emenda Constitucional nº 7, de 18.01.1999, DL 19.01.1999, em vigor na data de sua publicação);

b) administração, utilização e alienação de seus bens;”

A Lei Orgânica do Município do Salvador contempla uma série de dispositivos que podem ser invocados sobre a questão, até mesmo de modo a concluir que não haveria, em princípio, obrigatoriedade de prévia autorização legislativa para projetos de concessão de serviço público.

Vale lembrar, inicialmente, o seu art. 52, que dispõe:



“Art. 52. O Poder Executivo é exercido pelo prefeito, competindo-lhe:

.....  
XVII - administrar os bens municipais, promover a alienação, deferir permissão, cessão, ou autorização de uso, observadas as prescrições legais;

XVIII - permitir, conceder ou autorizar a execução dos serviços públicos por terceiros quando não possível ou conveniente ao interesse público a exploração direta pelo Município;

.....  
XXIV - promover, com prévia autorização da Câmara, a emissão de títulos de dívida pública;”

Da análise desse dispositivo tem-se que não se exige autorização legislativa para a permissão, concessão ou autorização de serviços públicos. Quando a LOM quis firmar tal exigência, o fez expressamente, como no caso da emissão de títulos de dívida pública.

Ainda a propósito da desnecessidade de autorização legislativa para a espécie, observe-se o seguinte dispositivo da LOM:

“Art. 21. Compete à Câmara:

.....  
II- Com a sanção do prefeito, aprovar e deliberar especialmente sobre:

.....  
e) alienação de bens imóveis e concessão de direito real de uso;”

Observa-se que não houve expressa referência a autorização legislativa para concessão de serviço público, mas apenas para concessão de direito real de uso e alienação de bens imóveis.

No capítulo da LOM voltado especificamente para os serviços públicos municipais não se fez exigência de prévia autorização legislativa para a realização de concessão. A única exigência de lei prévia é para a criação de entes da administração descentralizada, conforme se pode observar dos seguintes dispositivos:

“Art. 117. Incumbe ao Município, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, a prestação de serviço público.

§ 1º O Município poderá retomar, sem indenização, os serviços permitidos ou concedidos, desde que executados em desconformidade com

o ato ou contrato, bem como aqueles que se revelarem insuficientes para o atendimento ao usuário.

§ 2º A permissão, cessão de uso e a concessão do direito real de uso de bens municipais para execução de serviços públicos, reger-se-ão pelas normas contidas na presente Lei.

Art. 118. A concessão, contratada mediante concorrência pública, ou a permissão de serviço público ou outorgada por ato administrativo, com vistas à plena satisfação dos usuários, obedecerá os seguintes princípios:

I - obrigação de manter serviço adequado;

II - fixação e revisão periódica de tarifas que permitam o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;

III - fiscalização permanente dos serviços;

IV - intervenção imediata na empresa, quando devidamente comprovada a má prestação do serviço;

V - direitos e reclamação dos usuários.

Art. 119. A concessão ou permissão para a exploração do transporte coletivo urbano poderá ser atribuída em caráter de exclusividade, quando assim for tecnicamente recomendável.

Art. 120. Somente por lei específica poderão ser criadas empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias ou fundações públicas.

Parágrafo Único Depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas neste artigo, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada.

Art. 121. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes ou prepostos, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Art. 122. O Município poderá realizar obras e serviços de interesse comum mediante convênio com o Estado, a União ou entidades de direito público ou privado, ou mediante consórcio com outros municípios, com autorização prévia da Câmara Municipal”.

Diante do exposto, acerca da necessidade de autorização legislativa nos casos de concessão de serviço público, ainda que se admita a constitucionalidade do art. 2º da Lei no. 9.074, de 1995, tem-se que, pelas disposições da Lei Orgânica do Município do Salvador, não estaria o Poder Executivo Municipal obrigado a buscar autorização legislativa para a implementação de projetos dessa natureza. Não obstante, ainda que se insista na necessidade de autorização legislativa e de modo a espancar qualquer dúvida que porventura persista, nada impediria que uma eventual autorização possa ter um conteúdo genérico, capaz de prescindir da edição de uma nova lei a cada vez que o Poder Executivo pretendesse realizar uma concessão de serviço público, conforme se pretende expor a seguir.

## **A POSSIBILIDADE DE EDIÇÃO DE LEI GERAL DE CONCESSÕES POR MUNICÍPIO**

### **Alcance da norma legal municipal**

Conforme já evidenciado, embora haja posicionamento do STF no sentido de que haveria inconstitucionalidade em exigir-se prévia autorização legislativa para a concessão de serviços públicos, parte expressiva da doutrina especializada afirma que tal exigência decorre do princípio da legalidade, sendo manifestação legítima do Estado Democrático de Direito que prevê a participação popular, por meio de seus representantes, nas decisões políticas do Estado.

Admitindo-se como pertinente essa autorização, nada impediria que ela possa ter um conteúdo genérico, capaz de prescindir da edição de uma nova lei a cada vez que o Poder Executivo pretendesse realizar uma concessão de serviço público.

No particular, Celso Antônio Bandeira de Mello, integrante da corrente doutrinária que entende necessária a autorização legislativa para a concessão de serviços públicos, admite essa possibilidade, aduzindo que, em observância ao Princípio da Legalidade, o ato administrativo da concessão deve ser fundamentado com base em lei, mesmo que essa “[...] lei faculte, genericamente, a adoção de tal medida em relação a uma série de serviços que indique”. (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 634-635).

Esse posicionamento é também defendido por Vera Monteiro, nos seguintes termos:

“Nesse sentido, cabe à lei da pessoa política competente autorizar o ato de outorga do serviço público, do uso do bem público ou de qualquer atividade sob responsabilidade pública, permitindo o uso da técnica de concessão, permissão ou autorização. Uma vez editada a lei autorizativa, cabe ao Executivo decidir pela exploração direta ou indireta, pois é de natureza administrativa a decisão sobre a melhor alternativa de exploração.

Não significa, todavia, que a lei aqui tratada precise ser específica para cada caso. As pessoas políticas podem fazê-lo de modo genérico”. (MONTEIRO, 2010, p. 121)

Tal possibilidade, segundo a autora, decorre da circunstância de que a impossibilidade de editar-se lei genérica significaria uma indevida interferência do Poder Legislativo na esfera de competência da Administração Pública, o que, a seu sentir, significaria violação ao princípio constitucional da reserva de administração.

Esse raciocínio foi aprofundado em Memorando subscrito pela referida autora, junto com o Prof. Carlos Ari Sunfeld, em atendimento a consulta formulada pelo Município de São Paulo, onde se aduziu:

“Por outro lado, seguir a linha da autorização legislativa prévia não significa dizer que a autorização deva ser específica para cada caso concreto. Nesse sentido, caberia à lei autorizar o uso da técnica da concessão. Uma vez editada a lei autorizativa, caberia ao Executivo decidir pela exploração do bem ou serviço por terceiros, pois é de natureza administrativa a decisão sobre a melhor alternativa de exploração” (SUNDFELD e MONTEIRO, 2012, p. 5).

Marçal Justen Filho admite que a autorização legislativa pode ser genérica ou específica. Para ele, cada ente federativo poderia dispor da forma que melhor lhe aprouvesse sobre os contornos da concessão e permissão, no âmbito de sua autonomia federativa. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 173)

Muito embora os defensores da corrente que entende necessária a prévia autorização legislativa para a concessão de serviço público enfatizem que, a cada nova concessão, o legislador deverá editar lei própria para aquele caso específico, admitem a possibilidade de que a lei autorizativa possa ser genérica. A esse propósito, Marcos Jurema Villela Souto, ao comentar os aspectos da Lei no. 9.074/1995, aduz:

“Ultrapassado esse aspecto, há que se indagar se a autorização legislativa deve ser específica, para cada tipo de concessão, ou se pode ser genérica, autorizando, em tese, qualquer concessão. Ora, se o objetivo do legislador federal foi devolver ao legislador o poder decisório, a este cabe a definição”. (SOUTO, 2004, p. 48).

Aliás, a sistemática da lei geral tem sido adotada pela União no que tange, por exemplo, ao Programa Nacional de Desestatização, exteriorizado pela Lei no. 8.031, de 1990, posteriormente substituída pela Lei no. 9.491, de 1997, onde se autorizou de forma genérica a concessão de serviços públicos federais. Com isso, obteve-se o suporte legal para as concessões dos setores ferroviário, rodoviário e aeroportuário.

Tal solução também foi adotada pelo Estado de São Paulo, com a edição da Lei no. 7.835, de 1992, que dispõe de forma genérica sobre o regime de concessão de serviços e obras públicas na órbita estadual, prescindindo, portanto, de autorizações legislativas específicas. Com base nessa regra, foram feitas concessões rodoviárias e de serviços estaduais de gás canalizado.

Da mesma forma, a Lei Complementar no. 105, de 22 de dezembro de 2009, do Município do Rio de Janeiro, que instituiu o Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas já contemplou, em seu art. 4º, a possibilidade de realização dessas concessões para uma série de atividades.

A própria Lei no. 9.074, de 1995, em seu art. 1º já houvera submetido ao regime de concessão diversos serviços e obras públicas de competência da União.

Nesse passo, o alcance de norma legal municipal que disponha sobre concessão de serviço público deve estar em consonância com a competência própria dos entes municipais a que alude o art. 30 da Constituição Federal, não afrontando, evidentemente, as normas gerais contidas na Lei no. 8.987, de 1995.

### **Sugestões de aspectos a constar de lei municipal sobre o tema**

Inicialmente, aventa-se a possibilidade de que diploma legal dessa natureza não se limite, apenas, às chamadas concessões comuns, mas também abarque as concessões patrocinadas e administrativas, de modo a conferir um tratamento legal único para essas formas de parceria, observadas, evidentemente, as respectivas peculiaridades.

Evidentemente que essa lei teria que observar as normas gerais sobre concessões de serviços públicos que já se encontram disciplinadas na Lei no. 8.987, de 1995, bem como as atinentes às chamadas parcerias público-privadas, contidas na Lei no. 11.079, de 2004.

Os objetivos da lei poderiam ser destacados como sendo: (i) implantar o programa municipal de concessões de serviços públicos; (ii) fomentar um ambiente socioeconômico propício à implementação dessas concessões; (iii) informar e orientar agentes públicos, parceiros, investidores, garantidores e usuários acerca das condições das concessões; (iv) regular as relações entre o Município e seus parceiros, bem como as condições operacionais e qualitativas dos serviços e obras e bens envolvidos; (v) fiscalizar a execução das parcerias e acompanhar a solvabilidade dos parceiros envolvidos; (vi) garantir a participação da sociedade civil; (vii) zelar pelos direitos dos usuários; (viii) manter uma gestão contínua das parcerias, utilizando recursos da tecnologia da informação; (ix) documentar e avaliar os fluxos de serviços e dados relativos às parcerias, com vistas a replicá-los, quando positivos, e adequá-los, quando insatisfatórios.

Nesse passo, como forma de estimular um adequado planejamento das ações municipais relacionadas com projetos de concessão, seria de bom alvitre que a lei municipal cuidasse de prever um Programa Municipal de Concessões de Serviços Públicos, a ser veiculado no primeiro trimestre de cada ano e submetido a consulta pública de modo a conferir legitimidade às ações correspondentes.

Tal como foi feito em outros diplomas legais, seja da União, seja de outros entes federados, a lei municipal contemplaria os diversos setores para os quais já seria conferida autorização para implementação de concessão de serviço público, com a expressa indicação de que a fixação dos respectivos termos seria feita nos correspondentes instrumentos convocatórios de licitação. Tais setores poderiam, por exemplo, ser os seguintes:

- I – educação, cultura, saúde e assistência social;
- II – transporte público, independentemente do modal;
- III – vias, pontes, viadutos e túneis;
- IV – terminais de passageiros e plataformas logísticas;
- V – saneamento básico, inclusive destino final dos resíduos;
- VI – atividades e projetos voltados para a acessibilidade e pessoas com deficiência;
- VII – ciência, pesquisa e tecnologia;
- VIII – agricultura urbana e rural;

- IX – energia;
- X – habitação;
- XI – urbanização e meio ambiente;
- XII – esporte, lazer e turismo;
- XIII – infraestrutura de acesso às redes de utilidade pública;
- XIV – infraestrutura destinada à utilização pela Administração Pública;
- XV – dutos comuns;
- XVI – parques, praças ou outros espaços públicos de convivência;
- XVII – indústria e comércio; e
- XVIII – assuntos e serviços de interesse local, como tal definidos em Decreto do Poder Executivo.

Na previsão a propósito dos estudos de viabilidade das concessões, a lei municipal já poderia conter autorização para prever contingência no valor do investimento e dos custos operacionais e projeção conservadora das receitas da concessionária, a depender do grau de detalhamento dos estudos, bem como exigência de que os cálculos da remuneração dos investidores nas concessões levem em consideração as melhores práticas internacionais e projetos com riscos semelhantes.

No que tange às garantias a serem oferecidas para as concessões, a lei municipal poderia conter previsão acerca da possibilidade da Administração Pública escolher, no edital de licitação, a modalidade das garantias de proposta e de cumprimento de contrato a serem empregadas. Da mesma forma, a possibilidade de exigir *rating* e perfil financeiro das garantias. Também poderia haver a previsão de exigência, no edital, de índices contábeis, de patrimônio líquido ou de capital social para a qualificação financeira calcados em balanços e demonstrações financeiras auditadas.

Também poderia haver previsão para que o desenvolvimento dos projetos de concessão fosse objeto de avaliação por verificador independente, a ser selecionado pela Administração Pública, mas contratado pelo concessionário.

Considera-se ainda pertinente que as regras para alteração dos contratos de concessão tenham a sua disciplina estabelecida em contrato, conforme Lei 8.987/95, art. 23, inc. V, deixando claro que não são aplicáveis os limites da Lei 8.666/93.

No que tange ao procedimento licitatório para as concessões de serviço público, a lei municipal poderia contemplar previsão da utilização de sistemática com inversão de fases, conforme já adotado no Regime Diferenciado de Contrata-

ção – RDC, de que trata a Lei no. 12.462, de 2011 e também na Lei de Licitações do Estado da Bahia – Lei no. 9.433, de 2005, sem excluir a possibilidade do uso de pré-qualificação ou da habilitação prévia às propostas, quando tal for julgado conveniente.

A propósito dos critérios de julgamento das licitações para concessão de serviço público, tem-se normalmente fixado as hipóteses seguintes:

- I – o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;
- II – a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente de outorga pela concessão;
- III – a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;
- IV – melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;
- V – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;
- VI – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica;
- VII – melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas;
- VIII – menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública; ou,
- IX – melhor proposta em razão da combinação do critério do inciso VII com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital.

Além desses, mesmo não havendo previsão em lei federal, admitir-se-ia como possível a fixação de mais outro critério, qual seja, o menor valor de aporte público.

A lei municipal também poderia conter previsão acerca da fixação, em cada edital de licitação, da matriz de risco adequada para a situação concreta, evitando atribuir-se, de forma genérica, responsabilidade para a Administração ou para o Contratado.

## **CONCLUSÃO**

Observa-se que a questão atinente à necessidade de prévia autorização legislativa para a concessão de serviços públicos constitui-se em matéria polêmica,



especialmente depois do advento da Lei no. 9.074, de 1995 que, em seu art. 2º, estabeleceu essa obrigatoriedade para todos os entes federativos.

Em que pese os argumentos de doutrinadores de escol que defendem a constitucionalidade do referido dispositivo, entendemos que a mencionada exigência não encontra amparo na Carta Magna, conforme, inclusive, já decidido pelo STF que entendeu por afastar dispositivos da Constituição do Estado da Bahia que impunham tal condição.

Ainda que se queira admitir a validade do art. 2º da Lei no. 9.074, de 1995, as ressalvas ali contidas, no sentido de que as Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais poderiam dispor no sentido de não cancelar essa exigência, permitem concluir que, no caso específico do Município do Salvador, o Poder Executivo não estaria obrigado a buscar autorização legislativa a cada vez que pretendesse implementar projetos de concessão de serviço público, uma vez que a LOM a isso não impõe.

De toda sorte, e de modo a evitar discussões ou mesmo judicialização de questões relacionadas com o tema, admite-se como pertinente uma autorização legislativa genérica, no bojo de um marco normativo municipal sobre concessões e permissões de serviço público

## REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Gregório Assara. *Necessidade de Autorização Legislativa para Concessões de Serviços Públicos. Comentários a Jurisprudência*. Direito Público Administrativo, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1997

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

\_\_\_\_\_. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Concessão como Instituto do Direito Administrativo*. Tese Apresentada ao Concurso para Provimento de Cargo de Professor Titular: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. Malheiros, 2010.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. Del Rey Livraria e Editora, 1998.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Concessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari e MONTEIRO, Vera. Memorando sobre a Desnecessidade de nova autorização legislativa para implementação de projetos de concessão de serviços e obras, 2012.

# AS COOPERATIVAS DE TRABALHO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E CARACTERIZAÇÃO DAS FALSAS COOPERATIVAS DE MÃO DE OBRA

***Tércio Roberto Peixoto Souza***

Advogado. Procurador do Município do Salvador. Pós Graduado em Direito Público pela UNIFACS – Universidade Salvador. Mestre em Direito pela UFBA – Universidade Federal da Bahia

## 1 INTRODUÇÃO

Estamos vivendo um tempo de encruzilhadas históricas. Um pensador mais ousado diria que o povo brasileiro vive, nesse repente de democracia vivido nos últimos 30 (trinta) anos, o tempo das suas maiores encruzilhadas de vida republicana. Por exemplo, aquilo o que a mídia tem denominado de ‘operação lava-jato’ coloca na mesa, notadamente para aqueles que refletem e executam as atividades inerentes à Administração Pública, mais um dilema difícil de equacionar: de um lado tem-se um setor (o de infraestrutura) cujos mais relevantes agentes encontram-se acusados de envolvimento em esquemas endêmicos de corrupção, e cujos representantes (diretores) estão sendo condenados por práticas de ilícitos criminais, alguns deles inclusive tipificados na Lei de Licitações, o que demonstraria a constatação, pelo Estado-Juiz, de que teria havido ilegalidades nas contratações mencionadas.

De outro lado, no entanto, tem-se como regras de Direito Administrativo que aqueles que descumprem as suas obrigações ao contratar com a Administração, dentre as quais a própria proibidade, deverão ser apenados às sanções de multa, declaração de inidoneidade, impedimento de licitar, dentre outras.

Assim, parece que o impasse está instaurado: na condição de Administração, deve-se punir “todo o setor”, e literalmente, tornar inviável a contratação daqueles agentes pelas Administrações Públicas, com os impactos em milhares de empregos e na economia, em geral, e na tecnologia de um setor para o País, ou deve a Administração contornar tais punições, diante da generalidade das condutas ilícitas, para adequá-los?

Ao mesmo tempo, indaga-se: como ficaria a imagem do país no exterior, e nos contratos celebrados, diante da possibilidade de se ter a imagem de que “por aqui tudo pode”? O que dizer da possível imagem de que “qualquer contratante “grande o suficiente” pode sair impune? Parece que essas perguntas ecoam pelos corredores e auditórios e certamente ecoarão no futuro.

Mudando o que se tem de mudar, está-se também diante de um importante dilema em relação às cooperativas de trabalho, e não obstante a questão já tenha sido bastante debatida, ainda parece haver espaço para a controvérsia.

É que, de um lado, estamos diante de um sistema normativo que não apenas permite, mas favorece a contratação por meio de cooperativas, inclusive as de trabalho, além de eventualmente esses serem instrumentos aptos à consecução das necessidades da própria Administração.

Mas de outro, não se pode ignorar que há um aparato normativo afetado à proteção das relações de trabalho. Está-se, também, diante da inequívoca necessidade de proteção dos trabalhadores brasileiros, a fim de dar concretude ao mandamento constitucional do pleno emprego e a consagração dos direitos sociais, previstos no art. 7º da CF/88. Pois bem, é justamente sobre tal dilema que se buscará apresentar um delineamento.

## **2 DO COOPERATIVISMO. DA VISÃO CONSTITUCIONAL**

Em primeiro plano é importante mencionar que o cooperativismo está atrelado a duas noções: de um lado a noção de autonomia (na medida em que o cooperado faz aquilo que avalia como sendo melhor para si, ou pelo menos tem a perspectiva de exercer o seu direito de optar segundo esse mesmo entendimento), mas por outro lado, o cooperado assume os riscos positivos (resultados econômicos e lucros) ou negativos (prejuízos) do negócio.

De outro, a cooperativa implica uma noção de democracia (dado que o cooperado participa em igualdade de condições com todos os seus sócios), sujeitando-se, assim, não apenas à influência imposta aos demais, a partir das deliberações majoritárias, ou seja, dos votos colhidos, assim como se sujeita o cooperado às manifestações colhidas, por maioria, dos seus iguais. Trata-se de modelo de negócios eminentemente emancipatório, já que, segundo Joseph E. Stiglitz<sup>1</sup>, “*A essência da Liberdade é o direito de eleger e aceitar a responsabilidade correspondente*”.

Na condição de cooperado, o associado passa a ter liberdade de decidir e, assim, de assumir os riscos das suas posições. Assume os bônus e os ônus em ser empreendedor. E dizem que o povo brasileiro é eminentemente empreendedor<sup>2</sup>: segundo estatísticas internacionais, o brasileiro seria o povo mais empreendedor no grupo do G20 e também entre os países que compõem o chamado BRICS.

As cooperativas são mecanismos de negócios dessa ordem. É que, em apertada síntese, as cooperativas são sociedades civis de pessoas de reconhecida relevância enquanto mecanismo de produção, e por isso mesmo contam com reconhecimento e consagração Constitucional.

Por exemplo, prevê o art. 5º, inciso XVIII, que “a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independe de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”.

Por sua vez, o art. 174 dispõe que o Estado, como agente regulador da atividade econômica, deve orientar-se no sentido de estimular o cooperativismo, nos seguintes termos:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

(...) § 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.”

<sup>1</sup> STIGLITZ, Joseph E. **A globalização e seus malefícios**. São Paulo: Futura, 2002.

<sup>2</sup> Disponível em <http://exame.abril.com.br/pme/noticias/brasil-e-pais-mais-empreendedor-do-g20>. Acesso em 6 de julho de 2015.

O art. 187 da CF/88, por sua vez, também se refere ao cooperativismo ao indicar que a política agrícola será planejada e executada na forma da lei levando em conta, especialmente, o cooperativismo, na forma do inciso VI do mesmo diploma.

O mesmo se pode dizer, no aspecto tributário. Segundo a alínea “c” do art. 146 da CF/88, cabe à lei complementar tratar do “adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas”, matéria ainda sob discussão, no âmbito do STF.

Mas o constituinte estava ciente de que tal modelo envolve uma série de arranjos produtivos. É que, quanto ao seu objeto, as cooperativas podem ser mistas (quando se dedicam a objetos variados) ou puras (quando se dedicam a apenas um objeto). Ou seja, a pluralidade de objetos é tão rica como os próprios arranjos econômicos. Obviamente, explorar as peculiaridades de cada modelo é absolutamente incompatível com esta análise.

Mas existem alguns objetos reputados como clássicos das cooperativas, que agregam desde a atividade agropecuária, como a de consumo, a habitacional, a de produção, a de crédito, a educacional, a de eletrificação e telefonia rural, dentre outras. São objetos comuns, havendo até alguns líderes de mercado, que são cooperativas.

Mas não é só. É preciso reafirmar que em regra, inexistente qualquer restrição legal quanto ao objeto das cooperativas ou a possibilidade de sua contratação.

No âmbito do estado brasileiro, além de ser a regra a de que justamente cada um pode conduzir-se livremente, salvo por estipulação legal em contrário, há menção expressa no sentido de que é vedada a interferência estatal no funcionamento das cooperativas, na forma do art. 5º, XVIII, da CF/88. Ou seja, há uma reafirmação da não intervenção estatal, no particular.

### **3 DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO**

Nesse contexto, é preciso aduzir sobre as chamadas cooperativas de trabalho. Em primeiro plano pode-se dizer que há quem pretenda uma distinção entre as cooperativas de trabalho e as cooperativas de mão de obra. No particular, as mesmas serão tratadas como sinônimas.

As cooperativas são sociedades formadas a partir das contribuições dos seus cooperados (sejam essas contribuições bens ou serviços), em que o proveito do resultado é comum a todos e, por fim, não têm fins lucrativos.

Para se tratar de cooperativas, em primeiro lugar, é essencial se atender ao quanto previsto na Lei nº 5.764/1971, que definiu a Política Nacional de Cooperativismo e instituiu o regime jurídico das sociedades cooperativas.

Aquele diploma prevê uma série de características peculiares às cooperativas de trabalho, dentre as quais:

- a adesão voluntária, com número ilimitado de associados, em regra;
- a variabilidade do capital social representado por quotas-partes;
- a limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, em regra;
- a singularidade de voto;
- o quorum para o funcionamento e deliberação da Assembleia Geral baseado no número de associados e não no capital;
- o retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado;
- a prestação de assistência aos associados;
- a área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços.

Até ai tudo parecia estar bem. Não parecia haver maiores controvérsias. Mas se começou a ter alguma dificuldade quando se passou a adotar, em sociedades cooperativas, como o seu objeto social, a prestação de atividades, de serviços, de trabalho humano.

É que existem vários modelos normativos através dos quais são executadas prestações bilaterais e cujo conteúdo envolve obrigações de fazer, por parte de um, ou de ambos, os contratantes. E as cooperativas são um deles.

É possível citar, apenas a título de exemplo, algumas hipóteses em que há inequívoca necessidade de especial atenção, a fim de distinguir do tradicional conceito de vínculo de emprego, uma série de arranjos jurídicos envolvendo contratos de atividade.

Pode-se citar, por exemplo, a hipótese do trabalho autônomo, do vínculo de estágio, do trabalho avulso, do trabalho voluntário, dos contratos de prestação de serviços, enfim, dos diversos modelos contratuais cujo objetivo é justamente a obrigação de fazer por parte de um ou de ambos os contratantes.

E cada um daqueles modelos enseja alguma discussão quanto à eventual equivalência da relação ou não com a relação de emprego. E em relação às cooperativas de trabalho não é diferente.

De fato, e por essência, na configuração da relação jurídica de emprego, segundo a interpretação que se tem feito do art. 7º da CF/88 e da própria CLT, tem-se como configurado o vínculo empregatício na relação entre empregador e empregado (ou seja, o dador e o tomador dos serviços), de forma pessoal, não-eventual, onerosa e subordinada.

Qualquer relação jurídica que possua, simultaneamente, esses quatro requisitos, será compreendida como uma relação de emprego, passando as partes a contar com um rol mínimo de obrigações e direitos, previstos normativamente, dada a limitação à livre disposição, no particular, imposta pelo Texto Constitucional.

O que parece elementar fez surgir uma oportunidade para a fraude. É que, a partir de 1994, fez-se incluir no art. 442 da CLT o óbvio, o que seja, que qualquer que fosse o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

Ora, sendo verdadeiro o vínculo cooperativo, evidente que inexistiria vínculo de emprego! Mas ao constatar-se essa pretensa 'janela de oportunidades' muitos vislumbraram a possibilidade de terceirizarem indistintamente todas e quaisquer atividades por meio de cooperativas de trabalho, considerando a redução principalmente dos encargos inerentes ao vínculo de emprego, e inclusive os custos tributários da operação, dada a redução da alíquota da contribuição previdenciária incidente sobre a atividade prestada por meio de cooperativas de trabalho, em relação àquela incidente nas relações de emprego, na forma da Lei 8.212/91.

Ao constatar a sistemática precarização das relações de emprego através das chamadas cooperativas de trabalho, tanto o Ministério Público do Trabalho, como o próprio Judiciário Trabalhista, recrudescer o seu entendimento acerca da utilização deste expediente como meio de produção, e passou a pressionar aos tomadores dos serviços típicos dessas cooperativas pela não adoção deste expediente para a terceirização de mão de obra, ou pela adoção de cautelas adicionais na sua contratação.

Nesse contexto é que foi proferida a sentença que homologou o acordo na ACP nº 1082-2002-020-10-00-0, entre a UNIÃO e o MPT, o que acabou servindo como importante paradigma para toda a Administração Pública, inclusive nos Estados e Municípios, seja através de ações judiciais com objetos equivalentes, seja através da formação do entendimento das Cortes de Contas e do próprio Judiciário acerca da compreensão da matéria.



Naquele acordo judicial a União se obrigou a não “*contratar trabalhadores, por meio de cooperativas de mão-de-obra, para a prestação de serviços ligados às suas atividades-fim ou meio, quando o labor, por sua própria natureza, demandar execução em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, ou em relação ao fornecedor dos serviços, constituindo elemento essencial ao desenvolvimento e à prestação dos serviços terceirizados, sendo eles:*

- a. Serviços de Limpeza;
- b. Serviços de conservação;
- c. Serviços de segurança, de vigilância e de portaria;
- d. Serviços de recepção;
- e. Serviços de copeiragem;
- f. Serviços de reprografia;
- g. Serviços de telefonia;
- h. Serviços de manutenção de prédios, de equipamentos, de veículos e de instalações;
- i. Serviços de secretariado e secretariado executivo;
- j. Serviços de auxiliar administrativo;
- k. Serviços de auxiliar de escritório;
- l. Serviços de office boy (contínuo);
- m. Serviços de digitação;
- n. Serviços de assessoria de imprensa e de relações públicas;
- o. Serviços de motorista, no caso de os veículos serem fornecidos pelo próprio órgão licitante;
- p. Serviços de ascensorista;
- q. Serviços de enfermagem;
- r. Serviços de agentes comunitários de saúde.”

Vedou-se, assim, a contratação de cooperativas para os serviços incluídos no rol inserido nas aludidas alíneas. Além, naquela decisão reafirmou-se que somente **serviços** poderiam ser terceirizados, **vedando-se** a intermediação de mão de obra.

Veja-se que o termo de conciliação judicial reafirmou uma vedação para a contratação, por parte da UNIÃO, daquilo o que se denomina de **atividades-fim**. A jurisprudência uníssona do TCU reafirma a inviabilidade da contratação de terceiros para o desenvolvimento de atividades-fim. É o que se depreende:

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA DE ATIVIDADE FIM – ILEGALIDADE – CONCURSO PÚBLICO – NECESSIDADE – “Representação. Pregão eletrônico para registro de preço. Terceirização de atividade fim. Oitiva. Prazo para anulação do certame. **1. É ilegal a utilização de mão de obra terceirizada para a execução de atividades-fim do órgão/entidade uma vez que contraria a regra do concurso público, consagrada no art. 37, II, da Constituição Federal.** 2. Quando constatada ilegalidade, a autoridade competente deverá anular o procedimento licitatório conforme previsto no art. 49 da Lei nº 8.666/1993.” (TCU – Proc. 019.784/2011-2 – (418/2012) – Plenário – Rel. Min. Raimundo Carreiro – DOU 07.03.2012)

REPRESENTAÇÃO – PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇO – TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE FIM – OITIVA – PRAZO PARA ANULAÇÃO DO CERTAME – 1- **É ilegal a utilização de mão de obra terceirizada para a execução de atividades-fim do órgão/entidade uma vez que contraria a regra do concurso público, consagrada no art. 37, II, da constituição federal.** 2- Quando constatada ilegalidade, a autoridade competente deverá anular o procedimento licitatório conforme previsto no art. 49 da lei 8.666/93. (TCU – RP 019.784/2011-2 – (418/2012) – Plen. – Rel. Min. Raimundo Carreiro – DOU 07.03.2012)

O **Decreto 2.271/1997**, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal, indica que *é possível execução indireta das atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade, sendo vedadas a execução indireta das atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade.*

Em que pese a literalidade da disposição, parece que este é um debate que ainda não foi vencido. Afinal, será mesmo que a sociedade compreende que uma telefonista em uma repartição pública desenvolve atividade-fim da administração? Atender telefone é uma função inerente ao serviço público? E uma merendeira, em uma escola pública, exerceria a mencionada atividade-fim? Um maqueiro em um hospital público desenvolve atividade-fim? E o motorista de uma ambulância?

São atividades extremamente relevantes, sem dúvidas, mas não parece que tais atividades precisam gozar das garantias e vantagens inerentes ao serviço

público, diversas daquelas outras garantias aplicadas a quaisquer outros profissionais, no mercado, quando estabelecem relações de emprego.

De outro lado, apresentou-se naquela decisão judicial um rol de atividades reconhecidamente tidas como 'meio' para a administração, como descreve o mesmo decreto, **atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações**, mas ali se vedou a contratação de cooperativas porquanto se entendeu que os trabalhadores sujeitos a tais atividades estariam a uma **execução em estado de subordinação**.

Do ponto de vista clássico, a noção de subordinação está vinculada à execução de uma atividade em que uma das partes diz o '*tempo e o modo*' para a execução da atividade, e a outra parte, aquele que executa, se sujeita a tais condições.

Veja-se que tal definição não é mero acordo de vontades; afinal, quem diz o horário do expediente e o local de trabalho é o empregador! Se o empregado não atende ao comando, estará sujeito às sanções respectivas.

Depois de proferida a decisão judicial homologatória, entendia-se que a Administração Pública Federal, ao contratar serviços, deveria esclarecer, nos certames, quais os serviços passíveis de terceirização, e daqueles, quais os passíveis de contratação por meio de cooperativas de trabalho, restringindo o acesso à contratação, para aquele rol.

Ao ser chamado a se pronunciar, o TCU reconheceu que a restrição editalícia à contratação de cooperativas para o desempenho daquelas atividades tidas como "sujeitas à execução subordinada" é legítima, como o fez por meio do acórdão n.º 1815/2003, com caráter normativo.

Ou seja, poderia a administração pública reafirmar a restrição à contratação de cooperativas fundada no objeto da contratação/da cooperativa. Segundo o TCU, naquele acórdão:

'Em conclusão, entendo que a atuação do administrador deve pautar-se pelo cuidado na definição do modo como o objeto da licitação deva ser executado. Somente assim será possível evitar a contratação de entidades fraudulentas, mediante a prévia definição da natureza dos serviços a serem executados.

**Se a execução demandar estado de subordinação jurídica, ilícita a contratação de cooperativa, pois, ainda que fosse regularmente constituída, o labor prestado de forma subordinada descaracteri-**

**zaria o espírito de cooperação que deve sempre permear o relacionamento cooperativa-associado.**

Da mesma forma, ainda que se cuide de cooperativa idônea ou empresa que esteja em dia com as obrigações trabalhistas, a terceirização será ilícita quando a execução do serviço demandar a subordinação direta do obreiro com o tomador de serviços, ainda que se trate de atividade-meio, pois, nessa hipótese, surge o vínculo de emprego entre essas partes. No caso específico da Administração Pública, esse vínculo somente não se aperfeiçoa em razão da ausência de concurso público. Contudo, ainda assim, não está o administrador autorizado a praticar essa ilicitude.

Portanto, evidente a importância de estabelecer, previamente à contratação, a forma de execução dos serviços.

(...)

Não obstante todas as dificuldades enfrentadas pelo administrador, que não pode, em atitude voluntariosa, impedir a participação de cooperativas nos certames licitatórios, existe no ordenamento jurídico – e deve ser, por evidente, fielmente observado pela União – o acordo homologado na 20ª Vara do Trabalho do Distrito Federal, retrocitado.

(...)

A única forma de minimizar a possibilidade de condenação na Justiça Laboral se dá mediante a prévia definição do regime em que os serviços a serem contratados serão prestados. Se de forma autônoma, lícita a contratação de cooperativa. Do contrário, ilícita.

Desse modo, deve o administrador, ao elaborar o instrumento convocatório, estar atento à forma como a atividade terceirizada é normalmente prestada no mercado em geral. Pode, inclusive, no uso de seu poder discricionário, mas motivadamente, exigir que a atividade seja executada de forma subordinada, se tal exigência vier ao encontro da qualidade do serviço e da redução dos riscos judiciais a serem enfrentados pela Administração.

Se, de um lado, a licitação visa à obtenção da proposta mais vantajosa (art. 3º da Lei nº 8.666/93), não deve servir, de outro lado, para burlar as normas de proteção ao trabalho, de estatura constitucional, em desrespeito ao princípio da legalidade.

Quanto ao termo de conciliação judicial (...), por ter força de decisão

judicial, deve ser observado plenamente pela União. De igual forma, o caput da Cláusula Primeira – que, conforme dito, não inova no mundo jurídico – deve ser observado por todas as entidades da Administração Federal, as quais, segundo consta, ainda não estão obrigadas a cumprir o acordo celebrado entre o Ministério Público do Trabalho (MPT) e a União. Isso porque trabalho subordinado é incompatível com o regime de cooperativismo.

(...) é de fundamental importância que o administrador defina, com supedâneo inclusive em contratações anteriores, a forma pela qual o labor será executado. Se ficar patente que essas atividades ocorrem, no mais das vezes, na presença do vínculo de subordinação entre o trabalhador e o fornecedor de serviços, deve o edital ser expresso (e fundamentado) quanto a esse ponto, o que autorizará a vedação à participação de cooperativas de trabalho, ou de mão de obra.

Esclareço que, nesse caso, a vedação à participação de cooperativa não se faz em violação à Lei n.º 8.666/93 ou ao texto constitucional. Pelo contrário. Assegura o princípio da isonomia, ao não permitir que entidades que se escusem de cumprir as obrigações trabalhistas concorram em condições desiguais com empresas regularmente constituídas.

Assegura o princípio da legalidade, ao evitar a burla às normas sociais relativas à organização do trabalho, que ocorre sempre em desfavor do obreiro.

Assegura, ainda, o princípio da economicidade, ao reduzir dramaticamente o risco de condenação judicial com base no Enunciado n.º 331 do TST.’

Mas não é só. Também no sentido de buscar orientar a administração nas contratações deste tipo de prestador, o Ministério do Planejamento, através da IN nº 02/2008 indicou que a contratação de sociedades cooperativas somente poderá ocorrer quando, **pela sua natureza**, o serviço a ser contratado **evidenciar autonomia dos cooperados e a própria gestão da cooperativa evidenciar um compartilhamento**, ou rodízio. Verbis:

I - a possibilidade de ser executado com autonomia pelos cooperados, de modo a não demandar relação de subordinação entre a

cooperativa e os cooperados, nem entre a Administração e os cooperados; e

II - a possibilidade de gestão operacional do serviço for compartilhada ou em rodízio, onde as atividades de coordenação e supervisão da execução dos serviços, e a de preposto, conforme determina o art. 68 da Lei nº 8.666, de 1993, sejam realizadas pelos cooperados de forma alternada, em que todos venham a assumir tal atribuição.

Parágrafo único. Quando admitida a participação de cooperativas, estas deverão apresentar um modelo de gestão operacional adequado ao estabelecido neste artigo, sob pena de desclassificação.

Ou seja, não apenas o **objeto da contratação**, mas a própria **forma como a cooperativa executa** a sua atividade e como a mesma é representada perante a administração deve ser observada, tudo para impedir a configuração da fraude.

Foi, então, editada a **Lei nº 12.690/2012**, que dispõe sobre a organização e o funcionamento, especificamente, das Cooperativas de Trabalho. E mais uma vez o legislador optou por buscar a demonstração da aludida autonomia através dos **procedimentos internos** utilizados pela Cooperativa para prestação dos serviços.

Desta feita, além daquelas outras condições existentes em quaisquer outras cooperativas (livre adesão, etc.) **estabeleceu-se a necessidade de serem fixadas, em Assembleia Geral, as regras de funcionamento da cooperativa e da forma de execução dos trabalhos.**

E mais, indicou-se que as atividades identificadas com o objeto social da Cooperativa de Trabalho, quando prestadas fora do seu estabelecimento, deverão ser submetidas a uma coordenação com mandato nunca superior a 1 (um) ano ou ao prazo estipulado para a realização dessas atividades, eleita em reunião específica pelos sócios que se disponham a realizá-las, em que serão expostos os requisitos para sua consecução, os valores contratados e a retribuição pecuniária de cada sócio partícipe, presumindo-se o trabalho subordinado quando não cumprida tal formalidade.

De outro lado, facilitou-se a criação dessa espécie de cooperativa, já que se exige como número mínimo o de 7 (sete) sócios, além de garantir-se em favor destes trabalhadores uma série de direitos, que visam a equivaler a atividade prestada pelos cooperados com aquelas desempenhadas pelos demais trabalhadores, sujeitos a uma relação de emprego.

Assim, estipulou-se como direitos àqueles trabalhadores, dando máxima efetividade ao art. 7º da CF/88, uma retirada proporcional ao piso da categoria, a limitação da jornada, o repouso semanal remunerado, o repouso anual remunerado, a remuneração noturna superior à diurna, o adicional sobre atividades insalubres e perigosas, o seguro de acidentes de trabalho, por exemplo. Na prática, então, se deve atentar para o objeto do contrato, mas por igual, para a forma como a própria cooperativa executa as suas obrigações.

Nesse sentido, do ponto de vista eminentemente prático, algumas perguntas devem ser feitas para que se possa identificar uma verdadeira cooperativa:

- o trabalho é eventual? Há pessoalidade na prestação?
- o trabalhador participa de assembleias?
- o trabalhador sabe onde fica a cooperativa?
- o trabalhador escolheu o presidente e a diretoria?
- o trabalhador participa na elaboração do preço do seu trabalho?
- o trabalhador tem qualificação profissional?
- quem fornece os instrumentos para a execução dos serviços?
- há divisão de resultados?
- as assembleias são constantes ou esporádicas?
- o trabalhador, pela sua atividade, recebe quais parcelas?
- o trabalhador coordenou o serviço?
- o trabalhador deliberou sobre valores contratados e a retribuição pecuniária de cada sócio?

Em apertada síntese, pode-se dizer que em uma cooperativa de trabalho regular os cooperados gozam de alguns direitos equivalentes ao trabalhador sujeito ao vínculo de emprego, de um lado, mas de outro **possuem a prerrogativa de participarem ativamente da gestão do negócio, em si.**

De outro lado, pode-se dizer que, não cumpridas as formalidades referidas, seja no tocante aos direitos dos cooperados, seja quanto aos procedimentos internos e atinentes à execução do serviço, estar-se-á diante de cooperativas defeituosas, o que, para o Poder Judiciário, notadamente o Trabalhista, em face de tal circunstância, será entendida enquanto uma fraude ao vínculo de emprego, e portanto, importará em se considerar como fraudulenta aquela associação.

#### 4 DA CONTRATAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO E AS SUAS DIFICULDADES

De outro lado, não se pode ignorar a previsão do § 1º do art. 3º da Lei 8666/93, que veda expressamente aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas.

Ainda nessa mesma perspectiva, a Lei nº 12.690/2012 estabeleceu no seu art. 10 que a cooperativa de trabalho não poderá ser impedida de participar de procedimentos de licitação pública que tenham por escopo os mesmos serviços, operações e atividades previstas em seu objeto social.

Tal previsão, inclusive, tem autorizado a algumas importantes vozes indicarem que inexistem mais as restrições quanto às atividades referidas naquele rol da ACP em que a União fora parte, ou mesmo naquele acórdão normativo do TCU, que fora citado há pouco, muito menos autorizariam outras restrições.

Mas outros asseveram que, dada a inexistência de rescisão daquelas previsões, e de outras tantas sentenças judiciais proferidas, e termos de ajuste de conduta firmados, torna-se impossível a contratação, pela Administração Pública, de sociedades desta espécie, para a prestação de serviços.

De todo modo, para que seja ultrapassado o óbice mencionado, parece certo que é preciso alguma compreensão acerca dos dispositivos postos. Seria necessário, então, levar em consideração o “*estado de subordinação*” por parte do trabalhador, como já mencionado, na execução do objeto da licitação para se viabilizar ou não a contratação por meio de sociedade cooperativa. Esse seria um óbice jurídico, portanto.

Ademais, do ponto de vista prático, persistem sérias dificuldades para a contratação, pela Administração, de cooperativas de trabalho, que não podem passar ao largo desta análise.

Em primeiro lugar, fica evidente a inviabilidade da contratação de cooperativas para o desenvolvimento daquilo que se denomina atividade-fim da administração. Obviamente, se assim permitisse o sistema jurídico, a burla do acesso aos cargos públicos por meio do concurso público seria a máxima vigente. Não é isso que se pode defender.

Em relação ao desenvolvimento das denominadas atividades-meio, todavia, parece que há duas chaves que precisam ser acionadas para o adequado equacionamento da medida.



A primeira delas, como já mencionado, parece estar prevista no objeto contratual. Em princípio, ousaria dizer que parece ser possível a contratação de cooperativas de trabalho para a prestação de diversos daqueles serviços mencionados no rol da sentença da ACP ajuizada contra a União (tais como os serviços de limpeza, reprografia, etc.), assim como uma série de outras atividades, não listadas naquele rol.

Mas, para tanto, seria preciso que a Administração deixasse de 'sujeitar o prestador a uma 'execução subordinada'. Isso, às vezes, se dá não em razão do objeto da contratação, mas do próprio regime de execução dos contratos administrativos. Por exemplo, não parece inviável a contratação de uma cooperativa de trabalho para a limpeza de um ou alguns órgãos públicos, quando a Administração contrata o serviço por "metro quadrado limpo", apenas por exemplo, mas parece inviável tal contratação quando se mede o serviço prestado pelo critério homem/hora, em que haverá uma aparente sujeição daquele que presta o serviço, equivalendo a prestação à mera relação de emprego.

Assim, a métrica utilizada para a medição do serviço pode ser significativa para o impedimento de contratar cooperativas de trabalho, vez que reafirmaria o aludido 'estado de sujeição'.

Mas não é só isso. Com efeito, há outro aspecto relevante. Isso porque para que a cooperativa, segundo a sua normatização atual, seja eficiente e regular **é necessária a existência de algo que não está ao alcance da Administração**, nem de qualquer contratante, que é interno da própria cooperativa, ou do seu cooperado, o que seja, **que o cooperado assuma-se como tal**.

A postura de dono, a participação da vida social e o vislumbre naquela associação como um conagraçamento de forças é postura muitas vezes pessoal do cooperado e da própria cooperativa. E nem sempre essa postura existe.

Em verdade, muitas das pessoas que executam as atividades mencionadas, as denominadas atividades de apoio, sequer têm discernimento para identificar os eventuais avanços que podem obter nessa modalidade de contratação.

Ademais, não se pode negar que muitas pessoas preferem ter uma visão conservadora de futuro (através da expectativa de alguma estabilidade) em detrimento de poderem alcançar objetivos diferentes.

Há pessoas que abrem mão da liberdade para que possuam menos responsabilidades, notadamente porquanto não possuem sequer capacidade econômica de suportar as oscilações de mercado. Tal visão de mundo, ou imposição conjuntural, implica uma manifesta dissonância com a compreensão do cooperativismo

e da assunção de riscos, o que deságua, às vezes, no desinteresse do próprio cooperado em assim se assumir.

De outro lado, não se pode negar as responsabilidades impostas à administração quando, uma vez em juízo, objetivamente se demonstrar que o cooperado apenas não frequentou nenhum ato social da cooperativa, não se dispôs a coordenar ninguém, não quis votar ou ser votado, embora não o fizesse por sua livre vontade. Pior, é que se pode dizer que embora deva existir uma reunião específica pelos sócios, dado que a Administração, por expresse mandamento constitucional, não deva intervir na aludida reunião, sob pena de ter desnaturada a autonomia da associação, em caso de o fazer, estaria ainda a se imiscuir, enquanto um terceiro, na relação social.

Se é verdade que existem atividades em que há relativa clareza quanto à ausência de subordinação, como a contratação do serviço de táxi (cooperativa de táxis) para transporte, por exemplo, de outro lado, há outras hipóteses em que a contratação de cooperativas de trabalho pela Administração está numa zona mais cinzenta, o que gera sempre um risco passivo significativo, diante da possibilidade não tão remota de sua desnaturação, segundo o entendimento majoritário do Poder Judiciário.

Basta ver que havendo a contratação direta pelo ente público, sem a intermediação de uma cooperativa, **ainda que sob o vínculo de emprego reconhecidamente nulo pela ausência do Concurso Público**, por exemplo, ter-se-ia a condenação do ente público ao pagamento ao trabalhador de salário em sentido estrito e os valores correspondentes ao FGTS, na forma do entendimento firmado pelo e. TST, através da Súmula nº 363 da sua jurisprudência.

De outro lado, na chamada terceirização por meio de empresas prestadoras de serviços, ou seja, em que já há um vínculo de emprego subjacente, a intermediação por uma empresa entre o trabalhador e a Administração, existe ao menos uma estabilidade da relação base entre o prestador do serviço (a empresa) e o trabalhador. Assim, restará apenas a se definir a questão da responsabilidade, na forma da Súmula 331 do TST, do Tomador dos Serviços, e eventuais saldos decorrentes do não cumprimento adequado da relação de emprego.

No particular, necessário que se observe que, no quesito imposição de responsabilidade, a simples análise da jurisprudência do TST e do STF indica que é quase que inevitável a imposição de responsabilidades à Administração Pública, para não dizer que é impossível a eliminação destas responsabilidades. Basta ver a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Lá parece que absolutamente toda a

máquina pública (seja federal, estadual ou municipal) é falha na fiscalização dos serviços que lhe são prestados, sendo a cominação da responsabilidade a regra, e a exceção, o oposto.

Ao ser conjugada, pois, tal circunstância com as contratações por meio de cooperativas de trabalho em que, se diga, não há tanta clareza quanto à autonomia dos seus membros, ter-se-ia inequívoco quadro desfavorável à coletividade, na figura da Administração. Na hipótese de contestada a relação jurídica base, ou seja o próprio vínculo associativo, além da natural ‘força gravitacional’ da Justiça do Trabalho em impor o reconhecimento do vínculo de emprego e a responsabilidade da Administração, o que impõe severo ônus, seja processual, seja econômico, para a coletividade, ter-se-á que adimplir, desta feita sob o rótulo de parcelas salariais, todas as parcelas inerentes a uma relação de emprego.

E não se imagine que o Judiciário Trabalhista o fará, pretendendo o vínculo diretamente com a Administração Pública, ainda que esteja evidenciada a subordinação entre o trabalhador e o tomador do serviço. A experiência tem mostrado que assim não se fará porquanto, nessa modalidade, a Administração seria obrigada a pagar ‘somente’ o salário em sentido estrito e as parcelas atinentes ao FGTS, o que ensejaria algum prejuízo para o próprio Trabalhador.

Por certo, se buscará afirmar a existência do vínculo de emprego com a Cooperativa de Trabalho, a fim de que seja possível se impor, a reboque, a responsabilidade não parcial, mas total do ente público, sobre todas as parcelas devidas, considerando ter havido um vínculo de emprego comum.

Ou seja, além de realizar o pagamento, na composição de custos, para a sociedade cooperativa, a quem incumbe receber os valores e distribuí-los, a Administração seria obrigada a realizar novo pagamento, desta feita diretamente ao trabalhador, sob a rubrica de salário, em Juízo.

Se a cooperativa possuir força econômica, a Administração poderá ser isenta de responsabilidades, dado que a sua responsabilidade seria apenas subsidiária, na forma da Súmula 331 do TST. Se não, assumirá integralmente o passivo, mais uma vez.

## 5 À GUIA DE CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reafirma-se, então, tudo aquilo o que já foi dito em relação à natureza emancipatória do sistema cooperativo, e mesmo da autonomia e democracia, próprias destas relações.

As cooperativas são importantes mecanismos de emancipação social. Assim, não parece certo tolerar preconceitos contra tais sociedades, muito menos em relação à Administração Pública. Existem diversas cooperativas que são exemplos de sucesso, cumpridoras da lei e se prestam a emancipar os seus membros, em diversos setores, inclusive daqueles mencionados enquanto atividades-meio dos empreendimentos.

Mas, até o momento, o sistema jurídico brasileiro realizou a opção de não tratar sob a perspectiva de autonomia aqueles materialmente débeis. Segundo a opção política vigente, há pessoas que não estão preparadas para tal emancipação. E não se pode insistir em pretender tal autonomia a quem sequer possui os meios materiais mínimos para sobreviver.

Se é verdade que constitucionalmente as cooperativas sejam uma opção política, não se tem encarado, verdadeiramente, tal modelo como uma opção válida para a prestação de serviços ao Estado nacional, ao menos não sob os modelos de contratação aplicados atualmente pelo próprio Estado.

Parece que a sociedade brasileira ainda persiste definindo o Estado que deseja. Ao mesmo tempo em que o Estado-legislador indica a necessidade da contratação de cooperativas, o Estado-Juiz vislumbra, quase que diariamente, nesses modelos de negócio, da forma como estipulados, uma fraude, em si.

Talvez se tenha que continuar pensando o Estado que a sociedade brasileira deseja. Talvez se tenha que pensar sobre isso pelos próximos anos. Talvez se tenha que mudar a forma como a Administração demanda e executa os seus contratos. Talvez a Administração tenha de mudar a forma como contrata os seus serviços, inclusive as cooperativas de trabalho, retirando o caráter sujeicional do seu contratado. Enquanto isso não acontecer, insistiremos nesta loucura. Segundo Albert Einstein *“Loucura é querer resultados diferentes fazendo tudo exatamente igual!”*. Talvez por isso, tenhamos de fazer algo diferente.

# A SINDICABILIDADE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO PELO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA SOB A LUZ ARGUMENTATIVA DA RAZÃO PÚBLICA DE JOHN RAWLS

***Tamara Freire Mello***

Procuradora do Município de Salvador. MBA Executivo em Direito Público da Fundação Getúlio Vargas. Pós-graduada em Direito Ambiental e Gestão Estratégica de Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Ministra aulas na Faculdade Salvador, na disciplina Bases e Procedimentos da Administração Pública

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O princípio da moralidade sob o viés objetivo; 2.1. Delimitação e conteúdo da moralidade administrativa sob o viés objetivo; 2.2. Análise do mérito do ato administrativo no contexto de uma boa administração; 3. Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo versa sobre a possibilidade de aprofundamento do “mérito” administrativo a partir do confronto com o princípio da moralidade administrativa, sob o viés objetivo, condicionando a escolha a um caminho pavimentado pela boa-fé e a boa gestão pública, mantendo hígida a confiança entre a Administração e os administrados, sob a luz argumentativa do pensamento teórico de John Rawls acerca da razão pública, o qual propõe uma ponderação reflexiva, crítica e consensual na aplicação do Direito, pensamento que, transplantado para o Direito Administrativo, impõe escolhas no plano discricionário que busquem o implemento de uma política pública apta a abarcar o consenso público em torno das metas de ação do Estado, sob a perspectiva ético-axiológica aberta, que compreenda a responsabilidade com a boa administração, da lealdade e o princípio da confiança.

PALAVRAS-CHAVE: “Mérito” Administrativo. Princípio da moralidade administrativa. Razão Pública

## 1. INTRODUÇÃO

Não poucas vezes, o poder-dever de opção administrativa tem sido compreendido como uma liberdade para decidir o conteúdo e as consequências de um ato administrativo segundo juízos de conveniência e/ou oportunidade. Ainda se aceita razoavelmente bem que o gestor público efetue uma escolha mais ou menos livre, divorciada dos impactos do ato como efetivo realizador de políticas públicas eficientes e sustentáveis.

Esta noção, contudo, tem evoluído em direção a uma mais ampla sindicabilidade do “mérito” administrativo, não no sentido de moldar um receituário de condutas a praticar, com submissão da vontade do gestor a programas adrede preparados, mas de propiciar um controle do ato administrativo por meio de princípios constitucionais, possibilitando a aquisição de um necessário conteúdo axiológico a embasar a decisão do agente.

O mergulho no oceano da discricionariedade administrativa deve lançar âncoras bem definidas para a precisa delimitação do objeto a ser contratado, a fim de delimitar a escolha que concretize a boa gestão pública. O simples sobrepujar do exame da competência, da finalidade, da forma, do motivo e do objeto não induz, *ipso facto*, à adequação jurídica deste ato, se o motivo estiver dissociado do atuar público probo e eficaz.

Não raras vezes busca o administrador dar uma roupagem de legalidade ao ato discricionário, produzindo motivações fungíveis, arazoados genéricos, espécies de *prêt-à-porter* de declaração de motivos, servíveis potencialmente em diferentes atos/contratos, os quais apenas ocultam o “demérito” da conduta praticada.

Em combate a isto, é imperioso que o gestor proceda a uma declaração dos motivos após ter trilhado o caminho da análise precisa e responsável da necessidade motivadora de uma escolha no mundo prático. Mas não só. Importa que se efetive uma justificação explícita deste ato, dotada de racionalidade jurídica e, sobretudo, de conteúdo idôneo e consistente.

Uma das formas auspiciosas de tornar seguro o exame da motivação tem sido o cotejo das razões expostas com a continuidade e a estabilidade criteriosa das políticas públicas, em uma relação que obriga ao resgate do princípio da moralidade administrativa sob o viés objetivo, direcionada à boa-fé, à boa governança, à boa gestão pública, mantendo hígida a confiança entre a Administração e os administrados.

Neste sentido, a moralidade administrativa põe na mesma moeda a declaração dos motivos que impeliram o agir público e o dever de coerência no comportamento, expresso na consonância entre o fim a cumprir e os motivos exarados para a deflagração do ato/contrato.

Esta concepção de moralidade administrativa se afina com a ideia de razão pública defendida pelo filósofo John Rawls, vez que o autor reinterpreta o conceito Kantiano de razão pública para balizá-lo como a razão dos cidadãos em igualdade de cidadania, tendo como objeto o bem público em uma concepção pública de justiça, entendendo que as razões aprovadas seriam aquelas que as pessoas aceitariam para si e esperariam de boa-fé que outras também o fizessem.

Assim, no implemento de políticas públicas, a concepção argumentativa da razão pública visa a viabilizar, no plano concreto, a edição de ato/contrato pautado em uma ponderação reflexiva, crítica e consensual que permita uma escolha irmanada com a boa-fé objetiva e a boa administração pública.

## **2. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA**

A delimitação do âmbito de atuação do princípio da moralidade administrativa tem como pré-requisito a convicção de que os princípios possuem força normativa e eficácia jurídica, entre as quais, eficácia interpretativa, cabendo ao intérprete a tarefa de dar sentido à norma.

Como o princípio da moralidade se exhibe de modo fluido, será trabalhado o seu conteúdo, com fins de melhor precisá-lo, efetuando-se, para tanto, um breve histórico de seu desenvolvimento no direito administrativo e, com base no raciocínio encadeado neste relato, estabelecer uma vinculação da moralidade administrativa com a boa-fé objetiva, a lealdade e a boa gestão pública, permeando esta vinculação com o critério da razão pública, desenvolvido por John Rawls.

A proposta acerca do desvelar da moralidade administrativa no contexto que ora se esquadrinha, portanto, mira no princípio em tela sob o seu viés objetivo, apartado da noção de moralidade administrativa adstrita ao dever de probidade, a qual se direciona a um exame subjetivo desta moralidade administrativa.

### **2.1. Delimitação e conteúdo da moralidade administrativa sob o viés objetivo**

A leitura que se busca realizar neste artigo sobre o princípio da moralidade, é a que o relaciona com a boa-fé objetiva, já bem assentada no direito privado, mas com aplicação ainda pouco corrente no direito público, direcionando esta boa-fé

objetiva para a realização efetiva da boa administração pública, notadamente à que se presta a enfrentar os excessos discricionários da gestão por descomedimento e economicidade, em uma abordagem perpassada pelo crivo argumentativo dos critérios da razão pública desenvolvido por John Rawls.

A origem primeira da moralidade administrativa a relaciona com o desvio de poder e tem seu nascimento no *leading case* conhecido como *Lesbats*, cuja última instância de pronunciamento ocorreu em 1865. Cingia-se o caso à negativa de autorização a certo transportador para o estacionamento em local próximo à estação de estrada de ferro com fins outros que não os alegados na motivação do ato.

A partir daí, Maurice Hauriou desenvolveu a ideia da possibilidade do controle jurisdicional do ato administrativo por meio da ampliação de seu espaço de sindicabilidade, nele incluindo o exame da finalidade do ato, uma vez que, até então, a via de controle do ato administrativo se restringia à legalidade externa.

À época adotando a teoria alemã da declaração – em oposição à teoria da vontade – Hauriou a transportou para o campo do direito administrativo, definindo que “o ato administrativo não é outra coisa que a declaração de vontade da Administração” (1903, p. 549), e, como no direito administrativo a imensa maioria dos atos é revestida da forma escrita, a vontade declarada no ato administrativo passa a ser objetiva e desvinculada do agente que a proferiu.

Esta conclusão, não há dúvida, vulnerou a possibilidade de sindicabilidade do ato administrativo, uma vez que o vício não aparecia no ato, o que levou o citado autor francês a formular a teoria da causa, que consistia na busca do fim desejado pelo agente na prática do ato, ou seja, da intenção do agente.

Como, para Hauriou, a declaração se confundia com a causa, perscrutou o autor uma forma de encontrar objetivamente esta causa. Sua inspiração foi o sistema positivo privado alemão – BGB –, que trouxe a lume a concepção de boa-fé objetiva como uma solução para os casos nos quais a declaração exarada não coincidissem com o intento de quem a realizou.

Transplantada a descoberta para o direito administrativo, traçou o autor uma relação direta entre a boa administração e a boa-fé, dando origem ao que se conhece como moralidade administrativa. Portanto, sem macular a teoria da declaração, traçou critérios objetivos para se alcançar o agir subjetivo do agente e, assim, efetuar um controle pela moralidade administrativa, mas que em verdade recebeu a denominação de desvio de poder.

Este aspecto da moralidade administrativa a ser empregada nos atos administrativos, portanto, passou a ser tratado como um critério de legalidade, de



legalidade interna. A tentativa de ir além, buscada pelo discípulo Welter, era de dar aplicação à moralidade administrativa com fins de controle do ato administrativo nos casos em que a causa jurídica era inexistente, a exemplo da demissão de servidor por abandono de cargo, quando tal abandono não existiu.

Esta especial concepção do controle do ato administrativo, visceralmente relacionado à causa deste ato, deu nascimento à teoria dos motivos determinantes. Para tanto, separou o autor o erro de fato e o erro de fato “strictu sensu”, entendendo tratar-se o primeiro de erro intencional do agente, o qual deve ser atacado pela espada da moralidade administrativa.

Entretanto, a despeito do louvável percurso destes autores, bastante avançados para a época na qual consumaram suas teses, a ideia de moralidade administrativa ainda permaneceu dentro da órbita da legalidade, entendida esta em seu sentido amplo – legalidade externa e interna.

Esta concepção ganhou endosso na atualidade e, no Brasil, fundamenta o conceito de moralidade administrativa do art. 5º, LXXIII, da CF/88 – ação popular. A moralidade administrativa tratada no art. 37 da Constituição Federal, porém, é mais ampla, pois veicula um princípio jurídico setorial, e, como tal, tem seu conteúdo densificado pela doutrina, jurisprudência e argumentação jurídica no caso concreto.

Como princípio que é, a moralidade administrativa tem tanto contornos definidos, que a apartam de outros princípios constitucionais, como contornos plásticos, que a fazem se interrelacionar com eles. Entretanto, diferentemente dos demais princípios insculpidos no Texto Maior, o da moralidade administrativa é o que se apresenta com definição mais complexa de ser empreendida, dado à superfluidade do termo “moralidade” e da predisposição abstrata que este termo parece guardar.

A tentativa de dar-lhe conteúdo começa por afirmar que, qualquer que seja a compreensão que se estabeleça acerca do princípio da moralidade administrativa, resta assente que ele figura como veículo jurídico da boa-fé e, quando se trata do estudo deste instituto jurídico, em especial no direito privado, verifica-se que seu conteúdo varia conforme a lente utilizada pelo aplicador, se a do prisma subjetivo, ou a da ótica objetiva.

Tomando de empréstimo esta dicotomia, observa-se que o princípio da moralidade administrativa tem sido mais comumente encarado pelo seu cariz subjetivo, posto que vinculado aos conceitos de boa-fé subjetiva, expresso na honestidade, na justiça e na administração proba. Isto não quer enunciar, contudo, que apenas esta faceta lhe faça as vezes de conteúdo completo.

A associação de boa-fé objetiva com a moralidade administrativa tem ganhado assento entre alguns estudiosos deste fenômeno jurídico, os quais dele ex-

traem também um sentido objetivo a esta moralidade. Assim o faz Juarez Freitas (1999, p. 73), ao conceber o princípio da boa-fé objetiva no direito administrativo como o resultado “da junção dos princípios da moralidade e da segurança nas relações jurídicas”.

Desenvolvendo uma linha de raciocínio a partir destes estudos, Giacomuzzi (2013, p. 246) engrossa o coro dos que corroboram com a separação conceitual da boa-fé em subjetiva e objetiva dentro do direito administrativo. Neste empreendimento, define a boa-fé subjetiva como a relacionada à intenção do agente, e a objetiva, a que “prescinde de qualquer consideração subjetiva ou intencional do agente”.

Transplantada esta separação para a compreensão do princípio da moralidade administrativa, defende o autor que a dogmática jurídica, aqui representada pela Lei de Processo Administrativo – Lei Federal 9.784/99 (BRASIL, 1999), acolhe esta divisão, ao aduzir que, quando a norma relaciona os critérios do agir administrativo, em seu art. 2º, ela o faz vinculando cada atuar administrativo a um dos princípios delimitados no art. 37 da Constituição Federal. Dentro desta lógica, o princípio da moralidade estaria clarificado no inciso IV do dispositivo, o qual propugna a obrigatoriedade de a atuação administrativa se direcionar “segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé” (BRASIL, 1999).

Na visão deste autor, tal norma jurídica referendou a separação entre boa-fé objetiva e subjetiva, concedendo ao princípio da moralidade administrativa uma significação mais ampla do que a mera busca da intenção do agente. Ao referir-se à boa-fé, o fez na sua conotação objetiva, cuja tradução prática é a conduta administrativa pautada na lealdade, na sinceridade objetiva e na boa administração.

Neste sentido, a moralidade administrativa implica o dever de boa administração e de atuação conforme o interesse público a ser alcançado. Ou seja, por meio deste princípio se pode exigir que o agente público gerencie bem os interesses públicos, fazendo-o em consonância com as prioridades constitucionais.

A moralidade administrativa exige do administrador a boa-fé, a fim de manter a confiança entre a Administração e os administrados, assim como o dever de coerência no comportamento, expresso na consonância entre o fim a cumprir e os motivos que a impeliram a agir para o cumprimento deste fim.

O respeito à confiança que a Administração deve aos administrados, outrossim, acarreta o dever de sinceridade objetiva – de não omissão de fato ou conduta relevante ao caso concreto e de não utilização de argumentos genéricos e abrangentes.

Esta concepção de moralidade administrativa encontra eco no pensamento engendrado pelo filósofo John Rawls, ao conceber sua teoria da justiça utilizando o conceito que elabora de razão pública.

De acordo com José Vicente Santos de Mendonça (2014, p. 141), a razão pública, na acepção concedida por Rawls, “é a forma de se argumentar publicamente na sociedade democrática”. Ela revela os valores morais e políticos profundamente arraigados na sociedade que por dever determinariam a relação dos cidadãos com o governo democrático. Para Rawls, esta razão pública está atrelada a um dever de reciprocidade, ou seja, as razões aceitas seriam aquelas que as pessoas aceitariam para si e esperariam de boa-fé que outras também o fizessem.

Em uma sociedade que tenha abraçado o consenso, a razão pública figura como um filtro a respeito de quais razões e valores esta sociedade poderá referendar. Nas palavras de Rawls:

Um cidadão participa da razão pública, então, quando delibera no contexto do que considera sinceramente como a concepção política de justiça mais razoável, uma concepção que expresse valores políticos dos quais também possamos pensar razoavelmente que outros cidadãos, como livres e iguais, poderiam endossar. (2004, p. 185)

O exercício desta razão pública, ajustado ao direito, segundo José Vicente Mendonça, “fortalece dois objetivos: o da estabilidade e o da legitimidade” (2014, p. 144). No primeiro caso, explica, a razão pública deve estar presente no direito, a fim de conter a argumentação nos limites da reciprocidade, evitando que as decisões nos tribunais pendulem de acordo com a mudança da composição de seus membros.

No segundo caso, a legitimidade funciona como um mecanismo de aceitação e respeito público pelas ideias pautadas na razoabilidade, se provenientes de doutrinas abrangentes, ou seja, as compartilhadas por grupos particulares, mas com pretensão de serem engendrados como um projeto amplo na sociedade.

Trata-se de um consenso proveniente de uma espécie de arrazoado público sobre valores políticos compartilhados, de modo que mesmo aqueles que compartilhem de opinião pessoal diversa, concordam em aceitá-lo. Isto implica dizer, portanto, que não se encontram no juízo da razão pública os argumentos erigidos a partir de uma moralidade singular e pessoal.

Rawls restringe a abrangência da razão pública às questões de justiça básica e aos elementos constitucionais essenciais, dirigindo-se tão somente a candidatos ou ocupantes a cargos públicos, inclusive juízes. Assim sendo, a concepção da razão pública proposta por Rawls pode ser aplicada para exprimir e melhor concretizar o princípio da moralidade administrativa, na medida em que esta moralidade se encontra dentre os elementos constitucionais essenciais ora referidos.

A concretização de valores constitucionais como os atinentes à moralidade administrativa, aqui observada pela sua lente objetiva, ou seja, vocacionada ao implemento da boa-fé objetiva, da boa gestão e da boa administração pública, encontra na razão pública de Rawls o sustentáculo teórico para promover a construção de um consenso de pessoas livres e racionais acerca da moral administrativa objetivamente observável.

No implemento de políticas públicas, a articulação do discurso usando a razão pública com o mote de promovê-las no plano concreto – na via administrativa – deve levar em conta a ponderação reflexiva, crítica e consensual que fomentará a escolha pública discricionária voltada à boa-fé objetiva e à boa administração pública.

Como lembra Juarez Freitas (2014, p. 35):

a discricionariedade administrativa é vista, convém reiterar, como a consequência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e escolher, no plano concreto, as melhores consequências diretas e indiretas (externalidades) dos programas públicos.

Assim, importa que as escolhas efetuadas no plano discricionário, buscando o implemento de uma política pública, devem abarcar o consenso público em torno das metas de ação do Estado, sob a perspectiva ético-axiológica aberta, que compreenda a responsabilidade com a boa administração, faceta objetiva do princípio da moralidade administrativa, ao lado da boa-fé objetiva, da lealdade e do princípio da confiança.

A leitura que se deve fazer do princípio da moralidade administrativa não pode estar apartada da realidade fática a qual o direito pretende regular. Os valores morais inseridos na ordem jurídica por meio deste princípio não se restringem aos valores internos da Administração Pública, mas a todos os valores pertencentes ao senso comum de moralidade que tenham ganhado o selo do consenso, repousado em verdades claras, acessíveis e gerais, em valores que a sociedade pode considerar como oriundos da razão pública.

## 2.2. Análise do mérito do ato administrativo no contexto de uma boa administração

Aqui, portanto, entra o exame do “mérito” administrativo como categoria impugnável, vez que o sistema administrativo não se restringe à legalidade estrita, mas deve também subordinação aos princípios constitucionais, de sorte que os atos emanados pelos gestores devem adotar consonância com a tábua valorativa da Constituição, em especial se tais atos provêm de competência discricionária.

Ao adotar uma escolha, a Administração Pública tem por encargo não apenas expressar os fundamentos de fato e de direito para tal, mas sincronizá-los com os princípios e prioridades constitucionais. A motivação não prescinde de uma ponderação axiológica constitucional, assim como o controle destes atos não se restringe à legalidade, abraçando também considerações à boa-fé, à eficiência e à boa administração, entre outras referências de porte principiológico.

Neste sentido, defendendo a necessidade de uma mudança no eixo doutrinário do direito administrativo, ainda assentado em referenciais clássicos como, por exemplo, a antiquada concepção de que o mérito administrativo é intocável pelo Judiciário e pelos cidadãos, Binenbojm (2008, p. 25) afirma que o direito administrativo deve sofrer uma leitura constitucional para, entre outros aspectos que elenca, encetar “balizas principiológicas para o exercício legítimo da discricionariedade administrativa”, concluindo, a este respeito, que:

a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se convolar em *um resíduo de legitimidade*, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Com o incremento da incidência direta dos princípios constitucionais sobre a atividade administrativa e a entrada no Brasil da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, abandona-se a tradicional dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, passando-se a um sistema de *graus de vinculação à juridicidade*.

Isto implica dizer que o ato administrativo discricionário não se mantém mais como um instrumento para o agente público perfazer escolhas subjetivas. A nova configuração a se acolher dos atos discricionários ou mesmo vinculados, segundo o autor supracitado, não ocorre apenas a partir de uma razão puramente normativa, mas provém também de uma ponderação das habilidades inatas de cada Poder Público.

Melhor explicando. Se a escolha concretizada em um ato administrativo deriva de uma questão eminentemente técnica, a Administração Pública estará, em tese, mais aparelhada e legitimada para produzir um acerto naquela situação do que o estaria o Poder Judiciário. Em contrapartida, este teria *expertise* superior se o ato administrativo efetivasse uma escolha restritiva a um direito fundamental sem levar em conta os critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

De todo o modo, pugna o autor pela noção de que os princípios constitucionais figuram como mecanismos de controle dos atos administrativos, pois impõem um limite ao administrador público quando do manejo do mérito administrativo, obrigando-o a adequar sua escolha aos compromissos valorativos firmados na Constituição.

Em termos práticos, detém o gestor o compromisso inevitável de buscar uma solução sólida em suas motivações e responsável quanto às consequências de seu ato, ou seja, uma solução conectada com o que Juarez Freitas conceitua como “direito-síntese à boa administração” (2014, p. 48).

A modo de resumo, uma escolha encetada por um gestor deve ser precedida de uma ponderação, na qual se considere a capacidade prospectiva do ato em atingir o preciso fim público de auxiliar efetivamente na aplicação de políticas públicas efetivas.

Não há como fazer prosperar a possibilidade de escolhas sem fundamento, sem consequência e, mais ainda, sem uma filtragem constitucional. Os atos administrativos visam, em última instância, à consecução do fim público e ao cumprimento das promessas democráticas a que o agente público se vincula por dever.

A utilização do princípio da moralidade administrativa como mecanismo de sindicabilidade do ato administrativo deve ser direcionada à efetivação da boa administração pública, a qual deve ser aferida, entre outros aspectos, como o consenso de valores exarados da razão pública, oriundos da ponderação racional, reflexiva, crítica e consensual sobre o que seja a boa gestão pública.

Em outros termos, a moralidade pública a ser aferida no caso não pode ser a extraída do senso particular do gestor, mas aquela que congregue o consenso das doutrinas abrangentes razoáveis sobre a questão, na linha propugnada pelo pensamento teórico de John Rawls acerca da razão pública.

Dito sem elipse: o “mérito” administrativo não é uma escolha irracional ou temerária de simples legalidade formal, mas um espaço de reflexão onde os princípios assentam sua força normativa e valorativa e são amoldados para o alcance

da boa gestão pública, nas bases de um verdadeiro Estado gestor, voltado para a efetividade dos resultados, em especial e acima de tudo, de resultados que impliquem a boa prestação dos serviços públicos, verdadeiro direito fundamental à boa administração.

### 3. CONCLUSÃO

Aqui se buscou um aprofundamento na sindicabilidade do ato/contrato, a fim de se investigar os fundamentos da decisão do gestor público ao efetivar uma escolha discricionária. Tal investigação foi efetuada com base no princípio constitucional da moralidade administrativa sob o viés objetivo.

O desnudar paulatino do “mérito” administrativo levou em conta o respeito ao princípio da moralidade administrativa sob o crivo da razão pública descrita por Rawls. É dizer, dentro do consenso das doutrinas abrangentes razoáveis sobre a questão, a escolha do gestor deve ser precedida tanto de uma ponderação entre o valor a ser despendido e o serviço a ser prestado, como de uma reflexão séria sobre a melhor forma de executar este serviço para dele se esperar o melhor resultado.

O dever de motivação requer uma postura consistente que acolha sempre a racionalidade e evite uma declaração lacônica e genérica. As justificativas devem ser límpidas e congruentes com as escolhas, devem prezar resultados eficientes, antever as consequências diretas e indiretas da decisão e acolher o conteúdo expresso nos princípios constitucionais, para, assim, fazer predominar o primado da boa governança, em um efetivo Estado gestor.

É sobretudo imperioso lembrar que o sistema administrativo não se encontra erigido em paredes sólidas e impermeáveis, do mesmo modo que não se defende que este sistema seja construído em patamares totalmente abstratos. Apenas se deseja, como é o mote deste artigo, que a escolha administrativa transcenda a lógica legalista estrita, abandonando a “dogmática administrativista” estruturada “a partir de premissas teóricas comprometidas com a preservação do *princípio da autoridade*, e não com a promoção das conquistas liberais e democráticas”, como afirma Binembojm (2008, p. 2), e enlace suas tramas com o tecido valorativo constitucional, como se fosse a mesma veste, ou como diz o poeta/compositor Gilberto Gil, como se fosse o pano e a linha, “E a agulha do real nas mãos da fantasia, fosse bordando ponto a ponto nosso dia a dia”.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 9784/99. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm). Acesso em 28.abr.2014.

ALVES, Rogério Pacheco. A moralidade administrativa e sua densificação. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 43, abril/jul, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, vol. I, nº 6, setembro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 26.12.2014.

\_\_\_\_\_; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). A Nova Interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado 13,mar/abr/maio. Salvador, 2008.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Néelson Boeira, 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. Uma questão de princípio. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. O Império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O Controle da Moralidade Administrativa. São Paulo: Saraiva, 1974.



FREITAS, Juarez. O Direito Fundamental à Boa Administração Pública. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

\_\_\_\_\_. O controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HAURIOU, Maurice. *In Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 11. ed., Paris: Recueil Sirey, 1927 *apud* GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_ e BENZIN, Guillaume. *In La declaration de volonté dans Le droit administrative français*, cit. *Revue Trimestrelle de Droit Civil* 3/548-549, 1903 *apud* GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

RAWLS, John. O Direito dos Povos. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso. O Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. RDE 4/23-51, 2006. Disponível em: [http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2006-RDE4-Conteudo\\_essencial.pdf](http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf)

TORRES, Ricardo Lobo. A jurisprudência dos valores. In: SARMENTO, Daniel (org.). Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris, 2009.



JAM,  
JURÍDICA  
*A informação necessária*

20  
*Ótimos  
Anos*



ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES  
DO MUNICÍPIO DO SALVADOR

**PARECERES E CONSULTAS**



# CONSEQUÊNCIAS DA EXTINÇÃO DA CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO PARA FINS DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

***Daniel Majdalani de Cerqueira***

Graduado em Direito e especialista em Direito Processual Civil, Direito Eleitoral e Municipal. Procurador do Município de Salvador. Advogado. Professor Universitário

PROCESSO SMED nº .../...

INTERESSADO (A): ...

ASSUNTO: REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA. CONSEQUÊNCIAS DE UMA POSSÍVEL RESOLUÇÃO DA CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO, CASO SE COMPROVE A OCORRÊNCIA DE ALGUMA(S) DAS HIPÓTESES INSCULPIDAS NO ART. 14 DA LEI MUNICIPAL – LM nº 3.293/1983. MANIFESTAÇÃO CONCLUSIVA. RECOMENDAÇÕES. ENCAMINHAMENTO PARA A PROCURADORIA GERAL, DEVIDO À COMPLEXIDADE DA MATÉRIA VERSADA NO PRESENTE OPINATIVO.

Palavras-chaves: Consequências. Extinção. CDRU. Regularização Fundiária.

**PARECER nº \_\_\_\_\_/2015**

Trata-se de processo iniciado pelo ofício GAB/SMED nº .../... (fls. 01-02 – visadas pela RPGMS/SINDEC), dirigido ao Senhor Secretário da SEMGE, por meio do qual o então titular da Pasta da SMED solicitou que fosse avaliada a possibilidade de a

Municipalidade, por intermédio da SEMGE, formalizar um contrato de locação com a parte interessada, a fim de que, no bem imóvel, sobre o qual ela tem a posse<sup>1</sup>, fosse instalada uma unidade educacional da Rede Pública Municipal de Ensino.

Acompanharam o precitado ofício os seguintes documentos e/ou informações: proposta subscrita pela parte interessada, pela qual ela se predispõe a locar para a Municipalidade a área, de que ela detém a posse, juntamente com todas as acessões nela incorporadas, mediante o recebimento de um aluguel mensal de R\$ 16.500,00 (fls. 03 – visada pela RPGMS/SINDEC); cópia do termo administrativo de concessão de direito real de uso da área em questão, firmado entre a Municipalidade e a parte interessada (fls. 04 – visada pela RPGMS/SMED); informação prestada pela CAP/SEFAZ dando conta de que não dispunha de informações sobre a existência de outros imóveis de propriedade do Município aptos a atender a demanda da SMED naquela localidade (fls. 27); dentre outros.

Após o recebimento do feito, a SEMGE, por meio do ilustre Subsecretário da Pasta, solicitou que os setores técnicos se manifestassem sobre o pleito formulado pelo GAB/SMED (fls. 30). Em cumprimento a essa solicitação, o SEIMO/SEMG, depois de analisar os documentos carreados aos autos, exarou o despacho de fls. 33, onde se pronunciou pelo(a): -i- impossibilidade de celebração do contrato de locação com a parte interessada, em virtude de o título que lhe conferiu o controle material legítimo sobre a área em epígrafe não permitir o uso da mesma para fins exclusivamente comerciais; e, -ii- retorno dos autos a SMED para saneamento do feito.

A SMED, instada a se manifestar, reiterou a necessidade de utilização do bem imóvel em testilha para a implantação de uma unidade educacional naquela localidade, razão pela qual propugnou pelo encaminhamento do feito para a SINDEC, a fim de que fosse avaliada a possibilidade de alterar os termos da concessão de direito real de uso conferida à parte interessada (fls. 39<sup>2</sup>).

---

<sup>1</sup> Situado na Rua ... e que é composto por três pavimentos (térreo, 1º e 2º pavimentos), consoante se infere do cadastro de imóvel nº 23079/2007 elaborado pela Coordenadoria de Regularização Fundiária – CRF da Secretaria de Habitação (fls. 05-06 do processo SEDHAM nº 114/2012, cuja cópia integral foi anexada aos presentes) e da vistoria realizada no bem, em janeiro 2015, pela CRF/SINDEC (fls. 46, 48-50).

<sup>2</sup> Segue transcrição do teor do despacho de lavra do então Secretário da SMED (fls. 39): “Corroboramos com despacho da SEIMO/SEMG à fl. 35, que indica a impossibilidade de formalização do contrato proposto, entretanto sugerimos que essa situação seja verificada pela SINDEC, haja vista a carência de imóveis na localidade, aptos ao fim pretendido, conforme despacho da CERE à fl. 38”.

Depois do recebimento dos autos pela SINDEC, a ilustre Coordenadora da CRF/SINDEC determinou a realização de uma nova vistoria no imóvel – cujo relatório, desenho de planta gráfica e relatório fotográfico foram acostados às fls. 46, 48-50 e, em seguida, por meio do despacho de fls. 51, solicitou orientação da RPGMS/SINDEC acerca de como proceder no presente caso.

Por fim, faz-se necessário relatar que foi acostada a cópia integral do processo – onde o pleito de concessão do direito real de uso, formulado pela parte interessada, foi analisado e deferido –, a saber: SEDHAM nº .../....

É o relatório.

Antes de adentrar na análise do objeto da consulta, a RPGMS/SINDEC entende salutar apresentar, ainda que sucintamente: -i- as circunstâncias que contribuíram para a formação de assentamentos “irregulares”<sup>3</sup> em áreas públicas e/ou privadas dos grandes centros urbanos; -ii- como era o tratamento inicialmente concedido pelo Poder Público a esses assentamentos e seus ocupantes; -iii- as circunstâncias que contribuíram para que houvesse uma mudança de orientação acerca desse tratamento; e, -iv- os instrumentos criados pelo Poder Público, a partir dessa guinada no tratamento conferido a esses assentamentos e seus ocupantes, para promover a regularização fundiária de tais ocupações.

O intenso êxodo para os grandes centros urbanos – observado a partir da década de oitenta –, a ausência de infraestrutura desses grandes centros para absorver esse número elevado de novos habitantes e a falta de assistência do Poder Público para os migrantes contribuíram para que estes ocupassem áreas públicas ou privadas – as quais, como traço comum, não estavam a cumprir com a função social da propriedade – e passassem a utilizá-las como moradia<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> De acordo com uma visão meramente positivista do direito, a qual, de acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (*in* Curso de Direito Civil – Volume 5, 9. ed., 2013, p. 72), “não seria capaz de captar os influxos emanados de outros sistemas e nem ao menos seria sensível aos apelos da sociedade que visa alcançar”.

<sup>4</sup> Nesse sentido: PESSOA, Fernanda Reis; VIEIRA, Marina Nunes. Concessão de uso especial para fins de moradia: uma nova ordem urbanística. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 67, ago 2009. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6570](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6570)>. Acesso em 09 fev 2015.

Inicialmente, devido à “irregularidade” dessas ocupações, os serviços públicos minimamente necessários para a garantia de uma moradia, ao menos, salubre<sup>5</sup> não eram prestados aos moradores desses assentamentos, assim como não lhes era garantida a tutela possessória sobre as áreas por eles ocupadas, ainda que eles lhes estivessem dando função social.

O advento da Constituição Cidadã<sup>6</sup>, entretantes, serviu como pontapé inicial para uma mudança no tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico e pelo Poder Público a esses assentamentos e seus ocupantes, pois, a partir de então, restou evidenciado, de modo insofismável, que se constituía em obrigação estatal engendrar ações com o fito de proporcionar a estes uma moradia digna<sup>7</sup>.

Seguindo essa diretriz, e após a aceitação da terceira dimensão para a proteção da posse<sup>8</sup>, criam-se gradativamente instrumentos com vistas a promover a regularização fundiária desses assentamentos “irregulares”, cujos principais exemplos são: usucapião especial rural, usucapião especial urbana, usucapião coletiva (para

<sup>5</sup> Como por exemplo: fornecimento de água; fornecimento de luz; esgotamento sanitário; obtenção da titularidade definitiva sobre a área ocupada, em razão da função social exercida sobre a mesma; etc.

<sup>6</sup> A qual estabeleceu que nosso país se constitui em um Estado Democrático de Direito que apresenta dentre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, *caput* e inciso II, da Constituição Federal - CF) e como um de seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I, CF).

<sup>7</sup> À guisa de ilustração: decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível do Foro Central de Porto Alegre, no bojo do processo nº 110701502650, que determinou que a Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica fornecesse energia elétrica aos ocupantes do loteamento Jardim Vila Verde, ainda que os imóveis não estivessem regularizados ante a Prefeitura Municipal de Porto Alegre.

<sup>8</sup> Que de acordo com o diapasão de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (*in* Curso de Direito Civil – Volume 5, 9. ed., 2013, p. 71-72) teria como substrato tão somente o exercício da função social da posse, senão veja-se:

“Há ainda uma terceira esfera de posse, que se afasta das duas concepções patrimoniais tradicionais acima descritas. Cuida-se de uma dimensão possessória que não se localiza no universo dos negócios jurídicos que consubstanciam direitos subjetivos reais ou obrigacionais. Trata-se de uma posse emanada exclusivamente de uma situação fática e existencial de apossamento e ocupação da coisa, cuja natureza autônoma escapa do exame das teorias tradicionais. É aqui que reside a função social da posse.

A posse se configura não somente quando o proprietário exerce o domínio ou quando alguém é autorizado pelo proprietário a ocupar situações jurídicas reais ou obrigacionais sobre o bem. Há casos, em que mesmo contra a vontade do proprietário, uma pessoa obtém o aproveitamento econômico sobre certo bem. A posse é um direito que pode ser exercido por quem não é dono da coisa e até mesmo contra este. Enfim, a posse é um direito autônomo à propriedade, que representa o efetivo aproveitamento econômico dos bens para o alcance de interesses sociais e existenciais merecedores de tutela”.



as ocupações feitas em áreas privadas); concessão de direito real de uso<sup>9</sup> (após a entrada em vigor da Lei Federal – LF nº 11.481/2007<sup>10</sup>), concessão especial para fins de moradia (para ocupações feitas em áreas públicas).

Feitos esses apontamentos iniciais, contudo, antes ainda de iniciar a análise do objeto da presente consulta, a RPGMS/SINDEC entende ser curial apresentar as premissas, referentes à concessão do direito real de uso para fins de regularização fundiária<sup>11</sup>, que subsidiarão a elaboração da orientação jurídica a ser apresentada em resposta à presente consulta.

Entende-se concessão de direito real de uso, nas palavras de Dirley da Cunha Jr. (*in* Curso de Direito Administrativo, 4. ed., 2006, p. 332), como:

Contrato Administrativo pelo qual o Estado transfere, como direito real resolúvel<sup>12</sup>, o uso remunerado ou gratuito de terreno público ou do espaço aéreo que o recobre para que seja utilizado com fins específicos por tempo certo ou indeterminado.

Originariamente, a concessão do direito real de uso foi idealizada como instrumento para promover dada função social, previamente estabelecida<sup>13</sup>, em áreas públicas (que, até então, não estavam a cumprir com a função social), mediante a atuação do particular, conforme se pode inferir dos exemplos tradicionais de concessão do direito real de uso citados por José dos Santos Carvalho Filho (*in* Manual de Direito Administrativo, 17. ed., 2008, p. 1034):

Exemplo dessa figura é a concessão de terrenos públicos quando o Município deseja incentivar a edificação em determinada área. Ou a concessão de uso de área estadual quando o Estado pretende implantar região industrial para desenvolver a economia em seu território.

<sup>9</sup> Cujas regulamentação foi feita para os terrenos públicos pertencentes à União pelo Decreto-Lei – DL nº 271/1967 e para os terrenos públicos pertencentes ao Município de Salvador pela – LM nº 3.293/1983, LM nº 6.099/2002 e Decreto Municipal – DM nº 13.532/2002.

<sup>10</sup> A qual converteu em lei a medida provisória nº 335/2006.

<sup>11</sup> Vez que, segundo consta no relatório, à parte interessada foi outorgada a concessão de direito real de uso sobre a área pública por ela ocupada na Rua Tiradentes nº 169, Bairro da Paz.

<sup>12</sup> Cujas hipóteses autorizadoras da resolução deste direito real na coisa alheia encontram-se insculpidas no § 3º do art. 7º, do DL nº 271/1967 (para as concessões de direito real de uso sobre terrenos públicos federais) e no art. 14 da Lei Municipal – LM nº 3.293/1983 (para as concessões de direito real de uso sobre áreas pertencentes ao Município de Salvador).

<sup>13</sup> A saber: urbanização, edificação e cultivo de terras.

Contudo, a Lei Federal - LF nº 11.481/2007 – que trouxe medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da união –, alterou a redação do *caput* do art. 7º do DL nº 271/1967<sup>14</sup> e permitiu a utilização deste instituto também para fins de regularização fundiária.

Seguindo o esteio da União, o Município de Salvador, por meio da Emenda nº 21 a sua Lei Orgânica – LOM, previu também a concessão de direito real de uso como instrumento de legitimação de posse sobre bens públicos ocupados informalmente por populações de baixa renda, senão veja-se:

Art. 14 (...)

§ 2º Na hipótese de terreno integrante de programa habitacional de interesse social direcionado para população de baixa renda, a concessão de direito real de uso para fins de moradia poderá ser outorgada de forma gratuita, dispensada a autorização legislativa e licitação para imóveis de área ou fração ideal de terreno não superior a 250 m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados).

É salutar destacar que a outorga da concessão do direito real de uso aos ocupantes de áreas públicas, ao ver da RPGMS/SINDEC, se constitui num fato de natureza jurídica<sup>15</sup> hábil a sanar os vícios, objetivos e/ou subjetivos, que originariamente maculavam (ou poderiam macular) o controle material exercido por esses ocupantes; tornando-o, portanto, em posse justa e de boa-fé, *ab initio*.

<sup>14</sup> Art. 7º É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo de terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas

<sup>15</sup> Nesse sentido convém trazer a baila o escólio de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (*in* Curso de Direito Civil – Volume 5, 9. ed., 2013, p. 156-157):

“Uma das regras mais comentadas na matéria em estudo é a concernente à possibilidade de alteração no caráter da posse. De fato, estabeleceu o art. 1023 do Código Civil que, salvo prova em contrário, manterá a posse o mesmo caráter da aquisição.

Trata-se de uma presunção *juris tantum*, pois a norma retrocitada excepcionalmente admite a interservação (inversão) da posse [...]

Todavia, a doutrina preconiza que, em duas situações oriundas de fatos externos, incide a mutação da *causa possessionis*.

Em razão de uma relação jurídica de direito real ou obrigacional, é facultado ao possuidor que mantenha posse objetiva ou subjetivamente viciada, alterar o seu caráter, sanando os vícios de origem”.

Depois de fixadas as premissas, referentes à concessão do direito real de uso para fins de regularização fundiária, que subsidiarão a elaboração da orientação jurídica a ser apresentada em resposta à presente consulta (-i- a concessão do direito real de uso possui natureza jurídica de um direito real resolúvel; e, -ii- a outorga desse direito real, para fins de regularização fundiária, tem o condão de afastar, *ab initio*, os vícios, objetivos e/ou subjetivos, que maculavam (ou poderiam macular) o controle material exercido pelos ocupantes das áreas públicas), a RPGMS/SINDEC doravante se debruçará na análise do objeto da presente consulta.

No caso concreto, em razão de a parte interessada: -i- ter ocupado uma área não superior a 250 m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) pertencente ao Município de Salvador que, por força do decreto municipal nº 13.676/2002, fora declarada como integrante de programa habitacional de interesse social para fins de moradia; -ii- utilizar apenas 40% da área total do terreno para o exercício de atividades comerciais<sup>16</sup>; e, -iii- preencher as demais exigências insertas na LM nº 3.293/1983, LM nº 6.099/2002 e Decreto Municipal – DM nº 13.532/2002, lhe foi outorgada, mediante dispensa de licitação e de autorização legislativa, a concessão do direito real de uso, *para fins de moradia*<sup>17</sup>, sobre o bem de raiz por ela ocupado na Rua Tiradentes, nº 167, Bairro da Paz<sup>18</sup> (fls. 04 – visada pela RPGMS/SINDEC).

Logo, vislumbra-se que a utilização de menos da metade do total da área objeto de uma concessão de direito real de uso, para fins de moradia, para o exercício de atividade comercial não se configura em fato passível de autorizar a resolução desse direito real na coisa alheia. Por sua vez, a utilização de parcela igual ou superior a metade do total da área concedida, para fins de exploração de atividade comercial, se configura em fato passível de autorizar a resolução desse direito real.

Nesse diapasão, a vontade da parte interessada de locar TODOS os pavimentos construídos na área, em que ela foi beneficiada com um direito real na coisa alheia

<sup>16</sup> Conforme relato assentado no Cadastro de Imóvel efetuado pela CRF/SEDHAM, ao tempo da análise do pedido de concessão do direito real de uso formulado pela parte interessada (fls. 05-06 do processo SEDHAM nº 114/2012, cuja cópia integral foi anexada aos presentes).

<sup>17</sup> Haja vista que o parágrafo único do art. 3º da LM nº 6.099/2002 vaticina que a destinação de área inferior a 50% da área total do terreno para o exercício de atividade comercial não afasta a finalidade residencial da ocupação.

<sup>18</sup> Sobre o qual, ao tempo da outorga da concessão, já havia sido incorporada a edificação de três pavimentos, consoante se infere do cadastro do imóvel acostado às fls. 05-06 do processo SEDHAM nº 114/2012, cuja cópia integral foi anexada aos presentes.

para fins de moradia – evidenciada por meio da carta proposta acostada às fls. 03 (visada pela RPGMS/SINDEC) –, indica o desrespeito às peculiaridades da presente concessão e, por conseguinte, autoriza, em linha de princípio, a resolução desse direito real com lastro nos incisos I e V do art. 14 da LM nº 3.293/1983, *in verbis*:

Art. 14 – Resolver-se-á a concessão de direito real de uso, quando ocorrer uma das hipóteses seguintes:

I – nos casos de desvio de finalidade;

[...]

V – quando o concessionário não residir no local, nos casos em que isto seja exigido.

*Ergo*, a RPGMS/SINDEC, entende que, após a observância do devido processo legal, em sendo confirmadas tais violações, a concessão do direito real de uso conferida à parte interessada deverá ser extinta.

Como corolário da extinção desse direito real na coisa alheia e em razão de sua natureza resolúvel (já apontada nesse opinativo), não resta dúvida de que a Municipalidade recuperará o domínio direto da área em questão, com as benfeitorias e as acessões nela incorporadas.

Questão mais tormentosa, todavia, diz respeito à obrigatoriedade (ou não) de a Municipalidade indenizar a parte interessada pelas benfeitorias e acessões por ela realizadas na área pública em voga, no momento da retomada do domínio direto. Acerca disto, convém assinalar que o parágrafo único do art. 11 da LM nº 3.293/1983 dispõe que o concessionário que der causa a extinção da concessão do direito real de uso perderá para a Municipalidade as benfeitorias e acessões por ele efetuadas na área objeto da concessão, sem direito a indenização, desde que tal informação conste no termo administrativo, senão veja-se:

Art. 11

Parágrafo Único: Do termo administrativo deverá constar, para todos os casos de resolução, cláusula de reversão do bem ao patrimônio do Município com todas as benfeitorias e acessões nele implantadas em qualquer tempo, independentemente de indenização.

Compulsado o teor do termo administrativo de concessão do direito real de uso outorgado à parte interessada (fls. 04 – visada pela RPGMS/SINDEC) não se vislumbrou a existência de uma cláusula que reproduzisse o comando legal inserido na norma jurídica precitada.

Ante tal lacuna no termo administrativo de concessão de direito real de uso conferido à parte interessada, a RPGMS/SINDEC entende que a questão, no tocante ao direito a indenização e ao direito de retenção, deverá ser resolvida pelas regras gerais estatuídas pelo Livro Especial do Direito das Coisas do Código Civil.

Isto posto e em se considerando que: -i- de acordo com o cadastro de imóvel (fls. 05-06 do processo SEDHAM nº 114/2012, cuja cópia integral foi anexada aos presentes) e com a vistoria e anexos (fls. 46, 48-50) consta que na área – objeto da concessão – foram edificados três pavimentos pela parte interessada; -ii- consoante o escólio de Orlando Gomes (*in* Direitos Reais, 21ª edição, 2012, p. 81-82)<sup>19</sup> e da Jurisprudência<sup>20</sup>, a edificação de pavimentos tem natureza jurídica de acessão (e não de benfeitoria); e, -iii- a outorga da concessão do direito real de uso produziu a intersversão na posse da parte interessada, tornando-a em justa e de boa-fé, *ab initio* (matéria já apreciada nesse opinativo), ao ver da RPGMS/SINDEC, a presente questão deve ser resolvida, portanto, com base no art. 1.255, *caput*, do Código Civil<sup>21</sup>, que assegura, *in casu*, à parte interessada o direito a ser indenizada pelas acessões (construção dos três pavimentos apenas) por ela incorporadas na área objeto da concessão.

<sup>19</sup> **49. Benfeitorias e acessões.** Devem distinguir-se as *benfeitorias* das *acessões*. Aquelas têm cunho complementar. Estas são coisas novas, como as plantações e construções.

As acessões obedecem a regras próprias. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções. Mas é preciso distinguir situações. Se o que semeia, planta ou edifica é possuidor de boa-fé, tem direito à indenização do que semeou, plantou ou edificou. Mas se procedeu de má-fé, pode ser constrangido, demais disso, a repor as coisas no estado anterior, e a pagar os prejuízos causados.

<sup>20</sup> “Ante o exposto, dá-se provimento à apelação, para julgar improcedente a ação e manter a ordem de demolição da acessão do segundo pavimento ao imóvel localizado na Rua Dama da Noite, 35 (fls. 52). Arcará a autora com o pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, observada a gratuidade de que é beneficiária”. (g.n.).

(TJ-SP, Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez, Data de Julgamento: 05/12/2013, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente).

<sup>21</sup> Art. 1.255: Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização.

Por fim, é salutar destacar que, de acordo com o entendimento predominante do STJ<sup>22</sup>, o artigo 1.219, *in fine*,<sup>23</sup> do Código Civil aplica-se, por analogia, às acessões, de modo de que a parte interessada tem o direito de retenção sobre as mesmas até receber a indenização que lhe é devida; afastando-se, no caso concreto, portanto, o quanto disposto no art. 15<sup>24</sup> da LM nº 3.293/1983, em razão de não ter sido inserida no termo administrativo de concessão uma cláusula que reproduzisse o comando legal inserto do parágrafo único do art. 11 da retrocitada norma jurídica. *Ex positis*, a RPGMS/SINDEC em resposta à presente consulta se manifesta nos seguintes termos:

- a- os fatos narrados, se devidamente confirmados após a observância do devido processo legal, têm o condão de gerar a extinção da concessão do direito real de uso conferida à parte interessada;
- b- a extinção da concessão do direito real de uso outorgada a parte interessada, fará com que a Municipalidade retome o domínio direto da área outrora concedida juntamente com as benfeitorias e acessões nela incorporadas, devido à natureza resolúvel desse direito real; e,
- c- a parte interessada tem direito a ser indenizada pelas acessões edificadas na área objeto da concessão (no caso a edificação dos três pavimentos), bem como possui direito de retenção sobre as mesmas até receber a indenização, a que faz jus, devido à ausência no termo administrativo de uma cláusula que contivesse a informação disposta no parágrafo único do art. 11 da LM nº 3.293/1983.

Tendo em vista o interesse da SMED de utilizar o imóvel para implantação de uma unidade educacional, recomenda-se que a Municipalidade, após reaver o domínio

<sup>22</sup> CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. ACESSÕES. DIREITO DE RETENÇÃO. POSSIBILIDADE RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é possível a retenção do imóvel, pelo possuidor de boa-fé, até que seja indenizado pelas acessões nele realizadas. Precedentes.

2. Recurso especial conhecido e improvido.

(STJ, REsp 805522 / RS, REL Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ 05/02/2007 p. 351).

<sup>23</sup> Art. 1.219: O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

<sup>24</sup> Art. 15: Ocorrida qualquer das hipóteses acima previstas, a Administração notificará o interessado, dando-lhe prazo de noventa dias para desocupar o imóvel, independente de notificação judicial.

direto da área, adote as medidas necessárias para dar nova afetação a tal bem, a qual, dessa feita, deve ser atrelada ao interesse público de nele implantar uma unidade educacional.

Por derradeiro, em razão da complexidade da matéria analisada, encaminha-se o presente parecer para a Procuradoria Geral do Município para análise e, se for o caso, homologação do mesmo.

É o parecer, SMJ.

Salvador, ...

## TAXA DE JUROS ABUSIVA COBRADA POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC)

### **Eduardo Amin Menezes Hassan**

Procurador do Município de Salvador. Advogado. Professor, mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduado em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia

### **PARECER**

AUTO DE INFRAÇÃO. JUROS ABUSIVOS NOS CONTRATOS DE CARTÃO DE CRÉDITO. PELA CORREÇÃO DO CÁLCULO A FIM DE QUE SEJAM APLICADOS JUROS DE 1% AO MÊS ADICIONADO A TAXA SELIC.

O Consumidor ingressou com reclamação contra o cartão de crédito X, sob o fundamento de que estão sendo incididos encargos contratuais e juros exorbitantes, sem uma justificativa plausível para tanto, motivo pelo qual procurou a Coordenadoria de Defesa do Consumidor de Salvador, a fim de resolver a sua pretensão frente à instituição financeira com a intermediação deste órgão municipal.

O fornecedor não apresentou defesa escrita. Em seguida, o Coordenador da CO-DECON exarou a decisão julgando procedente a reclamação formulada, condenando a Reclamada ao pagamento de multa de R\$ 15.961,50 (quinze mil, novecentos e sessenta e um reais e cinquenta centavos), nos termos dos Art. 55 do Dec. Fed. nº 2.181/97.

Inconformado com a referida decisão, o BANCO X interpôs recurso administrativo alegando ter havido cerceamento de defesa; outrossim, alega em síntese a regula-



ridade da conduta, bem como que a multa aplicada foi desproporcional e irrazoável. Diante da situação, os autos vieram a esta representação da Procuradoria Geral do Município para Parecer.

Quanto à competência dos órgãos administrativos para fixação de taxas de juros e a aplicabilidade do CDC, uma vez que as instituições financeiras não se submetem à Lei de Usura, gerando uma cobrança de juros de elevado montante.

À luz do quanto disposto no art. 4º, III, da Lei Federal nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor:

Art. 4º, III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

É evidente que, a fim de evitar cláusulas contratuais ditas abusivas, preservando o equilíbrio contratual, o Código de Defesa do Consumidor tem por objetivo proteger os direitos dos consumidores hipossuficientes em relação aos fornecedores.

Nesse sentido observe-se as ementas jurisprudenciais abaixo:

ACÇÃO REVISIONAL DE CARTÃO DE CRÉDITO – REVISÃO JUDICIAL – Possível o exame da relação contratual pelo CDC e pelo direito comum para adequação do contrato aos parâmetros legais e razoáveis. Juros remuneratórios. Não constitui abuso nem ilegalidade, a administradora do cartão de crédito transferir ao usuário os encargos financeiros relativos a capital obtido no mercado, de acordo com mandato contratual conferido pelo devedor, porque se trata de prática derivada de pacto previamente ajustado e estando os juros repassados em patamares que afastem manifesta situação de abusividade. Incidência dos juros até a inatividade da conta com a administradora, aplicando-se, após, os juros e encargos legais. Repetição de indébito. Possível a repetição de indébito, além das hipóteses de erro ou coação, quando houver crédito remanescente decorrente de eventual pa-

gamento a maior. Sucumbência. Redimensionada. Apelação parcialmente provida, por maioria. (TJRS – APC 70003292877 – 18ª C.Cív. – Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho – J. 21.02.2002)

ACÇÃO REVISIONAL – CONTRATO DE FINANCIAMENTO – POSSIBILIDADE DE REVISÃO – Mesmo não tendo havido qualquer fato extraordinário ou imprevisível que tenha tornado excessivamente onerosa a contratação, é possível a revisão do contrato, diante da abusividade de algumas cláusulas, em face da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Juros remuneratórios. Limitação. Mesmo que não se admita a limitação dos juros remuneratórios em 12% ao ano com fundamento no disposto constitucional – Parágrafo 3º do art. 192 da Constituição Federal. Nem com base na Lei de Usura, não pode persistir, em face da excessiva abusividade ou onerosidade, bem como ofensa ao CCB e ao CDC, a cobrança dos juros a taxa de 10,80% ao mês, após a implantação do plano real. Correção monetária. Com a limitação dos juros remuneratórios em 12% ao ano, deve ser recomposto o valor da moeda, devendo ser aplicado o IGP-M como indexador. Repetição do indébito. Não tendo havido sequer alegação da existência de erro, dolo ou culpa quando do pagamento, descabe a repetição do indébito. Anotação do nome da devedora nos cadastros de maus pagadores. Correta a proibição da anotação do nome da devedora nos cadastros de maus pagadores até o trânsito em julgado da decisão. Sucumbência. Com o provimento parcial do apelo da autora, deve a instituição financeira arcar com a integralidade dos ônus da sucumbência. Negaram provimento a primeira apelação e deram provimento, em parte, a segunda. Unânime. (TJRS – APC 70003314457 – 15ª C.Cív. – Rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos – J. 20.02.2002).

ACÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO – CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO – POSSIBILIDADE DE REVISÃO E APLICAÇÃO DO CDC – Juros remuneratórios limitados quando demonstrada excessiva onerosidade. Questão de fato. Capitalização mensal afastada porque sem substrato legal específico. Comissão de permanência não incidente, eis que cláusula potestativa. Recurso despro-

vido. (TJRS – APC 70002429579 – 15ª C.Cív. – Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel – J. 20.02.2002).

Da leitura desta decisão, portanto, depreende-se que deve analisar algumas das cláusulas verificadas nos contratos de financiamentos sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, visando à manutenção do princípio da boa-fé.

Observe-se a posição do STJ, através das duas Turmas de Direito Privado, 3ª e 4ª, nos recentes arestos abaixo:

[...]

A limitação dos juros remuneratórios pela incidência do Código de Defesa do Consumidor depende da comprovação do abuso. 4. Nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, os juros remuneratórios cobrados pelas instituições financeiras não sofrem a limitação imposta pelo Decreto nº 22.626/33 (Lei de Usura), a teor do disposto na Súmula 596/STF, de forma que a abusividade da pactuação dos juros remuneratórios deve ser cabalmente demonstrada em cada caso, com a comprovação do desequilíbrio contratual ou de lucros excessivos, sendo insuficiente o só fato de a estipulação ultrapassar 12% ao ano ou de haver estabilidade inflacionária no período. (*AgRg no Ag 967408 DF AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2007/0237204-2* Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140). QUARTA TURMA. JULGAMENTO 19/11/2009) [...]

[...]

Ementa

CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE. LIMITAÇÃO DOS JUROS. AFASTAMENTO. CDC. INAPLICABILIDADE. LEI Nº 4.595/64. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. CONFIGURAÇÃO. AUTORIZAÇÃO DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. DESNECESSIDADE.

I - Embora seja pacífico o entendimento desta Corte no sentido da aplicabilidade das disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, no que se refere à taxa de juros, prepondera à legislação específica, Lei nº. 4.595/64, da qual resulta não existir para as instituições financeiras a restrição constante da Lei de Usura,

devendo prevalecer o entendimento consagrado na Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal.

II - A exigência de taxa de juros superiores a 12% ao ano não se condiciona à autorização do Conselho Monetário Nacional, salvo nas hipóteses de cédula de crédito rural, comercial ou industrial.

III - A configuração da divergência jurisprudencial se dá a partir do entendimento assentado como resultado do julgamento proferido pelo órgão colegiado, e não com base nas ressalvas pessoais dos seus integrantes.

*Agravo a que se nega provimento.[...] ( Data da Decisão 12/12/2002 Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Acórdão AGA 431420/RS; AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2001/0194962-0 Fonte DJ DATA:17/02/2003 PG:00272 Relator Min. CASTRO FILHO (1119)).*

Deste modo é evidente que mesmo não sofrendo submissão à Lei de Usura, isso não exime a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que demonstrada a abusividade da pactuação dos juros, bem como com a comprovação do desequilíbrio contratual ou de lucros excessivos, sendo nitidamente percebido nos contratos de cartão de crédito.

Cláudia Lima Marques, na obra *Direitos do Consumidor Endividado*, observa que é de suma importância fazer comparações internacionais quanto aos perfis dos consumidores aos respectivos mercados de crédito e às instituições. Nos Estados Unidos, Canadá e na Europa já existem várias formas de proteção ao consumidor de crédito e também tentativas de promover os bancos do povo, o crédito popular e outras formas diversas de auxílio social. Nesses lugares já se detectam doutrinas bem sucedidas a respeito da força maior social, a permitir o desenho de órgãos administrativos de amparo, educação e apoio a consumidores superendividados<sup>1</sup>.

Não obstante, a Lei 8.884/94, em seu art. 20, III; 21, XXIV, e Parágrafo Único, inciso III, classifica como infração à ordem econômica a imposição de preços excessivos, e expressa a solução que deverá ser adotada, a fim de afastar tal abusividade, "*in verbis*":

---

<sup>1</sup> MARQUES, Claudia Lima, *Direitos do Consumidor Endividado*, RT 2006, p. 8.

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos (...):

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configuram hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração de ordem econômica:

(...)

XXIV- impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço do bem ou serviço.

Parágrafo Único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

III – o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;

Como mencionado no supracitado dispositivo, quando for caracterizada existência de aplicação de preços excessivos, deverá levar em consideração aquela praticada em serviços similares de mercados competitivos comparáveis; assim sendo, é notório que os juros cobrados no Brasil equivalem a uma das maiores taxas do mundo.

Entende-se ademais que a função social do contrato, de acordo com a tendência apontada pela Constituição da República Federativa do Brasil, revelar-se-á contrariada na ideia de relativo desequilíbrio das taxas de juros apresentados por cada uma das partes, o que implica onerosidade excessiva na constituição do contrato.

Nota-se que a falta de norma regulamentadora sobre limitação dos juros leva a um contraditório desequilíbrio quando da celebração de contratos, tornando o consumidor parte vulnerável dessa história.

Desta forma, a literatura econômica das taxas de juros abusivas praticadas pelos bancos ao consumidor, ou seja, o *spread* bancário brasileiro é um dos mais altos do mundo, e cerca de 1/3 do total do *spread* bancário é lucro; este fator influencia na formação da taxa de juros tornando-a abusiva e desproporcional.

Por outro lado, caso os juros cobrados no Brasil fossem menores, tender-se-ia a diminuir a inadimplência, harmonizando as **relações de consumo, o que acaba num círculo viciado. Isto é, ao se aumentarem os juros se amplia também a inadimplência, e se ampliam os juros com receio do risco da maior inadimplência.**

Com relação à aplicação da taxa SELIC, é um índice pelo qual as taxas de juros cobradas pelo mercado se balizam no Brasil. É a taxa básica utilizada como referência pela política monetária. A taxa do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC), expressa na forma anual, é a taxa média ponderada pelo volume das operações de financiamento por um dia, lastreadas em títulos públicos federais e realizadas no SELIC, na forma de operações compromissadas. A meta para a taxa SELIC é estabelecida pelo Comitê de Política Monetária (COPOM).

Conforme o Banco Central do Brasil, a taxa apurada no SELIC é a obtida mediante o cálculo da taxa média ponderada e ajustada das operações de financiamento por um dia, lastreadas em títulos públicos federais e cursadas no referido sistema ou em câmaras de compensação e liquidação de ativos, na forma de operações compromissadas. Esclarecendo que, nesse caso, as operações compromissadas são operações de venda de títulos com compromisso de recompra assumido pelo vendedor, concomitante com compromisso de revenda assumido pelo comprador, para liquidação no dia útil seguinte. Ressaltando, ainda, que estão aptas a realizar operações compromissadas, por um dia útil, fundamentalmente as instituições financeiras habilitadas, tais como bancos, caixas econômicas, sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários e sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários.

Vide a jurisprudência abaixo sobre o caso em comento:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. JUROS MORATÓRIOS. TAXA LEGAL. CÓDIGO CIVIL, ART. 406. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. Segundo dispõe o art. 406 do Código Civil, “Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos

à Fazenda Nacional”. Assim, atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95, 84 da Lei 8.981/95, 39, § 4º, da Lei 9.250/95, 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/02). Embargos de divergência a que se dá provimento. (Embargos de Divergência EM RESP Nº 727.842 - SP (2008/0012948-4), relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão unânime da 16ª Câmara Cível, adotou a taxa SELIC como base para os juros remuneratórios, e assim decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. REVISIONAL DE CONTRATO. CONTA-CORRENTE. EMPRÉSTIMO. CARTÃO DE CRÉDITO. Juros remuneratórios de acordo com a Taxa SELIC. Capitalização dos juros possibilitada na forma anual e tão-somente em relação ao contrato de conta-corrente. Incabível cobrança de comissão de permanência. Impossibilidade da cobrança de multa compensatória. Multa moratória estabelecida em 2% sobre o débito. Compensação e repetição de indébito admitidas. Cláusula-mandato repelida. Correção monetária pelo IGP-M. Sucumbência invertida. DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70023714777, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ergio Roque Menine, Julgado em 14/05/2008).

No elucidativo acórdão, o eminente Relator discorreu:

É questão pacífica nesta 16ª Câmara Cível, a interpretação de que cláusulas contratuais que prevejam a fixação e a cobrança de juros exorbitantes são nulas de pleno direito, pois a estipulação do preço do dinheiro de consumo, esfera em que a abusividade negocial e a onerosidade expressiva dos encargos financeiros unilateralmente pactuados caracterizam conduta de má-fé, promovendo o enriquecimento ilícito do credor e o simultâneo empobrecimento sem causa do devedor. No caso concreto, os juros remuneratórios devem ser reduzidos, com

fundamento no Código de Defesa do Consumidor. [...]

Dessa forma, a teor do artigo 51, parágrafo 1º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, e observada a relação de consumo, são nulas as obrigações abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada frente ao fornecedor, respeitada a natureza do contrato.

Importa ressaltar que o índice dos juros remuneratórios contratado não pode, contrariando a razoabilidade, extrapolar demasiadamente a taxa utilizada para o pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Assim, deverá incidir a taxa SELIC, taxa média de mercado criada pelo Banco Central, para remunerar os títulos públicos e utilizada para pagamento de imposto de renda devidos à Fazenda Nacional, somado aos juros de 1% (um por cento) ao mês.

Com efeito, a referida taxa é adotada por remunerar e atualizar monetariamente o capital objeto de mútuo e não trazer qualquer prejuízo às partes contratantes, defendido o equilíbrio contratual. Acrescentando-se o valor de 1% (um por cento) ao mês que está vigendo em diversos contratos de financiamento no país.

Cumprе salientar que a ADI 2.591/DF não aduz sobre a não aplicabilidade do CDC aos contatos de cartão de crédito, bem como não afasta a averiguação de abusividade ou distorções contratuais.

Diante do exposto, opina esta RPGM pela revisão das taxas de juros aplicadas, utilizando-se como parâmetro a aplicabilidade nas planilhas de cálculo 1% ao mês + taxa SELIC proporcional ao mês. Devendo a empresa examinar a excessiva cobrança de juros em suas operações, a fim de equilibrar a relação do contrato, frente à hipossuficiência do consumidor e aos princípios verificados para manutenção da ordem econômica, os quais foram anteriormente mencionados. Fundamenta-se o presente opinativo no art. 4º, III, do CDC, que enfatiza o equilíbrio contratual.

É o que nos parece, S. M. J.



# RESPONSABILIDADE TÉCNICA NA EXECUÇÃO DO PROCEDIMENTO DE CARBOXITERAPIA

## **Joelma Santos**

Procuradora do Município do Salvador. Ex-Promotora de Justiça do Estado de Alagoas. Ex-Procuradora da Fazenda do Estado da Bahia. Ex-Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia

**Processo Nº .../2015**

**Interessada: SMS (DVIS/VISA)**

**Assunto: Consulta**

## **Parecer Nº .../2015**

A Diretoria Geral de Vigilância da Saúde e sua Subcoordenação de Vigilância Sanitária, da Secretaria Municipal da Saúde, por conduto do Ofício DVIS/VISA nº .../2015 (fls. 01/02), consultam acerca da legalidade de ato denegatório de alvará de funcionamento a estabelecimento onde se pretende, sob responsabilidade técnica de fisioterapeuta, executar procedimento de carboxiterapia. O questionamento visa subsidiar resposta a pedido de esclarecimentos encaminhado pelo Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 7ª Região (CREFITO-7). Instruem o feito: a) Ofício/CREFITO-7/GAPRE/Nº .../2015 (fls. 03/04); b) Lei nº 12.842/2013 - *Dispõe sobre o exercício da Medicina* (fls. 05/07); c) razões dos *Vetos ao Ato Médico*, extraídas do endereço eletrônico <http://www12.senado.gov.br/noticias/infograficos/2013/07/quadro-vetos-ao-ato-medico> (fls. 08/10); d) Acórdão nº 293/12, emanado do Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional - COFFITO (fls. 11/15).

O CREFITO-7 solicitou esclarecimentos em decorrência de “*reclamação de profissional fisioterapeuta regularmente inscrita nesse regional e em pleno gozo de suas prerrogativas legais e profissionais*” de que seu pedido de alvará de funcionamento para clínica de Fisioterapia teria sido negado pela VISA. Acrescentou que a clínica também está regularmente inscrita no Conselho e possui responsável técnica devidamente habilitada para o exercício da Fisioterapia. Ciente de que a recusa da licença teria sido motivada pela exigência de profissional médico como responsável técnico para o serviço de carboxiterapia, segundo termos da Portaria Estadual nº 2101/90, argumentou que: a. “*o controle social sobre as respectivas profissões regulamentadas*” compete aos *conselhos profissionais*, e não, ao órgão sanitário municipal; b. o procedimento encontra-se regulamentado pelo Acórdão nº 293/12, do COFFITO; c. para institutos ou clínicas de Fisioterapia, a referida Portaria exige responsável técnico fisioterapeuta ou fisiatra.

As consulentes elencaram as seguintes justificativas para o indeferimento:

a. o caráter de “*tratamento estético, **invasivo***” da técnica (destaque original);

b. a definição de estabelecimentos de estética *sob responsabilidade médica* contida em normas estaduais: *Lei nº 3.982/81 (Capítulo XII – Dos Institutos e Clínicas de Beleza sob Responsabilidade Médica)* e *Portaria nº 2101/90 (Seção IV - Instituto de Beleza e Estética)*;

c. a admissão, pelo COFFITO, no *Acórdão nº 293/12*, de cuidar-se de “*técnica de risco, factível de desenvolver efeitos adversos*”;

d. a consideração, como não invasivos, de “*apenas três procedimentos (**punção, drenagem e acupuntura**)*” (destaque original), haja vista sua citação nas razões do veto aos incs. I e II do § 4º do art. 4º da Lei Federal nº 12.842/13, em que definido o que são *procedimentos invasivos*, já que, apesar de ter sido editada após o mencionado Acórdão, a lei não especificou que “*o procedimento de **injetar um gás carbônico caberia a outro profissional***” (*idem*).

É o que cumpre relatar.

A liberdade de escolha e exercício de atividade laborativa lícita assenta-se em matriz constitucional. A Constituição Federal enuncia os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* como fundamentos da República no art. 1º, inc. IV. Em decorrência, nos moldes do art. 170, *caput*, o Estado brasileiro adota a *valorização do trabalho humano* e a *livre iniciativa* como fundamentos da ordem econômica. Com particular interesse, o que ora se destaca, porém, é o direito fundamental individual à liberdade de opção e atuação em trabalho, ofício ou profissão, consagrado

no art. 5º, inc. XIII. A regra é a amplitude deste princípio constitucional de liberdade, ratificado no parágrafo único do citado art. 170. Nada obsta, contudo, a que o Poder Público, em caráter excepcional, restrinja a aplicabilidade da norma em foco, *regulamentando profissões*, sempre que o interesse público o exigir em face do *risco* insito à prática profissional *indevida*, respeitada a competência *federal*, nos termos dos aludidos inc. XIII e parágrafo único, e do art. 22, inc. XVI, parte final. Confirmam-se os dispositivos (destaques acrescidos):

*Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

*IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;*

*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, **garantindo-se** aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*XIII - **é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;***

*Art. 22. Compete privativamente à **União legislar** sobre:*

*XVI - **organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;***

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

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

Firme que o livre exercício de profissões só pode ser limitado por *qualificações profissionais* e condições veiculadas em norma federal, o exame da questão

proposta parte do Decreto-Lei nº 938/69, que “*Provê sobre as profissões de fisioterapeuta e terapeuta ocupacional, e dá outras providências*”, e da Lei nº 6.316/75, que “*Cria o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Fisioterapia e Terapia Ocupacional e dá outras providências*”. Do primeiro texto, apreendem-se as exigências de específica formação acadêmica superior (art. 2º) e registro do respectivo diploma no órgão competente (art. 7º). O segundo, por sua vez, instituiu o Conselho Federal e os Regionais, com natureza jurídica de *autarquia federal* – entidade da administração descentralizada da União – *vinculada ao Ministério do Trabalho* (art. 1º, § 1º), e lhes incumbiu de *normatizar e fiscalizar o exercício das profissões de Fisioterapeuta e Terapeuta Ocupacional* (arts. 1º, *caput*, 5º, 7º e 12), punindo eventuais infrações disciplinares (art. 16), no exercício da competência outorgada à União no art. 22, inc. XVI, suso transcrito. Seguem os preceitos reportados (destaques acrescidos):

*Art. 2º O **fisioterapeuta** e o **terapeuta ocupacional**, **diplomados por escolas e cursos reconhecidos**, são **profissionais de nível superior**.*

*Art. 7º Os **diplomas conferidos pelas escolas ou cursos** a que se refere o artigo 2º **deverão ser registrados no órgão competente do Ministério da Educação e Cultura**.*

*Art. 1º São criados o **Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Fisioterapia e Terapia Ocupacional**, com a **incumbência de fiscalizar o exercício das profissões de Fisioterapeuta e Terapeuta Ocupacional definidas no Decreto-lei nº 938, de 13 de outubro de 1969**.*

*§ 1º **Os Conselhos Federal e Regionais a que se refere este artigo constituem, em conjunto, uma autarquia federal vinculada ao Ministério do Trabalho**.*

*§ 2º O Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional terá sede e foro no Distrito Federal e jurisdição em todo o País e os Conselhos Regionais em Capitais de Estados ou Territórios.*

*Art. 5º Compete ao **Conselho Federal**:*

**II - exercer função normativa, baixar atos necessários à interpretação e execução do disposto nesta Lei e à fiscalização do exercício profissional, adotando providências indispensáveis à realização dos objetivos institucionais;**

**III - supervisionar a fiscalização do exercício profissional em todo o território nacional;**

**VI - examinar e aprovar os Regimentos dos Conselhos Regionais, modificando o que se fizer necessário para assegurar unidade de orientação e uniformidade de ação;**

**VII - conhecer e dirimir dúvidas suscitadas pelos Conselhos Regionais e prestar-lhes assistência técnica permanente;**

**XI - dispor, com a participação de todos os Conselhos Regionais, sobre o Código de Ética Profissional, funcionando como Tribunal Superior de Ética Profissional;**

**XII - estimular a exação no exercício da profissão, velando pelo prestígio e bom nome dos que a exercem;**

Art. 7º Aos Conselhos **Regionais**, compete:

**III - fiscalizar o exercício profissional na área de sua jurisdição, representando, inclusive, às autoridades competentes, sobre os fatos que apurar e cuja solução ou repressão não seja de sua alçada;**

**IV - cumprir e fazer cumprir as disposições desta Lei, das resoluções e demais normas baixadas pelo Conselho Federal;**

**V - funcionar como Tribunal Regional de Ética, conhecendo, processando e decidindo os casos que lhe forem submetidos;**

**XII - estimular a exação no exercício da profissão, velando pelo prestígio e bom conceito dos que a exercem;**

**XIII - julgar as infrações e aplicar as penalidades previstas nesta Lei e em normas complementares do Conselho Federal;**

Art. 12. O livre exercício da profissão de Fisioterapeuta e Terapeuta Ocupacional, em todo território nacional, somente é permitido ao portador de Carteira Profissional expedida por órgão competente.

Parágrafo único. **É obrigatório o registro nos Conselhos Regionais das empresas cujas finalidades estejam ligadas à fisioterapia ou terapia ocupacional, na forma estabelecida em Regulamento.**

Art. 16. Constitui *infração disciplinar*:

*I - transgredir preceito do Código de Ética Profissional;*

*II - exercer a profissão quando impedido de fazê-lo, ou facilitar, por qualquer meio, o seu exercício aos não registrados ou aos leigos;*

*VII - faltar a qualquer dever profissional prescrito nesta Lei;*

Observando a *atribuição legal de disciplinar o exercício profissional* (art. 5º, inc. II, Lei nº 6.316/75), o Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional – COFFITO editou o Acórdão nº 293/12, contendo a “***Normalização das Técnicas e recursos próprios da Fisioterapia Dermatofuncional***” (destaques acrescidos). A justificativa à expedição do ato colegiado se apoiou exatamente nos requisitos que legitimam a *regulamentação das profissões* – a exigência de conhecimento científico especializado e o potencial *risco* inerente à atividade inadequada – e foi assim explicitada: “*O tratamento fisioterapêutico Dermatofuncional, assim como todos os outros tratamentos podem oferecer diferentes graus de risco à saúde da população*” (*idem*). Dentre as várias definições de *risco*, consignou-se que, “*Para o COFFITO, risco, independente do seu nível, decorre do exercício profissional sem a observância das regulamentações técnicas estabelecidas por esta Autarquia, nos termos de sua competência legal.*” (*idem*). Como *técnica própria da Fisioterapia Dermatofuncional*, descreveu a *carboxiterapia*, reconhecendo-lhe o risco intrínseco, e, além da observância de vários outros critérios, *recomendou ao Fisioterapeuta ser certificado Especialista Profissional, sem excluir*, entretanto, a execução do procedimento por “*profissional capacitado*”, desde que apresente “*ao CREFITO documentos que comprovem devida habilitação para atuar com a técnica*”.

É a Resolução nº 394/11 que “*Disciplina a Especialidade Profissional de Fisioterapia Dermatofuncional e dá outras providências*”. Os arts. 3º e 4º arrolam as *áreas e disciplinas* cujos *conhecimento e domínio* são requeridos para o exercício profissional correspondente. A abrangência da especialidade revela maior complexidade que a pura intervenção *estética*, consoante discriminado nos arts. 5º e 7º. De acordo com o art. 6º, inc. I, a *responsabilidade técnica* é atribuição expressamente autorizada ao Fisioterapeuta especialista. Embora, no caso sob comento, não haja notícia quanto à certificação da interessada requerente, convém se adotarem tais normas como parâmetros, já que a entidade fiscalizadora da profissão dispensa a pós-graduação, caso o profissional comprove a *habilitação* para aplicar a técnica da carboxiterapia (destaques acrescidos):

*Art. 5º - Para efeito de registro das **áreas de atuação desta especialidade**, são reconhecidas as seguintes:*

*I – Fisioterapia Dermatofuncional no **Pré e Pós-operatório de Cirurgia Plástica**;*

*II – Fisioterapia Dermatofuncional no **Pré e Pós-operatório de Cirurgia Bariátrica**;*

*III – Fisioterapia Dermatofuncional em **Angiologia e Linfologia**;*

*IV – Fisioterapia Dermatofuncional em **Dermatologia**;*

*V – Fisioterapia Dermatofuncional em **Estética e Cosmetologia**;*

*VI – Fisioterapia Dermatofuncional em **Endocrinologia**;*

*VII – Fisioterapia Dermatofuncional em **Queimados**.*

**§1º: O COFFITO disporá acerca do Certificado das áreas de atuação do Especialista Profissional em Fisioterapia Dermatofuncional, nos termos do Título VII da Resolução COFFITO 377/2010.**

**§2º: Transcorrido prazo mínimo de seis meses a contar do registro de especialidade, o profissional poderá requerer o certificado de área de atuação e seu respectivo registro, devendo atender os critérios definidos em Portaria editada pelo presidente do COFFITO.**

*Art. 6º - O Fisioterapeuta especialista profissional em Fisioterapia Dermatofuncional pode exercer as seguintes atribuições, entre outras:*

*I – Coordenação, supervisão e **responsabilidade técnica**;*

*Art. 7º - A atuação do Fisioterapeuta Dermatofuncional se caracteriza pelo exercício profissional em todos os níveis de atenção à saúde, em todas as fases do desenvolvimento ontogênico, com ações de prevenção, promoção, proteção, educação, intervenção, recuperação e reabilitação do cliente/paciente/usuário, nos seguintes ambientes, entre outros:*

*I – Hospitalar;*

*II – Ambulatorial (clínicas, consultórios, centros de saúde);*

*III – Domiciliar e Home Care;*

*IV – Públicos;*

*V – Filantrópicos;*

*VI – Militares;*

*VII – Privados;*

*VIII – Terceiro Setor;*

Das disposições examinadas, constata-se que a *carboxiterapia* é *técnica própria da Fisioterapia Dermatofuncional* – especialidade reconhecida por meio de ato expedido pelo Conselho Federal competente, no cumprimento de sua *função normativa* – com propósito terapêutico, e não, meramente estético (Acórdão nº 293/12). A referida entidade integra a Administração Indireta da União e, investida de parcela do poder estatal, desempenha atividades de polícia sobre a profissão. É a autarquia federal que detém legitimidade, atribuída legalmente, para impor limites ao exercício profissional, *regulamentando-o* e *fiscalizando-o* (Lei nº 6.316/75). Na efetivação de seu mister institucional, com o intuito de resguardar a saúde e a integridade física da coletividade, prevenindo *riscos*, o COFFITO disciplinou as áreas e os ambientes de atuação do Fisioterapeuta Dermatofuncional, admitindo-lhe a assunção de responsabilidade técnica pelos serviços executados (Resolução nº 394/11). Assentes tais premissas, veja-se que a *definição do procedimento*, citada pelo Colegiado no Acórdão nº 293/12, coaduna-se com a descrição da *atividade privativa do fisioterapeuta* e seu campo de ação, inserta nos arts. 3º e 5º do Decreto-Lei nº 938/69 e regulamentada, pelo COFFITO, no art. 3º da Resolução nº 08/78, que “*Aprova as Normas para habilitação ao exercício das profissões de fisioterapeuta e terapeuta ocupacional e dá outras providências*”, e no art. 1º da Resolução nº 80/87, que “*Baixa Atos Complementares à Resolução COFFITO-8, relativa ao exercício profissional do FISIOTERAPEUTA, e à Resolução COFFITO-37, relativa ao registro de empresas nos Conselhos Regionais de Fisioterapia e Terapia Ocupacional, e dá outras providências*” (destaques acrescidos):

*A carboxiterapia é uma técnica onde se utiliza o gás carbônico (dióxido de carbono ou CO<sub>2</sub> ou anidro-carbônico) injetado no tecido transcutâneo, estimulando assim efeitos fisiológicos como melhora da circulação e oxigenação tecidual, angiogênese e incremento de fibras colágenas, podendo ser utilizado no tratamento do fibro edema gelóide, de lipodistrofias localizadas, além da melhora da qualidade da cicatriz, melhora da elasticidade e irregularidade da pele (Brandi et al., 2001, 2004; Hidekazul, ET al., 2005, Goldman ET al., 2006; Worthington, Lopez, 2006, Lee, 2008, Nach, ET al., 2010).*

*Art. 3º É atividade privativa do fisioterapeuta executar métodos e técnicas fisioterápicos com a finalidade de restaurar, desenvolver e conservar a capacidade física do cliente.*



Art. 5º Os **profissionais** de que tratam os artigos 3º e 4º **poderão**, ainda, no campo de atividades específica de cada um:

**I - Dirigir serviços em órgãos e estabelecimentos públicos ou particulares, ou assessorá-los tecnicamente;**

**II - Exercer o magistério nas disciplinas de formação básica ou profissional, de nível superior ou médio;**

**III - supervisionar profissionais e alunos em trabalhos técnicos e práticos.**

Art. 3º. **Constituem atos privativos do fisioterapeuta prescrever, ministrar e supervisionar terapia física, que objetive preservar, manter, desenvolver ou restaurar a integridade de órgão, sistema ou função do corpo humano, por meio de:**

**I - ação, isolada ou concomitante, de agente** termoterápico ou crioterápico, hidroterápico, **aeroterápico**, fototerápico, eletroterápico ou sonidoterápico, determinando:

a) o objetivo da terapia e a programação para atingí-lo;

b) a fonte geradora do agente terapêutico, com a indicação de particularidades na utilização da mesma, quando for o caso;

c) a região do corpo do cliente a ser submetida à ação do agente terapêutico;

d) a dosagem da frequência do número de sessões terapêuticas, com a indicação do período de tempo de duração de cada uma; e

e) a técnica a ser utilizada; e

**II - utilização, com o emprego ou não de aparelho, de exercício respiratório, cárdio-respiratório, cárdio-vascular, de educação ou reeducação neuro-muscular, de regeneração muscular, de relaxamento muscular, de locomoção, de regeneração osteo-articular, de correção de vício postural, de adaptação ao uso de ortese ou prótese e de adaptação dos meios e materiais disponíveis, pessoais ou ambientais, para o desempenho físico do cliente, determinando:**

a) o objetivo da terapia e a programação para atingí-lo;

b) o segmento do corpo do cliente a ser submetido ao exercício;

c) a modalidade do exercício a ser aplicado e a respectiva intensidade;

- d) a técnica de massoterapia a ser aplicada, quando for o caso;
- e) a orientação ao cliente para a execução da terapia em sua residência, quando for o caso;
- f) a dosagem da frequência e do número de sessões terapêuticas, com a indicação do período de tempo de duração de cada uma.

Artigo 1º. É **competência do FISIOTERAPEUTA**, elaborar o diagnóstico fisioterapêutico compreendido como avaliação físico-funcional, sendo esta, um processo pelo qual, através de metodologias e técnicas fisioterapêuticas, são analisados e estudados os desvios físico-funcionais intercorrentes, na sua estrutura e no seu funcionamento, com a finalidade de detectar e parametrar as alterações apresentadas, considerados os desvios dos graus de normalidade para os de anormalidade; prescrever, baseado no constatado na avaliação físico-funcional as técnicas próprias da Fisioterapia, qualificando-as e quantificando-as; **dar ordenação ao processo terapêutico baseando-se nas técnicas fisioterapêuticas indicadas; induzir o processo terapêutico no paciente;** dar altas nos serviços de Fisioterapia, utilizando o critério de reavaliações sucessivas que demonstrem não haver alterações que indiquem necessidade de continuidade destas práticas terapêuticas.

A Vigilância Sanitária, por sua vez, é assim definida no art. 6º da Lei nº 8.080/90, a Lei Orgânica da Saúde, que “Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências” (destaques acrescentados):

§ 1º **Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capazes de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo:**

I - o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; e

II - o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.

A Portaria Ministerial nº 1.565/94 – GM/MS, que “*Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e sua abrangência, esclarece a competência das três esferas de governo e estabelece as bases para a descentralização da execução de serviços e ações de vigilância em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde*”, ao tratar “*Da abrangência do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária*”, assim minudencia a matéria (destaques acrescentados):

Art. 3º **Entende-se por vigilância sanitária** o conjunto de **ações** capazes de:

**I - eliminar, diminuir ou prevenir riscos e agravos à saúde do indivíduo e da coletividade;**

**II - intervir nos problemas sanitários decorrentes da produção, distribuição, comercialização e uso de bens de capital e consumo, e da prestação de serviços de interesse da saúde; e**

**III - exercer fiscalização e controle sobre o meio ambiente e os fatores que interferem na sua qualidade, abrangendo os processos e ambientes de trabalho, a habitação e o lazer.**

*Parágrafo único. As ações de vigilância sanitária enunciadas neste artigo incluem necessariamente:*

*a) as medidas de interação da política de saúde com as políticas econômicas e sociais cujos resultados constituem fatores determinantes e condicionantes do nível de saúde da população;*

*b) as medidas de interação dos profissionais de saúde em exercício nas atividades de vigilância sanitária com os órgãos e entidades, governamentais e não-governamentais, de defesa do consumidor e da cidadania;*

*c) o controle de todas as etapas e processos, da produção ao uso de bens de capital e de consumo e de prestação de serviços que, direta ou indiretamente, se relacionam com a saúde, com vista à garantia da sua qualidade; e*

*d) as ações destinadas à promoção e proteção da saúde do trabalhador submetido aos riscos e agravos advindos dos processos e ambiente de trabalho.*

Mais especificamente, o Decreto Federal nº 77.052/76, que “*Dispõe sobre a fiscalização sanitária das condições de exercício de profissões e ocupações*

técnicas e auxiliares, relacionadas diretamente com a saúde”, estatui (destaques acrescidos):

Art. 1º A verificação das condições de exercício de profissões e ocupações técnicas e auxiliares relacionadas diretamente com a saúde, por parte das autoridades sanitárias dos órgãos de fiscalização das Secretarias de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios Federais, obedecerá em todo o território nacional, ao disposto neste Decreto e na legislação estadual.

Art. 2º Para cumprimento do disposto neste Decreto as autoridades sanitárias mencionadas no artigo anterior, no desempenho da ação fiscalizadora, observarão os seguintes requisitos e condições:

I - Capacidade legal do agente, através do exame dos documentos de habilitação inerentes ao seu âmbito profissional ou ocupacional, compreendendo as formalidades intrínsecas e extrínsecas do diploma ou certificado respectivo, tais como, registro expedição por estabelecimentos de ensino que funcionem oficialmente de acordo com as normas legais e regulamentares vigentes no País e inscrição dos seus Titulares, quando for o caso, nos Conselhos Regionais pertinentes, ou em outros órgãos competentes previstos na legislação federal básica de ensino.

II - Adequação das condições do ambiente onde se processa a atividade profissional, para a prática das ações que visem à promoção, proteção e recuperação da saúde.

III - Existência de instalações, equipamentos e aparelhagem indispensáveis e condizentes com as suas finalidades, e em perfeito estado de funcionamento.

IV - Meios de proteção capazes de evitar efeitos nocivos à saúde dos agentes, clientes, pacientes, e dos circunstantes.

V - Métodos ou processos de tratamento dos pacientes, de acordo com critérios científicos e não vedados por lei, e técnicas de utilização dos equipamentos.

Art. 4º Para o cabal desempenho da ação fiscalizadora estabelecida por este Decreto as autoridades sanitárias competentes deverão

**abster-se de outras exigências que impliquem na repetição, ainda que para efeito de controle, de procedimentos não especificados neste Regulamento ou que se constituam em atribuições privativas de outros órgãos públicos, tais como exames para aferição de conhecimentos, provas de suficiência, constituição e participação de bancas examinadoras em cursos não reconhecidos pelos Conselhos Federal, ou Estaduais de Educação, registros de diplomas e inscrição dos habilitados nos órgãos sanitários, sem expressa previsão de lei.**

Depreende-se que, conforme norma expressa, é vedado às autoridades sanitárias extrapolar sua função de fiscalização da existência de habilitação legal do profissional e das condições higiênico-sanitárias atinentes ao exercício de profissões relacionadas diretamente com a saúde. Embora o art. 1º reproduzido não se refira aos órgãos municipais, tais instâncias estão evidentemente vinculadas à observância da sobredita proibição. Importa recordar que o Decreto foi editado em 1976, quando a Lei nº 6.229/75 estruturava o Sistema Nacional de Saúde, enquanto a municipalização dos serviços abrangidos só foi concebida pela Carta Magna de 1988 e implementada a partir da Lei nº 8.080/90.

A atuação da Vigilância Sanitária local, além de respaldada na Lei Municipal nº 5.503/99 (*Código de Polícia Administrativa do Município do Salvador*), encontra-se adstrita à Lei Municipal nº 5.504/99 (*Código Municipal de Saúde*), da qual se extraem as seguintes determinações, especialmente os arts. 63 e 70 (destaques acrescidos):

*Art. 53 - A Prefeitura Municipal de Salvador, através da Secretaria Municipal da Saúde, e em articulação intra e interinstitucional, exercerá **ações de vigilância sanitária capazes de eliminar, reduzir e prevenir riscos e agravos à saúde e ao bem estar do indivíduo e da coletividade.***

*Art. 55 - A vigilância Sanitária, no seu **nível de competência estabelecido pela legislação federal vigente, atuará sobre:***

***I - Higiene das habitações e dos estabelecimentos que direta ou indiretamente exerçam ou prestem serviços de interesse para a saúde;***

SEÇÃO II

VIGILÂNCIA SANITÁRIA DOS ESTABELECIMENTOS

Art. 58 - Consideram-se **estabelecimentos de interesse à saúde** aquelas de qualquer natureza, de direito público ou privado, onde **realizam ações e serviços direta ou indiretamente ligados à saúde, sujeitos portanto a inspeção e fiscalização da Autoridade Sanitária.**

I - Estabelecimentos que prestam serviços de saúde:

b) **De apoio diagnóstico e terapêutico;**

Art. 61 - **Todos os estabelecimentos de que trata o artigo 58 desta Lei somente poderão funcionar após a liberação do Alvará de Saúde** ou da Autorização Especial, conforme definição desta Lei.

Parágrafo Único - O Alvará de Saúde e a Autorização Especial serão concedidos **após inspeção das instalações pela Autoridade Sanitária Municipal, que verificará o cumprimento do que determina esta Lei, e outras leis federais e estaduais pertinentes.**

**Art. 63 - A Autoridade Sanitária, no exercício da ação de inspeção e fiscalização, verificará:**

**I - Localização adequada e conveniente do ponto de vista sanitária;**

**II - Aspectos gerais da construção;**

**III - Áreas de circulação e anexos;**

**IV - Iluminação e ventilação;**

**V - Instalações elétricas e hidráulicas;**

**VI - Equipamentos e utensílios;**

**VII - Avaliação de saúde dos funcionários;**

**VIII - Acondicionamento do lixo e destino final dos resíduos;**

**IX - Condições higiênicas - sanitárias do estabelecimento;**

**X - Certificados de desratização, desinsetização, higienização, desinfecção dos reservatórios de água;**

**XI - Condições de trabalho.**

Parágrafo Único - A autoridade Sanitária Municipal, **quando couber, deverá, nas inspeções aos estabelecimentos definidos nesta Lei, exigir o cumprimento às normas de Boas Práticas de Fabricação e de Prestação de Serviços, estabelecidas em normas pertinentes e exigências relativas à responsabilidade técnica.**

SEÇÃO III

DA VIGILÂNCIA DOS ESTABELECIMENTOS QUE PRESTAM SERVIÇOS DE SAÚDE

Art. 68 - Para fins desta Lei de normas técnicas especiais, consideram-se **estabelecimentos que prestam serviços de saúde**, os de atendimento médico odontológico, **os de apoio diagnóstico e terapêutico**, e os de assistência complementar **destinados a promover, proteger e prevenir o indivíduo e a coletividade dos danos causados por doenças e agravos à saúde, bem como aqueles destinados a reabilitar e recuperar a capacidade física, psíquica ou social.**

Art. 69 - Os **estabelecimentos que prestam serviços de saúde** têm as seguintes **denominações gerais**.

III - **Serviços de apoio diagnóstico terapêutico**, entendendo-se por **eles serviços** intra-hospitalares ou autônomos tais como os de radiografia diagnóstica, radioterapia, análises clínicas, patologia clínica, ultrassonografia, anatomia patológica, hemodiálise, diálise peritoneal, **fisioterapia**, fisioterapia, medicina nuclear, laboratório de radioisótopos, endoscopia, hemoterapia, eletroneuromiografia, eletrocardiografia, análises metabólicas e endocrinológicas, provas respiratórias, provas hemodinâmicas, tomografia, ressonância magnética, unidades de sorologia, ecocardiografia, audiometria, fonoaudiologia, banco de órgãos, de tecidos e de sangue, laboratórios e outros que venham a ser definidos e disciplinados em legislação própria;

Art. 70 - A instalação e funcionamento dos estabelecimentos que prestam serviços de saúde **terão obrigatoriamente de obedecer o disposto nesta Lei, e na legislação federal, estadual e normas técnicas especiais vigentes**, quanto:

- a) Ao projeto arquitetônico, elétrico e hidráulico;
- b) À organização físico-funcional, relacionando atividades, atribuições, fluxos e Recursos humanos;
- c) Às áreas mínimas e instalações prediais;
- d) Ao sistema de esgotamento sanitário e descarte de dejetos;
- e) Ao abastecimento de água e seu respectivo controle microbiológico;
- f) À segurança;
- g) A equipamentos e utensílios.

*Art. 71 - Os estabelecimentos referidos nesta seção funcionarão, obrigatoriamente sob-responsabilidade técnica única, ou de seu substituto legal, ainda que mantenham em suas dependências prestação de serviços profissionais autônomos ou de empresas médico - odontológico.*

*Parágrafo Único - Ao responsável técnico e ao seu substituto legal competem assegurar as condições técnicas adequadas ao funcionamento dos serviços de saúde e o controle na utilização de produtos, substâncias, equipamentos e utensílios, de forma a garantir o bem estar de empregados e usuários.*

*Art. 208 - Alvará de Saúde é a licença específica expedida pela Secretaria Municipal da Saúde, após o cumprimento de exigências higiênico-sanitárias e documentais estabelecidas nesta Lei e nas demais pertinentes.*

*Art. 213 - Ao Responsável Técnico cabe:*

*I - Apresentar documento de registro no conselho regional de classe respectivo;*

*II - Comprovante atualizado de pagamento da anuidade no órgão de classe;*

*III - Assinatura de Termo de Responsabilidade, conforme modelo disponível no órgão sanitário da Secretaria Municipal da Saúde.*

A par de tais considerações, convém analisar, ainda, a legislação estadual arguida como suporte ao ato administrativo questionado: a Lei nº 3.982/81 e a Portaria nº 2.101/90. Enquanto as consulentes invocaram os arts. 180 e 181 do primeiro diploma normativo, a respeito “DOS INSTITUTOS E CLÍNICAS DE BELEZA SOB RESPONSABILIDADE MÉDICA”, e a definição de “INSTITUTO DE BELEZA E ESTÉTICA” contida no segundo texto, a entidade requerente argumentou que a Portaria atribui a *responsabilidade técnica por institutos e clínicas de fisioterapia a fisioterapeuta ou fisiatra*. A exposição prévia evidenciou o caráter *terapêutico, não só estético*, do procedimento ensejador da controvérsia – a *carboxiterapia*, bem como a *habilitação técnico-científica* do fisioterapeuta para executá-lo, em compatibilidade com a pertinente regulamentação das condições de exercício profissional. Em face desses aspectos, impõe-se averiguar o regramento normativo



incidente sobre cada espécie de estabelecimento - de *estética* e de *fisioterapia* (destaques acrescentados):

*Lei nº 3.982/81: Dispõe sobre o Subsistema de Saúde do Estado da Bahia, aprova a legislação básica sobre promoção, proteção e recuperação da saúde e dá outras providências*

#### CAPÍTULO XI - DOS INSTITUTOS OU CLÍNICAS DE **FISIOTERAPIA**

Art. 174 - Os **institutos ou clínicas de fisioterapia**, assim entendidos os **estabelecimentos nos quais são utilizados agentes físicos com finalidade terapêutica**, mediante prescrição do médico, somente poderão funcionar após licenciados, **sob a direção e responsabilidade de profissional habilitado** e com termo de responsabilidade assinado perante o órgão sanitário competente, **devendo o tratamento prescrito ser executado por pessoal técnico legalmente habilitado**.

Art. 179 - Em todas as placas indicativas, anúncios, ou formas de propaganda dos institutos ou clínicas de fisioterapia, deverá ser mencionado com destaque a expressão “sob a Responsabilidade Técnica” seguida do nome completo de profissional, sua habilitação e número de inscrição no respectivo Conselho Regional.

#### CAPÍTULO XII - DOS INSTITUTOS E CLÍNICAS DE **BELEZA SOB RESPONSABILIDADE MÉDICA**

Art. 180 - Os **institutos e as clínicas de beleza, sob a responsabilidade médica**, são estabelecimentos que se destinam **exclusivamente a tratamento com finalidade estética**, envolvendo **atividades que só podem ser exercidas por profissional habilitado**.

Art. 181 - É obrigatória a presença do médico responsável legalmente habilitado ou de seu substituto legal, com termos de responsabilidade assinado perante órgão sanitário competente, durante todo o horário de funcionamento do estabelecimento.

*Portaria nº 2.101/90: Estabelece Normas de Vigilância Sanitária*

INSTITUTO DE **BELEZA E ESTÉTICA**

Seção I

Definição

*Os **Institutos e as Clínicas de Beleza sob a responsabilidade médica**, são estabelecimentos que **se destinam exclusivamente a tratamento com finalidade estética**, envolvendo **atividades que só podem ser exercidas por profissionais legalmente habilitados**.*

Seção III

Do Funcionamento

*Art. 25 Nos **Institutos de Beleza, Estética, e congêneres somente poderão ser usados** aparelhos, instrumentos e acessórios, bem como **cosméticos, produtos para higiene pessoal e outros de natureza e finalidade idênticas**, quando devidamente aprovados ou registrados no órgão de Vigilância Sanitária competente do Ministério da Saúde.*

INSTITUTOS OU CLÍNICAS DE **FISIOTERAPIA**

Seção I

Definição

*São estabelecimentos nos quais **são utilizados agentes físicos com finalidade terapêutica**, mediante **prescrição médica**.*

Seção III

Da Assistência e Responsabilidades Técnicas

*Art. 39 Os **Institutos ou Clínicas de Fisioterapia**, devidamente licenciados, **só poderão funcionar com presença obrigatória de profissional responsável, um fisiatra ou fisioterapeuta**, ou de seu substituto legalmente habilitado.*

Infere-se de tais prescrições a distinção do tratamento legal entre os estabelecimentos *exclusivamente de estética* e os de *fisioterapia*. Uma vez que não consta dos autos a documentação relativa ao pedido do alvará de funcionamento, o que se pode afirmar é que só a adequada classificação do instituto ou da clínica conduzirá à definição segura do profissional ao qual cabe a responsabilidade técnica. A diferenciação entre as espécies leva em conta a finalidade dos procedimentos executados: as primeiras se dedicam *exclusivamente* à intervenção *estética* e devem funcionar sob *responsabilidade técnica de médico*, enquanto as segundas orientam-se a fim *terapêutico* e demandam *responsabilidade técnica de fisioterapeuta ou fisiatra*. Além da especificação dos serviços que se propõem a prestar (art. 17 da Portaria), aquelas devem obedecer a *condições de licenciamento* (arts. 18 a 22) diferentes das exigidas destas (art. 37), *constatadas através de vistoria* em ambos os casos. Em comum, as duas devem manter, em *livro próprio, registro diário dos tratamentos prescritos*, discriminando, entre outros dados, a identificação e o endereço do médico (arts. 24 e 38). O Decreto nº 29.414/83, que regulamenta a Lei nº 3.982/81, não acrescenta informação concernente à responsabilidade técnica em tais estabelecimentos (arts. 256 a 262 – fisioterapia, e 263 a 267 – estética).

Não obstante todos os elementos de convicção apresentados, impende esclarecer o alcance do veto aos incs. I e II do § 4º do art. 4º da Lei nº 12.842/13, que “*Dispõe sobre o exercício da Medicina*”. Compreende-se equivocadamente o entendimento das consulentes, de que “*os Incisos I e II foram vetados levando em conta apenas três procedimentos (punção, drenagem e acupuntura)*”. Ditos procedimentos foram citados apenas como *exemplos*, segundo se constata da exata redação das respectivas razões: “... (*ex: punções, drenagens e acupuntura*)” (destaque acrescido).

Igualmente carece de suporte a interpretação da justificativa do veto no sentido de que “*não fica explícito em nenhum momento o procedimento de injetar um gás carbônico caberia a outro profissional*”. O argumento de ter sido caracterizado “... *de maneira ampla e imprecisa o que seriam procedimentos invasivos,...*” (*idem*) e, por isso mesmo, “*O Poder Executivo apresentará nova proposta para caracterizar com precisão tais procedimentos*” (*idem*) evidencia o respeito à liberdade constitucional do exercício profissional, só passível de restrição excepcionalmente. Em consequência, houve autorização legal a toda prática que não se amoldasse à descrição do inc. III no texto sancionado – “*invasão dos orifícios naturais do corpo, atingindo órgãos internos*” – o que não ocorre na *carboxiterapia*, segundo a definição consignada no Acórdão nº 293/12. Releva notar que não há hierarquia entre as profissões, e a própria *Lei do Ato Médico* prevê expressamente (*idem*):

§ 7º **O disposto neste artigo será aplicado de forma que sejam resguardadas as competências próprias das profissões de assistente social, biólogo, biomédico, enfermeiro, farmacêutico, fisioterapeuta, fonoaudiólogo, nutricionista, profissional de educação física, psicólogo, terapeuta ocupacional e técnico e tecnólogo de radiologia.**

No que pertine à força coercitiva dos acórdãos emanados do Conselho de Fiscalização da profissão de interesse ao exame, colhe-se da Resolução COFFITO nº 413/12 - *Regimento Interno do Conselho Federal de Fisioterapia e de Terapia Ocupacional* (destaques acrescidos):

**Art. 3º - O Conselho Federal de Fisioterapia e de Terapia Ocupacional – COFFITO é a Instituição central e dirigente do Sistema COFFITO-CREFITOS, no que respeita à normatização do exercício profissional da Fisioterapia e da Terapia Ocupacional e ao controle social e ético dos respectivos profissionais, bem como no que refere aos posicionamentos institucionais relativos ao exercício profissional do fisioterapeuta e do terapeuta ocupacional perante toda sociedade, entes Federados e respectivos órgãos da administração, agindo como responsável pelo atendimento dos objetivos de interesse público que determinaram a sua criação e a dos Conselhos Regionais de Fisioterapia e Terapia Ocupacional – CREFITOS, que poderão atuar em compartilhamento institucional naquilo cuja competência se referir ao COFFITO, mas que tenha implicação direta nas funções de competência dos CREFITOS, nos termos da Lei nº 6.316, de 17 de dezembro de 1975, e do Decreto-Lei 938/69.**

**Art. 4º - O Conselho Federal de Fisioterapia e de Terapia Ocupacional – COFFITO, nos termos dos incisos II, III e IV do art. 5º da Lei nº 6.316, de 17 de dezembro de 1975, exerce função normativa, baixa atos necessários à interpretação e execução do disposto na Lei nº 6.316/75, e à fiscalização do exercício profissional, adotando providências indispensáveis à realização dos objetivos institucionais; supervisiona, mediante a aferição de cumprimento de suas Resoluções, a fiscalização do exercício profissional em todo o território nacional; organiza, instala e orienta os Conselhos Regionais de Fisioterapia e de Terapia Ocupacional – CREFITOS; funciona como Superior Tribunal de Ética, sendo última e definitiva**

*instância nos assuntos relacionados ao exercício das profissões de fisioterapeuta e de terapeuta ocupacional e suas respectivas áreas de intervenção (Fisioterapia e Terapia Ocupacional).*

Art. 5º - O Conselho Federal de Fisioterapia e de Terapia Ocupacional – **COFFITO é instância superior nas áreas: deliberativa, normativa, contenciosa e disciplinar**, adotando, para tanto, processo administrativo que assegure a ampla defesa e o contraditório mediante o procedimento previsto na Lei 9784/99, para as decisões cujo procedimento não houver sido regulado por Resolução própria.

#### DOS ATOS NORMATIVOS E DE AUTORIDADE

Art. 53º – As **deliberações do Plenário** e da Diretoria constam das atas das respectivas reuniões e são **formalizadas mediante:**

*I – Resoluções e **Acórdãos**, as do Plenário;*

**Parágrafo Único – O Acórdão formaliza a deliberação do Plenário no julgamento dos processos de natureza ética e disciplinar ou administrativa.**

Art. 54º – A Resolução e o **Acórdão** são **divulgados obrigatoriamente na imprensa oficial**, assim como as Decisões, Portarias, Ordens de Serviços e Despachos **quando destinados a produzir efeitos fora do âmbito da Autarquia.**

Diante de tudo quanto articulado, em consonância com as normas federal e estadual adotadas como referência pela Vigilância Sanitária Municipal, conclui-se que, caso se trate de *estabelecimento de fisioterapia*, não *exclusivamente de estética*, o *fisioterapeuta* (como o *fisiatra*) *pode ser responsável técnico* pelos serviços prestados, haja vista a habilitação científica do profissional para a execução do procedimento de carboxiterapia como recurso próprio da Fisioterapia Dermatofuncional, nos termos do Acórdão nº 293/12, publicado no Diário Oficial da União nº 120, Seção I, em 03.07.12, páginas 127 e 128.

COR, 29.06.15.

Joelma Santos  
Procuradora do Município

# ASPECTOS DA EXECUÇÃO DA MEDIDA DE DEMOLIÇÃO PELA SUCOM FACE À PRERROGATIVA DA AUTOEXECUTORIEDADE

***Karla Letícia Passos Lima***

Procuradora do Município do Salvador

**PALAVRAS-CHAVE:** Demolição, risco de desabamento, polícia administrativa, polícia das construções, autoexecutoriedade

**SUMÁRIO:** 1. Da Legislação Municipal. 2. Da executoriedade das medidas de polícia administrativa. 3. Da executoriedade das medidas decorrentes da polícia das construções. 3.1. Dos imóveis tombados em ruína. 4. Dos imóveis ocupados. 5. Conclusão. Bibliografia.

## **PARECER**

Processo nº .../...-SUCOM

Interessada: Gerência de Fiscalização Urbanística e Segurança – GEFIS/SUCOM

Assunto: Demolição

Através do presente processo, o ilustríssimo Chefe da Especializada Administrativa Judicial do Meio Ambiente, Patrimônio e Urbanismo – EJUMA/PROAPO solicitou a esta Especializada Administrativa emissão de opinativo acerca da regularidade do procedimento administrativo adotado no que tange ao cumprimento do devido processo legal, bem como, sobre a possibilidade de demolição direta pela SUCOM por meio da prerrogativa da autoexecutoriedade.

### **1. Da Legislação Municipal**

A Lei nº 3.903, de 27 de julho de 1988, que instituiu as normas relativas à execução de obras do Município do Salvador – Código de Obras – dispõe:

“Art. 58 - A demolição de obra será efetivada, total ou parcialmente, sempre que:

I - inadaptável às disposições desta Lei e da Legislação de Ordenamento do Uso e da Ocupação do Solo;

II - comprovada a impossibilidade de recuperação, quando interditada, na forma do inciso II do art. 56 desta Lei. (Art. 56 - A interdição será aplicada, sempre que se verificar: I - prosseguimento de obra embarcada; II - execução de obra ou edificação, habitada ou não, que ponha em risco a sua estabilidade ou exponha a perigo os moradores, a vizinhança, os operários e terceiros.)

§ 1º - A demolição de que trata este artigo far-se-á às expensas do proprietário e será iniciada e concluída em prazos fixados em notificação.

§ 2º - Prescrito o prazo estabelecido para conclusão dos serviços, a Prefeitura, através do Órgão técnico competente, executará a demolição cobrando as despesas dela decorrentes, acrescidas de 30% (trinta por cento) do seu valor, como taxa de administração e sem prejuízo da aplicação da multa estipulada na tabela constante do Anexo II desta Lei.

§ 3º - Realizada a vistoria e constatado iminente risco de desabamento, poderá a Prefeitura executar a demolição sem prévia anuência do proprietário, cobrando-se-lhe as despesas mencionadas no parágrafo anterior.

Art. 59 - Toda obra iniciada sem a devida licença em áreas de domínio público, ou em terrenos do domínio da União, será sumariamente demolida, imputando-se ao infrator as despesas decorrentes, sem prejuízo da multa referenciada na tabela constante do Anexo II desta Lei.

Art. 60 - Cabe recurso contra decisão proferida com respaldo nesta Lei e nos regulamentos dela decorrentes, devidamente instruído com os elementos necessários ao seu exame, dirigido à autoridade imediatamente superior àquela que aplicou a penalidade.

Parágrafo Único - O prazo para interposição do recurso pelo interessado será de 15 (quinze) dias, contados da data em que tomar conhecimento da penalidade imposta.

Art. 61 - O recurso, em caso de multa imposta, deverá estar acompanhado de prova de quitação da sanção aplicada.

Parágrafo Único - Ocorrendo decisão favorável ao interessado, será

efetuada a restituição do valor recolhido, sem qualquer acréscimo.

Art. 62 - Nenhum recurso terá efeito suspensivo.

Art. 63 - A autoridade que aplicou a penalidade deverá manifestar-se em parecer fundamentado, no prazo máximo de 20 (vinte) dias úteis, a partir da data do protocolamento do recurso.

Art. 64 - A autoridade competente para decidir, em última instância, e no âmbito administrativo, obedecidas as disposições legais, é o Prefeito.”

Por sua vez, o Código de Polícia Administrativa do Município do Salvador, Lei nº 5.503/99, prevê nos artigos 5º e 226:

“Art. 5º - Incube à Administração Municipal, atendendo às peculiaridades locais, aos interesses da comunidade e diretrizes Estaduais e Federais, promover o desenvolvimento urbano, através de um processo de planejamento, visando compor harmoniosamente o conjunto urbanístico, assegurando a projeção estética, paisagística e histórica da cidade, podendo adotar, através de decretos e normas complementares as seguintes medidas:

I - Regulamentar as formas de veiculação de publicidade, nos termos da legislação específica, preservando a paisagem urbana, o trânsito de veículo e a segurança da população;

II - Disciplinar a exposição de mercadorias;

III - Determinar a demolição de construções em ruínas, preservando a segurança e a estética dos logradouros públicos;”

“Art. 226 - Além dos casos previstos no Código de Obras, poderá ocorrer a demolição, total ou parcial, de imóvel e construção nas seguintes hipóteses:

I - Quando as obras, imóveis e ruínas forem considerados em risco, na sua segurança, estabilidade ou resistência, por laudo de vistoria, e o proprietário, profissional ou firma responsável se negarem a adotar as medidas de segurança ou a fazer as reparações necessárias;

II - Quando for indicada, no laudo de vistoria, a necessidade de imediata demolição, parcial ou total, diante da ameaça de iminente desmoronamento;

III - Quando as modificações necessárias, não preencherem as exigências legais determinadas no laudo de vistoria;



IV - Quando, no caso de obras não suscetíveis de legalização, o proprietário, profissional ou firma responsável não executar, no prazo fixado, as medidas determinadas no laudo de vistoria;

V - Quando for constatada a existência de obra irregular em logradouro público.

§ 1º - Se o proprietário, profissional ou firma responsável se recusar a executar a demolição, a Procuradoria Geral do Município, por solicitação do órgão competente e determinação expressa do Prefeito, solicitará a tutela jurisdicional, nos termos da lei processual civil, requerendo as medidas cautelares necessárias.

§ 2º - As demolições referidas nos incisos II e V, poderão ser executadas pela Prefeitura, por determinação expressa do Prefeito, ouvida previamente a Procuradoria Geral do Município.

§ 3º - Quando a demolição for executada pela Prefeitura, o proprietário, profissional ou a firma responsável ficará obrigado a pagar os custos dos serviços, na forma da legislação em vigor;

§ 4º - As despesas aludidas no parágrafo anterior se não forem pagas no prazo de 30 (trinta) dias contados do término da demolição, serão inscritas em dívida ativa.”

## **2. Da executoriedade das medidas de polícia administrativa**

O mestre Hely Lopes Meirelles<sup>1</sup> leciona sobre o atributo da autoexecutoriedade no poder de polícia:

*“A auto-executoriedade, ou seja, a faculdade de a Administração decidir e executar diretamente sua decisão, por seus próprios meios, sem intervenção do Judiciário, é outro atributo do poder de polícia. (...)*

*O que o princípio da auto-executoriedade autoriza é a prática do ato de polícia administrativa pela própria Administração, independentemente de mandado judicial. Assim, p. ex., quando a Prefeitura encontra uma edificação irregular ou oferecendo perigo à coletividade, ela embarga diretamente a obra e promove sua demolição, se for o caso,*

<sup>1</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 475-477.

*por determinação própria, sem necessidade de ordem judicial para esta interdição e demolição.*

*Neste sentido já decidiu o STF, concluindo que, no exercício regular da autotutela administrativa, pode a Administração executar diretamente os atos emanados de seu poder de polícia sem utilizar-se da via cominatória, que é posta à sua disposição em caráter facultativo. Nem se opõe a essa conclusão o disposto nos arts. 287, 934 e 936 do CPC, uma vez que o pedido cominatório concedido ao Poder Público é simples faculdade para o acerto judicial prévio dos atos resistidos pelo particular, se assim o desejar a Administração. (...)*

*Mas não se confunda a auto-executoriedade das sanções de polícia com punição sumária e sem defesa. A Administração Municipal só pode aplicar sanção sumariamente e sem defesa (principalmente no caso de interdição de atividade, apreensão ou destruição de coisas) nos casos urgentes, que ponham em risco a segurança ou a saúde pública, ou quando se tratar de infração instantânea surpreendida na sua flagrância – aquela ou esta comprovadas pelo respectivo auto de infração, lavrado regularmente; nos demais casos exige-se o processo administrativo correspondente, com plenitude de defesa ao acusado, para validação da sanção imposta.”*

Sobre a executoriedade das medidas de polícia administrativa, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>2</sup> nos ensina:

*“As medidas de polícia administrativa frequentemente são auto-executórias: isto é, pode a Administração promover, por si mesma, independentemente de remeter-se ao Poder Judiciário, a conformação do comportamento do particular às injunções dela emanadas, sem necessidade de um prévio juízo de cognição e ulterior juízo de execução processado perante as autoridades judiciárias. Assim, uma ordem de dissolução de comício ou passeata, quando estes sejam perturbadores da tranquilidade pública, será coativamente assegurada pelos órgãos administrativos. Estes se dispensam de obter uma declaração*

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 828-829.

*preliminar do Judiciário, seja para declaração do caráter turbulento do comício ou passeata, seja para determinar sua dissolução.*

*(...)*

*Todas estas providências, mencionadas exemplificativamente, têm lugar em três diferentes hipóteses:*

*quando a lei expressamente autorizar;*

*quando a adoção da medida for urgente para a defesa do interesse público e não comportar as delongas naturais do pronunciamento judicial sem sacrifício ou risco para a coletividade;*

*quando inexistir outra via de direito capaz de assegurar a satisfação do interesse público que a Administração está obrigada a defender em cumprimento à medida de polícia.*

*É natural que seja no campo do poder de polícia que se manifesta de modo frequente o exercício da coação administrativa, pois os interesses coletivos defendidos frequentemente não poderiam, para eficaz proteção, depender das demoras resultantes do procedimento judicial, sob pena de perecimento dos valores sociais resguardados através das medidas de polícia, respeitadas, evidentemente, entretanto, as garantias individuais do cidadão constitucionalmente estabelecidas.”*

Sobre o tema, Diógenes Gasparini<sup>3</sup> aduz:

*“A auto-executoriedade não é atributo de todo e qualquer ato administrativo. É encontrada nos atos que recebem da lei essa distinção, ou seja, ela existe nos casos previstos em lei ou quando for indispensável à imediata salvaguarda do interesse público.*

*Da primeira hipótese são exemplos: a apreensão de equipamento de pesca havido pela lei como proibido (art. 33 do Código de Pesca) e a reposição, incontínente, das águas públicas, bem como do seu leito e margens ocupadas por particulares, no seu antigo estado (art. 58 do Código de Águas). Da segunda, são exemplos a demolição do prédio que ameaça ruir e a destruição de bem para evitar a propagação de incêndio. Vê-se, nestes últimos casos, que a auto-executoriedade é indispensável à eficaz garantia do interesse público, sob pena de ser inútil qualquer medida posterior. São situações em que se exige a imediata ação da Administração Pública.”*

<sup>3</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 76.

Em síntese perfeita, Diógenes Gasparini<sup>4</sup> resume:

*“A auto-executoriedade, por si só, não legitima a medida. Esta, para legalmente valer, há de circunscrever-se a uma das referidas hipóteses. Fora delas, é ilegal e sujeita-se ao controle do Judiciário (RDA, 117:233). Se inexistente a previsão e não se tratar de situação de emergência, caracterizada pela urgência de pronto atendimento, e, assim, for necessária à adoção de tal ou qual medida, a Administração Pública deve valer-se do Judiciário. É o que ocorre nos casos de demolição de construção irregular, que só é legítima se o Judiciário dela tiver conhecimento e determinar a demolição, ou nos casos de retomada de bem público ocupado por terceiro.”*

*Assim, a primeira conclusão a que chegamos acerca da executoriedade das medidas decorrentes do poder de polícia é que este atributo se apresenta quando decorrente da lei ou em casos que a urgência se justifique para salvaguardar o interesse público.*

### **3. Da executoriedade das medidas decorrentes da polícia das construções**

Hely Lopes Meirelles<sup>5</sup> nos ensina acerca da polícia das construções:

*“O fundamento legal da polícia das construções está no art. 1.299 do CC, que, ao dispor sobre o direito de construir, condicionou-o ao respeito do direito dos vizinhos e à observância dos regulamentos administrativos. Tais regulamentos, sendo de natureza local, competem ao Município e se expressam no Código de Obras e nas normas urbanísticas de uso e ocupação do solo urbano, que estabelecem o zoneamento da cidade; aquele fixando as condições técnicas e funcionais da edificação e estas indicando as construções e os usos próprios, tolerados ou vedados em cada zona.*

*(...) Daí porque toda construção urbana, e em especial a edificação, sujeita-se ao policiamento administrativo da entidade estatal compe-*

---

<sup>4</sup> GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p. 135.

<sup>5</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 484-485.

*tente para sua regulação e controle, que é, por natureza o Município. O poder municipal de controle das edificações decorre da Constituição Federal, que outorga competência direta ao Município para promover o ordenamento de seu território, mediante planejamento e controle do uso do parcelamento e da ocupação do solo urbano (CF, art. 30, VIII).”*

O mestre Hely<sup>6</sup> prossegue:

*“Verificando irregularidade nas construções em andamento, a Prefeitura, por seus órgãos e agentes competentes, deverá notificar o responsável para sua correção em prazo viável, e se desatendida poderá embargar a obra, mediante a lavratura do respectivo auto de embargo, fazendo paralisar os trabalhos, inclusive com requisição de força policial para o cumprimento da determinação municipal. Tratando-se de construções concluídas, e até mesmo habitadas ou com qualquer outro uso, a fiscalização notificará os ocupantes da irregularidade a ser corrigida e, se necessário, interditará sua utilização, mediante o competente auto de interdição, promovendo a desocupação compulsória se houver insegurança manifesta, com risco de vida ou à saúde para seus moradores ou trabalhadores. Todo o procedimento da fiscalização e das medidas adotadas deverá constar de processo administrativo regular, na forma estabelecida no Código de Obras e normas complementares da edificação”.*

Em Direito de Construir, Hely Lopes Meirelles<sup>7</sup> discorre acerca da demolição das obras, distinguindo os casos de obras licenciada, clandestina e em ruína:

*“A demolição de obra licenciada não pode ser ordenada sumariamente pela Prefeitura, porque a licença, se bem que inválida como todo ato administrativo, traz em si a presunção de legitimidade de seu objeto. Se houve descumprimento das normas da construção, ou se esta se tornou incompatível com o interesse público, só em processo regular se poderá anular, cassar ou revogar o alvará, após oportuni-*

---

<sup>6</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 487.

<sup>7</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de Construir. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 227.

*dade de defesa do interessado, e comprovação da justa causa para a eliminação da obra. (...)*

*A demolição de obra clandestina, por óbvias razões, pode ser efetivada mediante ordem sumária da Prefeitura, porque, em tal caso, o particular está incidindo em manifesto ilícito administrativo com o só ato de frustrar a apreciação do projeto, que é pressuposto legal de toda construção. Como a construção é atividade sujeita a licenciamento pelo Poder Público, a ausência de licença para construir faz presumir um dano potencial à Administração e à coletividade, consistente na privação do exame do projeto e na possibilidade de insegurança e inadequação da obra às exigências técnicas e urbanísticas.*

*O ato ilegal do particular que constrói sem licença rende ensejo a que Administração use o poder de polícia que lhe é reconhecido, para embargar, imediata e sumariamente, o prosseguimento da obra e efetivar a demolição do que estiver irregular, com seus próprios meios, sem necessidade de um procedimento formal anterior, porque não há licença ou alvará a ser invalidado. Basta a constatação da clandestinidade da construção, pelo auto de infração, para o imediato embargo e ordem de demolição”.*

*Para as obras clandestinas, de acordo com as normas urbanísticas e estruturais da construção, o mestre Hely Lopes Meirelles<sup>8</sup> defende a hipótese na qual não devem ser demolidas:*

*“Em tais casos não devem ser demolidas, mas regularizadas perante a Prefeitura, com a apresentação do projeto e documentos legalmente exigíveis, recolhimento de taxas e multas cabíveis, para oportuna expedição do alvará de conservação como têm admitido os tribunais. Isto porque a licença para construir não se confunde com a construção em si mesma; esta é um direito do proprietário; aquela é um instrumento preventivo de controle da edificação. Desde que a construção esteja em conformidade com o Direito, a Administração não tem poder de destruí-la pela simples ausência do controle prévio, já superado pela regularidade da obra. O que remanesce com a Prefeitura é a*

---

<sup>8</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 227.

*faculdade de exigir a regularização formal da documentação, para a expedição a posteriori do alvará, que deveria ser a priori, e mais o pagamento de taxas e multas e regulares”.*

*Hely Lopes Meirelles<sup>9</sup> ensina sobre a demolição de obras em ruínas:*

*“A demolição de obra em ruína, ou que ofereça perigo, compete, em geral, à Administração Pública, e em especial à Prefeitura, quando se tratar de construção urbana que ponha em risco a coletividade ou seus moradores, sem que o proprietário tome as providências necessárias. Quanto à demolição dessas obras não há discrepância na doutrina nem na jurisprudência, porque, em tal caso, além do privilégio da autoexecutoriedade do ato de polícia administrativa, a conduta da Administração é autorizada pelo estado de necessidade, previsto no art. 188, II e parágrafo único, do Código Civil, que, como preceito de ordem pública, se impõe tanto aos particulares quanto ao próprio Poder Público, chegando, mesmo, a constituir infração penal para os seus responsáveis (crime ou contravenção de desabamento: Código Penal, art. 256, e Lei das Contravenções Penais, arts. 29 e 30), conforme o demonstramos no lugar próprio (cap. 8, item 2.12). Essa demolição pode também ser promovida judicialmente, como medida provisional (Código de Processo Civil, art. 888, VIII), se assim o desejar a Prefeitura, abrindo mão do seu poder administrativo da autoexecutoriedade das providências urgentes em defesa da segurança ou da saúde pública e de outros interesses relevantes da comunidade”.*

*Diante de tal lição, a segunda conclusão a que chegamos se divide em três itens: 1) não deve haver demolição sumária de obra licenciada, sem o devido processo legal; 2) há que se distinguir a obra clandestina da obra em ruína, vez que para a obra clandestina há que se analisar a possibilidade de regularização da obra para a emissão do chamado alvará de conservação; 3) a demolição da obra em ruína está autorizada pelo estado de necessidade, mas tal autorização legal não impede o acesso ao Poder Judiciário.*

---

<sup>9</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 228.

### 3.1. Dos imóveis tombados em ruína

Dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 23, inciso I, que:

*“É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público”.*

Acerca do tema, ainda dispõe a Magna Carta, no artigo 216:

*“Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:*

*(...)*

*V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.*

*§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.*

*(...)*

*§ 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.” (grifos acrescentados)*

O tombamento de bens é regulamentado pelo Decreto-Lei nº 25/37. Os artigos 17 e 18, por sua vez, dispõem que:

*“Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.*

*Parágrafo único. Tratando-se de bens pertencentes à União, aos Estados ou aos municípios, a autoridade responsável pela infração do presente artigo incorrerá pessoalmente na multa.*



Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto”.

Assim, chegamos à *conclusão* que os bens tombados não poderão sofrer qualquer intervenção sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

O parágrafo único do artigo 17 do DL 25/37 ainda indica a possibilidade de responsabilização pessoal da autoridade que desobedecer tal requisito em se tratando de bens pertencentes à União, aos Estados ou aos municípios.

O artigo 19 do Decreto-Lei nº 25/73, por sua vez, trata da execução de obras necessárias nos bens tombados, a expensas da União, por ordem do Diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, em duas hipóteses, 1ª) quando o proprietário não dispõe de recursos financeiros para tal fim, ou, 2ª) no exato caso em apreço, em razão da urgência na realização de tais obras de conservação ou reparação no bem tombado:

“Art. 19. O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa.

§ 1º Recebida a comunicação, e consideradas necessárias as obras, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará executá-las, a expensas da União, devendo as mesmas ser iniciadas dentro do prazo de seis meses, ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa.

§ 2º À falta de qualquer das providências previstas no parágrafo anterior, poderá o proprietário requerer que seja cancelado o tombamento da coisa.

§ 3º Uma vez que verifique haver urgência na realização de obras e conservação ou reparação em qualquer coisa tombada, poderá o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional tomar a iniciativa de projetá-las e executá-las, a expensas da União, independentemente da comunicação a que alude este artigo, por parte do proprietário”.

Atinente à competência do IPHAN, também podemos concluir que em situação de alto risco de perecimento de bens tombados o Diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional pode mandar executar as obras de conservação a expensas da União.

Há que se ressaltar, novamente, que qualquer intervenção em bens tombados deve ser precedida do pedido e da autorização do IPHAN, *notadamente a teor do que dispõe o artigo 17 do Decreto-Lei nº 25/73*.

#### 4. Dos imóveis ocupados

Outro aspecto que achamos relevante de ser aqui abordado é a situação dos imóveis residenciais que se encontrem ocupados, em razão dos direitos constitucionalmente previstos à intimidade (CF, art. 5º, X) e à inviolabilidade do domicílio (CF, art. 5º, XI):

*“X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*

*XI- a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”*

Para assegurar tais garantias, o Código Penal, em seu artigo 150, tipifica o crime de violação do domicílio:

*“Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:*

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

§ 1º - Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.

§ 2º - Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso do poder.

§ 3º - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

I - durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;

II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.

§ 4º - A expressão “casa” compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5º - Não se compreendem na expressão “casa”:

I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior;

II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>10</sup> advoga pela impossibilidade de ingresso compulsório em domicílios se não forem as exceções constitucionais:

*“É preciso ter sempre presente que, no exercício do poder de polícia, colocam-se em confronto diversos interesses e direitos; de um lado, os direitos individuais do cidadão, cujo respeito pelo Estado constitui interesse público dos mais relevantes; de outro lado, o direito à proteção da saúde pública, que convive com outros interesses públicos,*

<sup>10</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Abrangência e limites da atividade de ordenação da administração pública em matéria de saúde pública*. Disponível em <http://www.saude.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=360>. Acessado em 1º/09/2014.

como a segurança pública. Para o cidadão que não sente a presença de qualquer risco iminente à sua saúde, a segurança de seu domicílio (mesmo sendo relativa) pode ser de valor maior diante da situação de perigo constante que enfrenta hoje o povo brasileiro, especialmente em grandes cidades. Por isso, *ressalvadas as hipóteses absolutamente excepcionais de risco iminente, o caminho mais seguro para todas as partes envolvidas e para a tutela de todos os interesses em jogo é o recurso à via judicial para ingresso em residências sem a concordância do morador*”.

Deste modo, a conclusão a que chegamos é que, excepcionando-se as hipóteses constitucionais de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, não se deve ingressar compulsoriamente em domicílio ocupado para execução de ordem de demolição decorrente do poder de polícia.

## 5. CONCLUSÃO

Assim, com base nos dispositivos constitucionais e legais e nos ensinamentos doutrinários acima transcritos, *concluimos* o que segue:

- 5.1. Excepcionando-se as hipóteses constitucionais de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, não se deve ingressar compulsoriamente em domicílio ocupado para execução de ordem de demolição decorrente do poder de polícia;
- 5.2. Não deve haver demolição sumária de obra licenciada, sem o devido processo legal;
- 5.3. Obras iniciadas sem a devida licença em áreas de domínio público ou em terrenos do domínio da União devem ser sumariamente demolidas;
- 5.4. Realizada a vistoria e constatado iminente risco de desabamento poderá a Prefeitura executar a demolição sem prévia anuência do proprietário cobrando-se-lhe as despesas;
- 5.5. Inexistindo o iminente risco de desabamento deve ser analisada a possibilidade de regularização da obra clandestina para a emissão do chamado alvará de conservação;
  - 5.5.1. Verificada a impossibilidade de regularização, cabe recurso contra esta decisão no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data em que

tomar conhecimento da penalidade imposta, conforme previsto no artigo 60 e seguintes do Código de Obras.

- 5.6. A demolição da obra em ruína está autorizada pelo estado de necessidade;
- 5.6.1. Qualquer intervenção em bens tombados deve ser precedida do pedido e da autorização do IPHAN inclusive a demolição.

É o parecer que submeto à superior apreciação.

## REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Abrangência e limites da atividade de ordenação da administração pública em matéria de saúde pública*. Disponível em <http://www.saude.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=360>. Acessado em 1º/09/2014.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

# NATUREZA JURÍDICA DO INSTRUMENTO URBANÍSTICO DENOMINADO DE TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR (TRANSCON)

## **Silvia Cecília Azevedo**

Procuradora do Município do Salvador desde 1998, tendo assumido a função de Chefe da Especializada Judicial da Procuradoria do Meio Ambiente, Patrimônio, Urbanismo e Obras de 2001 a 2005, o cargo de Procuradora Coordenadora das Representações da PGMS, de 2005 a 2009 e de Procuradora Coordenadora da Procuradoria do Meio Ambiente, Patrimônio, Urbanismo e Obras, de 2009 a 2013

PROCESSO Nº:

INTERESSADO:

ASSUNTO: CONSULTA

## **PARECER**

Os autos vieram a esta Procuradoria Geral, por solicitação do Exmo. Sr. Secretário Municipal de Urbanismo, para análise e pronunciamento acerca da natureza jurídica do instrumento urbanístico denominado de Transferência do Direito de Construir (TRANSCON), e, a partir daí, concluir-se se os mandatários a quem foi outorgada a procuração de fls. 04 a 07 detêm poderes para celebrar contrato de cessão de TRANSCON.

Em atenção à diligência solicitada por esta Especializada Administrativa/PROAPO, foi juntada aos autos cópia do Relatório do Grupo de Trabalho constituído pela Portaria n.º 022/2013 – SUCOM (fls. 46 a 69).

Passaremos, agora, à análise do objeto da consulta formulada.

Inicialmente, convém recordar a sempre pertinente lição do Prof. Orlando Gomes, acerca da distinção entre direito e faculdades jurídicas.

Com efeito, ensina o renomado Autor que “*direito e faculdade não se confundem. A faculdade consiste no poder de agir, compreendido no direito. Raramente o direito se constitui de uma só faculdade. De regra, compreende várias, sendo fácil, nesses casos, distingui-las do direito de que são partes componentes*”.<sup>1</sup>

A faculdade, segundo o mesmo Autor, é “o modo de manifestação de um *direito*, do qual constitui o *conteúdo*. As faculdades são, afinal, as conseqüências do direito que integram”.

**Ante a relação de dependência entre a faculdade e o direito que integram, devem ambos ser submetidos, no seu exercício, às mesmas normas.**

Reconhece o Autor, entretanto, a possibilidade de o conteúdo de um direito ser desfalcado de uma ou de algumas das faculdades que o compõem, sem que, para isso, o direito deixe de existir. É o caso do direito de propriedade que, de regra, constitui-se, dentre outras, da faculdade de usar, fruir e dispor da coisa.

Assim, pode o proprietário ceder uma dessas faculdades, como, no caso trazido para análise, a faculdade de fruição, sem que se extinga seu direito de propriedade. Em tal hipótese, o conteúdo diminuirá, mas a essência continuará ilesa. Neste caso, será adquirido por outra pessoa o direito subjetivo a que corresponde a faculdade exercida.

Os artigos 1.228 e 1.299 do Código Civil enunciam as faculdades que compõem o direito de propriedade, notadamente a de edificar as construções que quiser, nos seguintes termos:

“Art. 1.228. 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”.

“Art. 1.299. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprovar, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.”

---

<sup>1</sup> Gomes, Orlando. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 120.

O direito de construir, em sua forma original, tinha como limite a extensão correspondente ao solo constitutivo da propriedade. Esse era o *solo natural*, muito embora alcançasse o subsolo e o espaço aéreo respectivos. Com o avanço da tecnologia no setor das construções, começaram a surgir edificações com maior extensão que a do solo, formando-se um ou vários pisos artificiais.<sup>2</sup>

Assim, cada piso artificial passa a constituir um **solo criado**, ou seja, uma extensão do direito de construir além do que comporta o solo natural.

Ao dispor sobre a possibilidade da incidência do interesse público sobre imóvel privado, a legislação destacou o direito de construir como um direito apropriável e determinado, passível de ser exercido em outro local, sobre outro imóvel urbano. Na verdade, é o reconhecimento de que há um direito de construir em cada propriedade imóvel urbana de maneira insofismável, mas que pode ser destacado da existência do solo que lhe acompanha. Sendo-lhe inerente e não sendo possível seu exercício de maneira regular (sobre o solo que lhe deu origem) é facultado pelo poder público o direito de o proprietário exercê-lo em outro local. Em síntese, há um decréscimo, parcial ou total, do direito de construir inerente da propriedade atingida.<sup>3</sup>

Sobre a transferência do direito de construir, o art. 35 do Estatuto da Cidade (Lei federal n.º 10.257/2001) dispõe:

“Art. 35. Lei municipal baseada no plano diretor poderá autorizar o proprietário do imóvel urbano, público ou privado, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de:

I - implantação de equipamentos urbanos e comunitários;

II - preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural;

<sup>2</sup> Carvalho Filho, José dos Santos. Comentários ao Estatuto da Cidade. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 250.

<sup>3</sup> Di Sarno, Daniela Campos Libório. “Transferência do Direito de Construir: Questões sobre sua Aplicabilidade e Pertinência”, Revista Trimestral de Direito Público, n.º 58, dezembro/2013.



III - servir de programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social.

§ 1º A mesma faculdade poderá ser concedida ao proprietário que doar ao Poder Público seu imóvel, ou parte dele, para fins previstos nos incisos I a III do caput;

§ 2º A lei municipal referida no caput estabelecerá as condições relativas à aplicação da transferência do direito de construir.”

Vê-se, portanto, que o instituto da transferência do direito de construir está intimamente relacionada com a figura do solo criado, examinada alhures.

O Município, como contrapartida por alguma restrição imposta ao proprietário, autoriza a transferência do direito, que, em última análise, implica alteração do direito de construir, sujeitando seu titular a endereçá-lo a terceiro ou exercê-lo em local diverso daquele onde seria naturalmente exercido.

Faz-se necessário, todavia, que o plano diretor contemple tal instrumento urbanístico, pois é a lei municipal que vai estabelecer a disciplina atinente ao referido instituto, prevendo as condições de sua aplicação.

Trata-se, sem sombra de dúvida, de política urbana, que constitui matéria de ordem pública.

O núcleo central do instituto em comento é, portanto, a transferência do direito de construir, e não o direito de construir propriamente dito. Vale dizer, o direito de transferência pressupõe a existência do direito de construir no local em que se situa a propriedade.

Dessa forma, o Poder Público concede o direito à transferência, amparado em Lei municipal, como compensação pelo uso, para fins de política urbana, do imóvel em que seria admitida a construção.

No Plano Diretor de Salvador, o instituto da transferência do direito de construir é disciplinado no artigo 259, a saber:

“Art. 259. A Transferência do Direito de Construir, TRANSCON, é o instrumento pelo qual o Poder Público Municipal poderá permitir ao proprietário de imóvel urbano, privado ou público, exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública o direito de construir, previsto neste Plano Diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o imóvel de sua propriedade for considerado necessário para fins de:

I - implantação de equipamentos urbanos e comunitários;

II - criação de espaços abertos de uso público;

III - preservação de áreas de valor ambiental indicadas nesta Lei ou em lei específica;

IV - preservação de imóvel considerado de interesse histórico, cultural, paisagístico ou social;

V - regularização de ZEIS I, II, IV e V;

VI - implementação de Habitação de Interesse Social em ZEIS III.”

Neste passo, cumpre salientar que a escritura pública é necessária apenas quando o proprietário alienar a terceiro seu direito de construir. É que essa hipótese atinge o próprio direito de propriedade, já que, ao alienar o direito de construir, o proprietário está restringindo os poderes sobre seu domínio. Nesse caso, embora a lei não diga, entende a doutrina que o contrato deve ser formalizado pela escritura pública e levado a registro no cartório imobiliário, a fim de se conferir ao fato jurídico por ele criado efeito *erga omnes*.

Forçoso é concluir, portanto, que todo ato de cessão de TRANSCON deve ser registrado no cartório imobiliário, a fim de se ultimar a transferência e, sobretudo, estabelecer a cadeia sucessória do direito de construir (solo criado).

Atinente ao objeto da consulta, entendo, salvo melhor juízo, que o direito de construir possui a natureza jurídica de direito real e ainda, que a procuração de fls. 04 a 07, além de inautêntica e sem firma reconhecida, não outorga aos mandatários poderes para efetuar cessão de TRANSCON, uma vez que veda a alienação de bens imóveis da Outorgante, assim como direitos sobre eles.

Convém, por fim, ressaltar, que a natureza jurídica de direito real do direito de construir foi acolhida pela legislação tributária de alguns municípios brasileiros, a

exemplo de Belo Horizonte, Campinas e Niterói, para efeito de cobrança de Imposto sobre Transmissão *Inter Vivos* de Bens Imóveis, nas operações de transferência do direito de construir

É o parecer, que submeto à superior apreciação.

Salvador, 13 de julho de 2015.

