



Borba, Pause & Perin - Advogados  
Somar experiências para dividir conhecimentos

---

## DOSSIÊ TÉCNICO-INSTITUCIONAL

---

✓ Anexo XVIII - Edição Eletrônica nº 20 da  
Revista Bimestral de Direito Municipal

**PARTE 21**

*51* ANOS  
1966-2017

[www.dpm-rs.com.br](http://www.dpm-rs.com.br)

— Revista de —

# DIREITO MUNICIPAL

## Artigo

*Ações Eleitorais pós pleito*

## Estudo de Caso

*Considerações sobre a instituição  
de Programa de Guarda Subsidiada  
Provisória no Município*



*Responsabilidade administrativa  
por infração ambiental: natureza  
objetiva ou subjetiva?*



## EXPEDIENTE

### Revista de Direito Municipal

Edição 20 - Ano 04 - setembro e outubro de 2016

Periodicidade: Bimestral

Tiragem: 1.000 exemplares

Distribuição Nacional

Fechamento desta edição: 07 de novembro de 2016

Prefixo Editorial: 65481

**Diretores Técnicos:** Armando Moutinho Perin  
Bartolomé Borba  
Lourenço de Wallau  
Júlio César Fucilini Pause

**Diretor Editorial:** Everson Carpes Braga

**Coordenadores Editoriais:** Graziela Bellé Lange  
Rafael Edison Rodrigues

**Revisão Editorial:** Bruna Polizelli Torossian

**Designer Responsável:** Luciano Mariante (Massa Criativa)

**Parceira Editorial:**

**DPM PN**  
Publicações

### REDAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO:

Avenida Pernambuco nº 1001, Bairro Navegantes

Porto Alegre/RS - CEP: 90.240-004

Fone: (51) 3093.2410

### EDITORIAL

A Revista de Direito Municipal é uma publicação bimestral da DPM, dirigida a gestores, servidores públicos municipais e vereadores.

Não é permitida a reprodução total ou parcial das matérias sem a citação da fonte, sujeitando os infratores às penalidades legais. As matérias/artigos assinados são de inteira responsabilidade de seus autores e não expressam, necessariamente, a opinião da Revista de Direito Municipal.

### ESPAÇO DO LEITOR

Sugestões, releases, artigos e críticas podem ser enviados ao endereço eletrônico: [dpm-rs@dpm-rs.com.br](mailto:dpm-rs@dpm-rs.com.br), sempre acompanhados de nome e endereço do autor.

## Sumário

Mensagem ao leitor	02
Ações Eleitorais pós pleito <b>João Felipe Lehmen</b>	03
Jurisprudência do TCU	05
Parcelamento do Solo: qual o percentual de área pública que deve ser destinado? (parte 2) <b>Vivian Lítia Flores</b>	06
Responsabilidade administrativa por infração ambiental: natureza objetiva ou subjetiva? <b>Márcia Bello de Oliveira Braga</b>	07
Notícias do STJ	09
Breves comentários à jurisprudência <b>Graziela Bellé Lange</b>	10
Contratação de leiloeiro oficial: o dever de licitar, a inaplicabilidade da modalidade pregão e a forma de remuneração pelo serviço <b>Bruna Polizelli Torossian</b>	11
Notícias do STF	13
Jurisprudência do TCE-RS	13
Acontece pela DPM	14
Acontece pelo Brasil	16
Páginas Azuis – Perguntas e Respostas <b>Rafael Edison Rodrigues</b>	17
Estudo de Caso – Considerações sobre a instituição de Programa de Guarda Subsidiada Provisória no Município <b>Ana Maria Janovik</b>	19
Estudo de Caso – Utilização de software de remessa automática de propostas em pregão eletrônico (programa robô): qual o posicionamento da DPM? <b>Margere Rosa de Oliveira</b>	26
Estudo de Caso – Prazo decadencial para lançamento de ISS <b>Orlin Ivanov Goranov</b>	28
Glossário do TCE-RS comentado <b>Vivian Lítia Flores</b>	32
Verbetes <b>Graziela Bellé Lange</b>	33
Calendário de treinamentos da DPM Educação	34

## Caro leitor,

Sempre preocupados em proporcionar uma leitura interessante, proveitosa e atual aos nossos leitores, iniciamos esta edição com artigo que aborda “As Ações Eleitorais pós pleito”, onde são brevemente referidas as ações, considerando a sua finalidade e momento de propositura.

É dado prosseguimento à abordagem sobre parcelamento do solo, enfatizando-se, na vigésima edição, a questão relativa ao percentual de área pública a ser destinado, tema que seguirá sendo tratado nas próximas edições.

Como destaque de capa, trazemos o artigo “Responsabilidade administrativa por infração ambiental: natureza objetiva ou subjetiva?”, em que se discute assunto de grande relevância no tocante ao exercício do poder de polícia pelos Municípios e, ainda, artigo intitulado de “Contratação de Leiloeiro oficial: o dever de licitar, a inaplicabilidade da modalidade pregão e a forma de remuneração pelo serviço”, que se dedica a enfrentar tema que comumente é objeto de questionamentos a esta Delegações.

Os Estudos de Casos que selecionamos para este periódico tratam de assuntos bem variados, pertinentes às áreas que envolvem os direitos sociais, licitações e matéria tributária, sendo eles, respectivamente: “Considerações sobre a instituição de Programa de Guarda Subsidiada Provisória no Município”, “Utilização de software de remessa automática de propostas em pregão eletrônico (programa robô): qual o posicionamento da DPM?” e “Prazo decadencial para lançamento de ISS”.

Como tradicionalmente vem acontecendo, trazemos, ainda, seções destinadas à Jurisprudência do TCU e TCE-RS, Breves Comentários à Jurisprudência, Notícias do STJ e STF, Acontece pelo Brasil e na DPM, Páginas Azuis – Perguntas e Respostas, Glossário Comentado do TCE-RS e Verbetes.

Ao final, divulgamos o Calendário de Treinamentos da DPM Educação para os próximos meses do ano.

A todos, excelente leitura!

Equipe DPM

# Ações Eleitorais pós pleito

**João Felipe Lehmen**

Advogado, Especializando em Direito Tributário e  
Consultor Jurídico da DPM-Portal Legisla WEB



A soberania popular, como direito político previsto na Constituição da República, art. 14, é exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto. A normalidade e legitimidade do exercício deste direito é um dos bens jurídicos a ser resguardado pela Justiça Eleitoral, de tal sorte que a vontade do eleitor não seja maculada.

Quando a liberdade do cidadão de manifestar a sua vontade é tolhida, por consequência, todo o processo encontra-se viciado, já que o resultado obtido nas urnas não corresponde à verdadeira intenção dos eleitores.

Neste contexto, muitas vezes os abusos e ilegalidades são tamanhos que o candidato eleito pode ter o seu registro ou diploma cassado pela Justiça Eleitoral. Visando coibir estas práticas, está à disposição dos legitimados alguns mecanismos, tais como a Ação de Investigação Judicial Eleitoral, Recurso Contra a Expedição de Diploma, Ação de Impugnação de Mandato Eletivo e Ação por Captação Ilícita de Sufrágio, inclusive após a data da eleição.

Passamos a abordar cada uma delas, sem o propósito, é claro, de esgotar a matéria, já que se objetiva fornecer subsídios para a compreensão dos procedimentos segundo as normas que disciplinam as eleições, além de algumas referências jurisprudenciais, para uma consulta rápida.

## 1. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL – AIJE

Muito embora o nome possa induzir o contrário, a Ação de Investigação Judicial Eleitoral – AIJE é ação cível típica do Direito Eleitoral, sendo então imprescindível para à sua validade a garantia dos pressupostos essenciais a regularidade do processo, tais como, por exemplo, a ampla defesa e o contraditório.

Prevista no art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990, a AIJE tem por escopo a proteção da igualdade, normalidade do pleito e valores elementares da democracia e visa apurar condutas realizadas com abuso de poder – econômico, de autoridade ou político, este último no exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta e ainda pela utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social. Transcrevemos o dispositivo:

Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar **uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político**, obedecido o seguinte rito: [...] (Grifamos)

O bem jurídico que se pretende preservar com este instrumento é, portanto, a autenticidade do resultado das urnas, o protegendo contra as influências do poder de autoridade, poder econômico ou político, de tal sorte que nenhum elemento seja capaz de macular a livre manifestação da vontade do eleitor quando do exercício da cidadania. Além disso, ela visa promover e assegurar as condições de igualdade entre os candidatos durante a disputa eleitoral, evitando benefícios por parte daqueles que detêm maior poder econômico ou por conta de suas influências.

Esta ação não pode ser instaurada de ofício pelo juízo eleitoral, ou seja, depende da provocação pelos legitimados do art. 22 Lei Complementar nº 64/1990, quais sejam: candidatos, partidos políticos, coligações ou Ministério Público Eleitoral.

Muito embora o partido político conste do rol de legitimados ativos, esta capacidade postulatória para atuar de forma isolada só existe se ele não estiver coligado ou então surge somente após as eleições, isto porque o art. 6º § 4º da Lei Federal nº 9.504/1997, estabelece que o “*partido político coligado somente possui legitimidade para atuar de forma isolada no processo eleitoral quando questionar a validade da própria coligação, durante o período compreendido entre a data da convenção e o termo final do prazo para a impugnação do registro de candidatos*”.

Ainda sobre a legitimidade ativa, ou seja, para a representação para a abertura de Ação de Investigação Judicial Eleitoral – AIJE, é preciso lembrar que o partido político, muito embora não esteja participando das eleições, possui capacidade postulatória, nos termos da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral - Resp nº 26.012, Rel. Min. José Delgado, de 29.6.2006.

Já quanto aos que estão na situação diametralmente oposta, ou seja, respondendo pelos fatos alinhados na AIJE, os legitimados passivos, são todos os que supostamente praticaram ou foram beneficiados pelo ato, quer seja candidato, vice ou terceiro. Neste aspecto, vale ressaltar que oferecida a representação contra chapa majoritária, segundo a Súmula nº 38 do Tribunal Superior Eleitoral, “*há litisconsórcio*”

*passivo necessário entre o titular e o respectivo vice da chapa majoritária”.*

Além disso, é importante saber que os partidos políticos, pessoas jurídicas, coligações e veículos de imprensa, são partes ilegítimas para figurar no polo passivo da demanda, segundo a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (Representação nº 373, Rel. Min. Paçanha Martins, de 07.04.2005), haja vista a impossibilidade de lhes aplicar a inelegibilidade ou cassar o registro ou diploma.

A representação para abertura de AIJE pode ser oferecida até a data da diplomação, conforme a posição dominante do TSE e caso julgada precedente conduz, conforme art. 22, XIV da Lei Complementar nº 64/1990, a: *“julgada precedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar.”*

## **2. RECURSO CONTRA A EXPEDIÇÃO DO DIPLOMA – RCED**

Muito embora denominado de Recurso Contra a Expedição de Diploma, previsto no art. 262 do Código Eleitoral, este instrumento jurídico não possui natureza recursal. Se trata, em verdade, de ação autônoma que objetiva desconstituir o diploma expedido pela Justiça Eleitoral.

Vide o dispositivo:

Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade.

Conforme se depreende do artigo 262 do Código Eleitoral, o RCED só possui espaço nas hipóteses de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade. Portanto, este instrumento se presta à análise das questões relativas à capacidade de ser eleito, ou seja, elegibilidade e inelegibilidade.

Quanto a inelegibilidade, só é possível propor a demanda com este fundamento quando a causa for superveniente ou de natureza constitucional. Por superveniente há que se entender àquelas questões relativas a incapacidade eleitoral passiva que surge a partir da fase do registro da candidatura, ou seja, alguma situação que sobreveio após este período e diz respeito às inelegibilidades previstas na Lei Complementar nº 64/1990. Merece destaque a situação de inelegibilidade que era conhecida e não foi arguida antes do registro, que

não está abrangida pelas hipóteses de cabimento do RCED. As inelegibilidades de natureza constitucional previstas no art. 14, §§ 4º a 7º da Constituição da República, por sua vez, podem ser objeto desta ação, seja qual for o momento em que se tem conhecimento.

Também se mostra autorizado o manejo do Recurso Contra a Expedição do Diploma quando a causa do pedido diz respeito à elegibilidade, ou seja, quanto a nacionalidade, pleno exercício dos direitos políticos, alistamento eleitoral, domicílio eleitoral, filiação partidária e idade mínima (art. 14, § 3º da Constituição da República). Neste particular, também, independentemente do momento dentro do processo eleitoral em que se aferir a capacidade eleitoral passiva, é possível propor a ação.

Entretanto, o RCED possui o prazo decadencial de ajuizamento de até 3 (três) dias a partir da diplomação, têm como legitimados ativos os candidatos, partidos políticos, coligações ou Ministério Público Eleitoral e depende de prova pré-constituída.

Por outro lado, a legitimidade passiva, por conta do próprio objeto da ação, só é dada ao candidato eleito e eventualmente, por força da Súmula nº 38 do Tribunal Superior Eleitoral, formando litisconsórcio necessário com o candidato a vice, no caso de proposta contra a chapa majoritária.

Julgado precedente o RCED, a consequência é a cassação do diploma do eleito, bem como do seu mandato.

## **3. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO – AIME**

A Ação de Impugnação de Mandato Eletivo – AIME tem natureza constitucional e está prevista no art. 14 §§ 10 e 11 da Constituição da República:

Art. 14

[...]

§ 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

§ 11 - A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

A ação objetiva desconstituir uma relação jurídica que está fundada em vícios insanáveis. Em outras palavras, significa dizer que pretende retirar o mandato eletivo em razão de que ele foi conquistado com a utilização de meios ilícitos, quer seja por fraude, corrupção ou abuso de poder econômico.

Esta ação pode ser ajuizada por candidatos, partidos políticos, coligações ou Ministério Público Eleitoral, em até 15 (quinze) dias contados da diplomação e exige prova pré-constituída. A legitimidade passiva, por sua vez, só acontece com aqueles que detêm a possibilidade de assumirem como mandatários eletivos, ou seja, aqueles que foram eleitos e diplomados, seja como titulares ou suplentes.



Assim como na AIJE e no RCED, na Ação de Impugnação a Mandato Eletivo, acaso ajuizada contra o titular de chapa majoritária, há, necessariamente, formação de litisconsórcio com o vice (Súmula nº 38 do Tribunal Superior Eleitoral).

Em sendo julgada procedente a AIME, haverá desconstituição do mandato obtido, tornando-o insubsistente como consequência do reconhecimento do ilícito eleitoral ou do benefício obtido nas urnas. Nesta ação, entretanto, não há decretação de inelegibilidade, conforme a posição do Tribunal Superior Eleitoral (Agravo Regimental em Resp nº 51586-57, Rel. Min. Arnaldo Versiani, de 01.03.2011).

#### 4. AÇÃO POR CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO

Introduzido na Lei Federal nº 9.504/1997, por meio da Lei Federal nº 9.840/1999, o art. 41-A, visa coibir o que é popularmente conhecido como a compra de votos:

Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinqüenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990.

Para o manejo da Ação que visa coibir a captação ilícita de sufrágio não é necessário que o próprio candidato seja responsável pela conduta, mas sim, que haja sua participação, desde que se evidencie o dolo, consistente no especial fim de agir.

A Ação por Captação Ilícita de Sufrágio segue o rito processual do art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990, inclusive quanto aos legitimados ativos e ataca a doação, oferecimento, promessa ou entrega ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública.

A ação fundada no art. 41-A da Lei 9.504/97 poderá ser proposta somente contra o candidato, segundo a jurisprudência do TSE (Recurso Ordinário nº 692966 Rel. Min. Laurita Vaz, de 30.05.2014). Pode ser ajuizada até a data da diplomação e traz como consequências a condenação ao pagamento de multa e cassação do registro ou diploma.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2016.

BRASIL. Lei Complementar nº. 64. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2016.

BRASIL. Lei nº. 7.347. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2016.

BRASIL. Lei nº. 9.504. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2016.

SILVA, Amauri. Ações Eleitorais. São Paulo, J.H. Mizuno, 2012.

ZÍLIO, Rodrigo López. Direito Eleitoral. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2016.

#### ACÓRDÃO 5541/2016 PRIMEIRA CÂMARA

Tempo de serviço. Estagiário. Bolsista. Vínculo empregatício. Contribuição previdenciária. Aposentadoria.

É ilegal o cômputo do tempo de atividade como bolsista, estagiário ou monitor para fins de aposentadoria, pois tais atividades são exercidas na condição de estudante, sem vínculo empregatício de qualquer natureza, de modo que o subsídio recebido não pode ser interpretado como remuneração por trabalho prestado, inexistindo tampouco contribuição para regime previdenciário.<sup>1</sup>

#### ACÓRDÃO 5640/2016 PRIMEIRA CÂMARA

Pensão civil. Concessão simultânea. Cônjuge. Companheiro.

É possível a concessão de pensão simultaneamente ao cônjuge e à companheira, quando observadas as seguintes condições: (1) o instituidor esteja separado de fato de seu cônjuge, à época do falecimento; (2) não tenha sido elidida por sentença judicial a presunção de dependência econômica do cônjuge em relação ao instituidor da pensão; (3) a união estável com a companheira, também beneficiária da pensão, tenha sido reconhecida judicialmente.<sup>2</sup>

#### ACÓRDÃO 2335/2016 PLENÁRIO

Concurso público. Experiência profissional. Estagiário.

É recomendável que em edital de concurso público não se insira cláusula prevendo pontuação em favor de estagiários do órgão, porque tal critério pode dar margem a questionamentos, inclusive de ordem judicial, sob o argumento de inobservância dos princípios da isonomia, do julgamento objetivo, do interesse público e da ampla concorrência.<sup>3</sup>

#### ACÓRDÃO 10005/2016 SEGUNDA CÂMARA

Acumulação de cargo público. Licença sem remuneração. Secretário. Município. Agente político. Cargo técnico. Professor.

O cargo de secretário municipal, por ter natureza política, não pode ser considerado cargo técnico ou científico, pois não exige o domínio de conhecimentos especializados. Contudo, é regular sua acumulação com o cargo de professor, se neste o servidor estiver em licença para tratar de interesse particular, não se aplicando a Súmula 246 do TCU.<sup>4</sup>

1 Boletim de Pessoal nº 038. Agosto/2016. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br>.

2 Idem ao anterior.

3 Boletim de Pessoal nº 039. Setembro/2016. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br>.

4 Idem ao anterior.

## Parcelamento do Solo: qual o percentual de área pública que deve ser destinado?

**Vivian Lítia Flores**

*Advogada, Ex-Procuradora Municipal,  
Consultora Jurídica da DPM - Portal Legisla WEB*

Dando continuidade à série de artigos sobre direito urbanístico, neste trataremos do percentual de área que deve ser destinado ao Município, posto que assunto, dentro do urbanismo, bastante questionado.

Foi deferida pela Constituição da República competência ao Município para legislar sobre assuntos de interesse local e para ordenar o seu território, no que couber, através do planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo, no art. 30, incisos I e VIII, respectivamente.

À União e ao Estado foi deferida competência para legislar, concorrentemente, sobre direito urbanístico, conforme o art. 24, inciso I da Carta Constitucional.

Certamente o parcelamento do solo está inserto na competência municipal, estabelecida no art. 30, e na competência da União e do Estado, estabelecida no art. 24, inciso I, ambos da Constituição, sendo então missão da totalidade dos entes federados. Assim, quando o Município legisla sobre o tema deve respeitar as regras gerais estabelecidas na legislação nacional e na legislação estadual, que, por sua vez, deve respeitar as regras gerais estabelecidas na legislação nacional.

A Lei nº 6.766/1979, que estabelece as regras gerais de parcelamento do solo no âmbito nacional, quando foi editada, previa no § 1º, do art. 4º, que a porcentagem de áreas públicas a serem destinadas ao Município para sistema de circulação, equipamentos urbanos e comunitários, bem como espaços livres, não poderia ser inferior a 35% (trinta e cinco por cento) da gleba, salvo nos loteamentos destinados ao uso industrial, cujos lotes fossem maiores do que 15.000 m<sup>2</sup> (quinze mil metros quadrados), caso em que a porcentagem poderia ser reduzida.

Em 29 de janeiro de 1999, através da Lei nº 9.785, a Lei nº 6.766/1979 – Lei de Parcelamento do Solo – teve alguns dispositivos alterados, dentre estes o § 1º, do art. 4º, atualmente prevendo que “a legislação municipal definirá, para cada zona em que se divida o território do Município, os usos permitidos e os índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, que incluirão, obrigatoriamente, as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes máximos de aproveitamento”.

Todavia, no Estado do Rio Grande do Sul, permanece a exigência do percentual de 35% (trinta e cinco por cento), em decorrência da Lei Estadual nº 10.116/1994, que “Institui a



Lei do Desenvolvimento Urbano, que dispõe sobre os critérios e requisitos mínimos para a definição e delimitação de áreas urbanas e de expansão urbana, sobre as diretrizes e normas gerais de parcelamento do solo para fins urbanos, sobre a elaboração de planos e de diretrizes gerais de ocupação do território pelos municípios e dá outras providências”, e estabelece em seu art. 20, que “a percentagem de áreas destinadas ao sistema viário e à implantação de equipamentos urbanos e comunitários será proporcional às densidades populacionais previstas para a gleba, e nunca inferior a 35% (trinta e cinco por cento) da mesma, salvo nos loteamentos destinados ao uso industrial cujos lotes forem maiores do que 15.000m<sup>2</sup> (quinze mil metros quadrados), caso em que esta percentagem poderá ser reduzida”.

Desta forma, o percentual de área pública que deve ser destinado no projeto de loteamento deve ser proporcional à densidade populacional da área a ser loteada, mas nunca inferior a 35% (trinta e cinco por cento) da mesma, em decorrência da Lei Estadual nº 10.116/1994, de respeito obrigatório e aplicação compulsória.

O Município, para atender a competência constitucional de ordenação territorial que lhe foi deferida pelo inciso VIII, do art. 30 da Carta Constitucional, tem de legislar sobre parcelamento do solo, com o fito de estabelecer as normas pertinentes à realidade da municipalidade, mas sem descuidar das regras gerais estabelecidas na Lei nº 6.766/1979 e na Lei Estadual nº 10.116/1994. Isto porque, na lei local poderá exigir destinação de área pública nos loteamentos em percentual igual ou superior a 35% (trinta e cinco por cento), mas nunca inferior.

A legislação municipal poderá prever percentuais diferentes de área pública a ser destinada nos loteamentos para as diferentes zonas do Município, para atender as diversas densidades populacionais existentes no território, mas nunca inferior a 35% (trinta e cinco por cento), mesmo que a densidade populacional não exija.

As áreas públicas destinadas no percentual mínimo de 35% (trinta e cinco por cento) são para o sistema de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário e espaços livres de uso público, conforme o inciso I, do art. 4º, que estabelece os requisitos mínimos que os loteamentos devem atender.

Segue na próxima edição.



# Responsabilidade administrativa por infração ambiental: natureza objetiva ou subjetiva?

**Márcia Bello de Oliveira Braga**

*Advogada, Mestre em Direito Público, Especialista em Direito do Estado e em Direito Tributário, Consultora Jurídica da DPM-Portal Legisla WEB*



A Constituição da República, no § 3º do art. 225, determina que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitam os infratores, sejam pessoas físicas, sejam pessoas jurídicas, a sanções penais (responsabilidade penal) e administrativas (responsabilidade administrativa), sem prejuízo do dever de reparar os danos causados (responsabilidade civil).

A responsabilidade penal está relacionada às condutas tipificadas como crime, sendo que a ação penal é de titularidade do Ministério Público. A Lei nº 9.605/1998 dispõe sobre as sanções penais derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, determinando que, nos crimes ambientais, a ação penal é pública e incondicionada.

A responsabilidade civil é relativa ao dever de reparar o dano ambiental causado, que deverá ocorrer de forma integral. A Política Nacional ao Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981), em seu art. 14, § 1º, expressamente determina que:

Art. 14. [...]

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Assim, a responsabilidade civil pelos danos ambientais causados é objetiva – independentemente de culpa – bastando a demonstração do evento danoso e do nexo de causalidade com o empreendedor/poluidor. Além disso, a pretensão de reparação de danos ambientais é considerada como imprescritível:

AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OCUPAÇÃO E EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE-APP. CASAS DE VERANEIO. MARGENS DO RIO IVINHEMA/MS. SUPRESSÃO DE MATA CILIAR. DESCABIMENTO. ART. 8º DA LEI 12.651/2012. NÃO ENQUADRAMENTO. DIREITO ADQUIRIDO AO POLUIDOR. FATO CONSUMADO. DESCABIMENTO. DESAPROPRIAÇÃO NÃO CONFIGURADA. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. DANO AMBIENTAL E NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

1. Descabida a supressão de vegetação em Área de Preservação

Permanente - APP que não se enquadra nas hipóteses previstas no art. 8º do Código Florestal (utilidade pública, interesse social e baixo impacto ambiental). 2. **Conquanto não se possa conferir ao direito fundamental do meio ambiente equilibrado a característica de direito absoluto, certo é que ele se insere entre os direitos indisponíveis, devendo-se acentuar a imprescritibilidade de sua reparação, e a sua inalienabilidade, já que se trata de bem de uso comum do povo (art. 225, caput, da CF/1988).** 3. Em tema de direito ambiental, não se cogita em direito adquirido à devastação, nem se admite a incidência da teoria do fato consumado. Precedentes do STJ e STF. 4. A proteção legal às áreas de preservação permanente não importa em vedação absoluta ao direito de propriedade e, por consequência, não resulta em hipótese de desapropriação, mas configura mera limitação administrativa. Precedente do STJ. 5. Violado o art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, pois o Tribunal de origem reconheceu a ocorrência do dano ambiental e o nexo causal (ligação entre a sua ocorrência e a fonte poluidora), mas afastou o dever de promover a recuperação da área afetada e indenizar eventuais danos remanescentes. 6. Em que pese ao loteamento em questão haver sido concedido licenciamento ambiental, tal fato, por si só, não elide a responsabilidade pela reparação do dano causado ao meio ambiente, uma vez afastada a legalidade da autorização administrativa. 7. É inadmissível o recurso especial quanto a questão não decidida pelo Tribunal de origem, por falta de prequestionamento (Súmula 211/STJ). 8. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. (REsp 1394025/MS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 18/10/2013) (grifamos)

A responsabilidade administrativa é relativa à possibilidade de a Administração, no exercício do seu poder de polícia, realizar o controle e a repressão das condutas danosas ao meio ambiente. A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, em seu art. 70, define como infração administrativa ambiental “toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”.

Na linha do previsto pela Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, relativamente ao exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, o Decreto nº 6.514/2008 prevê que a pretensão de punir administrativamente o infrator ambiental prescreve em 5 (cinco) anos, como regra, contados da data da prática do ato, ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que esta tiver cessado, ressalvada a infração que também constituir crime, hipótese em que a prescrição será a mesma prevista na legislação penal aplicável ao caso concreto (art. 21, caput e § 3º), podendo ocorrer a prescrição intercorrente, que ocorrerá quando o

processo administrativo destinado à apuração administrativa de infração ambiental permanecer paralisado, pendente de julgamento ou despacho da Administração por mais de 3 (três) anos (art. 21, § 2º).

A natureza jurídica da responsabilidade administrativa – se subjetiva, a depender de dolo ou culpa para a sua incidência, ou se objetiva, bastando a ocorrência do fato e o nexo de causalidade com o infrator – não é matéria pacífica, havendo divergências na doutrina e na jurisprudência dos tribunais.

MACHADO<sup>1</sup> sustenta que, para a aplicação das sanções administrativas, o critério da responsabilidade é objetivo, exceto nas hipóteses previstas no art. 72, § 3º, da Lei nº 9.605/1998<sup>2</sup>. Criticando tal entendimento, ANTUNES<sup>3</sup> sustenta que a responsabilidade objetiva é característica da esfera civil, sendo que no âmbito administrativo seria necessária a manifestação de conduta subjetiva do agente autor da infração para que possa ocorrer a punição, devendo a Administração demonstrar que houve por parte do autuado “conduta não conforme com as regras elementares de cuidado”.

Por outro lado, MILARÉ entende que a responsabilidade por infrações administrativas é subjetiva, mas que, em se tratando de responsabilidade administrativa ambiental, incidiria ainda a teoria da culpa presumida, implicando em inversão do ônus da prova:

Então, pondo em sinergia esses ensinamentos, pode-se concluir que a responsabilidade por infrações administrativas no direito ambiental é, indubitavelmente, subjetiva. O receio de que tal postura venha a ser fatal à proteção do meio ambiente é plenamente conjeturado pela adoção da teoria da culpa presumida, que, como exposto, torna mais cômoda e efetiva a atividade estatal sancionatória, já que se carrega ao ombro do suposto infrator todo o fardo probatório de sua inocência<sup>4</sup>.

Segundo o autor, então, para afastar a responsabilidade administrativa ambiental, caberia ao autuado a demonstração de que não agiu com dolo ou culpa para a exclusão da sua responsabilidade.

A jurisprudência também não é uníssona a respeito da matéria, como dito anteriormente. Para ilustrar, citamos as seguintes decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO NATIVA E ATERRAMENTO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. MULTA. O meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos, protegido pela Constituição Federal, cujo art. 225 o considera bem de uso comum do povo, impondo-se ao Poder Público o dever de defendê-lo. **A responsabilidade pelo dano ambiental é objetiva, nos termos do art. 14 da Lei n. 6.938/81, bastando, para a apuração do ilícito, a prova do fato e o nexo de causalidade entre este e o autor. No caso, devidamente apurada a infração administrativa pela supressão de mata nativa e aterramento em área de preservação permanente, mediante regular procedimento administrativo. Imposição de multa que levou em consideração a gravidade do fato, os motivos da infração e suas consequências (art. 107 da Lei Estadual n. 11.520/2000). A assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta por parte do infrator, não o exime do pagamento da multa porque é**

seu o dever de reparar o dano ambiental (art. 111 da Lei Estadual n. 11.520/2000). Inexistência de motivos para anulação do Auto de Infração. Improcedência da demanda. Irrelevante a necessidade de demolição de galpão sobre a área porque a demanda é anulatória de penalidade. Embargos rejeitados. (Embargos de Declaração Nº 70057254484, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 18/12/2013)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AMBIENTAL. DANO. IMPRESCRITIBILIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PROPRIETÁRIO. INQUÉRITO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. MULTAS ADMINISTRATIVAS. 1. A ação de reparação de dano ambiental é imprescritível. Jurisprudência do STJ. 2. O inquérito civil público não está sujeito ao contraditório e à ampla defesa, porque é procedimento de natureza inquisitorial do qual não pode resultar a aplicação de penalidade. Precedentes do STJ. 3. O ajuizamento da ação civil pública de reparação de danos não depende da instauração de prévio inquérito administrativo, o qual se constitui em procedimento inquisitorial de investigação e apuração dos fatos. 4. **O proprietário é solidariamente responsável pelo dano ao meio ambiente praticado no seu imóvel, ainda que não tenha sido o causador imediato do ato lesivo. Obrigação propter rem e responsabilidade objetiva. Precedentes do STJ. 5. A responsabilidade pelas infrações administrativas ambientais é subjetiva e exige a realização de processo administrativo na qual seja assegurado o direito de defesa.** Recurso provido em parte. (Apelação Cível Nº 70058350190, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 15/05/2014)

Também o Superior Tribunal de Justiça possui decisões conflitantes a respeito da matéria, conforme demonstram as seguintes ementas:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO POR DANO AMBIENTAL. A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL É OBJETIVA. A LEI N.9.605/1998 NÃO IMPÕE QUE A PENA DE MULTA SEJA OBRIGATORIAMENTE PRECEDIDA DE ADVERTÊNCIA.

1. **A responsabilidade administrativa ambiental é objetiva.** Deveras, esse preceito foi expressamente inserido no nosso ordenamento com a edição da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n.6.938/1981). Tanto é assim, que o § 1º do art. 14 do diploma em foco define que o poluidor é obrigado, sem que haja a exclusão das penalidades, a indenizar ou reparar os danos, independentemente da existência de culpa. Precedente: REsp 467.212/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 15/12/2003.

2. A penalidade de advertência a que alude o art. 72, § 3º, I, da Lei n. 9.605/1998 tão somente tem aplicação nas infrações de menor potencial ofensivo, justamente porque ostenta caráter preventivo e pedagógico.

3. No caso concreto, a transgressão foi grave; substanciada no derramamento de cerca de 70.000 (setenta mil) litros de óleo diesel na área de preservação de ambiental de Guapimirim, em áreas de preservação permanente (faixas marginais dos rios Aldeia, Caceribú e Guarai-Mirim e de seus canais) e em vegetações protetoras de mangue (fl. 7), Some-se isso aos fatos de que, conforme atestado no relatório técnico de vistoria e constatação, houve morosidade e total despreparo nos trabalhos emergenciais de contenção do vazamento e as barreiras de contenção, as quais apenas foram instaladas após sete horas do ocorrido, romperam-se, culminando o agravamento do acidente (fls. 62-67). À vista desse cenário, a aplicação de simples penalidade de advertência atentaria contra os princípios informadores do ato sancionador, quais sejam; a proporcionalidade e razoabilidade. Por isso, correta a aplicação de multa, não sendo necessário, para sua validade, a prévia imputação de advertência, na medida em que, conforme exposto, a infração ambiental foi grave.

4. Recurso especial conhecido e não provido. (REsp 1318051/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/03/2015, Dje 12/05/2015)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. DANO AMBIENTAL. ACIDENTE NO TRANSPORTE DE ÓLEO DIESEL. IMPOSIÇÃO DE MULTA AO PROPRIETÁRIO DA CARGA. IMPOSSIBILIDADE. TERCEIRO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA.

I - A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes ao deslinde da controvérsia de modo integral e adequado, apenas não adotando a tese vertida pela parte ora Agravante. Inexistência de omissão.

II - **A responsabilidade civil ambiental é objetiva; porém, tratando-se de responsabilidade administrativa ambiental, o terceiro, proprietário da carga, por não ser o efetivo causador do dano ambiental, responde subjetivamente pela degradação**

### ambiental causada pelo transportador.

III - Agravo regimental provido.  
(AgRg no AREsp 62.584/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 07/10/2015)

Diante da divergência, a prudência em relação à proteção ao meio ambiente indica a adoção da teoria da responsabilidade administrativa ambiental objetiva nas ações fiscalizatórias do Município. E essa foi a opção feita pelo legislador:

a) o Decreto Federal nº 6.514, de 22 de julho de 2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece, em seu art. 3º, § 2º, que: “A caracterização de negligência ou dolo será exigível nas hipóteses previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 72 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998”. Em uma interpretação a contrario sensu, pode-se concluir que, para as demais hipóteses, não haveria a necessidade de demonstração de negligência ou dolo para a responsabilização administrativa, bastando o nexo causal entre a conduta/omissão e o dano ambiental;

b) a Lei do Estado do Rio Grande do Sul nº 11.520, de 3 de agosto de 2000, que institui o Código Estadual do Meio Ambiente, em seu art. 100, prevê que “Aquele que direta ou indiretamente causar dano ao meio ambiente será responsabilizado administrativamente, independente de culpa ou dolo, sem prejuízo das sanções cíveis e criminais”.

A questão da natureza da responsabilidade administrativa é extremamente relevante no exercício de poder de polícia pelo Município no âmbito da proteção ao meio ambiente, sendo aplicada a teoria da responsabilidade objetiva, por exemplo, para determinar a solidariedade entre o proprietário e o possuidor do imóvel onde ocorre a infração.

## NOTAS

1 MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 373-375.

2 “Art. 73. [...] § 3º A multa simples será aplicada sempre que o agente, por negligência ou dolo: I - advertido por irregularidades que tenham sido praticadas, deixar de saná-las, no prazo assinalado por órgão competente do SISNAMA ou pela Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha; II - opuser embaraço à fiscalização dos órgãos do SISNAMA ou da Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha.”

3 ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 306.

4 ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 353-354.



## Gestante não tem mais direito à remarcação de teste físico em concurso público

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) modificou uma decisão colegiada anteriormente tomada para se alinhar ao entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) que afasta o direito de remarcar teste de aptidão física, previsto em edital de concurso público, por causa de circunstância pessoal do candidato.

O realinhamento da posição ocorreu no julgamento de recurso de uma candidata ao cargo de agente de segurança penitenciária da Secretaria de Defesa Social de Minas Gerais. O teste físico estava marcado para abril de 2013, dois meses depois de a candidata descobrir que estava grávida. No dia da prova, ela compareceu ao local com os exames médicos atestando não ser possível participar do teste por haver risco para o feto. Mesmo assim, foi eliminada.

### Peculiaridade

Inconformada, entrou com mandado de segurança no Tribunal de Justiça de Minas Gerais para que a data do teste fosse remarcada. Como não obteve êxito, recorreu ao STJ.

Acompanhando o relator, ministro Herman Benjamin, a Segunda Turma aceitou o argumento da candidata, baseando-se na jurisprudência então vigente no STJ, no sentido de que a remarcação do teste físico não violava o princípio da isonomia, “em face da peculiaridade do caso e tendo em vista a proteção constitucional da gestante e do nascituro”. O Estado de Minas Gerais recorreu da decisão do relator.

### STF

No recurso, o Estado alegou que o STJ deveria seguir o entendimento do STF no julgamento do Recurso Extraordinário 630.733, segundo o qual não ofende o princípio da isonomia a vedação da remarcação de teste físico previsto em edital.

Herman Benjamin acolheu o recurso do Estado de Minas Gerais e reviu a decisão anteriormente tomada, negando assim o direito da gestante à remarcação. A nova posição foi acompanhada por unanimidade pela Segunda Turma.

“Com efeito, no julgamento do Recurso Extraordinário 630.773/DF, sob o regime de repercussão geral, a corte suprema firmou o entendimento de que inexistente direito constitucional à remarcação de provas em razões de circunstâncias pessoais dos candidatos”, afirmou o ministro.

Data da Notícia: 27/10/2016

Veja a íntegra em:  
<http://www.stj.jus.br/portal/>

### **Ementa:**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL QUE CRIA CARGOS DE PROVIMENTO EFETIVO. AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES. DELEGAÇÃO AO PODER EXECUTIVO PARA DISPOR POR MEIO DE DECRETO. IMPOSSIBILIDADE. - É uniforme o entendimento no sentido de que somente a lei formal pode criar cargos públicos, com suas respectivas atribuições, requisito indispensável e inerente a própria existência do cargo. Interpretação extraída dos arts. 37, II, da Constituição Federal, e 19, I, da Constituição Gaúcha. - É inconstitucional a delegação ao Chefe do Poder Executivo para dispor por decreto sobre as atribuições de cargos públicos, pois se a caracterização de determinado cargo dá-se pelas atribuições que lhes são conferidas, dúvidas não remanescem de que essas alterações importariam, reflexamente, na criação de novos cargos, o que violaria o art. 61, § 1º, II, a, da Constituição Federal. MODULAÇÃO DE EFEITOS. DIFERIMENTO. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO. - Sabido que a declaração de inconstitucionalidade acarreta, em regra, a atribuição de efeitos ex tunc. Entretanto, a atribuição de tal efeito na hipótese sub examine provocaria um colapso na Administração Municipal com aptidão de causar, conseqüentemente, prejuízos irreparáveis à população local, por força da súbita e inevitável paralisação de considerável parte do serviço público. - Cenário que autoriza a modulação dos efeitos da declaração para diferir a eficácia da decisão pelo prazo de seis meses, a contar da publicação deste acórdão. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. UNÂNIME. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70070225198, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 31/10/2016)

### **Comentários:**

A Ação foi proposta pelo Procurador-Geral de Justiça objetivando retirar do ordenamento jurídico os artigos 2º e 8º, ambos de Lei Municipal que criou cargos públicos, sob a alegação de que foram violados os artigos 8º, caput, e 19, caput e inciso I, da Constituição Estadual, combinados com o artigo 37, inciso II, da Constituição da República, ao terem atribuído ao Poder Executivo o poder de regulamentar as atribuições dos cargos criados mediante Decreto. Sustentou que as atribuições de cargos devem, necessariamente, ser regulamentadas por meio de lei, em atenção ao princípio da reserva legal. O Relator do Acórdão referiu que, em sua ótica, “sem as atribuições não há cargo, apenas mera denominação de um lugar na organização pública”, portanto a consequência inafastável é no sentido de que não só a criação de cargo público, mas também as descrições de suas atribuições se inserem na reserva legal absoluta ou formal, sendo vedada a delegação da fixação dessas atribuições a ato de natureza infralegal de alçada do Poder Executivo. Em razão da evidente possibilidade de grave lesão à ordem pública, entendeu pela modulação dos efeitos da decisão, determinando a sua eficácia no prazo de seis meses, a contar da publicação do acórdão. A Ação foi julgada procedente à unanimidade.

### **Ementa:**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE ARROIO DO TIGRE. LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL. EMENDA PARLAMENTAR DE REDUÇÃO DRÁSTICA DAS RECEITAS DO EXECUTIVO E MAJORAÇÃO EXCESSIVA DAS RECEITAS DO LEGISLATIVO. CORTE E AUMENTO DE RECURSOS SEM JUSTIFICATIVA. MODIFICAÇÃO NOS RECURSOS FINANCEIROS QUE IMPORTA SUBSTANCIAL ALTERAÇÃO NO PLANEJAMENTO DO MUNICÍPIO. SEPARAÇÃO DOS PODERES. VIOLAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. Há violação à separação dos poderes, com quebra dos princípios da harmonia e independência, quando o Poder Legislativo, no exercício da sua competência de emenda às leis orçamentárias anuais, extrapola os limites estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual, assim ingerindo indevidamente na esfera de competência exclusiva do Poder Executivo. As regras constitucionais, tanto federal, quanto estadual, estabelecem prerrogativa do Poder Executivo para dar início ao processo legislativo dos orçamentos anuais. A emenda de origem parlamentar não pode modificar a substância do texto normativo, principalmente quando suprime drasticamente a receita do Executivo e majora excessivamente a receita do Legislativo. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. UNÂNIME. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70069741023, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 17/10/2016)

### **Comentários:**

A Ação foi proposta pelo Prefeito Municipal com relação a artigo de Lei Municipal referente à estimativa de receita e fixação de despesa do Município para o exercício de 2015, que sofreu alteração através de Emenda Modificativa, alterando os limites para a Abertura de Crédito Suplementar no exercício, reduzindo de 5% para 0,15% da despesa total fixada para o Poder Executivo e majorando de 5% para 15% da despesa total fixada o limite para a mesma abertura de crédito no Poder Legislativo. Muito embora o Prefeito tenha vetado a referida Emenda, o Legislativo rejeitou o veto, tendo sido consolidada a alteração referida. Alegou o proponente violação dos artigos 5º, 82, inciso VII e 152, § 3º, inciso III, alínea ‘a’, da Constituição Estadual, além dos artigos 33, inciso II, 45, inciso XIV e 78, § 3º, inciso III, alínea ‘a’, todos da Lei Orgânica do Município. Argumentou que foi ferida a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo Municipal para legislar sobre leis orçamentárias, bem como o princípio da separação de poderes. A Ação foi julgada procedente à unanimidade, sendo repisados os termos da decisão que deferiu a medida liminar quando do seu recebimento, no sentido de que a iniciativa privativa é do chefe do Poder Executivo relativamente aos orçamentos anuais e que a promulgação da emenda vetada representou indevida ingerência do Legislativo no Poder Executivo Municipal, repercutindo diretamente na destinação dada aos recursos municipais, traduzindo-se vício formal a redundar na sua inconstitucionalidade.

# Contratação de leiloeiro oficial: o dever de licitar, a inaplicabilidade da modalidade pregão e a forma de remuneração pelo serviço

**Bruna Polizelli Torossian**

*Advogada, Especialista em Direito Público,  
Consultora Jurídica da DPM - Portal Legisla WEB*

Esta DPM muito tem sido questionada sobre a legalidade e forma de contratação de leiloeiro oficial para o processamento de leilão, modalidade de licitação prevista no art. 23, § 5º, da Lei Federal nº 8.666/1993, Lei de Licitações e Contratos.

Para a realização de leilão, a Administração Pública poderá designar um servidor ou contratar um leiloeiro oficial, de acordo com a sua necessidade devidamente justificada<sup>1</sup>, conforme dispõe o art. 53, da Lei de Licitações:

Art. 53. O leilão pode ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela Administração, procedendo-se na forma da legislação pertinente.

Desta forma, a dúvida que persiste nos Municípios é em como realizar a contratação desse profissional leiloeiro oficial, já que quanto à designação de servidor para exercer essa tarefa, basta apenas um ato do Chefe do Poder contratante (Prefeito se Poder Executivo, Presidente da Câmara, se Poder Legislativo, por exemplo) que, na nossa recomendação, pode ser realizado através de portaria.

Para tanto, foquemos na hipótese da contratação de leiloeiro oficial.

2. A escolha do leiloeiro, atividade regulamentada pelo Decreto nº 21.981/1932, que “Regula a profissão de Leiloeiro ao território da República”, bem como a indicação da sua forma de contratação, estão previstas na Instrução Normativa nº 17/2013, do Departamento de Registro Empresarial e Integração – DREI, que, dentre outros, regula o processo de concessão de matrícula, seu cancelamento e a fiscalização da atividade de Leiloeiro Público Oficial.

O art. 33, especificamente, dispõe sobre o tema:

#### Da Escolha do Leiloeiro

Art. 33. A Junta Comercial, quando solicitada para informar nome de leiloeiro por interessado na realização de leilões, sejam estes pessoas



de direito público ou privado, informará a relação completa dos leiloeiros oficiais devidamente matriculados.

§ 1º A relação de leiloeiros, referida no caput deste artigo, tem finalidade meramente informativa do contingente de profissionais matriculados na Junta Comercial.

§ 2º A forma de contratação do leiloeiro, seja por meio de procedimento licitatório ou outro critério, caberá aos entes interessados. (grifo nosso)

Portanto, a contratação de leiloeiro, quando realizada pela Administração Pública, deverá ser precedida de licitação, em observância aos princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, previstos no art. 37, da Constituição da República Federativa do Brasil e, posteriormente, repisados no art. 3º da Lei de Licitações, ainda que o pagamento dessa prestação de serviço não ocorra pelo Poder Público, e sim pelo próprio arrematante, uma vez que é através da Administração que o leiloeiro auferirá beneficiamento econômico. Nesse sentido é o posicionamento do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul:

2.2 – Contratação de leiloeiro oficial mediante indevida dispensa de licitação, com base no inciso II do art. 24 da Lei de Licitações. [...] Inobservância dos princípios constitucionais da legalidade, isonomia e impessoalidade (fls. 381 a 383 e 516 a 518)<sup>2</sup>.

Importante salientar que o leiloeiro oficial deverá comprovar matrícula na Junta Comercial, de acordo com o colacionado art. 33 (IN nº 17/2013, DREI) e, ainda, que o exercício de suas funções é estritamente pessoal:

Art. 30. É pessoal o exercício das funções de leiloeiro, que **não poderá exercê-las por intermédio de pessoa jurídica** e nem delegá-las, senão por moléstia ou impedimento ocasional, a seu preposto, cabendo ao leiloeiro comunicar o fato à Junta Comercial. (grifo nosso)

Dada a vedação do exercício da profissão de leiloeiro através de pessoas jurídicas, pode-se afirmar que, desde 06/12/2013, data da publicação e, conseqüente entrada em vigor da IN nº 17/2013, a Administração somente está autorizada a contratar leiloeiro pessoa física, e jamais empresa que disponibilize leiloeiro para a realização de leilão. Nesses

casos, a licitante deverá ser inabilitada do certame, com base na previsão do citado art. 30.

3. Outro ponto que tem ensejado diversas dúvidas aos Municípios, é sobre a remuneração do leiloeiro oficial.

O art. 24 do Decreto nº 21.981/2932, dispõe que, não havendo estipulação prévia, o valor da comissão será de 5% (cinco por cento) para bens móveis e 3% (três por cento) para imóveis, cobrado sobre o valor final dos bens arrematados, pago diretamente pelo arrematante, conforme a seguir:

Art. 24. A taxa da comissão dos leiloeiros será regulada por convenção escrita que estabelecerem com os comitentes, sobre todos ou alguns dos efeitos a vender. **Não havendo estipulação prévia, regulará a taxa de cinco por cento sobre móveis, semoventes, mercadorias, jóias e outros efeitos e a de três por cento sobre bens imóveis de qualquer natureza.** (grifo nosso)

Na mesma linha, a IN nº 17/2013, do DREI, estabelece, como proibição, a cobrança, pelo leiloeiro, de valor diferente do disposto no art. 24, do Decreto que regulamenta a profissão:

Art. 35. **É proibido ao leiloeiro:**  
[...]  
II - sob pena de suspensão:  
a) **cobrar do arrematante comissão diversa da estipulada no parágrafo único do art. 24,** do Decreto Federal nº 21.981, de 19 de outubro de 1932; e  
[...] (grifo nosso)

Desta forma, a recomendação é para que a Administração fixe a porcentagem máxima a ser paga ao leiloeiro de acordo com o estabelecido no referido art. 24, razão pela qual, conseqüentemente, não haverá pesquisa de mercado na fase interna desse processo licitatório.

As propostas apresentadas com preço acima do percentual previsto no Decreto nº 21.981/1932, deverão ser desclassificadas por valor superior ao máximo permitido no edital e, as abaixo desse percentual, também serão desclassificadas, mas por ferir o disposto no Decreto. Ou seja, de qualquer forma, a Administração somente poderá classificar propostas com valores nos percentuais definidos no art. 24.

Em havendo empate, deverá ser realizado sorteio, em ato público, mas somente após a convocação de todos os licitantes, conforme determina o art. 45, § 2º, da Lei de Licitações.

4. Com base nas considerações expostas até aqui, não há como vislumbrar viabilidade de a contratação de leiloeiro oficial ser providenciada através da modalidade pregão, uma vez que a sistemática da remuneração (explicitada no item 3), torna inaplicável a operacionalização da fase de lances,

inerente à modalidade.

Assim, para a escolha da modalidade licitatória é importante estimar o valor que se espera alcançar com a venda do(s) bem(ns), para que seja possível, aplicando sobre esse valor o percentual máximo de remuneração do leiloeiro, admitido no edital, identificar o valor da contratação e, ato contínuo, a modalidade em que a licitação será processada, conforme aduz a Lei de Licitações:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

[...]

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);

c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

[...]

Orientamos que, caso o resultado dessa equação fique próximo ao valor indicado como limite da modalidade escolhida, a Administração processe a contratação através de modalidade superior, uma vez que o que se busca no leilão é justamente o maior lance, o que, por conseqüente, aumentará a remuneração do leiloeiro.

5. Diante de todo o exposto, a sugestão para a contratação de leiloeiro oficial pela Administração Pública é a realização de licitação, exceto na modalidade pregão, em observância aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, bem como dos artigos 3º e 53 da Lei nº 8.666/1993 e art. 33, § 2º, da IN nº 17/2013 do DREI, com percentual de remuneração a ser pago ao profissional leiloeiro fixado no edital de acordo com o art. 24, do Decreto nº 21.981/1932.

---

## NOTAS

1 "Item 2.1.1 - Contratação de leiloeiro oficial sem justificativa de sua necessidade, sendo que a Auditada possui servidora designada especialmente para essa atividade, além de uma comissão de leilão nomeada. Sugestão de débito de R\$ 12.510,00 (fls. 150 a 154)". TCE/RS. Contas de Gestão. Processo nº 001194-02.00/13-4. Exercício 2013. Data 01/10/2015. Publicação 20/10/2015. Órgão Julg. Segunda Câmara. Relator Conselheiro Pedro Figueiredo.

2 TCE/RS. Processo de Contas Outros nº 001406-02.00/09-0. Exercício 2009. Data 21/09/2011. Publicação 11/11/2011. Órgão Julg. Tribunal Pleno. Relator Conselheiro Alexandre Mariotti.

---



## Dias parados por greve de servidor devem ser descontados, exceto se houver acordo de compensação

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu na sessão desta quinta-feira (27) o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 693456, com repercussão geral reconhecida, que discute a constitucionalidade do desconto dos dias parados em razão de greve de servidor. Por 6 votos a 4, o Plenário decidiu que a administração pública deve fazer o corte do ponto dos grevistas, mas admitiu a possibilidade de compensação dos dias parados mediante acordo. Também foi decidido que o desconto não poderá ser feito caso o movimento grevista tenha sido motivado por conduta ilícita do próprio Poder Público.

Ao final do julgamento foi aprovada a seguinte tese de repercussão geral: "A administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público". Há pelo menos 126 processos sobrestados (suspensos) à espera dessa decisão.

O julgamento foi retomado com o voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso. Antes do pedido de vista, haviam votado o relator, ministro Dias Toffoli, admitindo o desconto, e o ministro Edson Fachin, que entende que apenas ordem judicial pode determinar o corte no pagamento. Em seu voto, o ministro Barroso afirmou que o administrador público não só pode, mas tem o dever de cortar o ponto. "O corte de ponto é necessário para a adequada distribuição dos ônus inerentes à instauração da greve e para que a paralisação, que gera sacrifício à população, não seja adotada pelos servidores sem maiores consequências", afirmou Barroso.

Em seu voto, o ministro endossou a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que, em caso de greve prolongada, admite uma decisão intermediária que minimize o desconto incidente sobre os salários de forma a não onerar excessivamente o trabalhador pela paralisação e o desconto a não prejudicar a sua subsistência. Assim como Barroso, os ministros Teori Zavascki, Luiz Fux, Gilmar Mendes e a ministra Cármen Lúcia acompanharam o voto do relator, ministro Dias Toffoli, pela possibilidade do desconto dos dias parados.

O ministro Teori assinalou que a Constituição Federal não assegura o direito de greve com pagamento de salário. O ministro Fux lembrou que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei (PL) 710/2011, que regula o direito de greve no serviço público, lembrando que a proposta impõe a suspensão do pagamento dos dias não trabalhados como uma das consequências imediatas da greve. Fux enfatizou a importância da decisão do STF no momento de crise pelo qual atravessa o país, em que se avizinham deflagrações de movimentos grevistas.

Ao afirmar a possibilidade de desconto dos dias parados, o ministro Gilmar Mendes citou as greves praticamente anuais nas universidades públicas que duram meses a fio sem que haja desconto. "É razoável a greve subsidiada? Alguém é capaz de dizer que isso é lícito? Há greves no mundo todo e envolvem a suspensão do contrato de trabalho de imediato, tanto é que são constituídos fundos de greve", asseverou.

Data da Notícia: 27/10/2016

Veja a íntegra em:  
<http://www.stf.jus.br>



(NOTA: as ementas abaixo relacionadas foram elaboradas a partir das informações constantes no corpo das decisões proferidas pelo TCE-RS, mas não correspondem ao formato em que são disponibilizadas pela Corte de Contas em seu endereço eletrônico)

**ILEGALIDADE DA OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO JUNTO À COOPERATIVA DE CRÉDITO, UMA VEZ QUE A CONCESSÃO DE CRÉDITOS POR ESSAS ENTIDADES É RESTRITA A ASSOCIADOS E OS MUNICÍPIOS NÃO PODEM ASSOCIAR-SE.** As cooperativas de crédito integram o sistema financeiro nacional com o propósito de "promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade", nos termos do art. 192 da Constituição Federal. Consoante o art. 2º da Lei Complementar nº 130, de 17 de abril de 2009, a concessão de créditos deve ser restrita a associados, ressalvados "outros serviços de natureza financeira" que podem ser prestados a não associados. Da mesma forma, a Resolução nº 4.434, de 05 de agosto de 2015 do Banco Central do Brasil, que dispõe sobre a constituição, a autorização para funcionamento, as alterações estatutárias e o cancelamento de autorização para funcionamento das cooperativas de crédito, autoriza a concessão de créditos somente a associados. Ocorre que, de acordo com o art. 4º da Lei Complementar nº 130-2009, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Crédito Cooperativo, os municípios não podem ser admitidos no quadro social da sociedade cooperativa de crédito. Diante desse cenário normativo, não se concebe a possibilidade de existência de cooperativa de crédito que tenha como objetivo social conceder crédito a municípios, uma vez que isso fulmina sua própria existência, já que os municípios não podem associar-se sob a forma de cooperativa por expressa vedação do citado art. 4º da Lei Complementar nº 130-2009.<sup>1</sup>

**NÃO UTILIZAÇÃO DO PLANO DE CONTAS APLICADO AO SETOR PÚBLICO - PCASP, ADOTADO PELO TCE-RS, NA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA DO EXERCÍCIO DE 2014, CONFORME DETERMINA A PORTARIA STN Nº 634/2013. DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA NÃO EXIME DE EXERCER CONTROLE SOBRE OS ATOS PRATICADOS.** Com isso, deixou de atender o disposto no artigo 5º, parágrafo único, da Resolução TCE-RS nº 766/2007 e as regras da Instrução Normativa TCE-RS nº 03/2011. Em seus esclarecimentos, o responsável atribuiu o fato à empresa prestadora de serviços de informática, incumbida que estava de proceder à devida atualização dos sistemas informacionais ao regramento referido. Verifico, portanto, que não há controvérsia sobre a efetiva ocorrência da inconformidade, a qual, independentemente da eventual necessidade de contratação de prestadores de serviço, deve ser imputada ao Administrador. Bem verdade que o Prefeito não realiza pessoalmente todas as funções inerentes ao cargo, delegando diversas atividades aos seus agentes subordinados (secretários, diretores, chefes de serviço, entre outros) ou contratando a execução de outras. Mas isso não afasta a responsabilidade do Gestor quanto a irregularidades cometidas por estes, já que a delegação de competência não o exime de exercer controle sobre os atos praticados. Por fim, cabe consignar que esta Casa colocou à disposição dos jurisdicionados toda a sua estrutura, no sentido de auxiliá-los na adequação de seus sistemas contábeis informatizados. Além disso, sabe-se que a exigência de implantação da nova contabilidade no serviço público não se deu de forma "instantânea", mas ao longo de dilatado período, o que reveste de maior reprovabilidade o envio de informações em desacordo com as citadas regras.<sup>2</sup>

1 Processo nº 00238-02.00/16-0, Órgão Julg. TRIBUNAL PLENO, Parecer CT Coletivo nº 7/2016.

2 Processo nº 002575-02.00/14-1, Órgão Julg. PRIMEIRA CÂMARA, Relator CONS. CEZAR MIOLA, Publicação em 07/06/2016, Boletim nº 755/2016.

## Palestra sobre implantação do Plano de Carreira do Magistério em São João do Polêsine

No dia 18 de outubro de 2016, na Câmara de Vereadores, foi proferida, pela Dra. Amanda Zenato Tronco Diedrich, Consultora da DPM, palestra para os integrantes do magistério municipal de São João do Polêsine, com o objetivo de auxiliar na elaboração do novo Plano de Carreira da categoria.

Durante a exposição, foram apresentados os principais conceitos de direito constitucional e administrativo, além da indicação da legislação pátria que trata da matéria.

Ao final, foram indicados os tópicos que necessitam constar na lei, bem como respondidos questionamentos elaborados pelos professores municipais.



## Clientes em visita à DPM



Claudiomar da Rosa Gomes, Procurador Geral do Poder Executivo de Pinheiro Machado/RS em visita técnica à DPM, na tarde do dia 1º de novembro, sendo atendido pela Consultora Márcia Bello de Oliveira Braga.



Estiveram na DPM, na tarde do dia 28 de outubro, para atendimento técnico, o Vice-Prefeito Valcir Simoneti e a servidora Rosana Maria dos Santos, do Município de Itati/RS. Foram recebidos pelo Consultor João Felipe Lehmen.



Atendimento técnico realizado pela Consultora Viviane de Freitas Oliveira, na manhã do dia 27 de outubro, aos servidores Argemiro Martins, Luciana Berz e Sílvia Maria Mayer, integrantes da Comissão Sindicante do Município de Taquara/RS.



## Consultora da DPM ministra capacitação sobre “Transição de Governo na Prática e Cautelas no Último Ano de Mandato” na Escola de Gestão Pública da Associação Municipalista de Pernambuco – EGP/AMUPE

No último dia 19 de outubro, em decorrência da parceria entre EGP/AMUPE e a DPM, foi ministrada, pela Dra. Vivian Lítia Flores, capacitação referente às providências necessárias à transição dos mandatos naqueles Municípios onde não houve reeleição ou não foi eleito sucessor da atual Administração.

O evento, que contou com mais de cento e cinquenta inscritos, foi o terceiro realizado desde a assinatura da supracitada parceria e teve como objetivo orientar os servidores e gestores quanto às providências corretivas e acauteladoras atinentes ao final do mandato.

Registre-se que, no Estado de Pernambuco, está vigente a Resolução nº 27, de 10 de agosto de 2016, publicada pelo Tribunal de Contas, que estabelece que o Prefeito em exercício deverá designar servidores incumbidos de repassar informações e documentos à Comissão de Transição, a ser indicada pelo candidato eleito, para que esta possa se inteirar do funcionamento dos órgãos e das entidades da administração municipal e preparar os atos de iniciativa da nova gestão. A Resolução também aprova o “Manual de Encerramento e Transição de Mandato Municipal”.



Dra. Vivian, referindo-se à importância da realização de eventos como estes, afirmou que:

“

*“não há como melhorar a administração pública se não existirem instituições como a Amupe, que promove cursos e demais ações que trazem efetivamente o desenvolvimento e a atualização das pessoas, gestores e da causa municipalista em si. No momento em que estamos vivendo, no sentido estrutural e legal, não há mais espaço para a falta de profissionalismo na administração pública e nas transições de mandato. E a Amupe proporciona meios de sair desse amadorismo, ainda comum em alguns estados no Brasil”.*

”





## Rio Grande do Norte

### TCE-RN: Cartilha com orientações sobre encerramento e transição de mandato está disponível aos gestores

Com o objetivo de orientar os gestores públicos sobre o encerramento de seus mandatos, bem como otimizar a transição governamental, o Tribunal de Contas do Estado (TCE/RN) disponibiliza a cartilha “Encerramento e transição de mandato”, com informações e orientações importantes para os gestores que estão encerrando seus mandatos. A publicação, elaborada pela Secretaria de Controle Externo (Secex), está disponível através do link <http://goo.gl/4zxp1>.

**Fonte:** TCE-RN    **Data da notícia:** 19/10/2016    **Íntegra:** <http://www.tce.rn.gov.br/>



## Rondônia

### MP-RO obtém liminar determinando a interdição do Lixão Municipal em São Miguel do Guaporé

O Ministério Público do Estado de Rondônia obteve, junto ao Poder Judiciário, decisão liminar que obriga o Município de São Miguel do Guaporé a interditar, no prazo de 60 dias, o “Lixão Municipal”, sendo obrigado a cessar o despejo de resíduos sólidos, sob pena de multa que pode chegar a R\$ 300 mil, caso seja constatado que o Município permaneça utilizando o local, contados da intimação pessoal do prefeito da cidade.

A decisão do Poder Judiciário rondoniense reconhece que a destinação de resíduos sólidos tem funcionado de forma totalmente irregular, com desrespeito às disposições legais que visam à proteção do meio ambiente e à saúde pública, sem licença ambiental.

**Fonte:** Ascom MP/RO    **Data da Notícia:** 20/10/2016    **Íntegra:** <http://www.mpro.mp.br/>



## Goiás

### TJ-GO: Juíza determina que prefeito se abstenha de realizar a festa Alvorada Folia/2016

A juíza Simone Pedra Reis, da comarca de Alvorada no Norte, deferiu parcialmente liminar para determinar que o prefeito David Moreira de Carvalho se abstenha de realizar a festa Alvorada Folia/2016, em comemoração ao aniversário da cidade, e de efetuar qualquer tipo de pagamento relacionado às contratações de shows, em razão de procedimento irregular de inexigibilidade de licitação. Em caso de descumprimento, a magistrada estipulou de multa o valor de R\$ 100 mil.

**Fonte:** Centro de Comunicação Social do TJGO - Texto: Lilian Cury    **Data da notícia:** 19/10/2016    **Íntegra:** <http://tjgo.jus.br/>



## Paraíba

### MP-PB: Nova etapa de vistoria do transporte escolar começa sábado

Mais uma etapa de vistorias no transporte escolar será iniciada no próximo sábado (22). Desta vez, as Equipes 1 e 2 vão fiscalizar os veículos de 37 municípios paraibanos. As fiscalizações fazem parte do programa desenvolvido pelo Ministério Público da Paraíba (MPPB) em parceria com o Departamento Estadual de Trânsito do Estado (Detran-PB).

**Fonte:** MP-PB    **Data da notícia:** 19/10/2016    **Íntegra:** <http://www.mppb.mp.br/>



## Pernambuco

### TCE-PE julga irregulares “diárias” percebidas pelo prefeito de Paudalho

A Segunda Câmara do TCE julgou irregular nesta terça-feira (18) o objeto de uma Auditoria Especial realizada na Prefeitura de Paudalho para apurar a legalidade das diárias percebidas pelo prefeito José Pereira de Carvalho. A Auditoria foi realizada pela Inspeção Regional Metropolitana Norte e o seu relator foi o conselheiro Marcos Loreto.

Com base no relatório dos auditores, Loreto entendeu que os valores das diárias fixados pelo decreto nº 015/2013 “ferem os princípios constitucionais da moralidade, economicidade e impessoalidade” porque totalizaram 221 apenas naquele exercício, quando o ano inteiro teve apenas 256 dias úteis.

**Fonte:** TCE-PE    **Data da notícia:** 18/10/2016    **Íntegra:** <http://www.tce.pe.gov.br>

# Perguntas e Respostas

## O que é CAT?

A sigla CAT significa Comunicação de Acidente do Trabalho e é um documento encaminhado ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS para reconhecer tanto um acidente de trabalho ou de trajeto, bem como uma doença ocupacional.

## O que é acidente de trabalho ou de trajeto para a finalidade de emissão da CAT?

Acidente de trabalho ou de trajeto é o acidente ocorrido no exercício da atividade profissional a serviço do Município ou no deslocamento residência / trabalho / residência, e que provoque lesão corporal ou perturbação funcional que cause a perda ou redução (permanente ou temporária) da capacidade para o trabalho ou, em último caso, a morte.

## O que é doença ocupacional para a finalidade de emissão da CAT?

Doença ocupacional é aquela produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

## Quando o Município deve fazer a CAT?

O Município é obrigado a informar à Previdência Social todos os acidentes de trabalho ocorridos com seus servidores públicos que tenham vinculação previdenciária com o Regime Geral de Previdência Social - RGPS, mesmo que não haja afastamento das atividades, até o primeiro dia útil seguinte ao da ocorrência.

No caso de doença do trabalho, a emissão da CAT deverá ser feita logo depois de constatada a incapacidade para o trabalho, ou no dia em que for realizado o

diagnóstico da doença (valendo para esses casos o que ocorrer primeiro).

Em caso de morte, a comunicação deverá ser imediata.

## Qual o procedimento prévio para que o Município possa proceder a emissão da CAT?

O servidor empregado público deve ser submetido à avaliação do médico oficial do Município ou apresentar o comprovante do atendimento médico que foi realizado, esclarecendo, em detalhes, como ocorreu o acidente ou a manifestação da doença ocupacional. Constatando-se a ocorrência de acidente de trabalho ou de trajeto ou de doença ocupacional, com a manifestação de lesão pessoal ou perturbação funcional, deve ser emitida a CAT.

IMPORTANTE: o evento, como, por exemplo, um acidente com veículo do Município que não ocasionou “lesão pessoal” ou “perturbação funcional”, não deve gerar a CAT.

## Qual a consequência, para o Município, caso não informe o acidente de trabalho no prazo legal?

O Município que não informar o acidente de trabalho dentro do prazo legal estará sujeito à aplicação de multa, conforme o disposto nos artigos 286 e 336 do Decreto Federal nº 3.048/1999 (Regulamento da Previdência Social).



**Rafael Edison Rodrigues**

*Advogado, Filósofo, Especialista em Controladoria e Finanças,  
Consultor Jurídico da DPM - Portal Legisla WEB*

Se o Município não fizer o registro da CAT, o próprio trabalhador, o dependente, a entidade sindical, o médico ou a autoridade pública (magistrados, membros do Ministério Público e dos serviços jurídicos da União e dos Estados ou do Distrito Federal e comandantes de unidades do Exército, da Marinha, da Aeronáutica, do Corpo de Bombeiros e da Polícia Militar) poderão efetivar, a qualquer tempo, o registro deste instrumento junto à Previdência Social, o que não exclui a possibilidade da aplicação da multa.

### Como fazer o registro da CAT?

O INSS disponibiliza um aplicativo que permite o Registro da CAT de forma on-line, desde que preenchidos todos os campos obrigatórios. Após a emissão, a comunicação passa, imediatamente, a constar no banco de dados da autarquia previdenciária. O aplicativo está disponível para download no seguinte endereço eletrônico: <http://cat.inss.gov.br/servicos/cat/cat.shtm>.

Nos casos em que não for possível o registro da CAT de forma on-line e para que o Município não esteja sujeito à aplicação da multa por descumprimento de prazo, o registro da CAT poderá ser feito em uma das agências do INSS. Para tanto, o formulário da CAT deverá estar inteiramente preenchido e assinado, principalmente os dados referentes ao atendimento médico.

Através do aplicativo, também é possível gerar o formulário da CAT em branco para, nos casos em que a medida for necessária, ser feito o preenchimento de forma manual.

### Quais são os tipos de CAT segundo a finalidade a que se destinam?

Os tipos e finalidades de cada CAT são os seguintes:

a) CAT inicial: utilizada quando se referir a acidente de trabalho típico, de trajeto, doença profissional, do trabalho ou óbito imediato.

b) CAT de reabertura: será utilizada para casos de afastamento por agravamento de lesão de acidente do trabalho ou de doença profissional ou do trabalho. Na CAT de reabertura, deverão constar as mesmas informações da época do acidente, exceto quanto ao afastamento, último dia trabalhado, atestado médico e data da emissão, que serão relativos à data da reabertura. Não será considerada CAT de reabertura a situação de simples assistência médica ou de afastamento com menos de quinze dias consecutivos.

c) CAT de comunicação de óbito: será emitida exclusivamente para casos de falecimento decorrente de acidente ou doença profissional ou do trabalho. Só vale para casos de óbito que ocorreram após o preenchimento da CAT inicial.

### Como proceder no caso em que não for possível o preenchimento dos dados referentes ao campo destinado ao atendimento médico na versão on-line da CAT?

Caso a área de informações referente ao atestado médico do formulário não esteja preenchida e assinada pelo médico assistente, deverá ser apresentado o atestado médico, desde que nele conste a devida descrição do local/data/hora de atendimento, bem como o diagnóstico com o CID e o período provável para o tratamento, contendo assinatura, o número do Conselho Regional de Medicina (CRM) e o carimbo do médico responsável pelo atendimento, seja particular, de convênio ou do Sistema Único de Saúde - SUS.

# Considerações sobre a instituição de Programa de Guarda Subsidiada Provisória no Município<sup>1</sup>

Ana Maria Janovik

Advogada, Mestre em Direito Público, Especialista em Direito do Estado, Consultora Jurídica da DPM - Portal Legisla WEB



## Pergunto:

Solicitamos orientações relativas ao Projeto de Lei que pretende instituir o Programa de Guarda Subsidiada Provisória no Município, destinado a crianças e/ou adolescentes que estejam com seus direitos violados e em situação de risco social e pessoal, nos casos em que se fizer necessário o afastamento imediato do convívio familiar e houver possibilidade de acolhimento por suas famílias extensas e/ou ampliadas ou mesmo por pessoa com a qual mantenham laço afetivo.

## DPM responde:

1. A Constituição da República, no art. 227, estabelece como dever comum da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com prioridade absoluta, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

1.1 Dispondo sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, a União instituiu, pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que, no art. 19, com redação dada pela Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016, o Marco Regulatório da Primeira Infância, estabelece como direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

1.2 Para tanto, o Código Civil Brasileiro – CCB, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, prevê, no seu art. 1.630 e seguintes, que os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores, o qual compete aos pais, e na falta ou impedimento de um deles, ao outro, que o exercerá com exclusividade. Nem a separação judicial, o divórcio ou a dissolução de união estável alteram as relações entre pais e filhos, senão quanto ao direito dos primeiros de terem em sua companhia os segundos.

1.3 Neste sentido é o art. 21 do ECA, na redação dada pela Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009, conhecida como a “Lei da Adoção”, que determina que o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurando-se a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Como se verifica, o poder familiar, denominado no passado como pátrio poder, não é um direito dos pais sobre os filhos menores, senão exatamente o contrário: a garantia desses

em relação àqueles de cuidado, sustento, guarda e educação. Sobre este ponto, é oportuna a lição do Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, da 7ª Câmara Cível, ao relatar o Agravo de Instrumento nº 70067329144, julgado em 16 de março corrente:

Convém gizar que o instituto do pátrio poder, que o Código Civil vigente denomina de poder familiar, é um munus ou um encargo de ordem pública que o Estado comete aos pais, constituindo-se num conjunto de direitos-deveres destinados a proteger a pessoa do filho a fim de prepará-lo adequadamente para os embates da vida, cumprindo proporcionar ao filho uma instrução e uma formação mínima capaz de permitir-lhe o exercício de algum labor ou atividade lícita com a qual possa prover o próprio sustento, tornando-se uma pessoa socialmente útil.

A potestade do pai não é instituída no seu interesse, mas sim no interesse do filho. O pátrio poder ou poder familiar, mais do que faculdade ou direito, constitui dever dos pais e é, pela sua natureza, indisponível, irrenunciável e intransferível.

As únicas exceções lícitas contempladas são a adoção, onde os pais restam demitidos do vínculo parental, e a transferência de guarda, que é uma forma de delegação de poderes paternos, mas é transitória e excepcional.

E, em ambas, há que se aquilatar, necessariamente, a conveniência da medida para a criança ou o adolescente, sendo imperiosa a intervenção judicial, não bastando a mera manifestação de vontade dos genitores.

Cumpra ressaltar que o exercício do poder familiar implica na obrigação de prestar cuidado existencial, proteção e zelo, o que se deve interpretar da forma mais abrangente possível, compreendendo aspectos de saúde, higiene, educação, lazer, desenvolvimento pessoal, intelectual e afetivo. [...]

Deve-se buscar a possibilidade mais vantajosa para a formação e o desenvolvimento da infante, porquanto esse é o bem jurídico mais relevante a ser preservado.

1.4 A defesa do interesse da criança ou do adolescente, em relação ao instituto da guarda, em que está subjacente o poder familiar, tem a função de permitir o controle do exercício da autoridade parental, ao mesmo tempo em que a sua atribuição e exercício pelos pais dependem de avaliação judicial do interesse do menor, sempre que necessário – análise que não se restringe à disponibilidade de recursos materiais, mas a todo contexto familiar no qual a criança ou adolescente está inserido.

2. A suspensão ou a perda do poder familiar, de acordo com o art. 24 do ECA, só poderão ser decretadas judicialmente em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação

civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações relativas ao sustento, a guarda e a educação dos filhos menores, bem como de fazer cumprir as determinações judiciais em seu favor. Nestas hipóteses, tem aplicação o art. 19 do ECA, que aduz:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, **excepcionalmente, em família substituta**, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

§ 1º **Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.** (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 3º **A manutenção ou a reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência**, caso em que será esta incluída em serviços e programas de proteção, apoio e promoção, nos termos do § 1º do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

§ 4º Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial. (Incluído pela Lei nº 12.962, de 2014) (grifamos)

3. O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas protetivas previstas nos incisos VII e VIII do art. 101 do ECA, com o objetivo de resguardar as crianças e adolescentes de ameaça ou violação de direitos, em razão da ação ou omissão da sociedade ou do Estado, pela falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis ou mesmo em razão de sua própria conduta, nos termos do art. 98 do ECA. Ao passo em que o acolhimento institucional pode ser oferecido em abrigos institucionais, casas-lares e repúblicas, o acolhimento familiar é ofertado em famílias acolhedoras devidamente selecionadas, capacitadas, cadastradas e acompanhadas pelas equipes de referência dos serviços de acolhimento ofertados de forma integrada pelas políticas de assistência social e da criança e adolescente.

3.1 Tanto é assim que a Política Nacional de Assistência Social – PNAS, aprovada pela Resolução nº 145, de 15 de outubro de 2004, do Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, estabelece que a ênfase da proteção social deve ser a reestruturação dos serviços de abrigamento de indivíduos que, por uma série de fatores, não contam mais com a proteção e o cuidado de suas famílias. Isso porque a colocação de crianças, adolescentes, pessoas com deficiências e até idosos em instituições de longa permanência, no Brasil, é antiga, e tinha como intenção primordial exatamente protegê-los ou afastá-los do convívio social e familiar, o que se materializava por espaços que atendiam um grande número de pessoas, que lá permaneciam por longo período, às vezes, a vida toda.

Assim, a PNAS, ao organizar a proteção social especial como modalidade de atendimento assistencial destinada a famílias e indivíduos que se encontram em situação de risco pessoal e social, pela violação de direitos, especialmente decorrentes de abandono, maus tratos físicos ou psíquicos, abusos, uso de substâncias psicoativas, situação de rua, situação de trabalho infantil, dentre outras, classificou como serviço de proteção social especial de alta complexidade o acolhimento institucional e o acolhimento familiar, por meio de família substituta ou acolhedora, porque são serviços que garantem a proteção integral, com moradia, alimentação, higienização e trabalho protegido para indivíduos que se encontram sem referência ou em situação de ameaça, necessitando ser retirados do seu núcleo familiar e/ou comunitário.

Exatamente por isso, são serviços que requerem um acompanhamento individual com maior flexibilidade nas soluções protetivas, comportando encaminhamentos monitorados, apoios e processos que assegurem a qualidade na atenção protetiva, com efetividade na reinserção almejada – o que inclui uma estreita relação com o Sistema de Garantia de Direitos<sup>2</sup>, exigindo não só dos órgãos executivos municipais, como os de assistência social, Conselho Tutelar e Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, mas em especial do Ministério Público e do Poder Judiciário, uma gestão compartilhada de soluções para efetividade dos serviços públicos correspondentes.

3.2 No âmbito do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – MDS e da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República – SDH/PR, foi elaborado o Plano Nacional de Promoção, Defesa e Garantia do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, que reconhece que a noção de “família” não é estática e que suas funções de proteção e socialização podem ser exercidas nos mais diversos arranjos familiares e contextos socioculturais, refutando qualquer ideia preconcebida de modelo familiar que possa ser considerado “normal”. Assim, a família é considerada como um organismo vivo, mutante e até contraditório, formado por pessoas que tem a sua própria individualidade e personalidade, conjugando o individual e o coletivo, a história familiar, transgeracional e pessoal, servindo como referência de afeto, proteção e cuidado. Ao reconhecer que, assim como seus integrantes, a família está em constante evolução de papeis e modo de organização, o Plano Nacional de Promoção, Defesa e Garantia do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária atribui fundamental importância à compreensão do investimento no fortalecimento e no resgate dos vínculos familiares nas situações de vulnerabilidade, “pois cada família, dentro de sua singularidade, é potencialmente capaz de se reorganizar diante de suas dificuldades e desafios, de maximizar as suas capacidades, de transformar suas crenças e práticas para consolidar novas formas de relações”<sup>3</sup>. E é neste contexto que o Plano Nacional de Promoção, Defesa e Garantia do Direito de

Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária define o acolhimento familiar:

O Programa de Famílias Acolhedoras caracteriza-se como um serviço que organiza o acolhimento, na residência de famílias acolhedoras, de crianças e adolescentes afastados da família de origem mediante medida protetiva. Representa uma modalidade de atendimento que visa oferecer proteção integral às crianças e aos adolescentes até que seja possível a reintegração familiar. Tal programa prevê metodologia de funcionamento que contemple:

- mobilização, cadastramento, seleção, capacitação, acompanhamento e supervisão das famílias acolhedoras por uma equipe multiprofissional;
- acompanhamento psicossocial das famílias de origem, com vistas à reintegração familiar; e
- articulação com a rede serviços, com a Justiça da Infância e da Juventude e com os demais atores do Sistema de Garantia de Direitos. Ressalta-se que este Programa não deve ser confundido com a adoção. Trata-se de um serviço de acolhimento provisório, até que seja viabilizada uma solução de caráter permanente para a criança ou adolescente – reintegração familiar ou, excepcionalmente, adoção. É uma modalidade de acolhimento diferenciada, que não se enquadra no conceito de abrigo em entidade, nem no de colocação em família substituta, no sentido estrito. As famílias acolhedoras estão vinculadas a um Programa, que as seleciona, prepara e acompanha para o acolhimento de crianças ou adolescentes indicados pelo Programa. Dentro da sistemática jurídica, este tipo de acolhimento possui como pressuposto um mandato formal – uma guarda fixada judicialmente a ser requerida pelo programa de atendimento ao Juízo, em favor da família acolhedora. A manutenção da guarda – que é instrumento judicial exigível para a regularização deste acolhimento – estará vinculada à permanência da família acolhedora no Programa. O programa deve ter como objetivos:
- cuidado individualizado da criança ou do adolescente, proporcionado pelo atendimento em ambiente familiar;
- a preservação do vínculo e do contato da criança e do adolescente com a sua família de origem, salvo determinação judicial em contrário;
- o fortalecimento dos vínculos comunitários da criança e do adolescente, favorecendo o contato com a comunidade e a utilização da rede de serviços disponíveis;
- a preservação da história da criança ou do adolescente, contando com registros e fotografias organizados, inclusive, pela família acolhedora;
- preparação da criança e do adolescente para o desligamento e retorno à família de origem, bem como desta última para o mesmo.
- permanente comunicação com a Justiça da Infância e da Juventude, informando à autoridade judiciária sobre a situação das crianças e adolescentes atendidos e de suas famílias;

3.3 Além disso, a família acolhedora é regulamentada pelas “Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes”, instituídas pela Resolução Conjunta nº 1, de 18 de junho de 2009, do Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS e do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, que define como um serviço de acolhimento provisório, prestado em residências de famílias que se cadastram e são selecionadas, quando aptas, para cuidar de criança ou adolescente retirado de sua família natural, nuclear ou extensa, até que seja viabilizada uma solução de caráter permanente – reintegração familiar ou, excepcionalmente, a adoção. Em relação aos aspectos legais, o Serviço de Acolhimento em Família Acolhedora deve organizar-se segundo os princípios e diretrizes do ECA, especialmente no que tange à excepcionalidade e à provisoriedade do acolhimento, ao investimento na reintegração à família de origem (nuclear ou extensa), à preservação da convivência e do vínculo afetivo entre grupos de irmãos e a permanente articulação com a Justiça da Infância e da Juventude e a rede de serviços.

4. Em termos de organização do Serviço de Acolhimento em Família Acolhedora na forma de programa público municipal, é interessante notar que tem como objetivo o atendimento de crianças e adolescentes de 0 a 18 anos, em cumprimento de medida protetiva (inciso VIII do art. 101 do ECA), cuja avaliação da equipe técnica da rede de atendimento indique a possibilidade, pelo menos inicial, de retorno à família de origem, ampliada ou extensa – exceto em casos emergenciais, nos quais não exista alternativa de acolhimento e proteção. Essa forma de acolhimento é particularmente indicada para as crianças pequenas que vivenciam situações de violações de direitos, dadas as especificidades do atendimento prestado pelas famílias acolhedoras.

Destas considerações, depreende-se a necessidade de existência de uma equipe técnica, pertencente ao quadro administrativo do Poder Executivo. Esta equipe deve ser formada por um coordenador, cuja formação mínima deve ser de nível superior, com experiência e amplo conhecimento da rede de proteção à infância e à juventude, de políticas públicas e da rede de serviços do Município. Dentre as suas atribuições, devem estar previstas a gestão e a supervisão do funcionamento do serviço de acolhimento familiar, a organização e divulgação do programa, bem como a mobilização de famílias acolhedoras, a organização e supervisão dos trabalhos desenvolvidos, a articulação com a rede de serviços e com o Sistema de Garantia de Direitos. Além do coordenador, as “Orientações Técnicas” referem a necessidade de, pelo menos, dois profissionais para o acompanhamento de até 15 famílias de origem das crianças e dos adolescentes e 15 famílias acolhedoras, com formação mínima de nível superior e experiência no atendimento de crianças, adolescentes e famílias em situação de risco. Estes profissionais devem ter flexibilidade de horário de trabalho para atender às peculiaridades desta modalidade de serviço, já que é possível a necessidade de acompanhamento das crianças, adolescentes e famílias fora do horário comercial. Além disso, devem ter contempladas nas atribuições as funções de acolhida, avaliação, seleção, capacitação, acompanhamento, desligamento e supervisão das famílias acolhedoras; articulação com a rede de serviços e Sistema de Garantia de Direitos; a preparação e acompanhamento psicossocial das famílias de origem das crianças e adolescentes; o acompanhamento das próprias crianças e adolescentes; a organização das informações de cada caso atendido, na forma de prontuário individual; o encaminhamento, discussão e planejamento conjunto com a rede de serviços e do Sistema de Garantia de Direitos, das intervenções necessárias para o acompanhamento das crianças, adolescentes e respectivas famílias; a elaboração, o encaminhamento e a discussão dos relatórios sobre a situação de cada criança e adolescente com a autoridade judicial e o Ministério Público, nos quais constem informações relativas à possibilidade de reintegração familiar, à necessidade de aplicação de novas medidas protetivas ou, quando esgotados os recursos de manutenção na família de

origem, a necessidade de encaminhamento da criança ou adolescente para adoção.

As “Orientações Técnicas” também exigem espaços físicos adequados, para o funcionamento do Serviço de Acolhimento em Família Acolhedora, que consistem em sala para equipe técnica, adequada para atividades de natureza técnica, como elaboração de relatórios, atendimento, reuniões etc., com independência e separação de outras atividades; sala de coordenação de atividades administrativas, em que sejam gerenciados os arquivos documentais, como a guarda de prontuários de crianças e adolescentes, em condições de segurança e sigilo, além de sala de atendimento, para o acolhimento e escuta individual e familiar, que garantam privacidade, conforto e sigilo aos profissionais e pessoas atendidas.

Além disso, o item 4.3.4 das “Orientações Técnicas” traz considerações sobre o funcionamento do Serviço de Acolhimento em Família Acolhedora, abrangendo desde a divulgação das informações sobre os objetivos e operacionalização do serviço, perfil dos usuários e critérios mínimos para se tornar uma família acolhedora, passando pela acolhida e avaliação inicial e documental das famílias que desejarem participar do programa, para verificar se atendem aos critérios mínimos exigidos para a função, inclusive quanto a disponibilidade e concordância de todos os integrantes do núcleo familiar em acolher e participar de encontros de seleção, capacitação e acompanhamento, até o cadastramento no programa e o seu acompanhamento pela equipe de referência.

5. A partir destas considerações, torna-se possível enfrentar o questionamento específico da consulta, que solicita orientações quanto ao Projeto de Lei s/nº que pretende instituir o “Programa de Guarda Subsidiada Provisória”, em condições análogas ao Serviço de Acolhimento em Família Acolhedora.

5.1 O art. 1º, ao instituir o programa, determina que o seu objetivo é atender “crianças e/ou adolescentes que estejam com seus direitos violados e em situação de risco social e pessoal, nos casos em que se fizer necessário o afastamento imediato do convívio familiar e houver possibilidade de acolhimento por suas famílias extensas e/ou ampliadas ou mesmo por pessoa com a qual mantenham laço afetivo”. É necessário considerar que a execução do programa municipal só será possível quando a criança ou adolescente de até 18 anos estiver em cumprimento de medida protetiva, determinada judicialmente, nos termos do inciso VIII do art. 101 do ECA, e mediante guarda à pessoa ou casal cadastrado no programa de acolhimento familiar, observado o disposto nos arts. 28 a 33 do próprio ECA:

**Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.**

**§ 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.** (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

**§ 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência.** (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

**§ 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.** (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

**§ 4º Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais.** (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

**§ 5º A colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de sua preparação gradativa e acompanhamento posterior, realizados pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.** (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

**§ 6º Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório:** (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

I - que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

II - que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

III - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

**Art. 29. Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.**

**Art. 30. A colocação em família substituta não admitirá transferência da criança ou adolescente a terceiros ou a entidades governamentais ou não-governamentais, sem autorização judicial.**

**Art. 31. A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção.**

**Art. 32. Ao assumir a guarda ou a tutela, o responsável prestará compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo, mediante termo nos autos.** (grifamos)

5.2 O art. 2º do Projeto de Lei s/nº aduz que “O Programa de Guarda Subsidiada Provisória será coordenado pela Secretaria de Município de Desenvolvimento Social, podendo ser executado através de parcerias com entidades de Assistência Social, com base na Lei Federal nº 13.019, de 31 de julho de 2014”. Conforme abordado no item 4 desta Informação, a instituição de um programa público de acolhimento familiar pressupõe, para além de um órgão executivo de coordenação, a existência de uma equipe técnica que faça o acompanhamento das crianças, adolescentes, famílias de origem e famílias acolhedoras. Rigorosamente, essa equipe deve pertencer ao quadro administrativo do Poder Executivo, cabendo ao órgão de coordenação, se tiver delegação de competência para tanto, a designação de seus membros – lembrando-se, por oportuno, que isso não poderá gerar prejuízo a outros serviços públicos instituídos, tais como os prestados no Centro de Referência de Assistência Social – CRAS e no Centro de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS, que devem funcionar, no mínimo, 40 horas semanalmente. Se a equipe de



referência não integrar o quadro administrativo de servidores públicos, sendo intenção, com a redação do art. 2º do Projeto de Lei s/nº a sua disponibilização por entidades de assistência social, então o caso não será o de celebração de parceria pelo regime da Lei nº 13.019/2014, mas o de contratação da prestação desse serviço, com base na Lei nº 8.666/1993.

5.3 No que diz respeito às diretrizes do programa, definidas no art. 3º, lembramos, como aduzimos no item 3.3 desta Informação, que o Serviço de Acolhimento em Família Acolhedora deve organizar-se segundo os princípios e diretrizes do ECA, especialmente no que tange à excepcionalidade e à provisoriedade do acolhimento, ao investimento na reintegração à família de origem (nuclear ou extensa), à preservação da convivência e do vínculo afetivo entre grupos de irmãos e a permanente articulação com a Justiça da Infância e da Juventude e a rede de serviços. Além disso, esse tipo de programa também deve se estruturar com base nos princípios dos serviços de acolhimento para criança e adolescente, que incluem a preservação e fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, a garantia de acesso e respeito a diversidade e não-discriminação, a oferta de atendimento personalizado e individualizado, a garantia de liberdade de crença e religião e o respeito à autonomia da criança e do adolescente.

5.4 Em relação ao art. 4º do Projeto de Lei, a partir de toda argumentação desenvolvida acerca do Serviço de Acolhimento em Família Acolhedora, nos parece que a finalidade de um programa dessa natureza seja muito mais ampla que o auxílio ao “custeio de despesas geradas com os cuidados relativos a crianças e a adolescentes inseridos em famílias extensas e/ou ampliadas sob a guarda e os cuidados de pessoas com quem mantenham laço afetivo”. Em verdade, a finalidade é a proteção integral da criança e do adolescente, com atendimento em ambiente familiar, garantindo-se a atenção individualizada e a convivência comunitária, para continuidade da sua socialização, muito embora tenham sido afastados do convívio familiar em função de abandono ou impossibilidade temporária da família de origem ou dos responsáveis legais de cumprirem suas funções de cuidado e proteção, tendo como objetivo final a viabilização do retorno ao convívio com a família de origem ou, na sua impossibilidade, o encaminhamento para adoção. Nesta medida, o auxílio para o custeio das despesas geradas com o acolhimento familiar pelas próprias famílias acolhedoras torna-se um meio de efetivação do programa e se justifica porquanto prestam um relevante serviço público. Neste sentido, tanto o § 4º do art. 34 quanto o § 2º do art. 260 do ECA, ambos com redação dada pela Lei nº 13.257/2016, tratam da possibilidade de utilização de recursos federais, estaduais, distritais e municipais para a manutenção dos serviços de acolhimento em família acolhedora, facultando o repasse de recursos para a própria família acolhedora, mediante critérios fixados nos planos de aplicação aprovados pelos conselhos nacional, estaduais e municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente. Assim, em que pese a necessidade de previsão

orçamentária de recursos destinados às políticas públicas da infância e da juventude, inclusive no fundo público respectivo, contemplando o incentivo financeiro às famílias acolhedoras, não constitui, este aspecto específico, a finalidade do serviço, mas um meio de ser operacionalizado com maior sucesso.

5.5 Quanto ao art. 5º, verifica-se no inciso I que é definida, para os efeitos do texto legislativo, a noção de “família extensa ou ampliada”. Em outros dispositivos também há referência à execução do programa de acolhimento familiar por “famílias extensas e/ou ampliadas”. Porém, isso pode reduzir significativamente o alcance dos objetivos pretendidos com essa modalidade de acolhimento, já que, por vezes, os estudos realizados no âmbito das ações judiciais que tratam sobre a guarda de crianças e adolescentes indicam a necessidade de retirada destes indivíduos do convívio familiar – não só quanto a pais e/ou responsáveis, mas também em relação a outros parentes, como avós, tios e primos. Ademais, como a colocação em acolhimento familiar é feita a partir de decisão judicial e assinatura de termo de guarda nos autos do processo respectivo, é possível que muitas famílias – talvez a maioria daquelas que estiverem realizando o acolhimento familiar – fiquem alijadas do programa, sem o adequado acompanhamento pela equipe técnica e sem perceber nenhum auxílio mensal pecuniário para as despesas havidas com a criança ou o adolescente acolhido.

5.6 Neste sentido é a primeira parte do art. 6º do Projeto de Lei s/nº, ao referir que “Serão beneficiários do Programa de Guarda Subsidiada Provisória as crianças e/ou adolescentes com os direitos violados e em situação de risco pessoal e social, cujos pais são falecidos, desconhecidos ou que tenham sido suspensos ou destituídos do poder familiar, devendo ser acompanhados por equipe técnica de referência...”. É necessário considerar, entretanto, que a escolha da família acolhedora ou guardiã cabe ao Juiz da Infância e Juventude, a partir de informações técnicas fornecidas pela Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social, tais como estudo diagnóstico da situação, atestando a necessidade de afastamento imediato do convívio familiar, e a vantajosidade do acolhimento familiar no caso concreto. Sendo assim, é preciso considerar os benefícios, para os objetivos finalísticos do programa, de se exigir que a família de origem e a família guardiã estejam inscritas no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal, dado que não apenas em situações de vulnerabilidade sócio econômica poderá haver a destituição de guarda, com respectivo acolhimento provisório (inciso III), bem como a residência, no Município, por, no mínimo, um ano (inciso IV).

5.7 O art. 7º, § 3º, determina que o auxílio mensal pecuniário no valor de R\$ 500,00 por criança beneficiária “será pago ao mantenedor da Guarda Subsidiada Provisória e por ele gerido, com vistas a suprir as necessidades da criança e/ou adolescente”, ao passo que o § 4º prevê o bloqueio automático “na hipótese de descumprimento de qualquer das condições estabelecidas nesta Lei, até que sejam apurados os fatos que motivaram o bloqueio, mediante avaliação da equipe técnica

de referência". Como as condições são estabelecidas no art. 6º para a ocorrência do acolhimento familiar, ou seja, de forma prévia ao recebimento do auxílio, a única hipótese que parece possível de gerar o bloqueio do benefício é a não utilização do auxílio pecuniário no suprimento das necessidades do indivíduo acolhido, o que também será de difícil verificação, já que o texto normativo não estabelece meios de comprovação do atendimento dessas necessidades.

6. De todo o exposto, há dúvida sobre o real intuito do legislador municipal: se instituir um programa de guarda subsidiada provisória ou apenas um auxílio financeiro para as famílias acolhedoras que estejam atuando, efetivamente, junto ao Sistema de Garantia de Direitos para a realização desse múnus público.

6.1 Se o objetivo for a instituição de um programa municipal de guarda subsidiada, o seguinte anteprojeto poderá ser analisado pela Administração Pública, para aprimoramento do texto submetido à apreciação desta consultoria, juntamente com as considerações apresentadas até aqui:

#### ANTEPROJETO DE LEI

*Institui o Programa de Guarda Subsidiada para crianças e adolescentes em situação de risco social no Município de [...], e dá outras providências.*

Art. 1º As crianças e adolescentes em situação de risco social, no Município de [...], serão colocadas em família acolhedora na forma de guarda subsidiada, com o objetivo de proporcionar meios capazes de readaptá-los ao convívio em família e em sociedade, visando possibilitar o retorno à família de origem ou a adoção, conforme o caso.

Parágrafo único. A guarda subsidiada ocorrerá nos casos de:

I – falecimento, abandono, negligência, ameaça e violação de direitos fundamentais de crianças e adolescentes por parte de seus pais ou responsáveis;

II – destituição de guarda ou tutela, suspensão ou destituição de poder familiar;

III – afastamento cautelar de criança e adolescente de sua família de origem.

Art. 2º São objetivos do Programa de Guarda Subsidiada:

I – oferecer um lar familiar para crianças e adolescentes violados em seus direitos;

II – proporcionar ambiente sadio de convivência;

III – oportunizar condições de socialização;

IV – oferecer atendimento médico-odontológico, social e moral;

V – oportunizar a frequência da criança e do adolescente à escola e a profissionalização;

VI – promover a integração da comunidade nas ações de acolhimento familiar de crianças e adolescentes.

Art. 3º A Guarda Subsidiada se constitui no acolhimento familiar de criança ou adolescente por família previamente cadastrada e capacitada, residente no município de [...], que tenha condições de receber e manter condignamente o acolhido, oferecendo-lhe os meios necessários à saúde, educação, alimentação e convívio social.

§ 1º A Secretaria Municipal de Assistência Social, por meio de seus órgãos executivos, em ação articulada e integrada com o Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, providenciará a adaptação e o acompanhamento da criança ou adolescente junto à família guardiã, com vistas à permanência temporária sob guarda desta.

§ 2º A guarda temporária de criança ou adolescente por família acolhedora acarreta a responsabilidade pela prestação de assistência material, moral e educacional ao acolhido, nos termos dos arts. 33 a 35 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

§ 3º Toda situação de acolhimento familiar por família guardiã será acompanhada diretamente pela Secretaria Municipal de Assistência Social, pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e pelo Conselho Tutelar, até o desligamento da criança ou adolescente e com retorno à família de origem, ou até a sua adoção por família substituta.

Art. 4º As famílias interessadas em participar do Programa Guarda Provisória serão cadastradas pela Secretaria Municipal de Assistência Social, recebendo, após análise e orientação pela equipe de referência

do serviço, habilitação para acolher crianças ou adolescentes sob sua guarda, na forma da Lei.

§ 1º É admitida a inscrição de familiares das crianças e adolescentes a serem acolhidos no Programa de Guarda Subsidiada, caso em que será dispensado o cadastramento prévio, mantendo-se a exigência de capacitação, nos termos desta Lei.

§ 2º A seleção das famílias interessadas considerará o local de moradia, o espaço físico, o ambiente familiar, a motivação e o preparo para o acolhimento de crianças e adolescentes, conforme determina a Lei Federal nº 8.069/1990.

§ 3º A equipe de referência do serviço definirá o número de crianças e adolescentes que cada família acolherá, a partir do estudo de caso, considerando a situação da criança ou adolescente e também da família guardiã.

§ 4º Os grupos de irmãos serão colocados sob a guarda da mesma família guardiã, salvo comprovada impossibilidade, observado o disposto no art. 28, §4º, da Lei Federal nº 8.069/1990.

§ 5º A falta de condições materiais não é motivo para que a criança ou adolescente deixe de ser colocada sob a guarda da família habilitada, especialmente em havendo relação de parentesco, cabendo a inclusão desta, em caráter prioritário, em programas oficiais de auxílio, nos moldes do previsto no art. 129, inciso I, da Lei Federal nº 8.069/90.

Art. 5º A Secretaria Municipal da Assistência Social fornecerá, a cada semestre ou sempre que solicitado, a relação de famílias habilitadas ao Juiz da Infância e da Juventude local.

Art. 6º A escolha da família guardiã caberá ao Juiz da Infância e Juventude, a partir de informações técnicas fornecidas pela Secretaria Municipal da Assistência Social.

Parágrafo único. A família guardiã assinará Termo de Guarda da criança ou adolescente, na forma do previsto no art. 32 da Lei Federal nº 8.069/1990.

Art. 7º Sempre que necessário, o Município fornecerá assistência jurídica à família guardiã, para viabilizar a concretização da medida e/ou, quando for o caso, para fixação do regime de visitas e cobrança de alimentos junto aos pais da criança ou adolescente acolhido, na forma prevista pelo artigo 33, §4º, da Lei Federal nº 8.069/1990.

Art. 8º Caberá Secretaria Municipal de Assistência Social o acompanhamento das crianças e adolescentes colocados sob guarda subsidiada por meio de equipe técnica, que também prestará a necessária orientação e amparo psicológico à família guardiã e à família de origem, observados os princípios das medidas de proteção previstos no parágrafo único do art. 100 da Lei Federal nº 8.069/1990.

Art. 9º O Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e o Conselho Tutelar manterão acompanhamento constante e fiscalização do programa de Guarda Subsidiada, cabendo ao primeiro o registro e a articulação deste com outros programas em execução no Município nas áreas da educação, saúde e ação social, de modo a permitir que crianças e adolescentes sob guarda, bem como famílias guardiãs e de origem que deles necessitem, sejam encaminhados, gozando de prioridade de atendimento.

Art. 9º O descumprimento de qualquer das obrigações contidas no art. 33 da Lei Federal nº 8.069/1990, bem como de outras estabelecidas por ocasião da regulamentação da presente Lei, implicará em desligamento da família do Programa, com imediata comunicação à autoridade judiciária para a adoção das medidas cabíveis, inclusive eventual destituição de guarda temporária.

Art. 10. A família habilitada a participar do programa de guarda subsidiada receberá, além do acompanhamento técnico realizado pela equipe de referência do serviço de acolhimento, um subsídio financeiro mensal no valor de R\$ [...] (por extenso), por criança ou adolescente acolhido, observado, para efeitos de pagamento, a proporcionalidade em relação ao período de efetivo exercício da guarda.

Art. 11. A Secretaria Municipal de Assistência Social poderá realizar parcerias com organizações da sociedade civil para a realização de atividades complementares ao programa de que trata esta Lei.

Art. 12. As despesas decorrentes da execução desta Lei serão suportadas por dotações orçamentárias próprias a serem consignadas no orçamento da Secretaria Municipal de Assistência Social.

Parágrafo único. O subsídio financeiro de que trata o art. 10 desta Lei poderá ser pago com recursos do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, de acordo com o plano de aplicação dos seus recursos, previamente aprovado pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.<sup>4</sup>

Art. 13. O Poder Executivo regulamentará esta Lei, ouvido previamente o Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, em especial sobre os seguintes aspectos:

I – requisitos mínimos e forma de cadastramento, seleção e habilitação das famílias guardiãs;

II – critérios para o encaminhamento e acolhimento de crianças e adolescentes, com observância aos princípios estabelecidos pelos arts. 28, 92, 94, 100 e 101 da Lei Federal nº 8.069/1990;

III – prazo para reavaliação da situação da criança ou adolescente pela equipe de referência do serviço, com vista a proporcionar seu retorno à família de origem ou adoção, conforme o caso;

IV – proposta detalhada de atendimento, inclusive das atribuições da equipe técnica encarregada do acompanhamento da execução do Programa;

V – articulação com outros programas em execução no Município e com a rede de atuação formada pelo Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Art. 14. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

6.2 Se, por outro lado, o objetivo da Administração Pública for apenas a instituição de um subsídio financeiro para as famílias custearem as despesas com as crianças e/ou adolescentes acolhidos, então a redação do anteprojeto poderá ser mais objetiva, resumindo-se basicamente ao que estabelecem os arts. 10 e 12 do anteprojeto acima referido.

7. De qualquer modo, é importante lembrar que 2016 é ano eleitoral e, por essa razão, incide a regra do § 10 do art. 73 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que aduz:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

[...]

§ 10. No ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior; casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.

Rigorosamente, no ano em que se realizarem eleições, qualquer distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios está proibida. As exceções previstas pelo legislador no aludido § 10, limitam-se aos casos de calamidade pública e estado de emergência, assim como às ações previstas em programas sociais, instituídos por leis (de caráter geral, que preservem a isonomia e a impessoalidade no tratamento dos interessados), já em execução orçamentária no exercício anterior ao da realização das eleições.

7.1 A calamidade pública se caracteriza por ser uma *“situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido”*, de acordo com o inciso IV do art. 2º do Decreto nº 7.257, de 4 de agosto de 2010, que regulamenta a Lei Federal nº 12.340, de 1º de dezembro de 2010, que dispõe sobre as transferências de recursos da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres e de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres e sobre o Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil.

7.2 Por sua vez, o estado de emergência se configura como *“situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido”*, a teor do inciso III do art. 2º do referido Decreto nº 7.257/2010.

7.3 A última hipótese de exceção tange à distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios no ano eleitoral, que decorra de um programa social autorizado em lei e executado orçamentariamente no exercício anterior. Programas sociais, como atividade organizada pelo Poder Público, em parceria ou não com entidades não-governamentais, desenvolvida

visando satisfazer aos direitos fundamentais sociais previstos no art. 6º da Constituição da República, mediante critérios legais, objetivos, pessoais e isonômicos, com clara demonstração de interesse público, na esteira do que no ano anterior ao das eleições vinha sendo realizado e na mesma proporção, não estão vedados. Em outras palavras, a vedação legal é relativa à distribuição de bens, valores ou benefícios na condição de favores utilizados com fins promocionais em prol de candidato, partido político ou coligação, que se valha do caráter social de ações públicas, custeadas ou subvencionadas pelo erário, para causar desequilíbrio no pleito eleitoral.

Certamente não é esta a intenção da Administração Pública, com a implementação, agora, de programa de Guarda Subsidiada Provisória. É inegável, entretanto, que o suporte fático do § 10 do art. 73 da Lei nº 9.504/1997 não foi preenchido, para que a situação se enquadre na terceira hipótese de exceção, de programa social autorizado em lei e executado orçamentariamente no exercício anterior (2015). Assim, há risco de a instituição do programa, neste ano, ensejar questionamentos por parte dos órgãos de controle interno e externo da Administração Pública, bem como a propositura de representações junto à Justiça Eleitoral, o que deve ser considerado cautelosamente pelos gestores públicos. É recomendável, no presente caso, a instituição do programa em tela no exercício de 2017 ou, no mínimo, para atenuar os riscos de questionamento, se a lei for editada no presente exercício, que a sua vigência se dê apenas a partir de 1º de janeiro do ano que vem.

## NOTAS

1 Este Estudo de Caso tem como base a Informação nº 2574/2016.

2 Sistema de Garantias dos Direitos da Criança e do Adolescente é o conjunto de órgãos, entidades, serviços e programas de atendimento, responsáveis direta ou indiretamente pelo atendimento ou pela defesa dos direitos de crianças e adolescentes em um determinado Município. De forma mais específica, o Sistema de Garantias é formado pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, pelos órgãos municipais responsáveis pela execução das políticas públicas de assistência social, educação, saúde, cultura, esporte, lazer etc., pelo Conselho Tutelar, pelas Polícias Civil e Militar, pelo Juiz da Infância e da Juventude, pela Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude e pelas entidades não governamentais de atendimento ou defesa dos direitos da criança, dos adolescentes e de suas famílias. Todos os atores que formam o Sistema de Garantias são responsáveis por articular ações, serviços e programas destinados à proteção integral infanto-juvenil, o que constitui a “Rede de Proteção”.

3 BRASIL. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME – MDS; SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA – SDH/PR. Plano Nacional de Promoção, Defesa e Garantia do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. [on-line] Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e.pdf>. Acesso em 12/09/2016.

4 De acordo com a possibilidade prevista no inciso II do art. 15 da Resolução CONANDA nº 137/2010.

# Utilização de software de remessa automática de propostas em pregão eletrônico (programa robô): qual o posicionamento da DPM?



## Pergunto:

Gostaria de saber o posicionamento da DPM sobre a utilização de software robô nos pregões eletrônicos, pois realizei um certame e de acordo com o intervalo de valor e de tempo entre os lances acredito que pode ter sido utilizado.

## DPM responde:

1. O uso de software de remessa automática de propostas em pregão eletrônico tem preocupado a Administração Pública e os órgãos de controle interno e externo.

O Tribunal de Contas da União, por exemplo, tem se manifestado a respeito do tema em diversas oportunidades, sendo que, ao apreciar levantamento de auditoria realizado pela Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (Sefti) na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) com a finalidade de conhecer o conjunto de sistemas informatizados que compõem ou subsidiam o portal [www.comprasnet.gov.br](http://www.comprasnet.gov.br), determinou, entre outras providências, que a SLTI, no prazo de noventa dias, adotasse “meios de prover isonomia entre os licitantes do pregão eletrônico, em relação à possível vantagem competitiva que alguns licitantes podem obter ao utilizar dispositivos de envio automático de lances (robôs)” (Acórdão nº 1.647/2010-TCU-Plenário).

Em resposta às ações do TCU a União, por meio da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, editou a Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 3/2011, que “Estabelece procedimentos para a operacionalização do pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG, bem como os órgãos e entidades que firmaram Termo de Adesão para utilizar o Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - SIASG”, prevendo intervalos mínimos de tempo entre os lances, que incide tanto em relação aos lances intermediários, quanto em relação à proposta que cobrir a melhor oferta, como segue:

Art. 1º-A O instrumento convocatório poderá estabelecer intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação à proposta que cobrir a melhor oferta. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 4 de outubro de 2013)

Art. 2º Na fase competitiva do pregão, em sua forma eletrônica, o intervalo entre os lances enviados pelo mesmo licitante não poderá ser inferior a vinte (20) segundos e o intervalo entre lances não poderá ser inferior a três (3) segundos. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 4 de outubro de 2013)

Art. 3º Os lances enviados em desacordo com o artigo 2º desta norma serão descartados automaticamente pelo sistema.

§ 1º Em caso de falha no sistema, os lances em desacordo com a norma deverão ser desconsiderados pelo pregoeiro, devendo a

ocorrência ser comunicada imediatamente à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 4 de outubro de 2013)

§ 2º Na hipótese do parágrafo anterior, a ocorrência será registrada em campo próprio do sistema. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 4 de outubro de 2013) (Grifou-se).

2. No Acórdão nº 1.216/2014-TCU-Plenário, igualmente, reconhece o TCU que esta prática gera vantagem competitiva a fornecedores detentores dessa tecnologia e, em consequência, compromete a observância do princípio da isonomia entre os competidores, esclarecendo:

10. Como será demonstrado, não há vedação expressa, na Lei 10.520/2002 e no Decreto 5.450/2005, à utilização de ferramentas de remessa automática de propostas comerciais pelos licitantes.

11. Nada obstante, a ausência da previsão normativa requer a adoção de medidas corretivas, sob pena de continuidade de situações de logro ao ambiente competitivo dos pregões eletrônicos em que se verifique a utilização desses programas. A solução do problema comporta cuidadoso exame da alternativa técnica adotada pelo responsável e acompanhamento do TCU, mas não justifica a imediata paralisação ou a posterior declaração de nulidade do certame.

[...]

16. A responsabilidade do BB está em oferecer ambiente virtual aberto, seguro e transparente para permitir aos licitantes as mesmas condições técnicas de acesso e de disputa dentro daquele portal. O fato de alguns participantes do confronto licitatório utilizarem-se de programas de remessas automáticas de lances estaria fora de alcance ou domínio do portal, não sendo razoável imputar sua disposição e manejo excessivo a eventual leniência do mantenedor do sistema.

17. Não se pode negar que o emprego de software de lançamento automático de lances conduz à vantagem competitiva dos fornecedores que detêm a tecnologia sobre os demais licitantes, o que afronta o princípio da isonomia constante do artigo 3º, caput, da Lei 8.666/1993 e do artigo 5º, caput, do Decreto 5.450/2005.

18. Basicamente, os softwares de lançamento automático de lances ou “robôs” operam da seguinte forma: penetram no ambiente virtual de disputa do pregão eletrônico e capturam os lances enviados pelos demais licitantes para, em fração de segundo, classificar a informação obtida e enviar, imediatamente, proposta cujo valor é, em grande parte, inferior em centavos ao menor lance até então ofertado por empresa concorrente.

19. A licitante usuária de dispositivo de envio automático de lances leva notável vantagem em relação a seu concorrente que opta por remeter as suas ofertas de forma convencional ou manual, eis que, ao dispor de um tempo de resposta muito mais rápido, posiciona-se à frente do certame em grande parte de sua duração. Como as regras do pregão eletrônico preveem um encerramento aleatório da fase de disputa, estar à frente na maior parte do tempo representa uma maior probabilidade real de vencer o torneio licitatório. Significa dizer, pois, que os licitantes que dispõem da aludida ferramenta logram maior possibilidade de sagrarem-se vencedores do certame em detrimento daqueles que não o utilizam.

[...]

23. A utilização indiscriminada dos programas de remessa automática de propostas de licitantes em pregão eletrônico, a ponto de vulnerar o ambiente concorrencial e o princípio da isonomia, é, em grande medida, reforçada negativamente pela ausência de previsão, em normas técnicas e operacionais, de mecanismos que inibam essas distorções, a exemplo da fixação de intervalo mínimo de resposta entre os lances ofertados por um mesmo licitante e entre as ofertas enviadas por distintos concorrentes.

24. Outro exemplo de precaução do gênero seria a possibilidade

de o edital de licitação fixar valor mínimo da diferença de valores entre os lances ofertados entre os concorrentes, tal como preveem a Lei que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações - RDC (Lei 12.462/2011) e a respectiva norma regulamentadora (artigo 18, parágrafo único, do Decreto 7.581/2011). Por certo, o licitante será desestimulado a utilizar a ferramenta de envio automático quando seja obrigado a repensar no lançamento de ofertas de cobertura do menor preço da disputa em que a diferença não mais seja desprezível.

25. Ao regulamentar o pregão em sua forma eletrônica, instituído pelo § 1º do artigo 2º da Lei 10.520/2002, o Decreto 5.450/2005 estabeleceu o seguinte:

“Art. 5º A licitação na modalidade de pregão é condicionada aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade.

Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.”

26. Entretanto, o decreto regulamentador ressente-se de mecanismo que previna situações comprometedoras dos princípios da isonomia e da competitividade, como a retratada nestes autos. Não se pretende, por óbvio, e nem seria juridicamente possível, impedir que as licitantes lancem mão de recursos e ferramentas que promovam ganhos de eficiência na realização de seus negócios.

27. Ao agente privado é lícito e louvável que aprimore os meios que melhor lhe aprouverem para tomar decisões rápidas e seguras, principalmente quando está envolvido em disputa comercial. Para tanto, a empresa pode valer-se de instrumentos como: microcomputadores de última geração; planilhas eletrônicas que permitam o cálculo das variações dos custos e preços possíveis dos seus produtos e serviços diante das informações obtidas em ambiente concorrencial; programas de acesso rápido à Internet.

28. Longe de coibir o uso desses recursos, busca-se, isto sim, evitar que os dispositivos de envio rápido e automático de lances gerem desequilíbrio no espaço virtual de disputa do pregão eletrônico a ponto de suprimirem a distribuição igualitária de tempo necessário para que cada licitante, seja detentor ou não da referida ferramenta tecnológica, possa avaliar a oferta de seu concorrente e, assim, apresentar contraproposta.

Ao final do acórdão, o TCU recomendou ao Banco do Brasil S/A:

38. Por essa razão, com fundamento no inciso IX do artigo 71 da Constituição Federal, c/c o artigo 45 da Lei 8.443/1992, é necessário fixar prazo de noventa dias para que a Vice-Presidência de Governo do Banco do Brasil S/A adote providências para cumprimento do artigo 3º da Lei 8.666/1993 e do parágrafo único do artigo 5º do Decreto 5.450/2005 no tocante à observância do princípio constitucional da isonomia, mediante busca de alternativas para implementação rápida de mecanismos inibidores dos efeitos nocivos que o uso de “robôs” pode criar no ambiente concorrencial dos pregões eletrônicos realizados no portal Licitações-e.

3. A matéria, inclusive, é objeto de Projeto de Lei nº 1.592/2011, de autoria do Deputado Geraldo Resende (Apenso o Projeto de Lei nº 2.631, de 2011), que inclui o art. 5º-A à Lei nº 10.520/2002, visando proibir o uso de robôs, softwares e programas de lances nos pregões eletrônicos, aprovado pelo Parecer da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, com a redação na forma de substitutivo, como segue:

Art. 2º Acrescente-se o art. 5º-A à Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, com a seguinte redação:

“Art. 5º-A É vedada a utilização de softwares “robôs” ou qualquer outro programa de computador capaz de cobrir automaticamente cada lance concorrente.

Parágrafo único. Em caso de infração ao disposto no caput, aplicam-se as penalidades estabelecidas no inciso III do art. 87 e no art. 93 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993”.

4. Diante da ausência de disposição específica nas Lei nºs 8.666/1993 e 10.520/2002 tipificando, expressamente, a conduta como infração, a aplicação de sanções em razão da mesma depende da análise de sua subsunção às normas

em vigor, notadamente ao disposto no art. 90, da Lei nº 8.666/1993, que tipifica como crime “Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação” (Grifou-se), ou ao disposto no art. 7º, da Lei nº 10.520/2002, que estabelece sanções para conduta inidônea de licitante, entendendo que nesta se inclui a frustração do caráter competitivo da licitação, o que deve ser avaliado caso a caso e depende da efetiva prova da utilização deste artifício, observado o devido processo legal para aplicação de eventual sanção com a instauração de Processo Administrativo Especial - PAE.

5. A Lei Federal nº 12.846/2014 – Lei Anticorrupção – em seu art. 5º, inciso IV, alínea ‘a’ estabelece que utilizar-se de qualquer expediente que frustre o caráter competitivo de procedimento licitatório público constitui ato lesivo à administração pública, como segue:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; (Grifou-se)

A aplicação desta lei depende de regulamentação em âmbito local e a aplicação de suas penalidades depende da realização do correspondente Processo Administrativo de Responsabilização - PAR da empresa, em que sejam observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

6. Na situação concreta, sugere-se ao consulente que:

a) verifique, junto ao provedor do sistema de pregão eletrônico que a Administração utiliza, se há indícios efetivos de que o licitante, ou licitantes, tenham se utilizado de software de remessa automática de propostas no mencionado pregão;

b) havendo indícios suficientes da efetiva utilização de software de remessa automática de propostas pelos licitantes, promova a apuração dos fatos por meio do competente processo administrativo para aplicação de penalidades cabíveis, inclusive com comunicação ao Ministério Público para apuração de eventual ilícito penal;

c) solicite ao referido provedor do sistema de pregão eletrônico que adote providências no sentido de evitar a utilização de software de remessa automática de propostas pelos licitantes;

d) edite regulamentação em âmbito local, a exemplo do que fez a União, visando evitar a possibilidade de utilização, pelos licitantes, de software de remessa automática de propostas.

## NOTA

1 Este Estudo de Caso tem como base a Informação nº 2.171/2016.

# Prazo decadencial para lançamento de ISS<sup>1</sup>

**Orlin Ivanov Goranov**

Advogado, Mestrando em Direitos Humanos,  
Especializando em Direito Tributário,  
Consultor Jurídico da DPM - Portal Legisla WEB

## Pergunto:

Qual o termo inicial para contagem do prazo decadencial para lançamento do Imposto Sobre Serviços incidentes sobre obras / construção civil?

## DPM responde:

1. Partindo da classificação tradicional das modalidades de lançamento tributário, tem-se o lançamento direto e o por declaração, e como os seus procedimentos são implementados e dependem de atividade imediata da Administração, não há dificuldades para caracterizar o termo de início do prazo decadencial, descrito no art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:  
I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;  
II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.  
Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Já no tocante ao lançamento por homologação, no qual o sujeito passivo realiza todos os procedimentos de lançamento tributário, sem qualquer interferência da Fazenda Pública, encerrando com a entrega da declaração e adimplemento do tributo devido, a exemplo do imposto federal sobre produtos industrializados (IPI), do imposto estadual sobre circulação de mercadorias (ICMS) e do imposto municipal sobre serviços de qualquer natureza (ISS), o tema sobre a regra de contagem do prazo decadencial é bastante polêmico e discutido.

O Imposto Sobre Serviços, quando tributado pela alíquota variável com base no preço do serviço, é imposto cujo lançamento se dá por homologação, nos termos do que orienta o art. 150 § 4º do Código Tributário Nacional – CTN. Da mesma forma, é cediço que o crédito tributário é constituído através do lançamento, dicção que se extrai do art. 142 do mesmo diploma normativo.

Nesse sentido a lição de Paulo de Barros Carvalho:

A conhecida figura do lançamento por homologação é um ato jurídico administrativo de natureza confirmatória, em que o agente público, verificado o exato implemento das prestações tributárias de determinado contribuinte, declara, de modo expresse, que obrigações houve, mas que se encontram devidamente quitadas até aquela data, na estrita consonância

dos termos da lei. Não é preciso despendar muita energia mental para notar que a natureza do ato homologatório difere da do lançamento tributário. Enquanto aquele primeiro anuncia a extinção da obrigação, liberando o sujeito passivo, este outro declara o nascimento do vínculo, em virtude da ocorrência do fato jurídico. Uma certifica a quitação, outro certifica a dívida. Transportando a dualidade para outro setor, no bojo de uma analogia, poderíamos dizer que o lançamento é a certidão de nascimento da obrigação tributária, ao passo que a homologação é a certidão de óbito.<sup>2</sup>

Portanto, incumbe ao contribuinte efetuar a declaração, recolhendo o tributo de forma antecipada, sem o exame da autoridade administrativa, e aguardar a anuência da administração fazendária que deverá fazê-lo no prazo de cinco anos, sob pena de convalidação dos valores mediante homologação tácita.

Cumpra-se asseverar que, no concernente ao prazo decadencial para constituição do crédito tributário, há duas possibilidades que podem ser elencadas da seguinte forma: (I) regra geral, aplica-se o disposto no art. 173, inciso I do CTN, extinguindo-se o prazo para lançamento em cinco anos, contados do primeiro dia do exercício financeiro seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; (II) nos tributos cujo lançamento se dá por homologação, quando o pagamento ocorrer antecipadamente, o prazo será de cinco anos, contados da data do fato impositivo, literalidade extraída do já referido art. 150, § 4º do CTN.

Elucidante excerto do voto proferido pelo Ministro Teori Albino Zavascki no REsp nº 572.603/PR, quando ainda integrava o Superior Tribunal de Justiça – STJ, consignando que o lançamento por homologação pressupõe o pagamento antecipado do tributo e o efetivo ato do contribuinte declarar os valores perante o órgão competente, adimplindo o montante correspondente:

[...]“2. Em relação ao prazo decadencial, para efetuar o lançamento tributário, a regra geral é a do art. 173, I do CTN, segundo a qual ‘o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados (...) I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado’. Todavia, há regra específica para os casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, que, segundo o art. 150 do CTN, ‘ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa e opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologar. Em tais casos, havendo o pagamento antecipado por

parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos, a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. [...] (grifou-se)

Por uma questão lógica, para que haja a homologação de algo, algo há que existir e por isso imprescindível que o contribuinte tenha procedido com o recolhimento antecipado dos valores, visto que se nada foi declarado e recolhido, não há como configurar o lançamento por homologação. Como destacado no voto acima, o prazo decadencial do art. 150, § 4º, é para lançamento de eventuais diferenças e não para lançamento integral dos valores informados pelo contribuinte, porém, não recolhidos.

Por isso, observa Luciano Amaro, "...quando não se efetua o pagamento 'antecipado' exigido pela lei, não há possibilidade de lançamento por homologação, pois, simplesmente não há o que homologar; a homologação não pode operar no vazio".<sup>3</sup>

Logo, diferentemente ocorrerá quando não se tenha dado a antecipação, caso em que a autoridade fiscal, mediante lançamento de ofício, exige o que não fora pago; para tanto, dispõe também de cinco anos, contados, porém, nos moldes do art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional – CTN, do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Se o pagamento do tributo não for antecipado, já não será o caso de lançamento por homologação, porque lhe faltará objeto. O controle da fiscalização tem por objeto, sempre, o pagamento antecipado do tributo, podendo resultar ou na respectiva homologação ou no lançamento de ofício de eventuais diferenças.

2. Formuladas as considerações gerais acerca do prazo decadencial, suas nuances e as modalidades de constituição do crédito tributário, cabe adequá-las ao caso concreto.

3. Primeira questão é que a base de cálculo do ISS é o preço do serviço, conforme disposto no art. 7º da LC nº 116/2003 e art. 109 do Código Tributário do Município – CTM, transcrito na consulta. Nesse passo, somente quando a documentação apresentada for insuficiente para apuração do preço total dos serviços ou sendo constatada prática de irregularidades que resultem em redução do valor do imposto é que resta justificada a aplicação do § 3º do art. 109, o qual trata de uma aferição indireta da base de cálculo do ISS.

Pelo que consta da narrativa, o Município tem aplicado este dispositivo indistintamente, ou seja, sem que tenha sido preenchido o seu suporte fático, que é a omissão do contribuinte ou a imprestabilidade das informações constante no documento fiscal ou na sua escrita contábil (art. 148 do CTN), modo que revelada a prática de ato em desconformidade com os preceitos legais é recomendável que, primeiro, exija-se toda documentação fiscal para que, caso insuficientes,

se proceda com a aplicação do § 3º do art. 109. Quanto ao arbitramento, prevê a doutrina:

As hipóteses aí previstas reportam-se a declarações, esclarecimentos ou documentos de duvidosa regularidade ou com omissões; se o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, que deva ser considerado para o cálculo do tributo, não for confiável, dada a irregularidade ou omissão, cabe o processo de arbitramento. **O arbitramento não é um procedimento discricionário, haja vista que se garante ao sujeito passivo o direito ao contraditório, tanto na instância administrativa quanto na judicial. Trata-se de técnica de descoberta da verdadeira base de cálculo do tributo nas situações em que, mercê de incorreções ou omissões do sujeito passivo ou de terceiro, haja indícios de manipulação do preço ou do valor para evitar ou reduzir o tributo devido.**<sup>4</sup>

Por isso, para que o arbitramento seja legítimo, necessária a demonstração inequívoca e inquestionável da presença de todos os requisitos previstos na lei que o justifiquem, bem como a exata identificação dos critérios, métodos e processos de determinação dos valores arbitrados. Há que se ter muito cuidado na verificação destas condições, pois, caso contrário, o ato será ilegal e, por consequência, nulo de pleno direito, fulminando a pretensão arrecadatória.

Isto significa que se o prestador apresentar o documento fiscal demonstrando o valor total recebido pela prestação do serviço, somente se comprovado pela Administração Fazendária que os valores ali constantes são irreais e não conferem com a realidade do mercado imobiliário, é que se poderá proceder com o abatimento do valor total retido pelo tomador. O simples fato do valor constante no documento fiscal não ser compatível com àquele apurado pelo Fisco local não permite o lançamento por arbitramento. Inúmeras questões podem influenciar no preço do serviço atribuído pelo prestador e isso nem sempre significará omissão ou imprestabilidade das informações a ponto de justificar o lançamento por arbitramento.

4. Feitos estes apontes, a questão levantada pelo consulente decorre de uma postura omissa dos prestadores e tomadores dos serviços que, ao não requererem a Carta de Habitação após a conclusão da obra, não levam ao conhecimento do órgão fazendário a sua finalização, o que dificultaria o lançamento do tributo e ocasionaria o transcurso do prazo decadencial extinguindo o crédito tributário.

Conforme mencionado nos tópicos iniciais, a literalidade do art. 173 do CTN é clara ao afirmar que o prazo decadencial para constituição do crédito tributário é de cinco anos, contados do primeiro do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado ou da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. O art. 144 do mesmo diploma define que o lançamento reporta-se à data do fato gerador e rege-se pela lei então vigente.

Nesse passo, ao ocorrer o fato gerador, que é o preenchimento do suporte fático da norma tributária, surge

a vinculação da Administração Pública em proceder com o lançamento no prazo legalmente estabelecido. Note-se que o fato gerador é a chamada hipótese de incidência que no caso do ISS, à luz do art. 1º, é a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador. Nesse particular:

APELAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. ILEGITIMIDADE. NÃO CONHECIMENTO. PRECLUSÃO. Não é possível rediscutir matéria já decidida e que não foi objeto de insurgência, no momento oportuno. Precedentes. DECADÊNCIA. IMPOSTO NÃO INFORMADO NEM RECOLHIDO. ART. 173, I, DO CTN. No caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação não informado nem recolhido antecipadamente, ainda que em parte, o prazo decadencial deve ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Art. 173, I, do CTN. Precedentes do STJ. Reconhecida a decadência do crédito tributário cujo fato gerador ocorreu em 1980. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO. Os juros de mora incidem a partir do trânsito em julgado da presente decisão, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN e da Súmula 188 do STJ. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA.<sup>5</sup>

Agravo de Instrumento – Mandado de Segurança – ISS – Inscrição de créditos ainda em discussão em grau de recurso – Lançamento do crédito tributário que deve ser efetivado, sob pena de operar-se a decadência – Perda do direito de lançar que ocorre a partir do momento em que o lançamento se torna possível, ou seja, após a ocorrência do fato gerador – Inteligência dos artigos 142 e 173, inciso I, do Código Tributário Nacional – A suspensão da exigibilidade do crédito tributário prevista no artigo 151 do CTN não impede a decadência, posto não suspender a prática do ato administrativo do lançamento, que se configura como atividade vinculada e obrigatória – Precedentes do STJ – Inexistência de direito líquido e certo a ser amparado – Decisão reformada – Recurso provido.<sup>6</sup> (sem destaques no original)

A emissão de documento fiscal ou outras obrigações de cunho acessório, ou melhor chamadas de deveres instrumentais, não tem o condão de alterar o momento de ocorrência do fato gerador e muito menos de modificar o início do marco inicial do prazo decadencial.

Em suma, respondendo objetivamente o primeiro questionamento, o marco inicial para contagem do prazo decadencial é, em regra, o da emissão do documento fiscal que aponta a prestação dos serviços de construção civil, obrigando o tomador, quando do pagamento, a reter o valor correspondente ao ISS e recolher aos cofres do Município na condição de responsável tributário. Trata-se de lançamento por homologação e, a partir do recolhimento, inicia o prazo quinquenal para eventual lançamento complementar ou homologação tácita.

Em não sendo feito pagamento algum e nem emitido documento fiscal, a realização do serviço permanece como o fato gerador da obrigação tributária e é a partir da identificação da data em que finalizada a obra que inicia o prazo para Administração Fazendária proceder com o lançamento de ofício do ISS eventualmente apurado ou até mesmo proceder com o arbitramento. Nestes casos, os cinco anos são contados do exercício financeiro seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Como exemplo, suponhamos que uma obra tenha sido finalizada em junho de 2011, sem que o contribuinte (responsável tributário) tenha retido o ISS decorrente dos pagamentos realizados ao prestador e que o prestador tampouco tenha emitido documento fiscal. Nesse caso, o prazo decadencial iniciaria em primeiro de janeiro de 2012 e terminaria em 31 de dezembro de 2016. Na hipótese de terem sido recolhidos valores em junho de 2011, porém, apuradas eventuais diferenças, o marco final para lançamento da diferença seria junho de 2016 (art. 150, § 4º do CTN).

Trazendo estas premissas ao caso em análise, não sendo apresentada a documentação fiscal, hipótese do § 2º do art. 109, a qual remete ao § 3º para fins de aferição indireta da base de cálculo, não há modificação do marco inicial da decadência que permanece sendo o momento em que finalizada a obra e prestado o serviço, ainda que o contribuinte não venha a requerer Carta de Habitação ou algum outro documento que certifique a existência da construção.

De forma alguma a data constante na Carta de Habitação tem a capacidade jurídica de alterar a data do fato gerador e infirmar que somente a partir dela que iniciaria o prazo decadencial para lançamento do ISS. Por certo que os lançamentos têm presunção de legitimidade, porém, trata-se de uma presunção relativa. Se há recolhimento de IPTU sobre a totalidade da área, incluindo a edificação, há mais de cinco anos, o prazo decadencial para lançamento do ISS em relação a esta construção já transcorreu, extinguindo o crédito tributário.

Além do mais, necessário salientar a importância de um cadastro integrado, porquanto, inviável que para fins de IPTU o Município tenha conhecimento da existência de uma construção, porém, para fins de ISS sobre uma obra, tal informação seja desconhecida. Trata-se de uma desídia do Poder Público que é punida exatamente com a extinção do crédito tributário pelo decurso do prazo decadencial e possível apontamento dos órgãos de controle por renúncia de receita à luz do art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF.

Além disso, é cediço que, ainda que o tomador não solicite a expedição de habite-se, o fato é que para realização da obra é necessária licença para construir, além de outros documentos (INSS, CREA e CAU) que podem alertar à Administração Fazendária quanto à possível ocorrência de fatos geradores de ISS, possibilitando que a fiscalização os constate antes de findado o prazo decadencial.

Portanto, discordamos do órgão que efetua a vistoria e afirma que a obra foi concluída na data de expedição da Carta de Habitação, mesmo existindo certidão do cadastro imobiliário atestando a sua existência há mais de cinco anos e recolhendo o imposto predial sobre ela. Até porque, pelo disposto no § 1º do art. 109 da Lei Municipal transcrita na consulta, no momento do requerimento do habite-se o interessado deverá apresentar toda a documentação fiscal referente à execução



da obra, o que não permite concluir que é nesse momento o marco inicial para contagem da decadência vinculada ao fato gerador da obrigação. Se, por exemplo, as notas fiscais demonstrarem que a obra foi realizada há mais de cinco anos e o ISS não foi recolhido no momento oportuno, extinto estará o crédito por força da decadência, sendo irrelevante o momento em que requerida a licença de habitação.

Somente na remota hipótese de o contribuinte não apresentar qualquer prova, quando do requerimento do habite-se, de que a construção se deu há mais de cinco anos, é que se poderia cogitar o lançamento por arbitramento utilizando-se do § 3º do art. 109 diante da presunção de legitimidade do ato administrativo.

Diante destas considerações, sendo o Setor Fazendário vinculado ao princípio da legalidade, à luz do que disciplina o art. 3º e parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN, e havendo provas robustas como, por exemplo, certidão do cadastro imobiliário que comprove a existência de construção há mais de cinco anos com recolhimento do IPTU correspondente, além de outros elementos de prova, tais como, notas fiscais de prestação de serviços da época, laudo de engenharia, solicitação de vistoria do Corpo de Bombeiros e etc., deve reconhecer a decadência do direito de lançar o Imposto Sobre Serviços – ISS.

A título de exemplo, é possível notar que a própria Receita Federal permite que seja reconhecida a decadência do direito de lançar das contribuições previdenciárias incidentes sobre obras realizadas há mais de cinco anos e determina que isso seja feito em conformidade com a legislação tributária (CTN), conforme se depreende do art. 390 da IN RFB nº 971/2009 a seguir transcrito:

Art. 390. O direito de a RFB apurar e constituir créditos relacionados a obras de construção civil extingue-se no prazo decadencial previsto na legislação tributária.

§ 1º Cabe ao interessado a comprovação da realização de parte da obra ou da sua total conclusão em período abrangido pela decadência.

§ 2º Servirá para comprovar o início da obra em período decadencial um dos seguintes documentos, contanto que tenha vinculação inequívoca à obra e seja contemporâneo do fato a comprovar, considerando-se como data do início da obra o mês de emissão do documento mais antigo:

I - comprovante de recolhimento de contribuições sociais na matrícula CEI da obra;

II - notas fiscais de prestação de serviços;

III - recibos de pagamento a trabalhadores;

IV - comprovante de ligação de água ou de luz;

IV - comprovante de ligação, ou conta de água e luz;

(Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1477, de 03 de julho de 2014)

V - notas fiscais de compra de material, nas quais conste o endereço da obra como local de entrega;

VI - ordem de serviço ou autorização para o início da obra, quando contratada com órgão público;

VII - alvará de concessão de licença para construção.

§ 3º A comprovação do término da obra em período decadencial dar-se-á com a apresentação de um ou mais dos seguintes documentos:

I - habite-se, Certidão de Conclusão de Obra (CCO);

II - um dos respectivos comprovantes de pagamento de Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), em que conste a área da edificação;

III - certidão de lançamento tributário contendo o histórico do

respectivo IPTU;

IV - auto de regularização, auto de conclusão, auto de conservação ou certidão expedida pela prefeitura municipal que se reporte ao cadastro imobiliário da época ou registro equivalente, desde que conste o respectivo número no cadastro, lançados em período abrangido pela decadência, em que conste a área construída, passível de verificação pela RFB;

V - termo de recebimento de obra, no caso de contratação com órgão público, lavrado em período decadencial;

VI - escritura de compra e venda do imóvel, em que conste a sua área, lavrada em período decadencial;

VII - contrato de locação com reconhecimento de firma em cartório em data compreendida no período decadencial, onde conste a descrição do imóvel e a área construída.

§ 4º A comprovação de que trata o § 3º dar-se-á também com a apresentação de, no mínimo, 3 (três) dos seguintes documentos:

I - correspondência bancária para o endereço da edificação, emitida em período decadencial;

II - contas de telefone ou de luz, de unidades situadas no último pavimento, emitidas em período decadencial;

III - declaração de Imposto sobre a Renda comprovadamente entregue em época própria à RFB, relativa ao exercício pertinente a período decadencial, na qual conste a discriminação do imóvel, com endereço e área;

IV - vistoria do corpo de bombeiros, na qual conste a área do imóvel, expedida em período decadencial;

V - planta aerofotogramétrica do período abrangido pela decadência, acompanhada de laudo técnico constando a área do imóvel e a respectiva ART no Crea.

V - planta aerofotogramétrica do período abrangido pela decadência, acompanhada de laudo técnico constando a área do imóvel e a respectiva ART no Crea, ou RRT no CAU.

(Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1477, de 03 de julho de 2014)

§ 5º As cópias dos documentos que comprovam a decadência deverão ser anexadas à DISO.

§ 5º As cópias dos documentos que comprovam a decadência deverão ser anexadas ao ARO emitido.

(Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1477, de 03 de julho de 2014)

§ 6º A falta dos documentos relacionados nos §§ 3º e 4º, poderá ser suprida pela apresentação de documento expedido por órgão oficial ou documento particular registrado em cartório, desde que seja contemporâneo à decadência alegada e nele conste a área do imóvel.

São estas as considerações que entendemos pertinentes, ressaltando que nossas manifestações são meramente opinativas, recaindo sobre a Autoridade local decidir qual a melhor forma de proceder em cada caso concreto, levando em conta as ponderações ora formuladas e as consequências advindas de eventual invalidação do lançamento ou de instauração de litígio para sua desconstituição com possível sucumbência a ser suportada pelo Poder Público.

## NOTAS

1 Este Estudo de Caso tem como base a Informação nº 2128/2016.

2 CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 4.ed. São Paulo: Saraiva, p.282-283.

3 AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 2.ed. São Paulo: Saraiva, p.384.

4 AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.397.

5 Apelação Cível Nº 70052688710, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 15/03/2013.

6 TJ-SP - AI: 20344735620158260000 SP 2034473-56.2015.8.26.0000, Relator: Henrique Harris Júnior, Data de Julgamento: 25/06/2015, 14ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 02/07/2015.

# Glossário do TCE-RS comentado

**Vivian Lítia Flores**

Advogada, Ex-Procuradora Municipal,  
Consultora Jurídica da DPM - Portal Legisla WEB

## RELATÓRIO: CONSIDERAÇÕES

Nesta edição vamos tratar dos tipos de relatório referidos pelo Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul – TCE/RS e pelo Tribunal de Contas da União – TCU, dando sequência aos assuntos abordados nas edições anteriores, uma vez que o relatório traduz o trabalho das Cortes de Contas.

### RELATÓRIO DE AUDITORIA – TCE/RS<sup>1</sup>

Documento técnico obrigatório de que se serve o profissional de auditoria governamental para relatar suas constatações, análises, opiniões, conclusões e recomendações sobre o objeto da auditoria. Deve obedecer a normas específicas quanto à forma de apresentação e objetivos.

### RELATÓRIO DE AUDITORIA – TCU<sup>2</sup>

Instrumento formal e técnico por intermédio do qual a equipe comunica aos leitores o objetivo e as questões de auditoria, o escopo e as limitações de escopo, a metodologia utilizada, os achados de auditoria, as conclusões e as propostas de encaminhamento. Na sua elaboração devem ser observados os seguintes requisitos de qualidade: clareza, completude, concisão, convicção, exatidão, objetividade, relevância e objetividade.

#### **Comentário:**

*Os relatórios de auditoria são o resultado do trabalho de análise técnica realizado pelos auditores, tanto no setor público como no privado, onde é dada a opinião ou parecer sobre determinado assunto. No caso dos Tribunais de Contas é a manifestação técnica dos auditores, após a utilização de normas técnicas para a análise das informações enviadas eletronicamente ou coletadas no local, nas inspeções.*

*O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande anuiu as Normas de Auditoria Governamental através da Resolução nº 946/2012 que são as utilizadas para realização do trabalho que se consubstancia com a emissão do relatório.*

*O Tribunal de Contas da União, em seu Glossário de Termos do Controle Externo, traz outras espécies de relatório, sobre os quais trataremos em outra oportunidade.*

1 <http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/publicacoes/glossario/#a>. Acesso em 03/11/2016.

2 [http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/fiscalizacao\\_controle/normas\\_auditoria/idSisdoc\\_1063014v4-63%20-%20Gloss%C3%A1rio%20de%20Termos%20do%20Controle.pdf](http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/fiscalizacao_controle/normas_auditoria/idSisdoc_1063014v4-63%20-%20Gloss%C3%A1rio%20de%20Termos%20do%20Controle.pdf). Acesso em 03/11/2016.

# Verbetes

**Graziela Bellé Lange**

*Advogada, Especialista em Práticas Jurídicas e Cidadania,  
Consultora Jurídica da DPM - Portal Legisla WEB*

## Município

É uma divisão territorial do Estado que se constitui em pessoa jurídica de direito público interno e que para a maioria dos doutrinadores e juristas consiste em ente da Federação, desde a promulgação da Constituição da República de 1988. Tem autonomia administrativa, isto é, tem governo e leis próprias. O governo é exercido pelo Prefeito Municipal, eleito pelo voto popular. No aspecto jurídico, define, além da sua estrutura administrativa e de suas normas, também as estratégias de realização programática em todas as áreas, sejam elas administrativas, tributárias ou legislativas.

## Poder Executivo Municipal

O Poder Executivo é o poder público que governa o povo e administra os interesses públicos. Suas prerrogativas e deveres constam no Capítulo II, Título IV da Constituição da República de 1988. No Município, é o responsável por organizar as atividades atinentes à saúde, à educação, aos transportes, ao turismo etc. Sua função é fazer cumprir a Lei, agindo nos seus estritos termos, enquanto ao Legislativo é dada a função de elaborá-las e ao Judiciário de interpretá-las.

## Prefeitura

A Prefeitura Municipal é a unidade central, o órgão de maior relevância da estrutura administrativa do Município. Trata-se do prédio-sede do Município, razão pela qual não detém personalidade jurídica, não podendo representá-lo juridicamente, pois ele é que tem capacidade jurídica e legitimidade processual para demandar e ser demandado. A Prefeitura faz parte do todo que é o Município, não devendo com ele ser confundido – e nem mesmo com a figura do Prefeito Municipal que é o Chefe do Poder Executivo em tal esfera de governo. Caracteriza-se como órgão através do qual a pessoa jurídica – Município – manifesta sua vontade, segundo a “Teoria do Órgão”, adotada no Direito Administrativo Brasileiro.

## Poder Legislativo Municipal

O Poder Legislativo Municipal, exercido pelos Vereadores eleitos pelo voto popular, tem como funções constitucionais típicas a de legislar, fiscalizar e julgar as Contas do Poder Executivo e atípicas a função administrativa, pois tem a competência de gerenciar o seu próprio orçamento, seu patrimônio e seu pessoal e a função judiciária, já que lhe cabe processar e julgar o Prefeito por crime de responsabilidade, além dos seus pares, inclusive o Presidente da Câmara, em caso de irregularidades, desvios éticos ou falta de decoro parlamentar.

# Calendário de Treinamentos de Capacitação Técnica\*



## Novembro

### Dias 17 e 18 Novembro | Porto Alegre

Capacitação em Controle Interno - Módulo V: Negócios Administrativos

Gestão de Condicionalidades do Programa Bolsa Família - Incluindo SICON

Encerramento do Exercício de 2016

### Dias 22 e 23 Novembro | Porto Alegre

Transição de Governo na Prática

### Dias 24 e 25 Novembro | Pelotas

Final de Mandato: Providências Relativas às Contratações Públicas, em Pelotas

Regime Jurídico das Parcerias - Lei nº 13.019/2014:

Transição do Regime dos Convênios e Processos de Seleção Celebração de Parcerias

Encerramento do Exercício de 2016

### Dias 29 e 30 Novembro | Passo Fundo

Final de Mandato: Providências Relativas às Contratações Públicas, em Passo Fundo



## Dezembro

### Dias 01 e 02 Dezembro | Porto Alegre

Atualização em Processo Civil - Módulos III e IV

### Dias 05 e 06 Dezembro | Porto Alegre

Encerramento do Exercício de 2016

### Dias 06 e 07 Dezembro | Porto Alegre

Parâmetros para a Elaboração do Plano Municipal Decenal de Assistência Social

### Dias 08 Dezembro | Porto Alegre

Fiscalização do Programa Bolsa Família

### Dias 08 e 09 Dezembro | Porto Alegre

Encerramento do Exercício de 2016 - ÚLTIMA TURMA

### Dias 14 e 15 Dezembro | Porto Alegre

Regime Jurídico das Parcerias - Lei nº 13.019/2014: Transição do Regime dos Convênios e Processos de Seleção Celebração de Parcerias



A partir do dia 16 de dezembro:

**Recesso da DPM Educação**

## ATUALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL

### MÓDULO I: 10/11/2016

TEORIA GERAL DO PROCESSO E PROCESSO DE CONHECIMENTO (PROCEDIMENTO COMUM)

### MÓDULO II: 11/11/2016

PROCEDIMENTOS ESPECIAIS E NOVOS INSTITUTOS DO NOVO CPC

### MÓDULO III E IV: 1º e 02/12/2016

EXECUÇÃO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇA  
RECURSOS EM ESPÉCIE E OUTROS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DOS ATOS JUDICIAIS

\* Os Módulos III e IV deverão ser cursados obrigatoriamente de forma conjunta.



A DPM Educação tem seus cursos de extensão reconhecidos e certificados pelo Ministério de Educação e Cultura - MEC, devido à parceria acadêmica mantida com a FEMA - Faculdades Integradas Machado de Assis e autorizada pela Portaria Ministerial nº 833, de 27/04/2001, publicada no Diário Oficial da União de 30/04/2001.

Acompanhe os Cursos de Extensão e Capacitação Técnica ministrados pela DPM Educação, com as respectivas datas de realização em [www.dpm-rs.com.br/treinamentos.php](http://www.dpm-rs.com.br/treinamentos.php)

\* Agenda parcial de cursos prevista para a cidade de Porto Alegre / RS.



## Delegações de Prefeituras Municipais

Somar experiências para dividir conhecimentos



**DPM** *PN*  
Publicações

[www.dpm-rs.com.br](http://www.dpm-rs.com.br)