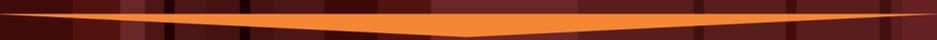


# REVISTA DA ESDM



Revista da ESDM - 2021 - v.7 - n.14

### Staff da Revista da ESDM

**Diretor Geral da ESDM** : Alexandre Salgado Marder

**Diretora Editorial (Editora-Chefe)**: Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira

**Diretora Institucional**: Alexandra Cristina Giacomet Pezzi

**Diretoria de Comunicação**: Carin Prediger, Márcia Rosa de Lima e André Santos Chaves

### Integrantes do Conselho Editorial

Alexandra Cristina Giacomet Pezzi (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Alexandre Salgado Marder (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Aloisio Cristovam dos Santos Junior (Centro Universitário da Bahia - Simões Filho, BA, Brasil)

André Augusto Chaves (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Arícia Fernandes (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Arthur Maria Ferreira Neto (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, RS, Brasil)

Carlos Augusto Silva (Universidade Federal do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Carolina Cardoso Guimarães Lisboa (Centro Universitário de Brasília - Brasília, DF, Brasil)

Cintia Estefânia Fernandes (Procuradoria Geral do Município de Curitiba - Curitiba, PR, Brasil)

Cláudio Fortunato Michelon Jr. (University of Edinburgh - Escócia)

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira (Procuradoria-Geral do Município - Porto Alegre, RS, Brasil)

Daniela Silva Fontoura de Barcellos (Universidade Federal do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Francisco Bertino Bezerra de Carvalho (Universidade Federal da Bahia - Salvador, BA, Brasil)

José Sérgio da Silva Cristóvam (Universidade Federal de Santa Catarina - Florianópolis, SC, Brasil)

Leandro Martins Zanitelli (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG, Brasil)

Luciola Maria de Aquino Cabral (Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza - Fortaleza, CE, Brasil)

Luiz Gustavo Levate (Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte - Belo Horizonte, MG, Brasil)

Luiz Henrique Antunes Alochio (Universidade Federal do Espírito Santo - Vila Velha, ES - Brasil)

Marcelo Sampaio Siqueira (Centro Universitário 7 de Setembro - Fortaleza, CE, Brasil)

Márcia Rosa de Lima (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Márcio Augusto Vasconcelos Diniz (Faculdade de Direito, UFC - Fortaleza, CE, Brasil)

Marco Ruotolo (Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre - Itália)

Maren Guimarães Tabora (Fundação Escola Superior do Ministério Público do RGS - Porto Alegre, RS, Brasil)

Raffaele de Giorgi (Università del Salento - Itália)

Rodrigo Brandão (Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Vanessa Buzelato Preste (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Vanice Regina Lirio do Valle (Universidade Estácio de Sá - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Vasco Manuel Pereira da Silva (Universidade de Lisboa - Portugal)

Hamilton da Cunha Iribure Júnior (Faculdade de Direito do Sul de Minas - Pouso Alegre, MG, Brasil)

### Parceceristas

Alexandre Salgado Marder (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

André Luís Bergamaschi (São Paulo, SP, Brasil)

Arícia Fernandes (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Bárbara Dayana Brasil (Faculdade Mater Dei - Pato Branco, PR, Brasil)

Fernando Dias Menezes de Almeida (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - São Paulo, SP, Brasil)

Carlos Silva dos Santos Thomaz (Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Cila Maria Jardim (Araraquara, SP, Brasil)

Gabriela Lema Icasuriaga (Universidade Federal do Rio de Janeiro - RJ, Brasil)

Jorge Luiz Oliveira dos Santos (Belém, PA, Brasil)

José Fernando Ferreira Brega (Procurador ia-Geral do Município de São Paulo - São Paulo, SP, Brasil)

Luciola Maria de Aquino Cabral (Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza - Fortaleza, CE, Brasil)

Márcia Rosa de Lima (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Rachel Lopes Queiroz Chacur (Universidade Federal de São Paulo, Unifesp - São Paulo, SP, Brasil)

Tarcyla Fidalgo Ribeiro (Observatório das Metrópoles - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

### Editoração

Amanda Costa Moreira Teixeira

Ficha catalográfica

---

Revista da ESDM [recurso eletrônico] / Fundação Escola Superior de Direito Municipal – Vol. 7, n. 14 (2021) - .  
Porto Alegre: ESDM, 2015 -

Semestral

ISSN online 2595-7589

Editora responsável Cristiane C. Fagundes de Oliveira

1. Direito - Periódicos. 2. Direito Municipal. I. Fundação Escola Superior de Direito Municipal - ESDM. II. Título.

CDU 34(05)

---

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Caroline Silveira Sarmento – CRB10/2240

<b>Apresentação.....</b>	<b>5</b>
<b>CIRANDA DE ASSESSORES E ORÇAMENTO NO PODER LEGISLATIVO Breno Vinícius de Góis .....</b>	<b>7</b>
<b>EXTRAFISCALIDADE: A GESTÃO DE RESÍDUOS ORGÂNICOS EM BELÉM Marina Rocha Pontes de Sousa .....</b>	<b>21</b>
<b>IPTU – REFLEXÕES DECORRENTES DA EXPANSÃO DA ZONA URBANA DOS MUNICÍPIOS Tatiane Mattos França Bohmer e Lívia Pachalski Santin .....</b>	<b>46</b>
<b>OS INSTRUMENTOS AUXILIARES NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: REVERBERAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA André Bastos Vaccarezza .....</b>	<b>60</b>
<b>INSTRUMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO DA EQUIDADE APLICADOS NO ORDENAMENTO TERRITORIAL À LUZ DO DIREITO PORTUGUÊS E DO DIREITO BRASILEIRO Tânia M. Calcagno Vaz Vellasco Pereira .....</b>	<b>77</b>
<b>OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS COMO FORMA DE VIABILIZAR O ACESSO À JUSTIÇA: UM OLHAR SOBRE O OBJETIVO 16 DA AGENDA 2030 DA ONU Isabelle Almeida Vieira e Pedro Ricardo Lucietto Piccinini .....</b>	<b>89</b>
<b>A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: OS SEUS CUSTOS E O ALCANCE SOCIAL Oswaldo José Gonçalves de Mesquita Filho e Daniel Gaio.....</b>	<b>102</b>

## Apresentação

As questões jurídicas relativas ao Município apresentam reflexos complexos e dinâmicos na vida cotidiana da população. Nesta linha, apresentamos a 14ª edição da Revista da ESDM. Conduzimos a Revista de modo que seja atrativa ao meio acadêmico do *stricto sensu* e possa ser um instrumento de debate qualificado na área de interesse dos operadores do Direito Municipal.

Esta edição reúne sete artigos com temas atuais, que mobilizam diferentes abordagens no estudo das questões municipais, voltados a evidenciar contextos, práticas e discussões que congregam novas contribuições. Com a presença de autores mestres e doutores, o periódico traz conteúdos sobre: orçamento no Poder Legislativo, direito urbanístico, gestão de resíduos sólidos, incidência do IPTU sobre imóvel com função social rural, negócios jurídicos processuais como uma terceira via de acesso à justiça e mudanças propiciadas pela Nova Lei de Licitações no contexto das aquisições e contratações públicas.

Abre a edição o texto “Ciranda de Assessores e Orçamento no Poder Legislativo”, de autoria de Breno Vinícius de Góis. Com abordagem que envolve o direito administrativo e o constitucional, além de apresentar aspectos práticos sob estes dois ângulos, o autor analisa e propõe aprimoramento no funcionamento da dinâmica da função administrativa nos gabinetes parlamentares, em harmonia com as normas sobre planejamento orçamentário.

Em seguida, Marina Rocha Pontes de Sousa apresenta, em “Extrafiscalidade: a gestão de resíduos orgânicos em Belém”, o estudo do descarte de resíduos sólidos na cidade e propõe normatizar a sua segregação, com o objetivo de fomentar o gerenciamento desse processo e desenvolver paradigma, no qual se formate a cultura de segregar e reciclar os resíduos orgânicos de forma responsável e eficiente na cidade.

Tratando sobre pontos jurídicos polêmicos decorrentes da expansão urbana, este número traz o texto “IPTU – Reflexões decorrentes da expansão da Zona Urbana dos Municípios”, de Tatiane Mattos França Bohmer e Lívia Pachalski Santin. A partir de argumentos discutidos no tema 174, do Superior Tribunal de Justiça, as autoras retomam a discussão acerca da incidência do IPTU sobre imóvel localizado dentro do território urbano, com função social rural.

Ainda nesta seção, com o texto “Os Instrumentos auxiliares na Nova Lei de Licitações: reverberação do princípio constitucional da eficiência”, André Bastos Vaccarezza traz comentários pertinentes e úteis, de caráter dogmático, visando a apresentar e interpretar elementos específicos da Lei nº. 14.133, de 01 de abril de 2021, além de refletir como o gestor público pode extrair diversas potencialidades para redução de custos, absorção de expertise, otimização da gestão e fomento à eficiência administrativa.

Em “Instrumentos de equidade aplicados no ordenamento territorial à luz do Direito Português e do Direito Brasileiro”, Tânia M. Calcagno Vaz Vellasco Pereira realiza o estudo

comparativo entre a legislação urbanística dos dois países. A autora traz informações sobre os possíveis mecanismos postos à disposição da administração pública para repartir os ônus e os benefícios decorrentes das políticas públicas de uso e ocupação do solo, visando evitar e/ou corrigir desigualdades.

Isabelle Almeida Vieira e Pedro Ricardo Lucietto Piccinini, no artigo “Os Negócios Jurídicos Processuais como forma de viabilizar o Acesso à Justiça: Um olhar sobre o objetivo 16 da Agenda 2030 da ONU”, trazem para a discussão as vantagens de adoção do procedimento previsto no art. 190, do Código de Processo Civil, como uma terceira via de acesso à justiça. Entre os temas trabalhados, os autores refletem sobre as dificuldades do acesso à justiça na pandemia da covid-19 e a relevância dos negócios jurídicos processuais diante desse cenário.

Fechando a edição, a discussão sobre direito à moradia é o assunto abordado por Daniel Gaio e Osvaldo José Gonçalves de Mesquita Filho, no texto “A Usucapião Extrajudicial: os seus custos e o alcance social”. Em suas conclusões, a partir dos dados da pesquisa apresentados ao longo do texto, os autores discutem que algumas mudanças são necessárias para que a usucapião extrajudicial possa efetivar, de fato, o direito à moradia.

A revista oferece acesso livre imediato ao seu conteúdo, seguindo o princípio de disponibilizar gratuitamente o conhecimento científico ao público e proporcionar maior democratização mundial do conhecimento, sendo um periódico científico semestral, com publicações ininterruptas desde 2015, que tem por missão promover o aprimoramento dos estudos na área do Direito, especialmente na área do Direito Público Municipal.

Agradecemos por todas as contribuições submetidas a esta edição da revista. Aos autores que submeteram seus trabalhos e aos pareceristas, obrigada pela significativa colaboração.

Desejamos uma boa leitura.

**Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira**  
Diretora Editorial da Revista da ESDM  
Procuradora Municipal de Porto Alegre

# CIRANDA DE ASSESSORES E ORÇAMENTO NO PODER LEGISLATIVO

## *Carousel of Advisors and Budget in Legislative Power*

**Breno Vinícius de Góis**

Mestrado em Ambiente, Tecnologia e Sociedade pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido. Especialização em Direito do Trabalho, Direito Administrativo e Direito Municipal. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Pesquisador Externo no Grupo de Pesquisa Novas perspectivas do Direito e Economia da Regulação no Brasil – UFERSA. Advogado. Procurador na Câmara Municipal de Mossoró (RN, Brasil).

### **Resumo**

O desempenho da atividade atípica de administrar no Poder Legislativo é dificultado pela necessidade de se conferir autonomia aos mandatos parlamentares. Nesse sentido, a gestão do pessoal vinculado aos gabinetes parlamentares deve correr por conta do respectivo parlamentar, cabendo ao setor administrativo apenas a realização dos atos solicitados pelo gabinete. Ocorre que a exoneração de assessores, acompanhada da nomeação imediata de novos assessores tem o condão de desfigurar o planejamento orçamentário financeiro, visto que aqueles que são desligados da Administração Pública têm verbas a receber, que, em regra, não estão previstas no orçamento. Visando dar uma solução a este problema, fez-se uma ampla pesquisa bibliográfica, concluindo-se que a nomeação imediata de novos assessores deve ser vetada. Nesse sentido, deve-se aguardar, para a nomeação de um novo assessor, o prazo relativo a férias e 13º proporcionais, adequando-se, desse modo, a autonomia parlamentar com o planejamento orçamentário-financeiro.

**Palavras-Chave:** Orçamento. Parlamento. Assessores. Exoneração. Autonomia.

### **Abstract**

The performance of the atypical activity of administering in the Legislative Power is hampered by the need to grant autonomy to parliamentary mandates. In this sense, the management of the personnel linked to the parliamentary offices must be carried out by the respective parliamentarian, and the administrative sector is only responsible for carrying out the acts requested by the office. It so happens that the dismissal of advisors, accompanied by the immediate appointment of new advisors, has the power to disfigure financial budget planning, since those who are dismissed from the Public Administration have funds to receive, which, as a rule, are not provided for in the budget. In order to provide a solution to this problem, extensive bibliographic research was carried out, concluding that the immediate appointment of new advisers must be vetoed. In this sense, one must wait, before the appointment of a new advisor, the vacation and 13th proportional term, adapting, thus, the parliamentary autonomy with the budgetary-financial planning.

**Keywords:** Budget. Parliament. Advisors. Exoneration. Autonomy.

### **Sumário**

1. Introdução; 2. A Autonomia dos Gabinetes Parlamentares; 3. Do Ciclo Orçamentário; 4. Da execução orçamentária – Casas Legislativas; 5. Substituição de Assessores e Planejamento; 6. Conclusão; 7. Notas; Referências

## 1. INTRODUÇÃO

Todas as instituições necessitam de planejamento para funcionar. Planejamento administrativo, orçamentário, financeiro, etc. As entidades da Administração Pública não são diferentes. Existe a necessidade de definir objetivos, alocar recursos financeiros, organização de pessoal, tudo no intuito de concretização do interesse público.

Nesse sentido, quanto ao planejamento orçamentário-financeiro, as entidades públicas necessitam determinar como vai ocorrer a destinação dos recursos de que dispõe, para suprir as despesas previstas (e por vezes não previstas) para o seu adequado funcionamento.

No ordenamento jurídico brasileiro, isso é feito através do ciclo orçamentário, que se traduz na elaboração, deliberação, aprovação, execução e monitoramento das chamadas Leis Orçamentárias. O Plano Plurianual, A Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual são os instrumentos de que dispõe a Administração Pública para realizar seu planejamento.

O referido planejamento passa, obrigatoriamente, pela alocação de recursos para o pagamento de pessoal. De fato, a folha de pagamento dos servidores costuma consumir parte significativa dos recursos das entidades públicas. Tanto é que a própria Constituição Federal de 1988 traz vários limites para o gasto com pessoal, bem como a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00).

Ocorre que esse planejamento de pessoal, nas Câmaras Municipais, costuma ser dificultado, pela necessária autonomia de que deve ser dotado cada Gabinete Parlamentar. De fato, os assessores que auxiliam o vereador a desempenhar seu mandato são (ou devem ser) pessoas de sua confiança, exercendo, portanto, cargos comissionados.

Assim, a Casa Legislativa não deve interferir nas nomeações e exonerações dos assessores parlamentares. Mas deve realizá-las de modo a respeitar o planejamento realizado, sob pena de efetuar gastos não previstos em lei, podendo incidir, portanto, em improbidade administrativa.

De fato, a exoneração de assessores é acompanhada, em regra, do pagamento de verbas ligadas ao desempenho de suas atividades, como férias proporcionais (acompanhadas do terço proporcional) e 13º salário proporcional, para citar as mais comuns.

A nomeação imediata de um assessor, a fim de substituir o servidor exonerado, tem o condão de desfigurar o planejamento do órgão, tendo em vista ser, em regra, uma despesa não prevista em lei.

Esse artigo tem por objetivo analisar os fundamentos da autonomia parlamentar, como é realizado o planejamento orçamentário no Brasil, a obrigatoriedade da previsão das despesas, e como tais questões poder ser alinhadas, a fim de aperfeiçoar a administração das Câmaras Municipais.

## 2. A AUTONOMIA DOS GABINETES PARLAMENTARES

As Câmaras Municipais (como todas as Casas Legislativas do Brasil) costumam se dividir em dois núcleos:

- Núcleo Administrativo
- Núcleo Político - Parlamentar

São dois núcleos que convivem numa mesma entidade: o primeiro ligado à manutenção das atividades administrativas do próprio órgão: gerenciamento de atividades, folha de pagamento, compra de insumos, etc.

O segundo está ligado às atividades parlamentares: formulação de projetos de lei, indicações, fiscalização do Poder Executivo, etc.

Como os assessores parlamentares fazem parte do Núcleo Político-Parlamentar da Câmara Municipal, não estão diretamente ligados às atividades administrativas. Assim, seu controle de frequência, concessão de férias, indicação de exoneração e demais atividades inerentes são realizadas pelos gabinetes parlamentares.

Faz-se necessário esclarecer sobre a diferença entre a realidade das Casas Legislativas e demais Poderes (em especial do Executivo), uma vez que parte das suas atribuições é primordialmente política, daí a separação dela em dois núcleos, sendo o primeiro ligado às atividades organizacionais e administrativas e o segundo núcleo, ligado às atividades políticas e/ou parlamentares.

Essa formação não é característica apenas das Câmaras Municipais. Quando analisamos a estrutura da Câmara Federal dos Deputados, vê-se que os setores voltados à organização administrativa e os gabinetes parlamentares têm dimensões distintas, especialmente no que se refere aos quantitativos e funções dos servidores. O mesmo ocorre no Senado Federal.

A atividade desenvolvida pela estrutura política da Câmara dos Deputados é realizada, em regra, por servidores de cargos de provimento em comissão, tendo em vista a necessidade dos parlamentares terem em sua base de atuação a presença de pessoas de confiança que estabelecerão o elo do seu mandato com os representados propriamente ditos, ou seja, é a essência da atividade política exercida pelo mandatário.

Não há quaisquer dúvidas que se tratam de dois núcleos distintos, uma vez que cada um tem sua função, facilmente perceptível com suas naturezas e peculiaridades atribuídas pelos seus regimentos constituintes. Todas as Casas Legislativas no Brasil são assim organizadas.

Dito isto, cabe esclarecer que o núcleo administrativo não interfere (ou não deve interferir) nas atividades dos gabinetes parlamentares. Assim, os funcionários a serem nomeados, as atribuições, a concessão de férias, etc. Todas essas atividades são decididas pelo Gabinete Parlamentar, que repassa as solicitações para que o núcleo administrativo tome as medidas necessárias.

Não poderia ser de outro modo. Não cabe ao núcleo-administrativo interferir nas ativi-

dades parlamentares. Não deve o Poder Legislativo, no desempenho da atividade atípica de administrar, interferir nas nomeações ou exonerações de nenhum assessor, a não ser que esse pedido venha do próprio Gabinete.

Do mesmo modo, não cabe ao Núcleo Administrativo decidir quando é o período mais adequado para o gozo de férias dos assessores parlamentares. Cabe ao gabinete, diante das suas necessidades e das demandas dos cidadãos, decidir o período adequado para fruição de férias de seus membros, e informar ao núcleo administrativo.

Trata-se de autonomia essencial para o cumprimento livre de seus mandatos, podendo assim buscar concretizar os anseios dos cidadãos por ele representados. A autonomia no desempenho do mandato é a essência da democracia.

Basta se imaginar o inverso para entender a importância dessa distinção: imagine-se que o Presidente de uma Casa Legislativa decida por exonerar, ou conceder as férias de todos os funcionários de um adversário político, a fim de afetar sua atividade parlamentar. Tal situação impossibilitaria (ou dificultaria bastante) o desempenho satisfatório do mandato.

A autonomia dos Gabinetes é essencial para o seu funcionamento, e para o atendimento das diversas parcelas da sociedade, que cada gabinete representa. De fato, veja-se que a autonomia parlamentar é a razão de ser do Estatuto dos Parlamentares, em especial, de sua imunidade.

Acerca do assunto, assim aduz Alexandre de Moraes (2020, p. 870-871):

Na independência harmoniosa que rege o princípio da Separação de Poderes, as imunidades parlamentares são institutos de vital importância, visto buscarem, prioritariamente, a proteção dos parlamentares, no exercício de suas nobres funções, contra os abusos e pressões dos demais poderes; constituindo-se, pois, um direito instrumental de garantia de liberdade de opiniões, palavras e votos dos membros do Poder Legislativo, bem como de sua proteção contra prisões arbitrárias e processos temerários.

Assim, para o bom desempenho de seus mandatos, será necessário que o parlamento ostente ampla e absoluta liberdade de convicção, pensamento e ação, por meio de seus membros, afastando-se a possibilidade de ficar vulnerável às pressões dos outros poderes do Estado.

Dessa forma, imprescindível a existência das imunidades parlamentares à prática da democracia, significando verdadeira condição de independência do Poder Legislativo em face dos demais poderes e garantia da liberdade de pensamento, palavra e opinião, sem a qual inexistirá Poder Legislativo independente e autônomo, que possa representar, com fidelidade e coragem, os interesses do povo e do país, pois, e é sempre importante ressaltar, estas imunidades não dizem respeito à figura do parlamentar, mas à função por ele exercida, no intuito de resguardá-la da atuação do Executivo ou do Judiciário, consagrando-se como garantia de sua independência perante outros poderes constitucionais.

Em razão da importância do tema, transcrevemos também as lições de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Bonet Branco (2018, p. 1508-1509):

Com a finalidade de assegurar a liberdade do representante do povo ou do Estado-membro no Congresso Nacional, e isso como garantia da independência do próprio parlamento e da sua existência, a Constituição traça um conjunto de normas que instituem prerrogativas e proibições aos congressistas.

Algumas dessas prerrogativas ganham o nome de imunidade, por tornarem o congressista excluído da incidência de certas normas gerais. A imunidade pode tornar o parlamentar insuscetível de ser punido por certos fatos (imunidade material) ou livre de certos constrangimentos previstos no ordenamento processual

penal (imunidade formal).

A imunidade não é concebida para gerar um privilégio ao indivíduo que por acaso esteja no desempenho de mandato popular; tem por escopo, sim, assegurar o livre desempenho do mandato e prevenir ameaças ao funcionamento normal do Legislativo.

Ora, com toda a proteção constitucional deferida aos parlamentares, não há espaço para que sua autonomia seja tolhida justamente no interior da própria Casa Legislativa.

### 3. DO CICLO ORÇAMENTÁRIO

O Ciclo Orçamentário é expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, por meio das chamadas leis orçamentárias. Nesse sentido, assim aduz o art. 165 da CF/88:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

§1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

§2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, estabelecerá as diretrizes de política fiscal e respectivas metas, em consonância com trajetória sustentável da dívida pública, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

[...]

§5º A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

§6º O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

§7º Os orçamentos previstos no §5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.

§8º A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.

§9º Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual;

II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

III - dispor sobre critérios para a execução equitativa, além de procedimentos que serão adotados quando houver impedimentos legais e técnicos, cumprimento de restos a pagar e limitação das programações de caráter obrigatório, para a realização do disposto nos §§11 e 12 do art. 166. (BRASIL, 1988).

As leis orçamentárias, conforme texto constitucional, são três: o Plano Plurianual (a partir de agora denominado de PPA); A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

O PPA é um instrumento cuja validade é de 04 anos, instituindo o planejamento de longo prazo da Administração Pública, que deve ser concretizado através das demais leis orçamentárias, ano a ano.

Nesse sentido, esclarecedoras são as palavras de Tathiane Piscitelli (2018, p. 53), que assim aduz:

De um ponto de vista geral, é possível dizer que o PPA é a lei orçamentária mais abstrata de todas, já que trata dos grandes objetivos da Administração pelo prazo de quatro anos, enquanto a LOA é a mais concreta, pois tem a função de estabelecer, detalhadamente, as receitas e despesas públicas de um dado exercício.

No PPA, conforme Marcus Abraham (2018, p. 443), “encontramos a previsão, além do que já está em andamento, do que se pretende realizar no quadriênio em termos de aprimoramento de ação governamental”.

Assim, O PPA é o instrumento mais geral, que norteia o planejamento para os próximos 04 anos seguintes.

A LDO, que tem duração anual, vai representar quais projetos (e em que medida) presentes no PPA serão concretizados, realizados naquele ano. Dito de outro modo, a LDO deve representar um recorte do PPA, de modo que nos 04 anos seguintes, a soma das 04 LDO's totalize as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal constantes do PPA.

Nesse sentido, Marcus Abraham (2018, p. 443-444) afirma que na LDO “temos a orientação para a elaboração do orçamento, definindo as prioridades e metas do PPA para o exercício financeiro subsequente”.

O Supremo Tribunal Federal tem decisão extremamente didática sobre o tema, abaixo colacionada:

A LDO possui destinação constitucional específica e veicula conteúdo material próprio, que, definido pelo art. 165, §2º, da Carta Federal, compreende as metas e prioridades da administração pública, inclusive as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente. Mais do que isso, esse ato estatal tem por objetivo orientar a elaboração da lei orçamentária anual e dispor sobre as alterações na legislação tributária, além de estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. (BRASIL, ADI 612/RJ, 1994).

Por fim, a LOA deve concretizar o planejamento. Deve determinar quanto vai ser alocado para cada ação, estabelecendo o orçamento para cada uma das despesas do exercício financeiro seguinte. No mesmo que vem de se expor, (PISCITELLI, 2018, p. 71):

A LOA é a lei orçamentária mais concreta de todas, na medida em que dispõe, quase que exclusivamente, acerca das receitas e despesas para o exercício financeiro seguinte. Referida concreitude se manifesta no próprio texto constitucional, que determina, no artigo 165, §8º, que essa lei “não conterà dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa” – trata-se do já mencionado princípio da exclusividade.

Na determinação de receitas e despesas, fica proibida a consignação de crédito

com finalidade imprecisa ou dotação ilimitada, de forma que todas as receitas deverão estar vinculadas a despesas específicas e nos exatos montantes do dispêndio (artigo 5º, §4º da LRF) – mesmo que tal despesa não se realize no futuro [...].

Somados, os 3 diplomas legislativos formam o Ciclo Orçamentário, que é o pilar central do planejamento da Administração Pública, atualmente. O encadeamento das leis deve ser tal, que uma só tem razão de existir, se as outras duas existirem. Formam um sistema fechado, que deve orientar o gestor público na implementação de políticas públicas e nas respectivas ações exigidas para tanto.

Nesse sentido, imperioso colacionar as lições de Mendes e Branco (2018, p. 2371-2372), quando aduzem:

A ligação entre os três diplomas mencionados é tão intensa, que se poderia afirmar que nem o PPA, nem a LDO teriam significado algum sem a LOA. Os primeiros existem precipuamente em função da segunda, como instrumentos de planejamento, para regular sua criação e execução. A necessária compatibilidade com a Lei de Diretrizes Orçamentárias é reforçada pela norma do § 4º do art. 166, que estabelece: “As emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias não poderão ser aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual”.

Por fim, quanto aos prazos das referidas peças orçamentárias, cabe salientar que, conforme Piscitelli (2018, p. 55).

[...] o PPA deve ser encaminhado até o dia 31 de agosto do primeiro ano de mandato, a LDO, até 15 de abril de cada ano e a LOA, até 31 de agosto de cada exercício. Após analisadas pelo Congresso Nacional, serão devolvidas ao Presidente da República, para sanção no prazo de quinze dias. A devolução do PPA e LOA observará o encerramento da sessão legislativa (i.e. 22 de dezembro de cada ano), enquanto o retorno da LDO terá por prazo o dia 17 de julho de cada ano.

Tais prazos não são de repetição obrigatória, podendo os entes da Federação estabelecer prazos diferenciados para elaboração de suas leis orçamentárias.

#### **4. DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA – CASAS LEGISLATIVAS**

Ocorre que a autonomia referida no tópico anterior tem limites. E um deles é o planejamento orçamentário, e a necessidade de que todas as despesas, inclusive àquelas relativas ao pessoal, estejam previstas em lei.

No momento de apreciar as peças orçamentárias e elaborar o Quadro de Detalhamento de Despesas - QDD, as Câmaras Municipais tomam por base o número de assessores por gabinete, de modo que os valores a serem gastos, por cada gabinete, ao longo do ano, são definidos no início de cada ano, tendo em vista a previsibilidade dos gastos.

Nesse ponto, cabe esclarecer o conceito de Quadro de Detalhamento de Despesas – QDD:

Documento que indica, por ministério/órgão e em cada unidade orçamentária, a cotização dos elementos de despesa pelos projetos e/ou atividades, podendo ter sua dotação dividida por mais de um elemento de despesa. (IN/DTN nº 10/91).

Temos que o planejamento (contido no Quadro de Detalhamento de Despesa) é feito com base em no número fixo de assessores, visto que se sabe (ou deve-se saber) com antecedência os valores a serem gastos com pessoal, por cada gabinete.

O planejamento orçamentário e financeiro é etapa crucial da despesa pública, a fim de impedir que o Poder Legislativo fique sem orçamento e/ou financeiro para arcar com suas competências. Ou seja, toda a despesa deve ser programada.

Acerca da programação de despesa, assim aduz a Lei 4320/64:

Art. 47. Imediatamente após a promulgação da Lei de Orçamento e com base nos limites nela fixados, o Poder Executivo aprovará um quadro de cotas trimestrais da despesa que cada unidade orçamentária fica autorizada a utilizar.

Art. 48 A fixação das cotas a que se refere o artigo anterior atenderá aos seguintes objetivos:

- a) assegurar às unidades orçamentárias, em tempo útil a soma de recursos necessários e suficientes a melhor execução do seu programa anual de trabalho;
- b) manter, durante o exercício, na medida do possível o equilíbrio entre a receita arrecadada e a despesa realizada, de modo a reduzir ao mínimo eventuais insuficiências de tesouraria.

Art. 49. A programação da despesa orçamentária, para feito do disposto no artigo anterior, levará em conta os créditos adicionais e as operações extra orçamentárias.

Art. 50. As cotas trimestrais poderão ser alteradas durante o exercício, observados o limite da dotação e o comportamento da execução orçamentária. (BRASIL, 1964).

Dito isto, temos que o pagamento dos vencimentos, de 13<sup>o</sup> e férias deve observar o planejamento realizado (explanado no QDD), a não ser que haja alteração, durante o exercício financeiro, das dotações orçamentárias. Essa determinação inclui as verbas decorrentes da eventual exoneração dos assessores parlamentares.

Qualquer expansão dos valores contidos no planejamento deve observar o que aduz os arts. 167, II, da Constituição Federal e 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal, abaixo colacionados:

Art. 167. São vedados:

- I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;
- II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais. (BRASIL, 1988).

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1<sup>o</sup> Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

§ 2<sup>o</sup> A estimativa de que trata o inciso I do caput será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.

§ 3<sup>o</sup> Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º As normas do caput constituem condição prévia para:

- I - empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras;
- II - desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o §3º do art. 182 da Constituição. (BRASIL, 2000).

No caso do não cumprimento do artigo, a despesa será considerada não autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio público, nos termos do art. 15, da própria LRF, que aduz: “serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17”.

Para a definição desses termos, serão utilizadas as palavras de Carlos Valder do Nascimento (2002, p. 949):

O vocábulo criação deriva do latim creatio, sendo empregado no sentido de ato de criar, que configura a manifestação da vontade estatal promotora do nascimento da relação jurídica de repercussão no campo financeiro-orçamentário. Aqui é tomada com o sentido de instituição de uma atividade nova, portanto, que não esteja prevista no sistema de programação governamental.

Por outro lado, a expansão implica conceito que determina a existência de ação preexistente, na medida em que não encerra algo novo. Reproduz tão somente atividade devidamente institucionalizada que, por opção de política governamental, necessita ser expandida, por conveniência do interesse público. É ditado, portanto, em razão das exigências derivadas das demandas sociais, da prestação de serviços públicos e dos investimentos que ao Poder Público cabe realizar.

[...]

Finalmente, tem-se o aperfeiçoamento, que não se encaixa nas situações anteriores, embora de certa forma pressuponha a existência de programa em execução. Nesse caso, a atividade é voltada somente para o aprimoramento das ações de governo, mas gera consequências financeiras com sua implementação.

No mesmo sentido, André Gonçalves Caldeira Brant (2002, p. 35-38), quando diz que o comando do art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal “dirige-se às despesas não previstas no orçamento público, ou insuficientemente dotadas, que necessitam da abertura de créditos adicionais para serem regularmente cumpridas”.

Acontece que a nomeação imediata de um assessor, ante a exoneração do anterior, tem o condão de destruir o planejamento, acarretando a expansão da despesa pública, sem qualquer estudo de impacto, visto que as férias (mais o terço constitucional) e o 13º serão devidos a ambos os servidores.

De fato, a nomeação imediata de um novo assessor (sem observar o período a que o servidor anterior tinha direito a gozar de férias), faz com que a Câmara Municipal indenize um período de férias, além de ter que arcar com as férias do substituto, agora em período aquisitivo.

A título de exemplo, imagine-se um gabinete, com 08 assessores, em que o SERVIDOR A é exonerado após 12 meses de trabalho. Imediatamente após a exoneração, o gabinete solicita a nomeação do SERVIDOR B, em que é prontamente atendido. Assim, além de pagar as férias mais o terço constitucional do SERVIDOR A (que estava previsto no orçamento), terá de pagar o salário do SERVIDOR B, sem previsão orçamentária.

Na prática, é como se o referido gabinete tivesse 09 assessores no referido mês. Se

02 assessores fossem exonerados (e substituídos imediatamente), teríamos, na ótica orçamentária, 10 assessores.

Tratar-se-ia de despesa irregular, em desacordo com o art. 167, II, da Constituição Federal e art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Nesse sentido, colacionamos abaixo entendimento antigo do Supremo tribunal Federal, bem como decisão pertinente ao tema, do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

Reveste-se de plausibilidade jurídica, no entanto, a tese, sustentada em ação direta, de que o legislador estadual, condicionado em sua ação normativa por princípios superiores enunciados na CF, não pode, ao fixar a despesa pública, autorizar gastos que excedam os créditos orçamentários ou adicionais, ou omitir-lhes a correspondente fonte de custeio, com a necessária indicação dos recursos existentes. (STF - ADI 352 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 29-8-1990, P, DJ de 8-3-1991.) (BRASIL, ADI 352 MC, 1991).

AUDITORIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PRELIMINARES. COMPETÊNCIA DESTA CORTE DE CONTAS. INCLUSÃO DE INTERESSADOS NA RELAÇÃO PROCESSUAL. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 16 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. IRREGULARIDADE. APLICAÇÃO DE MULTA AO GESTOR À ÉPOCA. RECOMENDAÇÃO E DETERMINAÇÃO AO ATUAL GESTOR.

1. A regra do art. 16 da Lrf deve ser observada quando se está diante da criação, manutenção e expansão de uma determinada ação governamental, estando intimamente ligada à necessidade de dar sequência à obra realizada, provendo-lhe o seu funcionamento.

2. A partir da LRF, além da documentação exigida na lei 8666/93, tornaram-se imprescindíveis, à exceção das despesas irrelevantes, a estimativa do impacto orçamentário-financeiro e a declaração do ordenador de despesas, documentos estes que devem integrar o processo licitatório de todas as obras que contribuem para a criação, expansão ou aperfeiçoamento da ação governamental (TCU, acórdão 1085/2007- plenário). Somente as despesas ordinárias e rotineiras da administração pública, já previstas no orçamento, destinadas à manutenção das ações governamentais preexistentes, prescindem da estimativa de impacto orçamentário-financeiro de que trata o art. 16, inciso i, da lei de responsabilidade fiscal, lei complementar nº 101/2000. (TCE-MG - auditoria: 958125, Relator: Conselheiro. Wanderley Ávila, data de julgamento: 06/07/2017, data de publicação: 04/08/2017). (MINAS GERAIS, 2017).

Resta cristalino que a legislação, doutrina e jurisprudência estão totalmente alinhadas, no sentido de entender como ilegais as despesas realizadas sem previsão orçamentária.

## 5. SUBSTITUIÇÃO DE ASSESSORES E PLANEJAMENTO

Diante do aparente conflito entre autonomia dos gabinetes parlamentares e a necessária obediência ao planejamento orçamentário, faz-se necessário construir uma solução conciliadora, que não desfigure a essência de ambos os institutos, no tocante ao manejo de assessores parlamentares.

Nesse sentido, entendemos que apesar de o gabinete parlamentar ter autonomia para indicar os assessores que serão nomeados ou exonerados, não existe direito a substituição automática de assessores.

Dito de outro modo, o núcleo administrativo deverá aguardar o tempo concernente às férias proporcionais do servidor exonerado para, só então, realizar a nova nomeação.

Exemplos tornam mais didáticos o que se vem de expor. Imagine-se um assessor que após 06 meses de trabalho, é exonerado. O Gabinete poderá indicar seu substituto imedia-

tamente. Mas sua nomeação só deve ocorrer 15 dias após a exoneração do seu antecessor, obedecendo assim o período de férias proporcionais adquirido pelo antigo assessor. Se o primeiro assessor exerceu a função pública durante um ano, deve-se aguardar o prazo de 30 dias para a nomeação do seu substituto.

De fato, a autonomia dos gabinetes tem uma dupla feição: de direito e de responsabilidade. O Gabinete deve realizar seu planejamento, tanto político, quanto administrativo. Ao exonerar um assessor, deve ter o conhecimento de que a substituição não poderá ser automática.

Apesar de sempre haver a possibilidade de remanejamento de recursos para o pagamento de pessoal, alterando-se a lei orçamentária, trata-se de solução paliativa, que vai de encontro aos princípios de governança e eficiência que cada vez mais ganham espaço na Administração Pública.

Acerca da governança, assim aduz José dos Santos Carvalho Filho (2020, p. 941.)

Governança corporativa é o conjunto de processos, costumes, políticas, leis, regulamentos e instituições que disciplinam a forma e os métodos pelos quais a empresa é dirigida, administrada ou controlada. Cuida-se, pois, de um microsistema que norteia as ações e diretrizes da entidade. Envolve o relacionamento entre os sócios e os órgãos componentes, e, ainda, entre a empresa e o governo e a sociedade, sempre com realce para seu papel social.

Para maior higidez na governança corporativa, as regras norteadoras da empresa transformam princípios básicos em recomendações objetivas, procurando conciliar interesses com o objetivo de otimização do valor econômico de longo prazo da organização, propiciando o acesso a recursos devidos e auxiliando, no aspecto qualitativo, na gestão da empresa.

A ideia de governança vem está plenamente sedimentada em sede doutrinária, havendo amplo intercâmbio entre o Direito e a ciência da Administração.

Do mesmo modo, a governança começa a ser assimilada pela legislação nacional. Prova disso é a Lei 13.303/16, que versa sobre o estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista, amplamente calcada na governança.<sup>1</sup> Do mesmo modo, a Nova Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/21) aduz no parágrafo único do seu art. 11:

A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações. (BRASIL, 2021).

Observe-se que a ligação entre governança e planejamento é intrínseca. Nesse sentido, a Administração Pública deve preservar ao máximo seu orçamento (e, portanto, seu planejamento), não realizando mudanças baseadas numa política de imediatismo.

Aqui, é oportuno registrar uma matéria do Conselho Federal de Administração, que chega a incrível conclusão que a má gestão causa mais prejuízos que a corrupção no Brasil.<sup>2</sup> Tal percepção demonstra como o planejamento na Administração Pública no Brasil é incipiente, frustrando as mínimas expectativas do contribuinte.

Trata-se de da ideia do Direito à Boa Administração, amplamente debatido pela doutrina (principalmente no que toca aos atos administrativos discricionários) e também pela jurisprudência, conforme julgado abaixo colacionado:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. DÉBITO INEXISTENTE. DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. DANO MORAL CONFIGURADO.

O ajuizamento de ação fiscal em razão de débito de IPTU inexistente, decorrente da desídia do ente público na identificação do correto devedor, constitui-se em ilícito indenizável. Precedentes da Corte. Caso em que a ação executiva foi ajuizada em desfavor de quem não era proprietário do imóvel que gerou o débito de IPTU. Violação do direito fundamental à boa Administração Pública caracterizada.

TJRS Apelação Cível. AC 70038157913. Relator (a): Des. Leonel Pires Ohlweiler. Nona Câmara Cível. Publicação: Diário da Justiça do dia 16/02/2011. (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

Assim, não é aconselhável a reiteração de remanejamentos orçamentários para “cobrir” desfalques ensejados pela exoneração de assessores. A ocorrência de exonerações de assessores legislativos vai ocorrer em qualquer Casa Legislativa, tendo em vista a natureza comissionada de tais cargos. São, por excelência, cargos baseados na confiança. O que não se conhece é quando ocorrerão as exonerações, nem seu número.

Diante dessa perspectiva, e do reconhecimento da autonomia dos gabinetes, é extremamente aconselhável que a Administração possua ferramentas para manutenção de seu planejamento, mesmo diante das incertezas que regem o universo político.

É aí que a observância de um prazo para a nomeação de novos assessores demonstra-se como uma solução eficaz, que concilia autonomia parlamentar e planejamento orçamentário, privilegiando a boa governança (ao eliminar soluções baseadas no curto prazo e imediatismo) e a otimização da gestão dos recursos públicos.

## 6. CONCLUSÃO

Quanto à autonomia parlamentar, percebe-se que ela é necessária para um ótimo desempenho do mandato concedido pela população ao seu representante. Nesse sentido, a autonomia engloba, inclusive, o direito dos parlamentares a indicar seus assessores, como também o direito de indicar quem aqueles com os quais não pretendem mais trabalhar. Assim, o Poder Legislativo, no desempenho de sua função atípica de administrar, não deve intervir na gestão de pessoal dos gabinetes, limitando-se a realizar os atos de gestão solicitados pelos gabinetes.

Por outro lado, vimos que o orçamento, no Brasil, é realizado por meio das leis orçamentárias, que juntamente com a Lei de Responsabilidade Fiscal, conformam um microsistema, no sentido de regular a realização de despesas por parte do gestor público (seja do Poder Executivo, Judiciário ou Legislativo).

Tais despesas só podem ser realizadas se expressamente previstas nos instrumentos orçamentários. Se realizadas sem expressa previsão, não são albergadas pelo ordenamento jurídico.

Assim, diante da aparente autonomia entre autonomia parlamentar e observância do

orçamento, temos como solução válida e eficaz a vedação à substituição imediata de assessores.

É dizer: a substituição de assessores deve ser precedida pelo prazo correspondente às verbas rescisórias de natureza trabalhista adquiridas pelo servidor exonerado. Não se deve nomear um novo assessor até que o período proporcional relativo a férias e ao 13º salário relativos ao servidor tenha transcorrido, sob pena de violação ao planejamento orçamentário.

Diante das ideias de governança e de uma administração pública compromissada com o planejamento, extremamente debatidas na doutrina e que ganham cada vez mais espaço no ordenamento positivado, a solução proposta é bem mais interessante que remanejamentos orçamentários sucessivos, trazendo estabilidade ao orçamento, mesmo diante da reconhecida instabilidade das atividades de natureza política.

## 7. NOTAS

1. Para se ter um exemplo, veja-se a redação de seu artigo 6º: O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei.

2. CFA. Má gestão dá mais prejuízos ao Brasil do que corrupção. **Conselho Federal de Administração, Brasília, 2019**. Notícias. Disponível em: <https://cfa.org.br/ma-gestao-da-mais-prejuizos-ao-brasil-do-que-corrupcao/#:~:text=Para%20Arthur%20Igreja%2C%20professor%20e.que%20a%20praticada%20pela%20corrup%C3%A7%C3%A3o.&text=De%20acordo%20com%20o%20pesquisador.planejamento%20estrat%C3%A9gico%20de%20longo%20prazo>. Acesso em: 26 abr. 2021.

## REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRANT, André Gonçalves Carreira. LRF: dos contratos de terceirização e da estimativa de impacto orçamentário e financeiro. **Revista de Administração Municipal**, Rio de Janeiro, v. 46, n. 234.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: outorgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000.

BRASIL. **Lei Federal n. 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1964.

BRASIL. **Lei n. 14.133, de 01 de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 352 MC**. Relator: Celso de Mello, 29 de agosto de 1990. Tribunal Pleno. Brasília: STF, 1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 612/RJ**. Relator: Celso de Mello, 03 de junho de 1993. Tribunal Pleno. Brasília: STF, 1994.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CFA. Má gestão dá mais prejuízos ao Brasil do que corrupção. **Conselho Federal de Administração, Brasília, 2019**. Notícias. Disponível em: <https://cfa.org.br/ma-gestao-da-mais-prejuizos-ao-brasil-do-que-corrupcao/#:~:text=Para%20Arthur%20Igreja%20C%20professor%20e.que%20a%20praticada%20pela%20corrup%C3%A7%C3%A3o.&text=De%20acordo%20com%20o%20pesquisador.planejamento%20estrat%C3%A9gico%20de%20longo%20prazo>. Acesso em: 26 abr. 2021.

MENDES, Ferreira Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP).

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. **Auditoria 958125**. Relator: Conselheiro Wanderley Ávila, 06 de julho de 2017. Minas Gerais: TCE, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Lei de Responsabilidade Fiscal: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

PISCITELLI, Tathiane. **Direito financeiro**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Nona Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70038157913**. Relator: Des. Leonel Pires Ohlweiler, 16 fev. 2011. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2011.

Recebido em: 18/09/2021

Aceito em: 30/11/2021

# EXTRAFISCALIDADE: A GESTÃO DE RESÍDUOS ORGÂNICOS EM BELÉM

*Extrafiscality: waste solid management in Belém*

**Marina Rocha Pontes de Sousa**

Procuradora do Município de Belém (PA, Brasil). Mestre em Gestão do Conhecimento para o desenvolvimento – Unama/2021 - Mestrado profissional. Especialista em Direito Tributário pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL/2009. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará/2004.

## Resumo

O estudo propõe normatizar a segregação de resíduos sólidos, com o objetivo de fomentar o gerenciamento desse processo e desenvolver paradigma, no qual se formate a cultura de segregar e reciclar os resíduos orgânicos de forma responsável e eficiente na cidade de Belém/PA. Para tanto, se analisa a responsabilidade moral individual e a possibilidade de estimulá-la rumo ao agir refletido/aprendizagem criativa, por meio de diretrizes normativo-tributárias. Como resultado, formula-se a criação de tributos indutores, nos quais se pautem *premiação* ou *agravamento*, a fim de alcançar as metas almejadas, quais sejam: a efetiva redução dos resíduos orgânicos e recicláveis descartados no aterro sanitário local, aliado a uma sensibilização ambiental.

**Palavras-chave:** Extrafiscalidade. Resíduos orgânicos. Responsabilidade moral. Valor ético.

## Abstract

The study proposes to regulate the segregation of solid residues, with the objective of promoting the management of this process and developing a paradigm in which the culture of segregating and recycling organic residues is formed in a responsible and efficient way in the city of Belém/PA. To this end, individual moral responsibility is analyzed and the possibility of stimulating it towards reflexive/creative learning by means of normative-tributary guidelines. As a result, it is formulated the creation of inducing tributes, in which there is an awarding or aggravation, in order to reach the aimed goals, which are: the effective reduction of the organic and recyclable residues discarded on the local sanitary landfill, allied to an environmental awareness.

**Keywords:** Extrafiscality. Organic waste. Moral responsibility. Ethical value.

## Sumário

1. Introdução; 2. Responsabilidade moral; 3. Teoria da conformidade e aprendizagem criativa; 4. Extrafiscalidade: história e viabilidade; 4.1. Finalidade da norma tributária indutora; 4.2. Técnicas utilizadas; 4.3. Meios de implementação; 4.4. Efeitos e finalidade das normas tributárias indutoras; 5. Taxas tributárias: a taxa de resíduos sólidos e a taxa de fiscalização; 6. Extrafiscalidade nas taxas; 7. Conclusão; 8. Notas; Referências

## 1. INTRODUÇÃO

A cidade de Belém ainda não organizou o problema de descarte de resíduos sólidos em seu território e continua discutindo, quase que exclusivamente, formas de custeio do tratamento, coleta e transporte dos resíduos produzidos em seu espaço urbano. Em 2018, o custo do tratamento dos resíduos da região metropolitana foi judicializado (em razão da elevação do preço do tratamento em quase 100% do valor originário), porém, após a formalização do acordo (julho/2019), no qual se reestabeleceu os termos do ajuste inicial por mais dois anos e se fixou novo valor para o tratamento, permanece a mesma realidade: inexistência de debates para propor soluções, ou tornar mais ampla/eficiente a coleta seletiva havida na capital.

Atualmente a cidade gasta quase R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais)<sup>1</sup> mensais, apenas para tratar cerca de trinta mil toneladas/mês de resíduos produzidos pela cidade, percentual que corresponde, estimadamente, a apenas 70% dos resíduos efetivamente produzidos (ABRELPE, 2017). Ressalva-se, ademais, que o quantum retratado refere-se somente ao tratamento dos resíduos, não incluído o custo com a coleta e transporte destes junto aos domicílios de Belém, os quais ultrapassam os R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) mensais.

Não é novidade, entretanto que a questão em tela não se resolve apenas pela convenção de preço entre o ente público e a empresa, uma vez que a quantidade de resíduos gerados não é estanque e sua tendência natural é aumentar, principalmente diante da atual sociedade de consumo fomentada pelo sistema econômico vigente (FERRY, 2010). Dessa forma, a resolução da questão sugere a análise do nascedouro da problemática para, a partir daí, buscar soluções capazes de minimizar a situação.

Entende-se que um dos pontos centrais da discussão estaria na ausência de hábito da população em praticar o lema dos 3r's: reduzir, reciclar e reutilizar (ONU, 2002), assim como de um projeto eficaz de segregação e coleta de recicláveis e orgânicos, aptos a dar vazão sustentável a cadeia dos resíduos. O comando dos 3r's foi estatuído (pela primeira vez) na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento e se aplica ao manejo de resíduos sólidos (ONU, 2002), na medida em que busca garantir um desenvolvimento sustentável pautado no comportamento dos indivíduos. Já a estruturação de coleta eficaz, permitiria consolidar o ciclo desta "cadeia": produção, manejo e tratamento/reciclagem. No entanto, antes de se melhorar a estrutura da coleta, se faz necessário estimular a segregação desse material na origem (*in casu*, nos domicílios).

Importante observar que a não segregação de resíduos sólidos recicláveis foi entabulada como infração administrativa, ou seja, ato ilícito passível de multa (Decreto 7.404/2010), denotando que esta ação / fazer passa a ser instituída como uma responsabilidade direta do cidadão, compartilhada com o poder público, em acordo com a Política Nacional de Resíduos Sólidos (BRASIL, 2010). No entanto, a questão ultrapassa o positivismo e a ideia do *ser* e *dever ser* centrado exclusivamente na vontade do Estado, na medida em que a lei pura é ineficaz para atribuir modificação do comportamento do indivíduo (HABERMAS, 2002). Isto porque, sendo a norma o resultado empírico do consenso de uma coletividade,

esta precisa ir além do normativismo puro, buscando, a consecução do “bem comum” e a construção da “vida boa” para ter sucesso (DWORKIN, 2018). Em outras palavras, precisa atuar em prol da ética e da moral como meio para se alcançar a dignidade: o direito como postura argumentativa e não somente como coerção (DWORKIN, 2019).

Nesse diapasão, e ao buscar alternativas para fiscalizar os indivíduos na segregação dos materiais recicláveis e orgânicos, induzir o comportamento para promover o tratamento desses e permitir a conclusão da cadeia de produção e destinação dos resíduos sólidos domésticos no município de Belém; entende-se necessário formular regra capaz de normalizar a responsabilidade moral do munícipe (na correta segregação de materiais recicláveis e orgânicos) e norma tributária indutora para fomentar o gerenciamento desse processo, especialmente no aspecto concernente aos resíduos orgânicos.

Centra-se a ideia de fomento comportamental em prol dos resíduos orgânicos, em razão da análise da sistemática de produção, coleta e tratamento dos resíduos no país, demonstrar a existência de diversos projetos voltados para a separação e tratamento de materiais recicláveis secos, espelhando profunda melhora no descarte e reaproveitamento desse tipo de resíduos. Contudo, os materiais orgânicos ainda restam pouco trabalhados; assertiva corroborada ao se considerar que em torno de 50% (SNIS, 2019) dos resíduos produzidos constituem matéria orgânica não aproveitada, em um claro déficit nas políticas voltadas para esta questão. Exemplo disso é a organização do descarte estatuído no acordo setorial<sup>2</sup> e realizado entre as mais diversas empresas<sup>3</sup> e a União, com o objetivo de implementar a logística reversa apenas de embalagens secas para reciclagem, olvidando parte importante dos resíduos produzidos no país.

A política tributária aventada deve ser esquematizada em prol de benefícios líquidos (ambientais, sociais e econômicos) e em sintonia com os objetivos do desenvolvimento sustentável, cujo objetivo seria proporcionar crescimento econômico e desenvolvimento social e ambiental em equilíbrio (FREITAS, 2016). Em outras palavras, precisa ser pautada em consonância com o princípio estatuído no artigo 225 da CF/88 - em prol da garantia de um meio ambiente harmônico, afastando o *modelo cinza* de tributação (indiferente à obrigação constitucional de internalizar externalidades negativas), pois, em claro desalinho a atual necessidade de desenvolvimento limpo, equitativo e inclusivo, albergado pela carta constitucional brasileira (FREITAS, 2016). Por outro lado, a normatização da responsabilidade moral, deve buscar a regulamentação do Decreto 7.404/2010 no Município, como forma de impedir o estímulo de condutas ilícitas.

Destarte, no cenário em discussão e atento ao fato da necessidade de se criar mecanismos de segregação domiciliar dos resíduos, bem como fomentar o tratamento dos orgânicos, qual tipo de norma seria capaz de impulsionar o comportamento do indivíduo para promover o gerenciamento dos próprios resíduos domésticos? Pautado nessas premissas, interessante demonstrar estratégias extrafiscais como instrumento para a promoção de paradigma, no qual se formate a cultura de reduzir, reciclar e reutilizar, associado ao hábito de segregar os resíduos domésticos de forma responsável e eficiente, a fim de que os munícipes se permitam vislumbrar o *resíduo reciclável como um bem econômico e de valor social, capaz de gerar trabalho e renda*. Para tanto, se proporia indicar a necessidade de disciplinar

por meio normativo a responsabilidade individual pelos próprios resíduos; e apontar o tipo de norma tributária adequada para estimular o hábito desejado (destinar os resíduos recicláveis secos e promover o tratamento dos orgânicos em pátios de compostagem ou *in loco*).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 garante proteção ao meio ambiente e o erige como direito essencial ao bem-estar do homem, recepcionando a sua defesa como princípio constitucional impositivo<sup>4</sup> e fundamento da ordem econômica nacional, cujo objetivo finalístico é a elaboração de políticas públicas destinadas ao cumprimento do desenvolvimento econômico sustentável (JÚNIOR, 2009). Dentre essas políticas públicas, citam-se as discutidas durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (RIO 92) e entabuladas na Agenda 21 (ONU, 2002), as quais, explicitamente guarnecem a possibilidade de utilização de instrumentos extrafiscais como medida de impulsionamento da conduta individual e coletiva para reutilização e reciclagem de resíduos sólidos.<sup>5</sup> A regulamentação do direito ao saneamento em 2007 (Lei nº. 11.445/2007, com nova redação dada pela Lei nº. 14.026/2020) concedeu a eficácia normativa necessária para que o manejo dos resíduos sólidos se tornasse não apenas um direito exigível, mas também para legitimar seu custeio. Em 2010, a regulamentação da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº. 12.305/2010), além de ter significado um marco regulatório importantíssimo para o salto necessário à gestão e gerenciamento dos resíduos, corroborou a possibilidade do manejo de incentivos fiscais, ao listá-lo expressamente como um de seus instrumentos de consecução.<sup>6</sup> (Brasil, 2010).

Dessa forma, fomentar o estímulo da segregação dos resíduos e da reciclagem, significa dar azo a construção de cidades mais sustentáveis, indo ao encontro do disciplinado na Agenda 2030 (ONU, 2015), mais especificamente no objetivo 11, segundo o qual, os governos devem *transformar as cidades e assentamentos humanos em locais inclusivos, resilientes e sustentáveis*, mediante a redução do impacto ambiental negativo per capita, inclusive prestando especial atenção a *gestão de resíduos municipais*. Diante desse contexto, propõe-se a pesquisa, a fim de pontuar os maiores problemas e obstáculos à consecução desta segregação pelos municípios em seus domicílios; e com isso, propor instrumentos extrafiscais capazes de atuar, ao lado de outras medidas, na construção de uma nova realidade.

## 2. RESPONSABILIDADE MORAL

Pretende-se demonstrar a possibilidade de criação de normas legais lastreadas na moral como forma de impelir coletividades a atuarem em prol da construção da “vida boa”. Nesta senda, almeja-se demonstrar a norma indutora como um mecanismo capaz de propor a mudança comportamental dos indivíduos, inicialmente pelo conformismo e, posteriormente, pelo processo de aprendizagem criativa/agir comunicativo, metodologias que talvez sejam capazes de construir um agir moral, em decorrência da sensibilização da atuação pessoal na esfera ambiental.

O conceito de vida boa perpassa o campo filosófico como um dos grandes temas da humanidade. Perguntas como “o que é bom”, o “que significa viver bem”, “como tratar o outro” ou o “que seria uma vida boa” são questionamentos feitos desde a antiguidade, por filósofos como Platão e Aristóteles (FERRY, 2010). Para esses dois grandes filósofos, o con-

ceito de “vida boa” estaria correlacionado a uma espécie de interpretação da moralidade (em suas variadas facetas, como honra, responsabilidade cívica, justiça, etc.), correlacionadas entre si e aos ideais éticos almejados, de modo a atingir a felicidade pessoal. Em outras palavras, na concepção aristotélica/platônica, a vida boa consistiria em viver a vida em acordo com princípios morais (DWORKIN, 2018).

A ideia dworkiniana acerca da moral e ética são conceitos distintos: padrões morais ditam como devemos tratar os outros, enquanto os padrões éticos delimitam a forma como devemos viver. Assim, para Dworkin viver bem destoa de uma vida boa, muito embora os conceitos estejam interligados e sejam indissociáveis. Enquanto a *vida boa* estaria atrelada a hermenêutica da moral; o *viver bem*, se correlacionaria aos conceitos éticos: isto é, o conteúdo da moral detém a ideia da obrigação não só de como devemos tratar os outros (vida boa), mas o que devemos fazer ou deixar de fazer pelos outros (viver bem). Em outras palavras, a boa vida não pode significar ter apenas o que desejamos: ela deve considerar os interesse críticos e os interesses que *devemos* ter. De modo que o conceito de uma vida boa não só dependerá de um juízo valorativo, como estará sempre sujeito a controvérsias. (DWORKIN, 2018).

Por outro lado, deve-se anotar que a moral não existe enquanto algo escrito ou por ser descoberto. Como assevera Dworkin (2018), não existem “partículas de mórons” prestes a serem descobertas a fim de evidenciar o que vem a ser a moral ou aptas a criar um paradigma a ser seguido por determinada sociedade/civilização (DWORKIN, 2018). As perguntas do “por que viver moralmente”, “como convencer as pessoas completamente amorais a se comportar melhor” e mesmo “como convencer as supostamente morais”, são questões que perpassam a história, sendo discutidas na base não só de teorias metafísicas e filosóficas, como também e, primordialmente, nas teorias de justiça (FERRY, 2007).

Habermas, responde ao questionamento da necessidade do ser moral justificando que apenas este é capaz de tornar o mundo mais amistoso e “abrir” a convivência solidária com os outros, permitindo a construção de espaços nos quais possam ser realizados os jogos ilocutórios morais, onde se busque o “*overlapping consensus*” (HABERMAS, 2002). A concepção dworkiniana acerca da moral tem por pressuposto o princípio de Hume, segundo o qual nenhuma série de proposições sobre a realidade do mundo (*ser*) poderia por si só provar de modo eficaz como as coisas *devem ser*.

O enunciado de Hume não descarta a importância de especular o porquê certas convicções morais se disseminam em algumas comunidades/culturas e não em outras, ou o motivo que permitiu a perpetuação de certos comportamentos por meio de regras sociais e até jurídicas; também não rejeita “o quando e como” as crianças se tornam sensíveis às exigências morais e a censura moral dentre outros aspectos morais que permeiam a sociedade (DWORKIN, 2018). A discussão suscitada por Dworkin se refere unicamente a: quais opiniões morais são verdadeiras? E pode-se responder: *nenhuma*. As opiniões morais dependem não só de cada indivíduo, mas da forma como este raciocina os momentos que o levam a determinado comportamento. E a compartimentalização e a racionalização, fazem parte desse processo (ZIMBARDO, 2012).

A compartimentalização constitui mecanismo de defesa do ego para apartar as diversas interpretações dos credos e experiências do indivíduo em câmaras distintas, a fim de evitar que se entremochem (ZIMBARDO, 2012). Por exemplo, sabe-se ser certo promover a separação dos resíduos, assim como também se sabe ser um dever parar na faixa de pedestres, contudo, nem sempre as obrigações são cumpridas: elas geralmente ficam ao sabor da própria conveniência. *Um pensamento é um juízo, não uma motivação* e muitas vezes não há um *imã* capaz de atrair o comportamento humano para o que seria moralmente correto (DWORKIN, 2018).

Na racionalização, a conduta da pessoa é guiada pelo interesse próprio, muito embora defenda argumentos, nos quais “acredita” estar sendo guiada por princípios morais. Dworkin cita o exemplo da tortura: é certo ou errado torturar? Alguns poderiam defender que a tortura é errada, no entanto, essa assertiva é flexibilizada quando *quem* será torturado é uma *suposta pessoa* que *pode ser* um terrorista e cujas respostas *poderiam* salvar a vida de um ente querido.

Exsurge, portanto, a necessidade de se vincular a racionalidade (agir responsável) e a moral à ética da dignidade, demonstrando que o ser humano é atraído pela moral da mesma forma como se sente atraído pelo respeito próprio, afinal, *não se pode respeitar a própria humanidade sem respeitar a humanidade do outro* (KANT apud HABERMAS, 2002). É a busca pela humanização e pela inclusão do outro enquanto membro integrante de uma mesma coletividade, permitindo uma convivência mais pacífica e compreendendo a justiça como solidariedade (HABERMAS, 2002).

Dessa forma, a melhor maneira de interagir e integrar grupos sociais em prol de um objetivo comum, seria criar uma rede de cooperação flexível<sup>7</sup> na qual se demonstrasse, na prática, que a segregação de materiais aptos à reciclagem é capaz de gerar benefício para si e para outrem, na medida que o *resíduo reutilizável e reciclável se constitui em um bem econômico, com valor social e capaz de gerar trabalho e renda*. Como método para estimular a adoção dessas condutas, entende-se factível a adoção e criação de normas tributárias indutoras, as quais podem colaborar para fomentar o comportamento desejado e voltado para a construção de hábitos morais, incentivando o agir responsável/refletido.

### 3. TEORIA DA CONFORMIDADE E APRENDIZAGEM CRIATIVA

Segundo a teoria da conformidade social defendida originariamente por Salomon Asch, os grupos sociais tendem a se submeter às opiniões, regras, normas e modelos que representam a mentalidade coletiva ou o sistema de valores do grupo, para evitar o conflito (ASCH, 1955). Um de seus experimentos mais famosos (ainda reproduzido) consiste em reunir um grupo de colaboradores, nos quais, apenas um não sabe do previamente pactuado a ser dito sobre determinado assunto ou questionamento, demonstrando que, quando esse único participante ouve, de todos os demais, resposta diversa do óbvio, tende a acompanhá-los.<sup>8</sup> A teoria entabulada por Asch serve de parâmetro para as atuais hipóteses de validação da economia comportamental e subsidiam o famoso “efeito manada”.<sup>9</sup>

Zimbardo (2012) explica que as razões pelas quais as pessoas se conformam decorrem da necessidade de informação (outras pessoas possuem ideias, pontos de vista e

conhecimentos que nos auxiliam a “*melhor navegar em nosso mundo*”) e da necessidade normativa (os outros estariam mais propensos a nos aceitar quando concordamos com suas ideias: vontade de pertencer a um grupo) (ZIMBARDO, 2012). Em estudos mais recentes, foi detectado que a conformidade social gera atividades cerebrais em regiões específicas do córtex cerebral dedicadas à consciência visual e espacial, enquanto que, impor resistência ao grupo provoca atividades em áreas associadas à saliência emocional, ou seja, a *autonomia cria um fardo emocional, “gerando um custo psíquico”*.

A conclusão então seria de que a conformidade não decorre apenas de necessidades normativas e informacionais, mas que “os pontos de vista de outras pessoas, quando cristalizados em um consenso de grupo, podem afetar (o modo) como percebemos importantes aspectos do mundo externo, questionando a natureza da própria verdade.” (ZIMBARDO, 2012, p. 370-372).

Foucault (2014), em teoria similar, abarca a ideia da sociedade disciplinar, criada a partir de mecanismos de vigilância permanente, extraída da teoria panóptica de Bentham.<sup>10</sup> Contudo, o filósofo vai mais além, ao transferir a ideia de vigilância permanente para outros setores sociais que não apenas as penitenciárias estatais: para o autor, estamos em constante vigilância, uma vez que nos adequamos às relações de poder vivenciadas em sociedade e praticadas pelos personagens sociais a partir de padrões estabelecidos – patriarcado, desigualdade social, orientação sexual e *modos de viver*. Assim, para se evadir da mentalidade de rebanho, seria imprescindível se tornar consciente da vulnerabilidade pessoal à pressão social, para então erigir uma autonomia à conformidade (ZIMBARDO, 2012). Essa autonomia a conformidade pode ser descrita como o agir refletido sobre as próprias convicções, a fim de proceder a condutas responsáveis (DWORKIN, 2018).

A dúvida que exsurge é se (da mesma forma que a maioria tende a impor/ditar comportamentos) uma minoria seria capaz de fomentar a mudança de opinião da maioria para criar novas *regras sociais*, especialmente, regras carregadas de valores morais e éticos? Segundo Zimbaro (2012), a resposta é afirmativa, pois, “[...] o conflito entre a visão entrincheirada da maioria e a perspectiva dissidente da minoria é uma condição essencial de inovação e revolução, podendo levar à mudança social positiva”. Significa dizer que o indivíduo mantém uma relação dialética com a comunidade na qual vive, exercendo uma *troca de mão-dupla* na qual há um constante *aceite e rejeição* nas regras de poder e convivência, apresentadas e imprescindíveis para fortalecer os fenômenos de adaptação e remodelação das normas sociais. (MOSCOVICI apud ZIMBARDO, 2012).

Desta forma, a sociedade (como um todo) tenderia a ser mantenedora do *status quo*, cabendo às minorias insatisfeitas ou capazes de fornecer alternativas aos problemas vigentes, promover a inovação e a mudança a partir de comportamentos sociais aptos a garantir regras e, assim, impor um *dever*. Logo, e tendo a teoria do valor único de Dworkin como pressuposto, a norma ideal seria aquela que unificasse na norma jurídica, os valores da ética e da moral, sem olvidar as circunstâncias sociais que exercem pressão no comportamento. Tais “circunstâncias sociais” justificam a existência de norma positiva, porque sem punição e a necessária fiscalização, não há como proceder a coercitividade da norma proposta.<sup>11</sup> Em outras palavras, permitir que a regra seja natural<sup>12</sup> não costuma repercutir os efeitos dese-

gados, porquanto seu cumprimento depende unicamente da discricionariedade do cidadão.

Por outro lado, e a longo prazo, o objetivo precisa ser alcançar os efeitos das normas propostas, *in casu*, promover a coleta seletiva, o tratamento dos resíduos orgânicos e, quiçá, a meta do lixo zero. Para isso, torna-se necessário alçar voo para além da conformidade e vigilância dentro do “efeito manada”, com regras sociais e normas punitivas, engendrando efetivamente a convicção individual; no entanto, se entende que esta meta só ocorreria através da outorga da formação educacional crítica acerca da necessidade de cuidar do meio ambiente, mediante o agir responsável: agir em conformidade com as opiniões refletidas e estruturadas por si mesmo<sup>13</sup> (DWORKIN, 2015).

Contudo, e como o objetivo do estudo está além da mera coerção, buscando entender o direito como mecanismo de indução comportamental e *postura argumentativa* (DWORKIN, 2018), se faz necessário promover o estímulo aos comportamentos lícitos, como forma de engendrar a autonomia necessária para permitir a convicção sobre determinado aspecto: *in casu*, a de que o resíduo reciclável e reutilizável constitui bem econômico, com valor social e capaz de gerar emprego e renda.

Desta forma, e considerando que a meta proposta precisa construir hábitos arraigados nos 3r’s – reciclar, reduzir e reutilizar, - se buscaria na aprendizagem criativa<sup>14</sup> e na dialogicidade crítica, o fundamento necessário à sensibilização aos problemas latentes a serem enfrentados – seria a *learning by doing*, ou, em tradução livre, o aprender por meio da experimentação, projetos, vivência e mão na massa (BURD, 2019).

Sob esse olhar, a construção de uma composteira de uso comum dentro dos condomínios, por exemplo, com a finalidade de ser abastecida por todos, inicialmente criaria uma rede *panóptica* para cumprimento de normativos previamente discutidos em assembleia e que poderiam gerar multa. A possibilidade de punição privada, aliada ao fato de uma premiação (desconto percentual no tributo) pela ação comissiva, serviria como propulsor para que uns observassem os outros, podendo criar receio (*custo psíquico*) de ir contra a ideia do grupo: seria a *exposição*, um dos elementos aptos a promover mudança, pela ótica de Lewin (apud BELEZA 2019).

O hábito produzido, aliado ao benefício auferido (adubo e redução de custos para compra deste mesmo material, seja no uso individual, seja no uso comum para o condomínio), permitiria o aprender ativo e a caracterização de que os resíduos orgânicos possuem valor econômico, social e ambiental. Diferente de outras experiências nas quais a medida imposta veio desacompanhada do efeito educativo, e que após cessadas, deram azo ou para perda fiscal, ou para a transformação da norma tributária indutora como mero mecanismo de arrecadação – vide as multas eletrônicas para os desvios infracionais do trânsito.

Dessa forma, a melhor maneira de interagir e integrar grupos sociais em prol de um objetivo comum, seria criar uma rede de cooperação flexível na qual se demonstrasse, na prática, que a segregação de materiais aptos à reciclagem é capaz de gerar benefício para si e para outrem, na medida que o *resíduo reutilizável e reciclável se constitui em um bem econômico, com valor social e capaz de gerar trabalho e renda*. Como método para estimular a adoção dessas condutas, entende-se factível a adoção e criação de normas tributárias in-

dutoras, as quais podem colaborar para fomentar o comportamento desejado e voltado para a construção de hábitos morais, incentivando o agir responsável/refletido.

#### 4. EXTRAFISCALIDADE: HISTÓRIA E VIABILIDADE

A utilização da tributação com finalidade indutora não é recente, havendo relatos desde a idade antiga (Império Romano),<sup>15</sup> na qual se buscava o uso da tributação como mecanismo moldador de condutas. No século XVIII, se possui registro de norma tributária indutora imposta pelo Czar russo: a fim de aproximar a tradição de seus súditos à cultura ocidental, impôs tributação sobre o uso da barba, de modo que, quem se amoldasse aos intuitos do czar e retirasse a barba não seria tributado, enquanto quem a mantivesse, estaria na órbita da sujeição tributária (LEÃO, 2014). No Brasil, interessante utilização de norma tributária indutora ocorre com o Decreto Lei nº. 3200/1941, a qual possui nítido caráter social, ao impor aumento na alíquota do imposto sobre a renda “daqueles que não contribuírem para a formação demográfica do Brasil de amanhã.”<sup>16</sup> (SCHOUERI, 2005).

No sentido mais estrito da terminologia, extrafiscalidade é o uso de instrumentos tributários com objetivos inibitórios e ordinatórios, caracterizado pela finalidade regulatória de comportamentos sociais (em matéria econômica, social e política), sem que este configure *um ilícito*. (SCHOUERI, 2005). É nesse sentido, que a doutrina geralmente emprega essa expressão, numa clara distinção entre os tributos indutores e aqueles tidos como arrecadadores (natureza extrafiscal e fiscal).

Bobbio (2014) ao dissertar sobre o caráter das sanções premiais, faz um paralelo que pode ser capitaneado em prol da extrafiscalidade. Para o autor, o Direito pode ser utilizado como recompensa ou prêmio (técnicas de encorajamento), especialmente após a “aquisição” de novas responsabilidades pelo Estado assistencial contemporâneo, no qual se exige do Direito não apenas a tutela de condutas conforme as normas, mas o estímulo de comportamentos virtuosos e o desestímulo, dos indevidos (BOBBIO, 2014, p. 25-32).

Nas palavras de Ives Gandra, a extrafiscalidade constitui técnica para tornar o direito tributário instrumento de justiça social e desenvolvimento econômico, em especial no que tange ao meio ambiente. O tributarista continua seus ensinamentos reforçando que, embora a definição deste instituto não esteja expresso na CF/88, é possível extrair de alguns dispositivos a permissibilidade de seu uso, como no artigo 170, onde se autoriza o *tratamento diferenciado* na defesa do meio ambiente, ou de forma indireta como no art. 151, inciso I (ao admitir estímulos para evitar desigualdades regionais); no art. 153, §2º, inciso I (adoção do princípio da progressividade para o IR); art. 153, § 3º, inciso I (seletividade para o IPI), dentre outros. (MARTINS, 2016).

Fato é que a extrafiscalidade não está disciplinada no texto constitucional ou no Código Tributário Nacional, devendo seu conteúdo ser engendrado em acordo com uma hermenêutica da Carta Magna de 1988, como forma de guarnecer as finalidades e princípios constitucionais perseguidos e garantidos (CALIENDO, 2013). Isto porque uma amplitude conceitual deste instituto (especialmente como vem ocorrendo no campo ambiental) pode provocar insegurança capaz de por em risco certas liberdades individuais ou, até mesmo, causar esvaziamento e deturpação das finalidades, meios, técnicas e efeitos almejados

(BONFIM, 2014).

## 4.1 FINALIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA INDUTORA

A finalidade se relaciona com os enunciados estatuidos na CF/88, devendo, pois, a extrafiscalidade buscar a produção de regras capazes de satisfazer esses objetivos, sejam os constantes na ordem econômica; os elencados na ordem social (distribuição de renda); ou os de cunho ambiental (CALIENDO, 2013). No caso em estudo, a finalidade da norma pretendida estaria amparada na defesa do meio ambiente, subsidiada tanto nos artigos 170 e 225 da CF/88, os quais tratam a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica e atribuem responsabilidade compartilhada por essa “preservação” tanto ao Estado como à sociedade.

O artigo 170 da CF/88 ao estatuir a possibilidade de tratamento diferenciado em prol da conservação e defesa do meio ambiente pode ser interpretado como via de mão dupla para o *estímulo* ou *punição* de condutas que impactem o maior bem de sobrevivência humana (MARTINS, 2016). Já o artigo 225 da CF/88 ao dimensionar a responsabilidade conjunta entre o ente estatal e a coletividade garante a construção de uma democracia participativa (MIRRA, 2010). Destarte, respeitados os limites constitucionais ao poder de tributar e tendo por pressuposto toda e qualquer forma de proteção ao solo, fauna, flora e ar, o uso da extrafiscalidade estaria amparado pela Carta Magna brasileira.

## 4.2 TÉCNICAS UTILIZADAS

Schoueri explica que os tributos geram efeitos no processo econômico de produção, distribuição e consumo, cabendo ao Estado ignorá-los; conhecê-los, mas não aplicá-los; ou, se valer de política tributária para alcançar fins específicos (SCHOUERI, 2005). Essa “política” se concretizaria por meio de ferramentas como a seletividade, a isenção, o aumento/redução de alíquota, a progressividade e etc. (CALIENDO, 2013).

Nesse contexto de aplicação da extrafiscalidade, o tributo pode afetar o comportamento do contribuinte por meio do conhecimento, pagamento e incidência. Na primeira situação, o contribuinte goza de ampla liberdade, podendo ou não incorrer na tributação em decorrência do valor do tributo e de sua percepção acerca deste (estrutura e tempo – tributos que incidem uma única vez são mais palpáveis, permitindo uma abstenção maior do comportamento que se pretende desconstituir). No pagamento e na incidência (agravamento), a liberdade é mais restrita, mas ainda há a possibilidade de tentar escapar do efeito financeiro produzido: escolhendo produtos não afetados, reduzindo o consumo/investimento ou produzindo mais renda para suportar o ônus (SCHOUERI, 2005).

Interessante notar que sempre haverá margem para o comportamento desviante, isto é, não sofrer o efeito extrafiscal por meio da modificação da conduta ou buscar uma alternativa para “fugir” da indução do Estado. Dessa forma, importante que o ato que se busque reprimir (descarte de resíduos, de modo ambientalmente gravoso) se torne mais oneroso (não o suficiente para implicar confisco), que o desejado (segregação domiciliar e tratamento dos orgânicos). Schoueri, com base nos estudos de Bökli, ainda assevera que pela técnica do agravamento é possível criar um novo tributo para atingir o comportamento indesejado

ou, *incrementar* a tributação já existente (SCHOUERI, 2005).

Nesta senda, reconhecendo que a base de cálculo das taxas pode ser extraída do custo suportado pelo Estado por medida certa e segundo os princípios da moralidade, proporcionalidade, eficiência e razoabilidade (DERZI apud BALEEIRO, 2010) e, repisando os ensinamentos de Theodoro Nascimento, ao defender a possibilidade de se incluir na base de cálculo da taxa “o valor do benefício auferido, o custo do serviço prestado, a força ou a capacidade do motor ou do veículo submetido à inspeção, ou o índice de perigo que a indústria fiscalizada represente para o público” (NASCIMENTO apud NOVELLI, 1992, p. 35), seria possível “incrementar” a taxa de resíduos sólidos existente no Município de Belém, a fim de formatar sua base de cálculo para absorver as externalidades negativas decorrentes do descarte de resíduos, ambientalmente gravoso.

Essas externalidades negativas possuem amparo no princípio do poluidor pagador, cuja teoria está inscrita na lógica do “ótimo de Pareto”, e exige uma ponderação (espécie de “custo-benefício econômico” - financeiro) que permita a utilização do bem e ao mesmo tempo, sua conservação. Em outras palavras, a relação uso e não uso deve atingir um “estado ótimo” capaz de proporcionar um desenvolvimento sustentável e o equilíbrio do mercado (DERANI, 2008).

Assim, poder-se-ia inserir na base de cálculo da taxa de resíduos sólidos o valor econômico atribuído a emissão dos gases tóxicos decorrentes do deslocamento desse material e a perda dos créditos de carbono passíveis de serem alcançados se a conduta fosse diferente.

### 4.3 MEIOS DE IMPLEMENTAÇÃO

Os *meios* constituem o mecanismo de ingerência utilizado, podendo ser ordinatórios, distributivos e interventivos. Serão ordinatórios quando o escopo da tributação indutora for adequar os comportamentos perante as normas objetivas do ordenamento jurídico e não realizar uma intervenção na economia. Exemplo clássico é a progressividade extrafiscal do IPTU, utilizado como instrumento de ordenação da política urbana, outorgando efetividade à função social da propriedade (CALIENDO, 2013).

O mecanismo interventivo funciona por meio da promoção de estímulos ou desestímulos de determinados comportamentos, cujo objetivo é a correção de falhas sociais históricas e incorreções de mercado. Schoueri (2005) define o intervencionismo como sendo a ação desenvolvida pelo Estado *no* (direto) e *sobre* (indireto) o processo econômico, com o objetivo de preservar o mercado e adequá-lo à carta constitucional. Como exemplos mais gerais da intervenção econômica, tem-se o controle de preços (tabelamento), ações que visem a absorção de externalidades negativas pelo mercado, isenções pontuais como meio de estimular ou inibir o consumo de determinado produto, etc. (SCHOUERI, 2005).

A intervenção poderá ocorrer na área econômica ou social, nesta última será tratada como medida *redistributiva*, concedendo transferência de renda.

## 4.4 EFEITOS E FINALIDADE

Por outro lado, não se pode negar a existência de uma zona cinzenta entre fiscalidade e extrafiscalidade, pois, além de existir uma área mista na qual as duas formas de tributação coexistem, não há necessidade de o legislador tributário precisar se valer de um “tributo indutor” específico para atingir suas finalidades (SCHOUERI, 2005). Diferenciar, contudo, é importante, ao se reconhecer que todo tributo é capaz, em maior ou menor grau, de causar estímulos ou desestímulos aos contribuintes, permitindo *efeitos extrafiscais*. Contudo, o limiar entre esses mundos se concentra no fato da extrafiscalidade não constituir mera consequência da imposição tributária, e sim *deliberada intenção do legislador* que premedita os efeitos esperados (e desejados) da regra enunciada (LEÃO, 2014).

Entretanto, a redução da distinção entre fiscalidade e extrafiscalidade simplesmente em razão da intenção do legislador parece desarrazoado, especialmente porque a eventual *intenção* destoa fortemente daquilo que foi *efetivamente positivado*. Sobre o assunto, interessante citar as palavras de Diego Bonfim:

[...] a intenção do legislador, ainda que documentada em exposição de motivos, não pode se sobrepor à norma construída pelo intérprete a partir dos dispositivos normativos. Assim, de nada vale a indicação de uma finalidade extrafiscal na exposição de motivos se o intérprete não é capaz de, a partir dos dispositivos prescritos, extrair uma finalidade extrafiscal para a norma tributária sobre análise, quando na verdade deve reconhecê-la apenas como uma norma tributária com fins fiscais. (BONFIM, 2014, p. 38).

Caliendo (2013) pensa de forma similar e explica: *finalidade seria o objetivo final – a meta a ser alcançada, enquanto o efeito condiz com o resultado produzido pela ação*. Assim, todos os tributos possuiriam efeitos fiscais (imposição tributária que tem como finalidade arrecadar tributos) e extrafiscais (interferência na economia por meio da indução de condutas). Porém, para o autor, ao se tratar de extrafiscalidade, como mecanismo ordenador de comportamento, dever-se-ia buscar a finalidade do tributo e não seu efeito.

No entanto, convém anotar que a identificação das normas tributárias indutoras não se satisfaz por critérios teleológicos, assim como a vontade objetivada na lei não serve como único critério para sua determinação, porquanto, nem sempre se possui conhecimento acerca do que seria uma tributação “normal”, para a partir daí, determinar-se o *desvio* característico da norma indutora. Além disso, a constatação de uma finalidade arrecadadora da norma tributária não exclui a possibilidade dela também ter desígnio ordenador. Desta feita, ao invés de se identificarem as normas tributárias indutoras por sua finalidade, dever-se-ia buscar o *efeito* indutor das normas tributárias. (SCHOUERI, 2005, p. 40). Isto porque, isoladamente, a finalidade não é suficiente para caracterizar a norma indutora, uma vez que “é a existência fática de seus efeitos na ordem econômica e social que vão torná-la apta para atingir o objetivo pretendido” (LEÃO, 2014). Em outras palavras, não há função indutora, sem eficácia indutora.

*In casu*, se observa que o objetivo é estatuir norma tributária indutora capaz de estimular o comportamento do sujeito em acordo com o lema dos 3’rs, especialmente o “reciclar”, de modo que se teria:

- Taxa de polícia e taxa de resíduos sólidos = instrumento normativo

- Finalidade constitucional = proteção do meio ambiente
- Meios/mecanismo = ordinatório
- Técnicas = isenção parcial / reduções / agravamento
- Efeito indutor = bem-estar social (viver bem e a vida boa) por meio do tratamento dos resíduos orgânicos pelos próprios contribuintes.

## 5. TAXAS TRIBUTÁRIAS: A TAXA DE RESÍDUOS SÓLIDOS E A TAXA DE FISCALIZAÇÃO

Taxa é obrigação legal e vinculada,<sup>17</sup> nascida de uma atividade estatal diretamente relacionada ao contribuinte e em acordo com o interesse público, ou seja, independente de ser requerida ou vantajosa para o obrigado (CARRAZA, 2002). A justificativa jurídica da taxa seria então a atividade estatal (específica), comprovando a ideia do sinalagma: taxa é contraprestação devida pelo contribuinte em função de uma atividade estatal em seu benefício (SCHOUERI, 2005).

O fato gerador deste tributo (situação ocorrida capaz de ensejar sua exigibilidade) decorre de duas únicas possibilidades: a prestação de um serviço público ou o exercício do poder de polícia. Enquanto o contribuinte, será aquele “que utiliza um serviço, tem-no à disposição, é atingido por um ato de polícia ou ainda, o que recebe especial benefício de uma atividade pública ou a provoque” (ATALIBA, 2019. p. 88).

A base de cálculo confunde-se com o próprio custo do serviço prestado,<sup>18</sup> de modo que a taxa não deve atrelar em seus aspectos normativos, signos de riqueza - capacidade contributiva (CARRAZA, 2006). Sobre o assunto, há entendimento formulado pelo STF, na ADI 2551/MC-QO.<sup>19</sup>

Serviço público é a atividade prestada pela administração direta/indireta ou por empresas privadas (concessionárias, permissionárias ou autorizadas), exprimidas em utilidades ou comodidades materiais, as quais são passíveis de fruição direta ou indireta pelo particular, e submetida ao regime público, total ou parcialmente (CUNHA JÚNIOR, 2007). Em outras palavras, Carvalho Filho elucida que o “serviço público é toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas a satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade” (CARVALHO FILHO, 2007. p. 281).

A doutrina tende classificar o serviço público em quatro aspectos: delegáveis ou indelegáveis; administrativos e de utilidade pública, singulares ou coletivos e sociais e econômicos (CARVALHO FILHO, 2007; CUNHA JÚNIOR, 2007). Para o fim proposto no estudo, torna-se relevante descrever o que seriam serviços públicos coletivos (*uti universi*) e singulares (*uti singuli*), residindo a distinção na possibilidade de individualização e mensuração da utilização do serviço por cada indivíduo.

Já o poder de polícia é o conjunto de normas que impõem limites ao livre desfrute dos direitos à liberdade e à propriedade das pessoas, com o fim de compatibilizá-las ao bem-estar social (BANDEIRA DE MELO, 2004. p. 631). Em outras palavras, trata-se da faculdade concedida ao Estado para, dentro dos limites constitucionais, estabelecer diretrizes legais e

infralegais, com o fim de regular o exercício dos direitos civis, em acordo com o bem comum. (CARRAZA, 2002).

A possibilidade de conduzir o comportamento individual no contexto da coletividade permite a criação de taxas de fiscalização embasadas no poder de polícia,<sup>20</sup> amplamente aceitas pelo STF, desde que constituam serviços públicos individualizáveis, mensuráveis e a *uma pessoa ou a um número determinado (ou determinável)* (CARRAZA, 2006).

Estas são as principais diretrizes que nortearão a possibilidade de cobrança das taxas tributárias estatuidas na CF/88 e que serviram de base para a regulamentação da *taxa de resíduos sólidos*: contraprestação direta pelos serviços efetivos ou postos a disposição do município no trato da coleta, transporte e tratamento dos resíduos sólidos.

Como cediço, após forte debate jurisdicional, a taxa de resíduos sólidos foi considerada uma taxa com natureza *uti singuli*, sendo reconhecido o direito de sua cobrança. Em 29 de outubro de 2009, o Supremo Tribunal Federal aprovou, por unanimidade, verbete no qual se confirma a constitucionalidade da cobrança de taxas de coleta, remoção e destinação de lixo, acabando, assim, em definitivo com as discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, uma vez que a matéria foi aprovada como súmula vinculante.<sup>21</sup>

A querela finalizada pelo verbete transcrito foi entabulada em razão da regra constitucional insculpida no artigo 145, II, da CF/88, segundo o qual, as taxas podem ser cobradas pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.<sup>22</sup> Nos moldes do artigo em epígrafe, a taxa só poderia ser instituída em razão de atividade estatal específica e divisível capaz de trazer benefício determinado ou potencial ao contribuinte. Isto é, vedava-se na origem a possibilidade de criação de taxa para os serviços ditos *uti universi*, ou seja, indivisível, e portanto, podendo ser fornecido a todos indistintamente.

Logo, a cobrança de taxa pela coleta de resíduos deve implicar contraprestação direta pelo serviço de limpeza pública disponibilizada pelo Município, ainda que o contribuinte não o desfrute (uso potencial).<sup>23</sup> Importante deixar claro que a possibilidade de cobrança da taxa de serviço decorrente do uso potencial ocorre apenas nos casos em que a fruição do serviço público tiver caráter obrigatório, isto é, quando a justificativa do uso estiver guarnecido por um valor ou interesse público postulado pela Constituição Federal de 1988 (CARRAZA, 2006).

Destarte, e considerando que a taxa de resíduos sólidos se constitui como serviço *fruído* ou *fruível* (CARRAZA, 2006), fundamentado na proteção da saúde pública (CUNHA JUNIOR, 2009), a cobrança deste tributo será constitucional, quando exigido em razão da prestação *direta* ou *potencial* da coleta de lixo domiciliar em unidade imobiliária.

Por outro lado, a taxa de fiscalização decorre do poder de polícia referido e direcionado ao administrado e se concretiza como um agir específico da administração em prol de um fazer ou não fazer. (CARRAZA, 2006). Nas lições de Oliveira, ensinam a cobrança da taxa de polícia, atos administrativos como a licença, a autorização, a dispensa e a fiscalização; *mas não* a aprovação, a renúncia, o parecer e os atos punitivos ou de repressão (OLIVEIRA

apud CARRAZA, 2006. p. 508).

Em que pese parte da doutrina brasileira (CARRAZA, ATALIBA, OLIVEIRA e BANDEIRA DE MELO) asseverar que a taxa decorrente do exercício do poder de polícia precisa ser prestada de forma efetiva; razão pela qual não será possível sua validação quando derivada de *uso potencial*, o STF já se manifestou de forma contrária, permitindo a exigibilidade pelo simples fato das pessoas estarem sujeitas à fiscalização.<sup>24</sup>

Interessante observar esta possibilidade dado ao fato da estrutura municipal muitas vezes ser aquém do necessário para promover a fiscalização porta a porta de todos àqueles sujeitos a sua autoridade.<sup>25</sup>

Para efeito da modulação comportamental pretendida no presente trabalho, se entende necessário a reformulação da taxa de resíduos sólidos, aliada a criação de *taxa de fiscalização* vinculada tanto à aferição de cumprimento da segregação obrigatória dos resíduos, como da opção pelo tratamento do próprio material orgânico. A opção resumiria a possibilidade de escolha pelo contribuinte em promover o tratamento de seus resíduos orgânicos ou absorver o custo inerente ao serviço de coleta, transporte e tratamento destes, por meio de acréscimo pecuniário à TRS (incluindo as externalidades negativas envolvidas).

Por outro lado e, em que pese a taxa de fiscalização/polícia não ter por fim o estímulo comportamental do contribuinte, mas o desenvolvimento de atividade fiscalizatória para aferir o cumprimento de regras em prol do interesse público (BONFIM, 2014); se entende possível atribuir a este tributo o efeito extrafiscal, pois, a outorga do benefício fiscal (por meio de isenção total ou parcial da taxa), permitiria o estímulo ao cumprimento do dever normativo perseguido (SCHOUERI, 2005).

Entende-se essencial a criação do tributo mencionado em função do comportamento humano sofrer diversas influências externas e internas, nem sempre se coadunando com a ideia de bem objetivo/convicção moral defendido e sustentado pela pessoa. Assim, o ponto nodal do assunto não se resumiria a uma questão motivacional ou psicológica, mas normativa: sendo imperativo haver a atuação do Estado para fomentar a conduta do *dever ser* em um contexto no qual se permita a construção do agir moral refletido (DWORKIN, 2018).

Assim, ter-se-ia a criação de regulamentação legal em três aspectos: a regulamentação da coleta seletiva obrigatória (com possibilidade de multa), o incremento da taxa de resíduos sólidos (mediante a inclusão em sua base de cálculo das externalidades negativas) e a taxa de fiscalização assentada no poder de polícia, essas últimas com nítido caráter extrafiscal.

## 6. EXTRAFISCALIDADE NAS TAXAS

Schoueri defende a aplicabilidade das normas tributárias indutoras em acordo com o "princípio das causas", ou seja, há de se aferir qual a razão/justificativa para a cobrança do tributo, a fim de perquirir se a incidência da extrafiscalidade não desvirtuaria sua finalidade. Em longa digressão acerca das origens desta teoria (remonta a era medieval como forma de justificar a origem da obrigação), demonstra que no ordenamento jurídico brasileiro prevalecem duas teorias para a justificação da exigibilidade das taxas: teoria da equivalência,

pela qual, a causa do tributo estaria na existência de uma prestação estatal; e a teoria do benefício, pela qual a justificativa do tributo residiria no haver uma fruição pelo contribuinte, amparado no princípio da capacidade contributiva. (SCHOUERI, 2005).

Ao justificar os tributos vinculados, a teoria da equivalência culminou na ideia de que sendo o fundamento jurídico da tributação a existência de uma atividade estatal, a base impositiva deve guardar congruência com seu custo, não necessitando ser equivalente, mas não podendo ultrapassá-lo (ATALIBA, 2019). Dessa forma, ao se considerar o *estricto* limite da teoria da equivalência (como desdobramento da causa da taxa), a extrafiscalidade não se amoldaria a esta espécie tributária, sob pena de desvirtuar sua própria *ratio essendi*: papel distributivo do custo da prestação estatal entre seus utentes. No entanto, a doutrina não é pacífica, havendo, em sua maioria (brasileira e estrangeira), apoio ao uso desse instrumento como mecanismo de indução comportamental, em especial no campo ambiental (SCHOUERI, 2005).

Dentre aqueles que defendem o uso da extrafiscalidade nas taxas, o argumento se baseia no fato de que o princípio da equivalência não possui contornos específicos e limitadores ao emprego deste instrumento,<sup>26</sup> especialmente em razão de não ser exigível a adequação exata entre o custo da atividade estatal e a base impositiva do tributo: a atribuição do custo pode ser menor, especialmente em atenção ao princípio da capacidade contributiva (elemento norteador da cobrança dos tributos) e do não confisco. (CARRAZA, 2006).

O estudioso Dieter Wilke concorda com essa assertiva, explicando que a possibilidade do legislador definir quais prestações estarão sujeitas à taxa, indica a viabilidade de proporcionar direcionamento a demanda pelas atividades estatais, razão pela qual, a criação destas sempre terá um motivo, não havendo razão para afastar um efeito/finalidade (WILKE apud SCHOUERI, 2005). Outros exemplos extra pátria são citados para justificar o uso da extrafiscalidade nas taxas, como na Itália, onde Pugliese defende o uso como *estímulo* para acesso a serviços essenciais (isenção de taxa judiciária para acesso à Justiça, por exemplo); ou Gosch, na Alemanha, justificando o uso vinculado ao princípio do poluidor pagador, para permitir taxas de polícia mais elevadas (ou menores) para, por exemplo, aviões que ultrapassem um certo nível de ruído. (apud SCHOUERI, 2005).

Ataliba era favorável a outorga de fins inibitórios ou ordinatórios às taxas, defendendo que esta espécie tributária pode se amoldar a tais atuações, ajustando seus elementos, tais quais alíquotas, bases, formas de cálculo e condições de exigibilidade, conforme os requisitos entendidos como convenientes pelo legislador (ATALIBA, 1998). Costa (1985) defende que a taxa pode ser utilizada como instrumento de política tributária, especialmente quando concernente ao poder de polícia, para dificultar certas atividades ou restringir o acesso a certos serviços públicos (COSTA, 1985).

Existem exemplos variados do uso da extrafiscalidade no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente como forma de garantir acesso a serviços públicos: como na outorga de isenção da taxa judiciária para as pessoas que não detiverem condições de arcar com os custos do processo sem onerar a própria sobrevivência (acesso à justiça); ou da própria taxa de resíduos sólidos do Município de Belém, como forma de incentivo a existência/manu-

tenção para àqueles que tenham entre suas funções, o objetivo de proporcionar bem-estar social (associações sociais e templos religiosos, por exemplo).

Depreende-se, pois, que mesmo diante do sinalagma contraprestacional ao qual a taxa está atrelada, não há necessariamente vedação para que o custo do serviço não seja idêntico a base imponible imposta ao contribuinte, especialmente em razão de estarem submetidas ao princípio da capacidade contributiva (OLIVEIRA, 2012). Dessa forma, e com o condão de impedir desvirtuamentos no arquétipo constitucional formulado para a instituição de taxas no ordenamento jurídico brasileiro, o manejo da concessão da extrafiscalidade deve obedecer aos princípios constitucionais, especialmente os atinentes a ordem econômica (igualdade de concorrência e o livre exercício de profissão), mas também ao princípio da igualdade, razoabilidade e proporcionalidade, evitando-se a criação de instrumentos ordinatórios em confronto com os motivos norteadores da prestação estatal (SCHOUERI, 2005).

Esse é o posicionamento adotado pelo STF, conforme se pode avaliar do voto do ministro Celso de Melo (ADI 2551 MC-QO) no qual há expressa correlação entre a necessidade de adequação entre o preço do serviço e o valor exigido do contribuinte, associado aos limites constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, sob pena de violação ao princípio de vedação ao confisco.

Denota-se, pois, que, cumprido os ditames da proporcionalidade, razoabilidade na proporção entre o custo do serviço e o valor exigido, a doutrina e jurisprudência são pacíficas na utilização da extrafiscalidade nas taxas (em especial nas de polícia), uma vez que a própria natureza desse poder, ao guarnecer condutas em acordo com o bem comum, permitiria o uso de estímulos e inibições (BOMFIN, 2014): “o poder de polícia aparece como fato gerador e finalidade extrafiscal” (TORRES, 1986, p. 16).

Destarte, parece plausível, como mecanismo de incentivo ao comportamento perseguido (tratamento dos resíduos), promover a concessão de isenção parcial ou total da taxa de polícia criada com o objetivo de aferir se está sendo praticada a correta destinação do material seco passível de reciclagem, assim como do incremento do tributo existente para inserir em seu custo as externalidades negativas decorrentes do descarte inadequado e ambientalmente gravoso dos resíduos sólidos orgânicos.

## 7. CONCLUSÃO

Apesar de o assunto escolhido ser amplamente estudado, observou-se que os temas albergados cingem-se a justificar o gerenciamento dos resíduos e o compartilhamento da responsabilidade entre os entes envolvidos; olvidando que um dos “veículos” promotores do sucesso da ação é o cidadão, já que a segregação deste material na origem tende a ser mais efetivo e promissor.

Assim, e no afã de compreender as razões motivadoras e desmotivadoras do comportamento omissivo do cidadão de Belém, se propôs o *estudo exploratório*, visando, a partir da indagação empírica, formular questões e proposições interventivas, no intuito de propor novas opiniões e abordagens acerca do caso analisado (LAKATOS; MARCONI, 2003).

Quando se pensa na coleta seletiva na cidade de Belém, a primeira ideia é a de que

não há nenhuma iniciativa pública neste sentido. Contudo, e embora incipiente, existe a prestação do serviço, estando o Município de Belém listado como um dos pouco mais de mil Municípios que realizam políticas de segregação. Entretanto, essa realidade não só atende a pouquíssimos municípios, como também não tem o apoio direto do poder público, fazendo com que, quem tenha interesse, precise se desdobrar para conseguir suporte no descarte correto. Portanto, e diante de todo esse imbróglcio de justificativa, se preferiu respostas que denunciasses o comportamento subjetivo de cada entrevistado, isto é, até que ponto exerciam a solidariedade suscitada: se davam ao trabalho de buscar alguma cooperativa? separavam os “recicláveis” dos orgânicos? ou simplesmente ignoram e descartam para a coleta regular?

A ideia de solidariedade na pergunta formulada, a correlaciona ao conceito de justiça, de modo que deve ser interpretada como *algo bom para todos*. Destarte, o bem contido no agir moral constituiria uma ponte entre justiça e solidariedade e se traduziria na responsabilidade solidária – que exige que uma pessoa responda pela outra, denotando (no sentido aristotélico), o “melhor eu” da comunidade (HABERMAS, 2002).

O sentido de “bem” na justiça, lembra que a consciência moral depende de determinada autocompreensão das pessoas morais, que se sabem pertencentes a comunidade moral. Enquanto integrantes dessa comunidade, os indivíduos esperam uns dos outros uma igualdade de tratamento que parte do princípio de que cada pessoa considere cada uma das outras como um dos nossos (HABERMAS, 2002. p. 42).

A compreensão de que o resíduo tem valor/utilidade acompanhada do agir moral de segregar e descartar corretamente pode estar vinculada ao “melhor eu” da comunidade na qual vivemos, fortalecendo a ideia de que deve existir uma igualdade de tratamento não apenas entre os membros circunscritos nesta, mas expansível para os *outros*, como por exemplo, os catadores. Não se pode olvidar que a comunidade deve ser considerada como possuidora de uma personalidade sujeita ao mesmo tipo de crítica moral que se faz a uma pessoa que não agiu com integridade: é a personificação da comunidade e da relação especial de comportamento que existe entre esta e um de seus membros (DWORKIN, 2018). Em outras palavras, é essa personalidade a força motriz capaz de conduzir determinado comportamento social, uma vez que condutas dissonantes daquilo que se espera dos membros, tende a gerar rejeição.

Neste contexto, importante atentar ao elemento da compartimentalização e racionalização da moral, pois, nem sempre se atua em consonância com o credo enunciado.

Uma das perguntas realizadas na pesquisa buscava aferir como os municípios viam sua participação para a promoção de uma cidade mais limpa. E este talvez seja o resultado mais interessante, pois, embora apenas 25% dos entrevistados aleguem promover a coleta seletiva, mais de 80%, se auto classifica com a nota de bom a excelente na construção de um espaço sustentável. O resultado desta pergunta denota a compartimentalização da moral retratada, pois, mesmo que as pessoas entrevistadas tenham afirmado não cumprir a segregação dos resíduos em seus domicílios, elas se auto classificam como membros participativos na construção da cidade que todos gostariam de ter.

A incoerência entre os (diversos) departamentos da moral pessoal é sinal de desaten-

ção, e não de verdadeiro respeito e consideração pelos outros: falta o agir refletido inspirado na ética (bem viver) e na moral (boa vida). Esse tipo de desvio comportamental permite que condutas arbitrárias sejam realizadas no lugar de atos baseados em princípios (DWORKIN, 2002). E a partir deste desvio, torna-se “fácil” promover o desligamento da moral, permitindo que a natureza das circunstâncias determine os resultados e não as habilidades ou intenções do indivíduo. (ZIMBARDO, 2012) São essas inconsistências que expõem a necessidade de outorgar coerência entre os valores norteadores das próprias convicções, de modo a aferir autenticidade e respeito pelas decisões comportamentais: inicialmente, as convicções tendem a ser incipientes, compartimentalizadas, abstratas e porosas, cabendo a interpretação crítica dessas convicções a luz de uma teia única de valores (DWORKIN, 2018).

Aproveitar o espaço não formal para o desenvolvimento do pensamento coletivo pode ser visualizado como mecanismo de transformação do conformismo à aprendizagem criativa, com o objetivo de atingir o agir refletido. Ao se falar de áreas condominiais, por exemplo, pode-se desenvolver a ideia através das assembleias condominiais, nas quais se discutiriam as vulnerabilidades existentes e impeditivas do cumprimento do objetivo, assim os meios e escolhas para cumprir a legislação estatuída, contribuindo para promover o agir moral responsável. Nesse aspecto, o ambiente não formal de ensino pode ser fundamental para (ao partilhar atitudes morais mais ou menos semelhantes), fornecer um modelo daquilo que a responsabilidade exige das pessoas, bem como reduzir/eliminar as forças que contribuem para impedir essa atuação: *in casu*, a segregação dos próprios resíduos e o tratamento dos materiais orgânicos.

Demonstra-se, pois, que embora as pessoas entrevistadas possuam conhecimento sobre as externalidades negativas do descarte inadequado dos resíduos sólidos, não há motivação volitiva para alterar a própria conduta e proporcionar uma conduta moral, no qual a cooperação e a solidariedade imperem. Habermas (2002) explica o fato elucubrando que enquanto os cidadãos racionais<sup>27</sup> forem incapazes de adotar um ponto de vista moral independente das suas perspectivas acerca das *imagens de mundo*, não se poderá esperar a formação do “*overlapping consensus*” (consenso abrangente); tornando-se, pois, imperativo a criação de normativos legais *válidos*: capazes de ser aceito por todos, a partir da perspectiva de cada um (HABERMAS, 2002).

O pressuposto básico para que uma lei seja aceita por todos é o fator *generalização* dos interesses respeitados por esta, de modo que traduza um ponto de vista moral de todos os potencialmente envolvidos (HABERMAS, 2002). Embora exista certa resistência para o cumprimento da segregação dos resíduos (fator essencial para a efetivação da coleta seletiva e demais processos da cadeia de processamento desse material), é certo que as pessoas possuem a convicção moral de que o procedimento deveria ser adotado.

Desta forma, a regulamentação de normas tributárias indutoras no âmbito da gestão dos resíduos sólidos (especialmente orgânicos), poderia ser considerada como um dos estímulos necessários à consecução do descarte sustentável desse material, fomentando um comportamento já aceito por parte da população, mas por vezes afastado por razões circunstanciais de conveniência. Ao tornar cogente a segregação de resíduos secos, orgânicos e rejeitos, se vincularia a obrigatoriedade de recolhimento dos resíduos recicláveis

por cooperativas e associações (inserindo estes na cadeia de produção dos resíduos) e se outorgaria liberdade de escolha ao “produtor do material orgânico” proceder ao tratamento destes, (seja através da compostagem ou da transformação da matéria em energia - biodigestores); ou pagar o serviço, mediante o deslocamento desse material pelo serviço de coleta. Por outro lado, a opção pelo pagamento, precisaria absorver não só o custo direto, como também as externalidades negativas decorrentes do processo, tais como a emissão de gases tóxicos ou a perda de créditos de carbono. Essa seria uma forma de agravar o comportamento desviante, mas em acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade a fim de não incidir no confisco.

Assim, ter-se-ia a regulamentação de norma tributária indutora como aliada, ao propor motivação para a volição direcionada à conduta moral esperada. Nesses moldes, ter-se-ia o incremento da taxa de resíduos sólidos (mediante a inclusão em sua base de cálculo das externalidades negativas) pela técnica do *agravamento*; e a taxa de fiscalização, como mecanismo de incentivo ao comportamento perseguido (redução do material descartado no aterro e sensibilização ambiental); concedendo-se isenção parcial ou total da taxa de polícia criada e redução ou majoração da taxa de resíduos sólidos, apoiada no sinalagma da comutatividade.

## 8. NOTAS

1. Conforme dados obtidos no Contrato de coleta de resíduos sólidos formalizado entre a Prefeitura Municipal de Belém e a Guamá Tratamento de Resíduos Sólidos (Contrato nº. 09/2015 SESAM/PMB – Processo Administrativo nº. 1500963/2015 – 1000 toneladas/dia – 30000 toneladas/mês – junho/2015 – R\$ 60,00.
2. O texto completo do acordo firmado pode ser visualizado em [https://www.coalizoembalagens.com.br/wp-content/uploads/2019/12/Acordo\\_embalagens.pdf](https://www.coalizoembalagens.com.br/wp-content/uploads/2019/12/Acordo_embalagens.pdf).
3. Fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes de embalagens.
4. Nos princípios constitucionais impositivos subsumem-se todos os princípios que, sobretudo no âmbito da constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. São, portanto princípios dinâmicos, prospectivamente orientados. Estes princípios designam-se, muitas vezes, por preceitos definidores dos fins do Estado, princípios directivos fundamentais, ou normas programáticas, definidoras de fins ou tarefas. [...] Traçam, sobretudo para o legislador, linhas retrizes da sua actividade política e legislativa”. (CANOTILHO, 1993. p. 173).
5. Agenda 21. Item 21.24. “Os incentivos para a reutilização e reciclagem de resíduos são numerosos. Os países podem considerar as seguintes opções para incentivar a indústria, as instituições, os estabelecimentos comerciais e os indivíduos a reciclar os resíduos, ao invés de eliminá-los: [...] *omissis*... (c) *Empregar instrumentos econômicos e regulamentadores, inclusive incentivos fiscais, para apoiar o princípio de que os que produzem resíduos devem pagar por seu depósito*”.
6. Lei 12.305. Art. 8º São instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, entre outros: *omissis* [...] IX - os incentivos fiscais, financeiros e creditícios;
7. Cooperação flexível seria uma capacidade tipicamente humana de colaborar com uma grande quantidade de outros humanos em prol de um objetivo comum criado e imaginado pelos próprios homens. Graças a capacidade de cooperar e acreditar, o ser humano teria chegado ao nível de desenvolvimento tecnológico, científico e cultural atuais. (HARARI, 2016, p. 137-139).

8. O exemplo subsume-se a perguntar ao grupo qual a cor da pasta vermelha, sendo previamente acordado que a resposta seria verde. Ao ouvir dos demais a resposta diversa da realidade, a maioria tende a responder em acordo com o grupo, ainda que sua convicção seja diversa (ASCH, 1955).

9. Moreira explica que o efeito manada consiste no movimento, no qual, os investidores seguem determinada direção, criando, assim, uma tendência no mercado financeiro (MOREIRA, 2013).

10. Foucault explica que ideia da vigilância prisional panoptica fomentaria uma conduta permanente nos detentos mesmo após a "liberdade", os moldando para atuar em acordo com as regras ditadas no seio social. (FOUCAULT, 2014).

11. Segundo Dworkin (2011), os cidadãos precisam da ordem que só um governo coercitivo pode providenciar.

12. Direito natural ou **jusnaturalismo** é a teoria pela qual se fundamenta o direito no bom senso, na racionalidade, na equidade e no pragmatismo (REALE, 2009).

13. Formamos essas opiniões mediante a interpretação de nossos conceitos abstratos, interpretação essa que, em sua maior parte é irrefletida. Instintivamente, interpretamos cada um desses conceitos à luz dos demais. Isso significa que a interpretação entrelaça e une os valores entre si. Somos moralmente responsáveis na medida em que nossas diversas interpretações concretas alcançam uma integridade geral, de tal modo que cada uma delas sustente as outras numa rede de valores que abraçamos autenticamente. Na medida em que fracassamos nesse projeto interpretativo – e parece impossível obter nele um sucesso total – nós não agimos a partir de uma convicção plena, e nesse sentido não somos plenamente responsáveis (DWORKIN, 2015. p. 153).

14. A definição de aprendizagem criativa é aberta, mas costumo dizer que ela consiste em metodologias ou abordagens educacionais que incentivam a participação, a criatividade, a colaboração, o trabalho mão na massa e a exploração livre. No MIT, o conceito gira ao redor do que chamamos de "os 4 Ps da aprendizagem criativa". O primeiro "P" é de "Projetos": as pessoas aprendem mais quando se envolvem na criação de um produto compartilhável, que pode ser um poema ou um carrinho de madeira. Por outro lado, esses produtos precisam ser pessoalmente significativos, e é daí que vem o segundo "P", de "Paixão". O terceiro "P" é o de "Pares": para que os alunos se sintam livres e capazes, é fundamental criar um ambiente de respeito que incentive a colaboração. E, por fim, o quarto "P" é de "Play", ou de "pensar brincando": os alunos devem explorar os materiais e as ideias de maneira mais livre, sem "certo" e "errado". A proposta da aprendizagem criativa é integrar tudo, das habilidades socioemocionais aos conteúdos específicos de cada disciplina. Não é algo confinado na aula de arte ou no espaço maker. Criatividade é uma forma de ver o mundo. Na aprendizagem criativa, parte-se da curiosidade dos alunos, levantando uma série de perguntas para as quais se buscarão respostas. (BURD, 2019, p. 28).

15. [...] Por volta de 184 a.C., quando foi nomeado censor Marcus Porcius Cato, se relata a forte influência helênica em Roma, sendo comum a decoração de residências com obras de arte gregas, influenciando no luxo das mulheres e no requinte da culinária. Cato introduziu então um imposto sobre o luxo, colaborando para procrastinar o processo de "helenização". (SCHOUERI, 2005, p. 109).

16. Nítido exemplo de norma tributária indutora com fim social (distributiva), ao permitir que àqueles que "adotassem" financeiramente uma ou mais crianças, pudessem ter deduzidos valores percentuais no imposto devido (SCHOUERI, 2005, p. 115).

17. Tributos vinculados são aqueles cujo aspecto material da hipótese de incidência (concretização do fato que permite a exigibilidade) se atinam a uma atuação estatal referida de modo direto ou indireto ao obrigado. Podem ser taxas ou contribuições. (ATALIBA, 2019)

18. Taxa florestal. [...] Exação fiscal que serve de contrapartida ao exercício do poder de polícia, cujos elementos básicos se encontram definidos em lei, possuindo base de cálculo distinta da de outros impostos, qual seja, o custo estimado do serviço de fiscalização. STF. RE 239.397, rel. min. Ilmar Galvão, j. 21-3-2000, 1ª T, DJ de 28-4-2000.]. No mesmo sentido: As taxas comprometem-se tão somente com o custo

do serviço específico e divisível que as motiva, ou com a atividade de polícia desenvolvida. O critério da atividade exercida pelo contribuinte para se aferir o custo do exercício do poder de polícia desvincula-se do maior ou menor trabalho ou atividade que o poder público se vê obrigado a desempenhar. STF. [ARE 990.914, rel. min. Dias Toffoli, j. 20-6-2017, 2ª T, DJE de 19-9-2017.]

19. Taxa: correspondência entre o valor exigido e o custo da atividade estatal. A taxa, enquanto contra-prestação a uma atividade do poder público, não pode superar a relação de razoável equivalência que deve existir entre o custo real da atuação estatal referida ao contribuinte e o valor que o Estado pode exigir de cada contribuinte, considerados, para esse efeito, os elementos pertinentes às alíquotas e à base de cálculo fixadas em lei. Se o valor da taxa, no entanto, ultrapassar o custo do serviço prestado ou posto à disposição do contribuinte, dando causa, assim, a uma situação de onerosidade excessiva, que descaracterize essa relação de equivalência entre os fatores referidos (o custo real do serviço, de um lado, e o valor exigido do contribuinte, de outro), configurar-se-á, então, quanto a essa modalidade de tributo, hipótese de ofensa à cláusula vedatória inscrita no art. 150, IV, da CF. STF [ADI 2.551 MC-QO, rel. min. Celso de Mello, j. 2-4-2003, P, DJ de 20-4-2006]

20. Enquanto o serviço público visa a ofertar ao administrado uma utilidade, ampliando o seu desfrute de comodidades, mediante prestações feitas em prol de cada qual, o poder de polícia, inversamente (conquanto para a proteção do interesse de todos), visa a restringir, limitar, condicionar, as possibilidades de sua atuação livre, exatamente para que seja possível um bom convívio social. [...] se as atividades particulares vierem a se desenvolver de modo desconforme com as normas legais, a administração nos termos da lei, reprimirá, através de multas, embargos e interdições, os comportamentos que as violem. (BANDEIRA DE MELO, 2004, p. 632-633).

21. STF. Súmula vinculante nº. 19. A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o art. 145, II, da CF.

22. [...] entende como específicos e divisíveis os serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, desde que essas atividades sejam completamente dissociadas de outros serviços públicos de limpeza realizados em benefício da população em geral (*uti universi*) e de forma indivisível, tais como os de conservação e limpeza de logradouros e bens públicos (praças, calçadas, vias, ruas, bueiros). Decorre daí que as taxas cobradas em razão exclusivamente dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis são constitucionais, ao passo que é inconstitucional a cobrança de valores tidos como taxa em razão de serviços de conservação e limpeza de logradouros e bens públicos. [...] Além disso, no que diz respeito ao argumento da utilização de base de cálculo própria de impostos, o Tribunal reconhece a constitucionalidade de taxas que, na apuração do montante devido, adote um ou mais dos elementos que compõem a base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não se verifique identidade integral entre uma base e a outra. STF. [RE 576.321 QO-RG, voto do rel. min. Ricardo Lewandowski, P, j. 4-12-2008, DJE 30 de 13-2-2009, Tema 146.]

23. Taxas de lixo e sinistro. [...] Taxas legitimamente instituídas como contraprestação a serviços *essenciais*, específicos e divisíveis, referidos ao contribuinte a quem são prestados ou a cuja disposição são postos, não possuindo base de cálculo própria de imposto. STF. RE 233.784, rel. min. Ilmar Galvão, j. 12-11-1999, 1ª T, DJ de 12-11-1999.] = RE 491.982 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 26-5-2009, 1ª T, DJE de 26-6-2009.

24. A hipótese de incidência da taxa é a fiscalização de atividades poluidoras e utilizadoras de recursos ambientais, exercida pelo Ibama (Lei 6.938/1981, art. 17-B, com a redação da Lei 10.165/2000). Tem-se, pois, taxa que remunera o exercício do poder de polícia do Estado. Não há invocar o argumento no sentido de que a taxa decorrente do poder de polícia fica "restrita aos contribuintes cujos estabelecimentos tivessem sido efetivamente visitados pela fiscalização", por isso que, registra Sacha Calmon – parecer, fl. 377 –, essa questão "já foi resolvida, pela negativa, pelo STF, que deixou assentada em diversos julgados a suficiência da manutenção, pelo sujeito ativo, de órgão de controle em funcionamento (cf.,

*inter plures*, RE 116.518 e RE 230.973). Andou bem a Suprema Corte brasileira em não aferrar-se ao método antiquado da vistoria porta a porta, abrindo as portas do Direito às inovações tecnológicas que caracterizam a nossa era”. Destarte, os que exercem atividades de impacto ambiental tipificadas na lei sujeitam-se à fiscalização do Ibama, pelo que são contribuintes da taxa decorrente dessa fiscalização, fiscalização que consubstancia, vale repetir, o poder de polícia estatal. STF. [RE 416.601, voto do rel. min. Carlos Velloso, j. 10-8-2005, P, DJ de 30-9-2005.] = RE 603.513 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 28-8-2012, 1ª T, DJE de 12-9-2012.

25. Favorável a inserção de normas tributárias indutoras no cenário alemão, Michael Kloepfer, sustenta que não só inexistem incompatibilidade entre o conceito constitucional de taxa e o efeito indutor, como indo além, (afirma) a Lei fundamental exige tal efeito. [...] Assim, o valor da taxa não pode impedir o uso do serviço público que a motiva. (SCHOUERI, 2005, p. 177).

26. *ibid.*

27. A racionalidade aqui é veiculada como uma qualidade de pessoas morais: [...] São racionais as pessoas que têm um senso de justiça, ou seja, que estão prontas a observar condições justas e honestas de cooperação, e que são capazes para tanto; mas também pessoas que tem consciência da falibilidade da capacidade cognitiva humana e que – reconhecendo esse ônus da razão – estão dispostas a justificar publicamente sua concepção de justiça política. (HABERMAS, 2002. p. 78).

## REFERÊNCIAS

ASCH, S.E. *Opinions and social pressure*. *Scientific American*, [S. l.], v. 193, p. 31–35, Nov. 1955. Disponível em: <https://www.scientificamerican.com/article/the-authors-1955-11/>; [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/762992/mod\\_resource/content/1/Opinioes%20e%20pressao%20social%20-%20solomon%20asch.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/762992/mod_resource/content/1/Opinioes%20e%20pressao%20social%20-%20solomon%20asch.pdf). Acesso em: 07 mai. 2020.

BELEZA, Cinara Maria Feitosa; SOARES, Sônia Maria. A concepção de envelhecimento com base na teoria de campo de Kurt Lewin e a dinâmica de grupos. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 8, p. 3141-3146, ago. 2019. doi: 10.1590/1413-81232018248.30192017. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S141381232019000803141&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232019000803141&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 12 out. 2020.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. Prefácio de Celso Lafer. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. **Lei Federal nº. 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020). Brasília, DF: Presidência da República, 2007.

BRASIL. **Lei Federal n. 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.551 MC-QO**. Relator: Celso de Mello, 2 de abril de 2003. Brasília, DF, [2006].

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 19**. A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2009].

BURD, Leo. Sem criatividade não vamos sair da crise. **Revista Nova Escola**, [S. l.], ano 34, ed. 325, set. 2019. Revista digital. Disponível em: <https://novaescola.org.br/conteudo/18268/edicao-325>. Acesso em: 25 nov. 2019.

CALIENDO, Paulo. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar com Finalidade Extrafiscal. *Nomos: Revista do Programa de Pós Graduação em Direito UFC*, Fortaleza, v. 33, n. 2, p. 171-206, jul./dez. 2013. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/994>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BOMFIM, Diego Marcel Costa. **Extrafiscalidade**: identificação, fundamentação, limitação e controle. 2014. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 22. ed. rev. e ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. 4. ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros editores, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. e ampl. até a EC nº. 57/2008. Salvador: JusPodivm, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho**: Justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. 3ª tiragem. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

FERRY, Luc. **Aprender a viver. Filosofia para os novos tempos**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

FERRY, Luc. **Diante da crise. Materiais para uma política de civilização**: relatório ao primeiro-ministro/ Luc Ferry com o conselho de Análise da Sociedade. Tradução de Karina Jannini. Rio de Janeiro: DIFEL, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. São Paulo: Almedina, 2014. *E-book*.

FREITAS, Juez. O tributo e o desenvolvimento sustentável. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 21, n. 3, p. 825-845, set./dez. 2016. Disponível em [http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11500/2/O\\_TRIBUTO\\_E\\_O\\_DESENVOLVIMENTO\\_SUSTENTAVEL.pdf](http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11500/2/O_TRIBUTO_E_O_DESENVOLVIMENTO_SUSTENTAVEL.pdf).

HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro. Estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: Uma breve história do amanhã**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

LEÃO, Martha Toribio. **Critérios para o controle das normas tributárias indutoras**: uma análise pautada no princípio da igualdade e na importância dos efeitos. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O meio ambiente na Constituição e a atuação do Estado. **Revista da Lata, [Brasília]**, p. 14-15, ed. 2016. Disponível em [http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2016/09/06/f0dbca1revista\\_na\\_lata\\_o\\_meio\\_ambiente\\_na\\_constituicao\\_e\\_a\\_atuacao\\_do\\_estado\\_02092016.pdf](http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2016/09/06/f0dbca1revista_na_lata_o_meio_ambiente_na_constituicao_e_a_atuacao_do_estado_02092016.pdf).

MOREIRA, Eduardo. **Investir é para todos**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2013.

NOVELLI, Flávio Bauer. Apontamentos sobre o conceito jurídico de taxa. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n. 45, p. 93 -121, 1992. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45279/47706>.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional para concursos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Sujeição passiva tributária e capacidade contributiva – peculiaridades. **Direito Tributário em Questão**: Revista da FESDT, Porto Alegre: Fundação Escola Superior de Direito Tributário, n. 8, p. 197-221, jan./jun. 2012.

ONU, HABITAT. 2018. Disponível em: [https://unhabitat.org/sites/default/files/download-manager-files/ED\\_Message\\_2.pdf](https://unhabitat.org/sites/default/files/download-manager-files/ED_Message_2.pdf).

ONU. Organização das Nações Unidas. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/>. Acesso em 05 nov. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias Indutoras e Intervenção Econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **Sistemas Constitucionais Tributários**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

ZIMBARDO, Philip. **O efeito Lúcifer**: como pessoas boas se tornam más. Rio de Janeiro: Record, 2012.

Recebido em: 17/11/2021

Aceito em: 16/12/2021

## **IPTU – REFLEXÕES DECORRENTES DA EXPANSÃO DA ZONA URBANA DOS MUNICÍPIOS**

*IPTU – Reflections Arising from the Increase of the Urban Zone of Cities*

**Tatiane Mattos França Bohmer**

Procuradora do Município de Pelotas (RS, Brasil). Especialista em Direito Processual pela Universidade Católica de Pelotas. Mestra em Ciências Sociais pela Universidade Católica de Pelotas.

**Lívia Pachalski Santin**

Graduanda do curso de Direito na Universidade Católica de Pelotas. Estagiária da Procuradoria do Município de Pelotas (RS, Brasil).

### **Resumo**

O presente artigo tem como objetivo fazer uma análise sobre a incidência do IPTU – Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana em face do aumento das áreas urbanas e urbanizáveis dos municípios e o consequente aumento da tributação. Objetiva-se questionar a incidência do Tema 174 do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista o número expressivo de demandas questionando a incidência do IPTU em áreas que antes não eram tributadas pelos entes da federação por se situarem na zona rural dos municípios. Objetiva-se, outrossim, analisar o Tema 174 do STJ, com o intuito de rechaçar a aplicação do julgamento do recurso especial repetitivo em áreas nas quais a atividade rural é vedada, considerando-se o princípio da legalidade a que se submete a Administração Pública.

**Palavras-chave:** IPTU. Cobrança. Zona Urbana. Atividade Rural. Tema 174 do Superior Tribunal de Justiça.

### **Abstract**

The present article aims at making an analysis on the incidence of IPTU – Municipal Property Tax due to the increase of urban and development areas in cities and the consequent increase in taxation. The purpose is to question the incidence of Theme 174 of the Supreme Court of Justice (STJ), bearing in mind the expressive number of demands questioning the incidence of IPTU in areas that were not previously taxed by the entities of the federation as they are located in the rural areas of the cities. The goal, also, is to analyze the Theme 174 of STJ, aiming at rejecting the application of the judgement of repetitive special appeal in areas in which the rural activity is forbidden, considering the principle of legality the Public Administration is submitted to.

**Keywords:** IPTU. Billing. Urban Zone. Rural Activity. Theme 174 of the Supreme Court of Justice.

### **Sumário**

1. Introdução; 2. Incidência do IPTU e o Tema 174 do STJ; 3. O Aumento da Zona Urbana dos Municípios e o Tema 174 do STJ. 4. Conclusão; 5. Notas; 6. Referências

## 1. INTRODUÇÃO

Um dos temas que tem gerado novas reflexões para os operadores do Direito diz respeito à incidência de IPTU – Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - em áreas de expansão urbana ou urbanizáveis dos municípios, por se tratarem de áreas que estão em grande expansão, representando um aumento da zona urbana e, portanto, da área tributável dos entes públicos.

A expansão urbana traz reflexos imediatos no aumento de incidência do IPTU em áreas que, muitas vezes, situavam-se na zona rural dos municípios e conseqüentemente não eram tributadas pelos entes municipais.

Assim, surgem novos questionamentos, mais especificamente por parte dos contribuintes que se insurgem em relação à cobrança do imposto, utilizando-se dos meios judiciais disponíveis para tentar se eximir da exação, objetivando a declaração da inexistência do débito.

Um dos argumentos utilizados em defesa dos contribuintes é o de que o IPTU não deve incidir por serem áreas destinadas à exploração rural. Assim, surge, mais uma vez a discussão que levou o Superior Tribunal de Justiça a editar o Tema 174, firmando a tese de que o imóvel localizado na área urbana do município, comprovadamente destinado à exploração de atividade extrativista, agrícola, pecuária ou agroindustrial, nos termos do artigo 15 do Decreto-Lei n. 57/1966, não incide Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), mas sim Imposto Territorial Rural (ITR).

Entretanto, não obstante o entendimento consagrado do Tema 174, o questionamento sobre a cobrança do IPTU em zonas urbanas ou de expansão urbana se mantém.

Cumpra destacar que os contribuintes, ao se rebelarem em relação ao pagamento do tributo, muitas vezes alegam a exploração da atividade rural no imóvel. Alegam, ainda, que sempre efetuaram o pagamento do ITR – Imposto Territorial Rural – e que, portanto, a cobrança é indevida, muitas vezes sem se desincumbir a contento do ônus da prova.

Assim, surgem novos debates em torno da incidência do Tema 174 do STJ, mais especificamente em relação àquelas situações em que o exercício da atividade rural é vedado em certas áreas urbanas dos municípios.

Portanto, é nesse contexto que se pretende dar seqüência ao trabalho, com o intuito de analisar as repercussões da expansão das áreas urbanas e urbanizáveis dos municípios na cobrança do IPTU, em que pese o entendimento do STJ, consagrado no Tema 174.

## 2. INCIDÊNCIA DO IPTU E O TEMA 174 DO STJ

O Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, segundo artigo 32 do Código Tributário Nacional, tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou acessão física, localizado na zona urbana do Município.<sup>1</sup>

A Zona Urbana, segundo previsto no §1º do referido artigo, é aquela definida em lei municipal, observados requisitos mínimos de existência de pelo menos dois dos seguintes melhoramentos: meio fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais; abastecimento

de água; sistema de esgotos sanitários; rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar; e escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de três quilômetros do imóvel considerado.

O artigo 32 do Código Tributário Nacional também prevê, em seu §2º, que a lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior.

Ocorre que, não obstante a previsão do Código Tributário Nacional, o artigo 15 do Decreto-Lei n. 57/1966 trouxe uma hipótese de não incidência do IPTU ao prever que não incide o artigo 32 do Código Tributário Nacional ao imóvel que comprovadamente seja utilizado em exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial, incidindo assim, sobre o mesmo, o ITR e demais tributos com o mesmo cobrados.<sup>2</sup>

Tal previsão trouxe um número elevado de demandas sobre o tema, levando a matéria ao conhecimento do Supremo Tribunal de Justiça, através do julgamento submetido ao rito próprio dos recursos especiais repetitivos (REsp n. 1.112.646/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 26/8/2009, DJe 28/8/2009), tendo sido firmada a tese – Tema 174 do STJ - de acordo com a qual, sobre imóvel localizado na área urbana do município, comprovadamente destinado à exploração de atividade extrativista, agrícola, pecuária ou agroindustrial, nos termos do art. 15 do Decreto-Lei n. 57/1966, não incide Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), mas sim Imposto Territorial Rural (ITR).

Não se pode deixar de ressaltar que o incidente de resolução de demandas repetitivas pressupõe um elevado número de demandas sobre a matéria, bem como a necessidade de dar solução às lides envolvidas evitando-se, assim, o exacerbado grau de divergência jurisprudencial.

O artigo 976 do Código de Processo Civil não deixa dúvidas ao prever o cabimento do incidente apenas quando haja efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e quando haja risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Para Oliveira (2016, p. 4),

[...] O primeiro pressuposto que se subsume da norma antes referida é a existência de efetiva repetição de demandas. Em outros termos, quando sobre um determinado assunto forem propostas diversas ações numa ou mais varas, numa ou mais comarcas ou numa ou mais seções judiciárias, estarão presentes as condições para se instaurar o IRDR no tribunal ao qual pertence o juízo em que corre a ação. [...] O segundo requisito é que o debate verse sobre questão de direito comum entre as demandas a receberem o tratamento do incidente, perante a mesma vara ou diversos juízos que estejam no âmbito da competência do tribunal que irá decidir o incidente. O terceiro é que a controvérsia seja unicamente de direito, não havendo possibilidade de instauração do incidente para questão de fato, que se refira à produção de provas.

No julgamento proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça sob o rito repetitivo - REsp n. 1.112.646/SP – partiu-se do entendimento de que o Decreto-Lei n. 57/1966 teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como norma complementar, acrescentando o critério de destinação do imóvel para delimitação da competência municipal (IPTU) ou

Federal (ITR), firmando o entendimento de que o critério espacial do artigo 32 do Código Tributário Nacional não é o único a ser considerado. Portanto, acordaram os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça de que, ao lado do critério espacial previsto no art. 32 do CTN, deve ser também aferida a destinação do imóvel, nos termos do artigo 15 do DL 57/1966.

Todavia, em que pese a decisão proferida pela Superior Tribunal de Justiça, o tema ainda permanece fortemente em debate, com o questionamento sobre a incidência do Tema 174 aos casos concretos, conforme será demonstrado na continuação.

### **3. O AUMENTO DA ZONA URBANA DOS MUNICÍPIOS E O TEMA 174**

O aumento da zona urbana dos municípios e o conseqüente aumento da área tributada acabam por refletir em discussões sobre a cobrança do IPTU.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, verifica-se que a celeuma sobre o tema persiste.<sup>3</sup>

Para o enriquecimento do debate e para aguçar a curiosidade dos estudiosos sobre a matéria abordada, pede-se vênua para elencar, em notas, processos de, pelo menos, dez julgamentos proferidos no ano de 2021 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos quais a cobrança do IPTU foi questionada pelos contribuintes e o Tema 174 do Supremo Tribunal de Justiça ventilado pelo Tribunal.<sup>4</sup>

Portanto, revela-se a importância do debate sobre o tema, especialmente diante da ampliação da zona urbana dos municípios e do conseqüente aumento de arrecadação do IPTU que acabam por gerar notificações para o pagamento do imposto para sujeitos que, muitas vezes, possuíam imóveis que se encontravam na área rural das cidades e que, portanto, não eram tributadas.

Logo, surgem questionamentos sobre a cobrança através da apresentação de exceção de pré-executividade, ajuizamento de embargos à execução e ações declaratórias de inexistência de débitos pelos contribuintes.

Assim, uma das questões mais tormentosas que ainda gera celeuma diz respeito à definição da competência do ente tributante.

Entre os argumentos invocados pelos contribuintes ao questionar a cobrança do IPTU, podemos citar o julgamento proferido pelo STJ no REsp n. 1.112.646/SP, além da alegação de que há, no imóvel, a exploração de atividade agrícola, pecuária ou agroindustrial.

As exceções de pré-executividade, em geral, não representam maiores dificuldades, visto que o instituto pressupõe prova pré-constituída, o que muitas vezes não se verifica, pois o contribuinte, embora alegue a exploração de atividade agrícola, pecuária ou agroindustrial, geralmente não apresenta a prova pré-constituída do exercício da atividade. A grande maioria das exceções de pré-executividade apresenta como prova apenas o comprovante do pagamento do ITR. Nessas hipóteses, o Tribunal de Justiça do RS não tem dado provimento às exceções de pré-executividade, desconsiderando o pagamento do ITR – Imposto Territorial Rural pela parte, consoante tem pode ser verificado através da transcrição, em notas, de

juízo proferido em sede de recurso de Apelação.<sup>5</sup>

As demandas anulatórias e os embargos à execução, todavia, suportam a produção de provas e resultam em maiores questionamentos. No sentido apontado, não podemos deixar de lembrar a previsão do §2º do artigo 16 e a previsão do artigo 38, ambos, da Lei de Execução Fiscal.<sup>6</sup>

Um dos questionamentos mais singelos ocorre quando o contribuinte apenas alega que o imóvel que deu origem à cobrança do IPTU não faz parte da zona urbana do município. Geralmente, o argumento é invocado juntamente com a alegação de que o bem está registrado perante o INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária e que sempre foi feito o pagamento do ITR – Imposto Territorial Rural. Tais argumentos possivelmente decorrem da desconsideração do aumento da expansão da zona urbana ou urbanizável do município pelo contribuinte ou, ainda, da ideia errônea de que o cadastramento junto ao INCRA faz presunção de que o imóvel é rural.

Não são poucas as demandas que discutem a incidência do IPTU sobre áreas que os contribuintes costumam pagar o ITR.

Ocorre que é importante destacar que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já tem decidido que o fato de o contribuinte ter efetuado o pagamento do ITR e ter inscrição no INCRA não presume que o imóvel seja rural.<sup>7</sup> Há julgados que, em observância à decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça no julgamento do REsp n. 1.112.646/SP, partem do entendimento de que o contribuinte deve comprovar o exercício da atividade rural no imóvel, ônus que lhe compete, em face da presunção e certeza da dívida regularmente inscrita, se o imóvel estiver situado em zona urbana ou expansão urbana. No sentido apontado há recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, proferido pela Segunda Turma do Tribunal, em sede de Agravo Interno – AgInt nos EDcl no REsp 188677/RN, corroborando o entendimento de que sobre o imóvel situado na área urbana do município, desde que comprovadamente utilizado em exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial, não incide IPTU.<sup>8</sup>

Outra questão a ser abordada é que a atividade exercida pelo contribuinte nem sempre é atividade econômica, pois não produz geração da renda, hipótese em que também se pode questionar a aplicação do Tema 174 do STJ, considerando-se o entendimento do próprio Supremo Tribunal de Justiça de que os sítios de recreio sujeitam-se ao pagamento do IPTU.<sup>9</sup>

É interessante esclarecer que os sítios de recreio são aqueles que se situam na área urbana ou de expansão urbana dos municípios e que não se destinam à exploração da atividade agrícola, pecuária ou agroindustrial, de forma econômica.

Os sítios de recreio, ranchos ou chácaras são aqueles em a atividade produzida não têm o condão de originar renda para a família. É o que acontece quando os contribuintes possuem animais apenas para o mero lazer ou uso próprio, hipótese em que se presencia apenas um ou dois equinos utilizados para passeios dos proprietários dos imóveis, por exemplo.

## Segundo Thales de Menezes (2018):

Os sítios de recreio (ou Chácaras de Lazer) são destinados exclusivamente para moradia, portanto, possuem finalidade urbana. Essa distinção é muito importante. O fato de existir uma pequena criação de galinhas, porcos, etc, no imóvel, para uso próprio, não desconfigura o caráter urbano do local, desde que a família que lá reside não sobreviva com a renda desta cultura.

Sobre o IPTU e a expansão urbana dos municípios não se pode também deixar de ressaltar a importância da Súmula 626 do Supremo Tribunal de Justiça, com o seguinte teor:

Súmula 626-STJ: A incidência do IPTU sobre imóvel situado em área considerada pela lei local como urbanizável ou de expansão urbana não está condicionada à existência dos melhoramentos elencados no art. 32, §1º, do CTN.

Em épocas de crescente expansão da zona urbana dos municípios a referida súmula tem sido invocada para questionar a cobrança do IPTU sob o argumento de que, muitas vezes, o imóvel se situa em área que não preenche os requisitos previstos no artigo 32, §1º, do Código Tributário Nacional.

Outra questão que tem ampliado o debate sobre a cobrança de IPTU diz respeito à alegação da atividade rural em imóveis situados em zona urbana ou urbanizáveis, mas em locais em que a legislação municipal não admite a exploração da atividade vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial.

Sabe-se que o Poder Público pode impor restrições no âmbito do Direito Privado.

Segundo Leandro Paulsen e José Eduardo Soares de Melo (2007, p. 260),

Os objetivos da função social podem ser alcançados mediante obrigações positivas (proprietário construir em terreno ocioso) e como regras impeditivas de ações (proibições de edificações, visando às funções do urbanismo; ordenamento de crescimento de atividades, segregação de indústrias insalubres, conveniente uso e ocupação do solo, evitando especulação imobiliária).

As restrições impostas pelo Poder Público são conferidas pelo poder de polícia. O artigo 78<sup>10</sup> do Código Tributário Nacional é claro ao prever que se considera poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Assim, em decorrência do exercício do Poder de Polícia alguns municípios limitam o exercício de atividades em determinadas regiões urbanas.

No Estado do Rio Grande do Sul, a Lei Municipal nº 5.832, de 05 de setembro de 2011, que instituiu o Código de Posturas no Município de Pelotas, por exemplo, prevê algumas limitações para atividades em zona urbana.

O artigo 84<sup>11</sup> do Código de Posturas do Município de Pelotas proíbe, nas zonas urbanas, criar ou conservar quaisquer animais, que possam ser causa de insalubridade ou de incômodo por sua espécie, quantidade ou má instalação, sob pena de multa.

O artigo 85<sup>12</sup> do mesmo diploma legal prevê que a instalação de estábulos, cocheiras,

galinheiros, chiqueiros ou similares, dentro da zona urbana do município, somente poderá ser realizada quando não traga inconvenientes à vizinhança de acordo com a legislação pertinente, sob pena de multa, além da obrigação de desmanchar a obra.

Os dispositivos legais citados impõem restrições a certas atividades no âmbito urbano do Município de Pelotas. Tais dispositivos abrem a possibilidade de um novo debate nas lides que discutem o pagamento do IPTU em imóvel cuja atividade rural seja vedada por lei.

Trata-se de uma nova discussão envolvendo o Tema 174 do STJ, visto que os contribuintes usualmente alegam a exploração de atividade rural em imóvel urbano ou de expansão urbana para se eximir do pagamento do IPTU. Por outro viés, há resistência na cobrança do imposto por parte do ente público através da alegação de que a atividade exercida pelo contribuinte não é permitida pelo Plano Diretor do Município, o que representa uma ilegalidade.

Assim, considerando-se o princípio da legalidade previsto no artigo 37<sup>13</sup> da Constituição Federal a que submete a Administração Pública, considerando-se o disposto no artigo 30,<sup>14</sup> I, da Constituição Federal que dispõe sobre a competência dos municípios para legislar sobre interesse local, bem como o fato de que os artigos 84 e 85, da Lei Municipal n. 5.831/11, que proibirem a exploração de atividades de criação de determinados animais na zona urbana em circunstâncias que possam ser causa de insalubridade, incômodo por sua espécie ou, ainda, que tragam inconveniente à vizinhança, ousamos sustentar a tese de que um contribuinte não pode se valer do exercício de uma atividade vedada e, portanto, ilegal para se eximir do pagamento do tributo, mormente porque o artigo 58<sup>15</sup> do Código de Posturas do Município exige àqueles que explorem a indústria, o comércio ou prestem serviço, em qualquer de suas modalidades, o licenciamento municipal pertinente antes do início de sua atividade.

#### **4. CONCLUSÃO**

Como se pode observar, o Tema 174 do STJ ainda gerará muito debate e reflexões perante as vicissitudes decorrentes da expansão urbana.

A expansão das zonas urbanas e urbanizáveis dos municípios, com o consequente aumento de tributação e as peculiaridades regionais trazem novos elementos para o debate que vão desde a mera alegação da exploração da atividade rural no imóvel ao exercício de atividades legalmente vedadas pelos entes públicos.

No que diz respeito à alegação da atividade rural, não se verifica maiores dificuldades de enfrentar a discussão, considerando-se a edição do Tema 174 do STJ, bem como o fato de que o ônus da prova é do contribuinte. Ademais, considerando-se que deve haver a prova de que a atividade rural desenvolvida seja econômica para que não se configure sítio de lazer.

No que diz respeito à alegação do exercício de atividade rural e econômica no imóvel, acredita-se que o impedimento legal para exercício da atividade no âmbito urbano configure o fato impeditivo do direito do contribuinte de ver declarada a inexistência de débito fiscal.

Como se pode observar, verifica-se que a cobrança do IPTU ainda é objeto de muitos questionamentos. O Tema 174 do STJ, julgado pelo rito dos recursos repetitivos a que a alude o artigo 1036<sup>16</sup> do Código de Processo Civil, como cediço, deve ser aplicado em demandas em que se discute idêntica matéria de direito.

Ou seja, com a edição do julgamento do recurso repetitivo, a identidade de matéria é que passa a ser o cerne da discussão, concluindo-se que a cobrança do IPTU e o Tema 174 do STJ ainda trarão grandes questionamentos, pois o Direito, como ciência social, não é estanque. Assim, acredita-se que os novos litígios decorrentes da expansão do zoneamento urbano dos municípios ainda surgirão trazendo mais reflexões a respeito da incidência do Tema 174 do STJ e quiçá mudanças de entendimentos judiciais sobre o tema.

## 5. NOTAS

1. “Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

§1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;

II - abastecimento de água;

III - sistema de esgotos sanitários;

IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;

V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

§ 2º A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior.” (BRASIL. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm). Acesso em: 01 jun. 2021).

2. “Art 15. O disposto no [art. 32 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966](#), não abrange o imóvel de que, comprovadamente, seja utilizado em exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial, incidindo assim, sobre o mesmo, o ITR e demais tributos com o mesmo cobrados”. (BRASIL. **Decreto-Lei n. 57, de 18 de novembro de 1966**. Altera dispositivos sobre lançamento e cobrança do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, institui normas sobre arrecadação da Dívida Ativa correspondente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0057.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0057.htm). Acesso em: 01 jun. 2021).

3. Tem-se verificado no Tribunal de Justiça do RS ações em que se discute a incidência do IPTU em decorrência de expansão do perímetro urbano. Nesse sentido, transcreve-se:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. IPTU E ITR. IMÓVEL ADQUIRIDO APÓS EDIÇÃO DE LEI MUNICIPAL QUE ALTEROU O ZONEAMENTO. INCLUSÃO EM PERÍMETRO URBANO. PRÉVIA NOTIFICAÇÃO DO PROPRIETÁRIO. DESNECESSIDADE, NO CASO CONCRETO. DESTINAÇÃO ECONÔMICA DO IMÓVEL TRIBUTADO. ATIVIDADE RURAL NÃO COMPROVADA. INCIDÊNCIA DE IPTU. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. PRECEDENTES. APELO PROVIDO. (Apelação Cível, Nº 50002157820158210138, Vigésima Segunda

Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em: 21-10-2021). (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do RS. **Apelação Cível n. 50002157820158210138**. (Vigésima Segunda Câmara Cível). Relator: Marilene Bonzanini, 21 out. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do RS, 2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: 01 dez. 2021).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IMÓVEL LOCALIZADO EM ZONA URBANA OU DE EXPANSÃO URBANA SEM COMPROVAÇÃO DE DESTINAÇÃO ECONÔMICA AGRÍCOLA. IPTU. ITR. INCIDÊNCIA NÃO COMPROVADA. O critério a ser observado para definição sobre a incidência de IPTU ou ITR é o da destinação econômica do imóvel, atendendo ao disposto no artigo 15 do Decreto-Lei nº 57/66. Imóvel situado em zona urbana ou de expansão urbana sobre o qual haveria de incidir o IPTU, a menos que demonstrado, ônus que incumbia ao executado, sua efetiva destinação rural. Hipótese em que prova alguma foi produzida acerca do exercício de atividade agrícola no imóvel, a qual, de resto, sequer foi objetivamente declinada pelo executado/embargante. Bitributação, nas circunstâncias, por conta do pagamento de ITR, que há de ser resolvida mediante pedido de restituição do que desembolsado a esse título. RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível, Nº 50005868220208210068, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em: 11-08-2021). (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do RS. **Apelação Cível n. 50005868220208210068**. (Vigésima Primeira Câmara Cível). Relator: Marcelo Bandeira Pereira, 11 ago. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do RS, 2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: 01 dez. 2021).

4. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do RS. **Apelação Cível n. 70085123024**. (Primeira Câmara Cível). Relator: Irineu Mariani, 11 out. 202. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do RS, 2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: 01 dez. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do RS. **Agravo de Instrumento n. 50582526620218217000**. (Segunda Câmara Cível). Relator: Ricardo Torres Hermann, 29 set.2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do RS, 2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: 01 dez. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do RS. **Apelação Cível n. 50005868220208210068**. (Vigésima Primeira Câmara Cível). Relator: Marcelo Bandeira Pereira, 11 ago.2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do RS, 2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: dez. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do RS. **Apelação Cível n. 70085105328**. (Vigésima Segunda Câmara Cível). Relator: Miguel Ângelo da Silva, 30 maio. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do RS, 2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: 01 dez. 2021)

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do RS. **Apelação Cível n. 50163935720178210001**. (Segunda Câmara Cível). Relator: Ricardo Torres Hermann, 26 maio. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do RS, 2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: 01 dez. 2021).

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do RS. **Apelação Cível n. 50015202820198210051**. (Vigésima Segunda Câmara Cível). Relator: Miguel Ângelo da Silva, 08 abril. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do RS, 2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: 01 dez. 2021).

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do RS. **Apelação Cível n. 70084832286**. (Primeira Câmara Cível). Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, 03 mar. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do RS, 2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: 01 dez. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do RS. **Apelação Cível n. 70084809185.** (Primeira Câmara Cível). Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, 03 mar. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do RS, 2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: 01 dez. 2021)

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do RS. **Apelação Cível n. 70084872647.** (Primeira Câmara Cível). Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, 03 mar. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do RS, 2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: 01 dez. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do RS. **Apelação Cível n. 71009729278.** (Terceira Turma Recursal da Fazenda Pública). Relator: Alan Tadeu Soares Delabary Junior, 22 mar. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do RS, 2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: 01 dez. 2021.

5. “Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INCIDÊNCIA DE IPTU OU ITR. ALEGAÇÕES QUE DEMANDAM EXAME DE PROVA E, CONSEQUENTEMENTE, DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO PROCESSUAL. 1. Caso em que foi acolhida pelo juízo de origem exceção de pré-executividade em que o excipiente pretendia a declaração de nulidade do lançamento do IPTU dos exercícios fiscais em cobrança e, consequentemente, das CDAs que acompanharam a inicial, sob a alegação da incidência de ITR, não de IPTU, sobre imóvel de sua propriedade. 2. A incidência de Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural sobre imóvel localizado em zona urbana do Município, na hipótese do proprietário utilizar o terreno urbano para exploração de atividade agrícola, rural, extrativista ou pecuária, decorre da necessidade de cotejar, simultaneamente, os critérios previstos pelo Código Tributário Nacional atinentes à localização do bem e aquele estabelecido pelo Decreto-Lei 57/1966, relativo à destinação do imóvel. 3. A parte excipiente deixou de acostar aos autos documentos que evidenciam a natureza rural do bem, colacionando apenas certidão de matrícula que refere gleba rural ou urbana e lei municipal que modificou o plano diretor que teve como escopo ampliar o perímetro urbano. Diversamente do que pretende, não se pode presumir a destinação rural, com base em tais alegações, mesmo que tenha comprovado que, em período anterior, tenha recolhido o ITR sobre o mesmo imóvel. Descabimento da exceção da pré-executividade para veicular discussão de questões que dependam da dilação probatória e não possam ser conhecidas de ofício, com base no entendimento representado pela Súmula nº 393 do STJ. 4. Resultado do julgamento que não enseja a fixação de honorários sucumbenciais em favor do Município, nos termos do entendimento fixado pelo Tema 421 do STJ, REsp 1185036/PE. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, UNÂNIME. (Apelação Cível, Nº 70081164352, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em: 29-05-2019)”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do RS. **Apelação Cível n. 70081164352.** (Segunda Câmara Cível). Relator: Ricardo Torres Hermann, 29 mai. 2019. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do RS, 2019. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: 01 jun. 2021).

6. “§2º do Art.16. § 2º - No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite”.

“Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos”. (BRASÍLIA. **Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980.** Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm). Acesso em: 01 dez. 2021).

7. “Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INCIDÊNCIA DE IPTU OU ITR. ALEGAÇÕES QUE DEMANDAM EXAME DE PROVA E, CONSEQUENTEMENTE, DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO PROCESSUAL. 1. Caso em que foi acolhida pelo juízo de origem exceção de pré-executividade em que o excipiente pretendia a declaração de nulidade do lançamen-

to do IPTU dos exercícios fiscais em cobrança e, conseqüentemente, das CDAs que acompanharam a inicial, sob a alegação da incidência de ITR, não de IPTU, sobre imóvel de sua propriedade. 2. A incidência de Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural sobre imóvel localizado em zona urbana do Município, na hipótese do proprietário utilizar o terreno urbano para exploração de atividade agrícola, rural, extrativista ou pecuária, decorre da necessidade de cotejar, simultaneamente, os critérios previstos pelo Código Tributário Nacional atinentes à localização do bem e aquele estabelecido pelo Decreto-Lei 57/1966, relativo à destinação do imóvel. 3. A parte excipiente deixou de acostar aos autos documentos que evidenciam a natureza rural do bem, colacionando apenas certidão de matrícula que refere gleba rural ou urbana e lei municipal que modificou o plano diretor que teve como escopo ampliar o perímetro urbano. Diversamente do que pretende, não se pode presumir a destinação rural, com base em tais alegações, mesmo que tenha comprovado que, em período anterior, tenha recolhido o ITR sobre o mesmo imóvel. Descabimento da exceção da pré-executividade para veicular discussão de questões que dependam da dilação probatória e não possam ser conhecidas de ofício, com base no entendimento representado pela Súmula nº 393 do STJ. 4. Resultado do julgamento que não enseja a fixação de honorários sucumbenciais em favor do Município, nos termos do entendimento fixado pelo Tema 421 do STJ, REsp 1185036/PE. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, UNÂNIME. (Apelação Cível, Nº 70081164352, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em: 29-05-2019)". (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Vigésima Primeira Câmara Cível). **Apelação Cível n. 70081164352**. Relator: Ricardo Torres Hermann: 29. maio 2019. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do RS, 2019. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?retum=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?retum=proc&client=wp_index). Acesso: 01 dez.2021).

8. "AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NULIDADE PROCESSUAL. NÃO CONHECIMENTO DA ARGUIÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA. IPTU. IMÓVEL SITUADO EM ÁREA DE EXPANSÃO URBANA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE AGROPECUÁRIA. REVISÃO DAS PREMISSAS FÁTICAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Hipótese em que a Corte regional deu provimento à apelação do ente público, concluindo que não foi comprovada a destinação rural do imóvel.
2. A assertiva da recorrente de nulidade do processo não procede, seja porque a tese da necessidade de reabertura da fase de instrução, sob pena de violação do contraditório e da ampla defesa, não foi objeto de prequestionamento, seja pela ausência de indicação na petição recursal de dispositivo de lei federal violado, a atrair o óbice das Súmulas 282 e 284 do STF.
3. O Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.112.646/SP, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, consolidou o entendimento de que não incide IPTU, mas ITR, sobre imóvel localizado na área urbana do município, desde que comprovadamente utilizado em exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial (art. 15 do DL 57/1966).
4. Com base na prova dos autos, o Colegiado de origem entendeu não comprovada a destinação rural do imóvel pertencente à apelada, de forma a incidir a cobrança de IPTU, e não de ITR. Para modificar a conclusão do aresto, seria necessário o reexame do acervo fático-probatório, inviável ante o óbice da Súmula 7/STJ.
5. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt nos EDcl no REsp 1886777/RN, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2021, DJe 28/05/2021)". (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Agravo Interno nos EDcl no Resp n. 1886777**. Relator: Min. Og Fernandes, 15 março de 2021. Brasília: STJ, 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 01 dez. 2021).

9. "AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. IPTU. MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO. SÍTIO RECREIO. INCIDÊNCIA. IMÓVEL SITUADO EM ÁREA URBANA DESPROVIDA DE MELHORAMENTOS. DESNECESSIDADE.

1. A recorrente demonstra mero inconformismo em seu agravo regimental que não se mostra capaz de alterar os fundamentos da decisão agravada.
2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que é legal a cobrança do IPTU dos sítios de recreio, localizados em zona de expansão urbana definida por legislação municipal, nos termos do arts.

32, § 1º, do CTN c/c arts. 14 do Decreto-lei nº 57/66 e 29 da Lei 5.172/66, mesmo que não contenha os melhoramentos previstos no art. 31, § 1º, do CTN.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 783.794/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 08/02/2010)". (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 783794**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 08 de fevereiro de 2010. Brasília: STJ, 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 01 jun 2021).

10. "Art.78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos". (BRASIL. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm). Acesso em: 01 jun. 2021).

11. "Art.84. É proibido, nas zonas urbanas, criar ou conservar quaisquer animais, que possam ser causa de insalubridade ou de incômodo por sua espécie, quantidade ou má instalação, sob pena de multa de 3 (três) URM". (PELOTAS. **Lei n. 5.832, de 05 de setembro de 2011**. Institui o Código de Posturas do Município de Pelotas. Pelotas, RS: Prefeitura Municipal, 2011. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/rs/p/pelotas/lei-ordinaria/2011/584/5832/lei-ordinaria-n-5832-2011-institui-o-codigo-de-posturas-do-municipio-de-pelotas?q=5832>. Acesso em: 01 jun. 2021).

12. "Art. 85. A instalação de estábulos, cocheiras, galinheiros, chiqueiros ou similares, dentro da zona urbana do município, somente poderá ser realizada quando não

traga inconvenientes à vizinhança de acordo com a legislação pertinente sob pena de multa de 3 (três) URM, além da obrigação de desmanchar a obra". (PELOTAS. **Lei n. 5.832, de 05 de setembro de 2011**. Institui o Código de Posturas do Município de Pelotas. Pelotas, RS: Prefeitura Municipal, 2011. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/rs/p/pelotas/lei-ordinaria/2011/584/5832/lei-ordinaria-n-5832-2011-institui-o-codigo-de-posturas-do-municipio-de-pelotas?q=5832>. Acesso em: 01 jun. 2021).

13. "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:". (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 01 jun. 2021).

14. "Art. 30. Compete aos Municípios:  
I - legislar sobre assuntos de interesse local;"

(BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 01 jun. 2021).

15. "Art. 58. Todas as pessoas físicas ou jurídicas que explorem no território deste Município, a indústria, o comércio ou prestem serviço, em qualquer de suas modalidades, ainda que sem estabelecimento ou localização fixa, ou que, individualmente, exercem qualquer profissão, arte, ofício ou função, ficam obrigados a obterem o licenciamento municipal pertinente antes do início de sua atividade, respeitadas as legislações específicas". (PELOTAS. **Lei n. 5.832, de 05 de setembro de 2011**. Institui o Código de Posturas do Município de Pelotas. Pelotas, RS: Prefeitura Municipal, 2011. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/rs/p/pelotas/lei-ordinaria/2011/584/5832/lei-ordinaria-n-5832-2011-institui-o-codigo-de-posturas-do-municipio-de-pelotas?q=5832>. Acesso em: 01 jun. 2021).

16. "Art.1036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamen-

to em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça”. (BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 01 jun. 2021).

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 57, de 18 de novembro de 1966**. Altera dispositivos sobre lançamento e cobrança do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, institui normas sobre arrecadação da Dívida Ativa correspondente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0057.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0057.htm). Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm). Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm). Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. **Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm). Acesso em: 01 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Agravo Interno nos EDcl no Resp 1886777**. Relator: Min. Og Fernandes, 15 março de 2021. Brasília: STJ, 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 01 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 783794**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 08 de fevereiro de 2010. Brasília: STJ, 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial REsp n. 1.112.646/SP (2009/0051088-6)**. Relator: Min. Herban Benjamin, 28 de agosto de 2009. Brasília: STJ, 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6061473/recurso-especial-resp-1112646-sp-2009-0051088-6-stj/relatorio-e-voto-12194897>. Acesso em: jun. 2021.

MENEZES, Thales de. Sobre Sítios de Recreio. **Jus**, [S. l.], abr. 2018. Artigos. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65403/sobre-sitios-de-recreio>. Acesso em jun.2021.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas introduzido no Direito brasileiro pelo Novo Código de Processo Civil. **RIL**, Brasília, a. 53, n. 210, p. 63-80, abr./jun. 2016. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/53/210/ri/ri\\_v53\\_n210\\_p63.pdf](https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/53/210/ri/ri_v53_n210_p63.pdf). Acesso em: 01 dez. 2021.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PELOTAS. **Lei n. 5.832, de 05 de setembro de 2011**. Institui o Código de Posturas do Município de Pelotas. Pelotas, RS: Prefeitura Municipal, 2011. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/rs/pl/pelotas/lei-ordinaria/2011/584/5832/lei-ordinaria-n-5832-2011-institui-o-codigo-de-posturas-do-municipio-de-pelotas?q=5832>. Acesso em: 01 jun. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do RS. **Apelação Cível 70081164352**. (Segunda Câmara Cível). Relator: Ricardo Torres Hermann, 29 maio 2019. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do RS, 2019. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: 01 jun. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70081975336**. (Vigésima Primeira Câmara Cível). Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira: 21 ago. 2019. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do RS, 2019. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso: 01 jun. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do RS. **Apelação Cível n. 50002157820158210138**. (Vigésima Segunda Câmara Cível). Relator: Marilene Bonzanini, 21 out. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do RS, 2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: 01 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 626**. A incidência do IPTU sobre imóvel situado em área considerada pela lei local como urbanizável ou de expansão urbana não está condicionada à existência dos melhoramentos elencados no art. 32, §1º, do CTN. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2018.

Recebido em: 24/06/2021

Aceito em: 02/12/2021

# OS INSTRUMENTOS AUXILIARES NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: REVERBERAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA

*Auxiliary Instruments in the New Bidding Law: reverberation of the constitutional principle of efficiency*

**André Bastos Vaccarezza**

Procurador do Município de Salvador (BA, Brasil). Advogado. Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador. Pós-graduado em Direito pela Escola dos Magistrados do Estado da Bahia - EMAB. Graduação em Direito pela Universidade Católica do Salvador.

## Resumo

O presente artigo visa abordar as mudanças propiciadas pela Nova Lei de Licitações no contexto das aquisições e contratações públicas, com foco específico nos instrumentos auxiliares inseridos de uma forma mais bem organizada pelo texto normativo, que acabou por trazer segurança jurídica na utilização desse conjunto de ferramentas, enfrentando, ainda, as características principais desses procedimentos auxiliares das licitações e dos contratos, e como o gestor público pode extrair diversas potencialidades para redução de custos, absorção de expertise, otimização da gestão e fomento à eficiência administrativa.

**Palavras-Chave:** Nova Lei de Licitações. Procedimentos auxiliares. Princípio da eficiência.

## Abstract

This article aims to address the changes brought about by the New Public Procurement Law in the context of public procurement and contracting, with a specific focus on auxiliary instruments inserted in a better organized way by the normative text, which ended up bringing legal certainty in the use of this set of tools, also facing the main characteristics of these auxiliary procedures in tenders and contracts, and how the public manager can extract several potentialities for cost reduction, absorption of expertise, optimization of management and promotion of administrative efficiency.

**Keywords:** New Bidding Law. Auxiliary procedures. Efficiency principle.

## Sumário

1. Introdução; 2. Princípio constitucional da eficiência; 3. Instrumentos auxiliares na nova lei de licitações; 4 Credenciamento; 4.1. Contratação paralela e não excludente; 4.2. Seleção a critério de terceiros; 4.3. Mercados fluidos; 5. Pré-qualificação; 5.1 Pré-qualificação (permanente); 5.2. Espécies de pré-qualificação; 5.3. O procedimento da pré-qualificação; 6. Procedimento de manifestação de interesse; 6.1. Da inexistência de direito de preferência; 6.2. Do futuro processo licitatório e do ressarcimento; 6.3. PMI e *Startups*; 7. Sistema de registro de preços; 7.1. Do instrumento convocatório para registro de preços; 7.2. Características específicas do SRP; 7.3. Da ata de registro de preços; 7.4. Registro de preço e órgãos gerenciador, participante e não participante (carona); 7.5. SRP para obras e serviços de engenharia; 8. Registro Cadastral; 8.1. Registro cadastral e o portal nacional de contratações públicas (PNCP); 8.2. Registro cadastral e licitação; 8.3. Registro cadastral e avaliação de desempenho; 9. Considerações Finais; 10. Notas; Referências

## 1. INTRODUÇÃO

Os procedimentos auxiliares no âmbito das licitações não são nenhuma novidade no direito brasileiro, estando, ainda que discretamente, evidenciados em diversos diplomas normativos, como a vetusta lei nº. 8.666/93, a lei do Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº. 12.462/2011) e a Lei das estatais (Lei nº. 13.303/2016).

A Nova Lei de Licitações (Lei nº. 14.133, de 01 de abril de 2021), a seu turno, apresentou uma melhor organização e ostensiva sistematização de tais ferramentas, que auxiliam, de modo decisivo, para as boas práticas de governança e concretude do princípio constitucional da eficiência.

Esse conjunto de instrumentos que auxilia as licitações e as contratações regidas pela NLL visa efetivar melhores condições para o exercício de uma boa, célere e efetiva gestão pública, ampliando a possibilidade do acesso e participação de interessados nos certames licitatórios, com o escopo de assegurar, dentre outras finalidades, a seleção da proposta de contratação mais vantajosa, que é o desiderato do procedimento licitatório.

Por conseguinte, o presente artigo visa abordar as mudanças propiciadas pelo novo arcabouço licitatório no contexto das aquisições e contratações públicas, com foco nos instrumentos auxiliares inseridos de uma forma mais bem organizada pelo texto normativo que acabou por trazer segurança jurídica na utilização desse conjunto de ferramentas, enfrentando, ainda, as características principais desses procedimentos e como o gestor público pode extrair diversas potencialidades para redução de custos, absorção de expertise da iniciativa privada e fomento à eficiência administrativa.

## 2. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA

A Carta Política de 1988 cristalizou no seu corpo alguns princípios a que se submete a Administração Pública, de modo que verdadeiros mandamentos de otimização estão expressos no *caput* do art. 37, como o da legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa, publicidade e a eficiência, este último introduzido com a Emenda Constitucional nº. 19/98.

O feixe principiológico administrativo, além de ter assento constitucional, encontra-se espalhado em diversos diplomas normativos, como, por exemplo, na Lei nº 9.784/99 e na Lei nº. 14.133/21 (NLL), máxime no tocante à reverberação do alicerce nuclear da eficiência.

Um dos deveres do Gestor Público é o de atuar (dever de agir) com eficiência, de modo que o mais moderno princípio da função administrativa está visceralmente atrelado não apenas à legalidade, mas à exigência de alcançar resultados positivos com presteza, rendimento e perfeição, entregando ao cidadão um serviço público digno e satisfatório. Nas precisas lições de Dirley da Cunha Júnior,<sup>1</sup> “a atividade administrativa deve ser desempenhada de forma rápida, para atingir os seus propósitos com celeridade e dinâmica, de modo a afastar qualquer ideia de burocracia”.

Nesse passo, como bem anota Di Pietro,<sup>2</sup> o princípio da eficiência “pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública”, de sorte que, no âm-

bito das licitações e contratos administrativos, tal essência principiológica tem relevante e decisivo impacto para a otimização da gestão pública.

Dentre outros princípios ínsitos à lei licitatória, com lastro no art. 5º da NLL, destaca-se o da eficiência,<sup>3</sup> sendo que é perceptível, na aglutinação trazida pela novel legislação, a reverberação do aludido princípio na encampação dos instrumentos auxiliares das licitações e contratações públicas.

A consolidação de procedimentos auxiliares no seio da NLL, indubitavelmente, colabora para que o gestor público possa, em harmonia com a legalidade e segurança jurídica, utilizar de tais instrumentos que dão concretude ao princípio da eficiência, haja vista que o escopo precípuo de todo aparato licitatório é justamente viabilizar serviços públicos que sejam prestados de forma adequada e satisfatória.

### 3. INSTRUMENTOS AUXILIARES NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

O advento da Nova Lei de Licitações introduziu uma sistematização acerca de procedimentos auxiliares que já existiam de forma esparsa no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo da Lei das Estatais (Lei nº. 13.303/16), a legislação sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº. 12.462/11) e na própria Lei nº. 8.666/93.

Não obstante a pretérita existência desses procedimentos auxiliares, denota-se, no novel diploma normativo, uma organização de tais instrumentos, que acaba por viabilizar ao Administrador Público um aparato dinâmico e robusto para dar maior efetividade e eficiência às mais diversas espécies de contratações públicas.

A Lei nº. 14.133/2021 (NLL), no seu artigo 78, fixou os procedimentos auxiliares, se não vejamos:

Art.78. São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei:

- I - credenciamento;
- II - pré-qualificação;
- III - procedimento de manifestação de interesse;
- IV - sistema de registro de preços;
- V - registro cadastral.

Dentro de uma perspectiva de Administração Pública dialógica, voltada para atuação com mais presteza, sem olvidar dos princípios basilares da legalidade, supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade, verifica-se que esse conjunto de instrumentos auxiliares representa mecanismos de otimização para a gestão pública, potencializando a redução de gastos e a ampliação do atendimento às demandas da população em face das necessidades dos destinatários dos serviços públicos e fomento às boas práticas nas contratações.

### 4. CREDENCIAMENTO

O credenciamento, na dicção do inciso XLIII do art. 3º, da Lei nº. 14.133/21, consiste no processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos

necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados.

Note-se, de logo, que, malgrado o chamamento público estivesse diuturnamente atrelado a um mecanismo de viabilizar os contratos por inexigibilidade, o novo diploma licitatório não estabeleceu expressamente tal comando, nada obstante seja extraído do dispositivo que haverá uma precedência do procedimento auxiliar para a futura contratação direta.

É verificado, pois, que o credenciamento não se confunde com os contratos ou pactos que serão celebrados a partir dele, tendo em vista que a lei promoveu a sua definição como procedimento auxiliar, apto à produção de futuras contratações diretas, valendo frisar, ainda, da exegese do texto posto, que o legislador pareceu alargar o seu alcance para a adoção não somente na futura contratação de serviços, mas também na contratação para fornecimento/aquisição de bens, com supedâneo no art. 79, *caput*, da NLL.

#### **4.1 CONTRATAÇÃO PARALELA E NÃO EXCLUDENTE**

O credenciamento nas hipóteses de contratação paralela e não excludente ocorrerá quando restar viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas. Tal hipótese já era tradicionalmente utilizada em sede de credenciamento, uma vez que lastreada na seleção sem exclusão de certamistas.

Vale ressaltar que, na hipótese sob análise, a fim de alcançar a máxima eficiência administrativa, o substrato da realização de tal credenciamento e futura contratação dar-se-á pela inexistência de relação de exclusão, ou seja, os interessados em celebrar contrato com a Administração Pública, uma vez preenchidos os requisitos basilares estabelecidos, poderão ser contratados.

A deflagração do credenciamento para uma posterior contratação estará atrelada ao objeto estabelecido pela Administração Pública, de tal natureza que, uma vez traçadas as balizas elementares daquilo que se pretende pagar, por exemplo, os interessados irão ser potencialmente contratados. Nesse sentido, Sidney Bittencourt<sup>4</sup> já lecionava que não há competição na hipótese em que é fixado o valor que se pretende pagar pelo objeto pretendido e a Administração convoca todos os profissionais de determinado setor, dispondo-se a contratar os que tiverem interesse e satisfaçam os requisitos estabelecidos.

Sendo assim, na hipótese de credenciamento para contratação paralela e não excludente, o pressuposto é justamente a não existência de concorrência direta e de alguma relação de exclusão. Em havendo interessados devidamente aptos à adesão aos contornos previamente traçados no edital do chamamento, todos poderão ser contratados.

#### **4.2 SELEÇÃO A CRITÉRIO DE TERCEIROS**

Para fins de otimizar os serviços, prestando-os com mais eficiência, o gestor público poderá utilizar da hipótese do credenciamento quando a escolha do fornecedor acontecer a critério do beneficiário direto da prestação.

A Administração Pública terá o papel de credenciar os prestadores interessados, mas o próprio beneficiário do serviço irá escolher o contratado. Tal situação ocorre muito no

âmbito dos credenciamentos para serviços na área de saúde, como exames laboratoriais, médicos etc.

Denota-se que a efetiva contratação do serviço partirá do próprio beneficiário direto, qual seja, o usuário do sistema, após, é claro, a existência prévia do credenciamento dos serviços postos à disposição dos usuários.

### **4.3 MERCADOS FLUIDOS**

Tal hipótese permite a utilização de credenciamento com o fito de atender à pretensão contratual referente aos chamados “mercados fluidos”, em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabilizaria a seleção de agente por meio de processo de licitação.

É perceptível um alargamento da legislação no tocante ao conceito da inviabilidade de licitação, na medida em que abarca todo procedimento cujo expediente licitatório não atenda ao interesse público, dada a sua inadequação, diante do formalismo da licitação que iria de encontro ao objetivo almejado com determinada contratação.

Nesse contexto, em situações em que a Administração se depare com vultosas flutuações de preço, como ocorrem em mercados fluidos, deverá haver uma adaptação ao regime de preços dinâmicos, a fim de que possa ter êxito em tais tipos de pactos. Os preços dinâmicos são determinados por algoritmos, baseados em inteligência artificial, que levam em consideração múltiplas variáveis para definir o melhor preço para aquele produto específico, para aquele cliente, naquele momento, o que sobressalta um grande desafio para formatação de sistemas de compras públicas.<sup>5</sup>

Por conseguinte, a questão dos preços dinâmicos, que são determinados por algoritmos, ancorados na inteligência artificial, cada vez mais presentes em todas as formas de contratação, acabam por levar a múltiplas variáveis para efeito de definição do melhor preço para aquele cliente, momento e sobre determinado objeto específico, acarretando num desafio singular na formatação de sistemas de compras públicas da atualidade.

## **5. PRÉ-QUALIFICAÇÃO**

O procedimento da pré-qualificação não é propriamente uma novidade no sistema jurídico, uma vez que a vetusta lei licitatória<sup>6</sup> de 1993 já estabelecia a possibilidade da sua utilização qualificando previamente os licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomendasse a análise mais detida da qualificação técnica dos interessados, malgrado a NLL tenha contornos que propiciem mais segurança, eficiência e perenidade.

### **5.1 PRÉ-QUALIFICAÇÃO (PERMANENTE)**

A pré-qualificação consiste no procedimento seletivo prévio à licitação, convocado por meio de edital, destinado à análise das condições de habilitação, total ou parcial, dos interessados ou do objeto, adquirindo, pois, no novo diploma das licitações um alargamento com relação ao quanto outrora disposto na lei 8.666/93 e um caráter permanente capaz de potencializar a eficiência da atividade administrativa.

O novel diploma normativo apresenta uma pré-qualificação com caráter permanente cujo procedimento técnico-administrativo visa, previamente, selecionar *licitantes* que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação ou de licitação vinculada a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos; ou selecionar *bens* que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração.

Pode-se perceber, de logo, que a possibilidade do manejo do procedimento de pré-qualificação reverencia o princípio constitucional e administrativo da eficiência, máxime no tocante às fases de verificação dos requisitos habilitatórios, julgamento e idoneidade das propostas.

É um procedimento auxiliar que pode agregar sobremaneira para a gestão pública, haja vista que seu caráter permanente viabiliza a antecipação de análise dos critérios de habilitação técnica para os mais diferentes processos licitatórios, dando concretude à eficiência administrativa. Assim, a pré-qualificação estará aberta de forma permanente para a inscrição dos interessados, podendo ser parcial ou total, contendo todos ou alguns requisitos ínsitos à habilitação para a contratação futura, sempre sendo prestigiada a isonomia com relação aos demais licitantes.

Ademais, insta registrar que a certificação proveniente do procedimento da pré-qualificação terá validade de 01 (um) ano, podendo ser atualizada a qualquer tempo, de modo que é importante frisar que a melhor exegese é a de que a certificação não poderá ser superior ao prazo de validade dos documentos apresentados dentro deste espectro temporal previsto na lei.

A pré-qualificação permanente é mais um instrumento valioso para auxiliar o aparato licitatório futuro, tendo a Administração Pública a possibilidade de produção de uma única análise das condições técnicas de eventuais fornecedores ou da qualidade dos seus objetos, reduzindo significativamente as intermináveis e sofridas verificações das avaliações técnicas dos participantes ou de bens de interesse, fomentando, indubitavelmente, a eficiência na máquina pública e mitigação dos gastos tanto para a Administração quanto para os licitantes.

## 5.2 ESPÉCIES DE PRÉ-QUALIFICAÇÃO

O comando normativo da Lei 14.133/21 estabelece que a pré-qualificação permanente poderá ser utilizada para identificar os licitantes com aptidão para a futura execução contratual ou para identificar bens que possam atender às exigências técnicas ou de qualidade fixadas pela Administração Pública, de modo que teremos de um lado a pré-qualificação subjetiva e, do outro, a pré-qualificação objetiva.

No contexto desta dicotomia detetada na nova legislação (pré-qualificação subjetiva e objetiva), é oportuno destacar que a pré-qualificação subjetiva não pode ser confundida com o Registro Cadastral, porquanto o teor do ato administrativo decisório no âmbito da pré-qualificação subjetiva resulta em documento mais substancioso com relação ao Certificado de Registro Cadastral.<sup>7</sup>

Note-se que, enquanto a pré-qualificação subjetiva poderá ocorrer por segmentos de

objetos ou grupos a serem contratados, em diferentes espécies de propósitos contratuais, tais como serviços, aquisições e/ou obras, a pré-qualificação objetiva cingirá à identificação de bens aptos para atender às pretensões da Administração Pública, com observância às exigências técnicas ou qualidade exigida.

Por fim, a pré-qualificação permanente poderá ser efetuada de forma total, se mencionar todos os requisitos exigíveis nas futuras licitações respectivas, ou parcial, na medida em que for efetivada tão somente para comprovar parte da qualificação técnica do futuro certame.

### 5.3 O PROCEDIMENTO DA PRÉ-QUALIFICAÇÃO

A pré-qualificação visa selecionar previamente licitantes que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação ou de licitação vinculada a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos, bem como para selecionar bens que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração Pública.

O procedimento de pré-qualificação será carreado por edital que terá as informações mínimas necessárias para definição do objeto, assim como a modalidade, a forma da futura licitação e os critérios de julgamento, sendo que a apresentação dos documentos será efetuada perante órgão ou comissão indicada pela Administração, que deverá examiná-los no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis e determinar correção ou reapresentação de documentos, quando for o caso, com vistas à ampliação da competição.

Nesse passo, a partir do momento em que a Administração Pública decidir pelo procedimento de pré-qualificação permanente de bens (objetiva) ou dos fornecedores licitantes (subjéctiva), deverá convocar os potenciais interessados para demonstração do cumprimento dos requisitos editalícios.

Vale lembrar que a Lei nº. 14.133/2021 ainda estabeleceu, conforme artigo 165, a possibilidade de recurso, no prazo de 03 (três) dias úteis, contado da data de intimação ou de lavratura da ata, em face de ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessado. O recurso será dirigido à autoridade que tiver praticado o ato ou proferido decisão, que, em não sendo reconsiderada, no prazo de três dias úteis, encaminhará o recurso, de forma motivada, para a autoridade superior que deverá decidir, a partir do recebimento do expediente, no prazo máximo de dez dias úteis.

Haverá a possibilidade de apresentação de contrarrazões no prazo de três dias úteis, sendo curial ainda pontuar que, em virtude da essência da pré-qualificação, a fase recursal, de certa forma, fica, do ponto de vista prático, um tanto quanto mitigada, em virtude do caráter permanente e continuamente aberto do procedimento, não sendo insito do procedimento auxiliar, em tese, um expediente de competição.

Por fim, vale reforçar que a pré-qualificação terá validade de 01 (um) ano, no máximo, podendo ser atualizada a qualquer tempo, sendo que não poderá ser superior ao prazo de validade dos documentos apresentados pelos interessados, pela própria essência e logicidade do procedimento, salientando, ademais, que os licitantes e os bens pré-qualificados serão obrigatoriamente divulgados e mantidos à disposição do público, com lastro na publi-

cidade e transparência.

## 6. PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

O Procedimento de Manifestação de Interesse reveste-se de mais um instrumento auxiliar de eficiência administrativa, uma vez que consiste em ferramenta viabilizadora de absorção de expertise do mercado pela Administração Pública quando esta, malgrado reconheça uma necessidade administrativa, não consegue, com precisão, estabelecer a definição daquilo que se pretende contratar.

A verificação de que a Administração Pública tem dificuldades para definir aquilo que se quer contratar, insta o gestor público, notadamente em situações de pluralidade de resolução das demandas ou complexidade do objeto, a promover a instauração do Procedimento de Manifestação de Interesse, com o fito de solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto, a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento.<sup>8</sup>

### 6.1 DA INEXISTÊNCIA DE DIREITO DE PREFERÊNCIA

A Administração Pública, no bojo do PMI, poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento a ser inaugurado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública.

A manifestação de interesse para que a iniciativa privada ofereça alternativas que colaborem com as demandas administrativas e a consequente oferta de soluções não franqueia ao autor do projeto, malgrado possa participar da futura licitação,<sup>9</sup> qualquer direito de preferência na contratação ulterior.

Sendo assim, a realização, pela iniciativa privada, de estudos, investigações, levantamentos e projetos em decorrência do procedimento de manifestação de interesse previsto não atribuirá ao realizador direito de preferência no posterior processo licitatório, consoante inciso I, §2º, do art. 81 da Lei nº. 14.133/2021.

### 6.2 DO FUTURO PROCESSO LICITATÓRIO E DO RESSARCIMENTO

Após a definição da pretensão administrativa, por intermédio do PMI, a Administração Pública poderá (ou não) promover o procedimento licitatório pertinente, ou seja, ultimados os trabalhos no âmbito do procedimento de manifestação de interesse, não restará obrigada a Administração a licitar e o trabalho efetivado pela iniciativa privada que depositou o projeto não representará, automaticamente, não direito ao ressarcimento pelos valores despendidos na elaboração do projeto.

A não obrigatoriedade do ulterior procedimento licitatório e ausência de ressarcimento ao autor do projeto suscitam debates, uma vez que tais diretrizes normativas podem acarretar insegurança para aqueles interessados, ante os investimentos em engendrar os levantamentos, investigações, estudos e projetos atinentes à demanda administrativa.

Ademais, vale salientar que o futuro procedimento licitatório pode ser vencido por interessados que não participaram do procedimento auxiliar prévio, de modo a ser mais uma questão a ser bem refletida por parte do Poder Público no momento da escolha por este procedimento.

É bem verdade que estes regramentos supra têm por escopo dar maior proteção ao erário, mormente pelo fato de que a Administração Pública não irá remunerar o autor do projeto, que será remunerado somente pelo vencedor da futura licitação, sendo defeso, em qualquer hipótese, cobrar valores ao poder público. No entanto, é salutar que o Poder Público reflita bem e planeje, com as cautelas e responsabilidades inerentes ao expediente, a fim de que o PMI não seja utilizado a esmo, o que poderá trazer um desestímulo para os interessados e infrutíferas licitações futuras.

### **6.3 PMI E STARTUPS**

A Lei 14.133/21, atribuindo saudavelmente, ao que parece, máxima efetividade do comando normativo constitucional, no tocante ao tratamento jurídico diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte, trouxe a possibilidade de restringir o PMI às *startups*.

O novel diploma licitatório considera, como startups, os microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte, de natureza emergente e com grande potencial, que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto, exigida, na seleção definitiva da inovação, validação prévia fundamentada em métricas objetivas, de modo a demonstrar o atendimento das necessidades da Administração.<sup>10</sup>

## **7. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS**

O sistema de registro de preços, um dos mais eficientes instrumentos auxiliares das contratações públicas, consiste num conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos à prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras, conforme inteligência do inciso XLV do art. 6º da Lei nº. 14.133/21.

Tal procedimento auxiliar já estava previsto na Lei nº. 8.666/93, embora ainda não tão utilizado por alguns entes públicos, o que compromete sobremaneira a realização de uma gestão eficiente, porquanto o sistema de registro de preços propicia um planejamento de compras e futuras contratações de forma célere, eficaz e profícuo, zelando pela economicidade, equilíbrio e eficiência administrativa.

O registro de preço era vocacionado eminentemente para as compras, de modo que a Administração Pública efetuava seus procedimentos licitatórios coletando os preços apresentados e formalizando uma ata, com o quantitativo almejado, sendo que, com lastro na atual legislação, houve a extensão do sistema de registro de preços para ser utilizado nas contratações de bens e serviços, inclusive de obras e serviços de engenharia.

É, sem dúvida, um importante instrumento para a dinâmica e eficiência administrativas, ficando os preços, após procedimento licitatório, registrados no sistema de cadastro da Administração Pública consubstanciado na ata de registro de preços, sendo que, no período de vigência da respectiva ata, haverá a possibilidade do gestor solicitar os bens e/ou serviços, quando na medida das suas necessidades.

## **7.1 DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO PARA REGISTRO DE PREÇOS**

O novel diploma normativo estabeleceu que o edital deverá dispor sobre: 1º - as especificidades da licitação e de seu objeto, inclusive a quantidade máxima de cada item que poderá ser adquirida; 2º - a quantidade mínima a ser cotada de unidades de bens ou, no caso de serviços, de unidades de medida; 3º - a possibilidade de prever preços diferentes: a) quando o objeto for realizado ou entregue em locais diferentes; b) em razão da forma e do local de acondicionamento; c) quando admitida cotação variável em razão do tamanho do lote; d) por outros motivos justificados no processo; 4º - a possibilidade de o licitante oferecer ou não proposta em quantitativo inferior ao máximo previsto no edital, obrigando-se nos limites dela; 5º - o critério de julgamento da licitação, que será o de menor preço ou o de maior desconto sobre tabela de preços praticada no mercado; 6º - as condições para alteração de preços registrados; 7º - o registro de mais de um fornecedor ou prestador de serviço, desde que aceitem cotar o objeto em preço igual ao do licitante vencedor, assegurada a preferência de contratação de acordo com a ordem de classificação; 8º - a vedação à participação do órgão ou entidade em mais de uma ata de registro de preços com o mesmo objeto no prazo de validade daquela de que já tiver participado, salvo na ocorrência de ata que tenha registrado quantitativo inferior ao máximo previsto no edital; 9º - as hipóteses de cancelamento da ata de registro de preços e suas consequências.

Ademais, vale lembrar que o sistema de registro de preços, além da sua utilização para a contratação de bens e serviços, poderá também ser utilizado para obras e serviços de engenharia, atentando-se para as seguintes condições: 1º - realização prévia de ampla pesquisa de mercado; 2º - a seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento; 3º - desenvolvimento obrigatório de rotina de controle; 4º - atualização periódica dos preços registrados; 5º - definição do período de validade do registro de preços; 6º - inclusão, em ata de registro de preços, do licitante que aceitar cotar os bens ou serviços em preços iguais aos do licitante vencedor na sequência de classificação da licitação e inclusão do licitante que mantiver sua proposta original.

## **7.2 CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DO SRP**

O sistema de registro de preços, um dos mais consagrados procedimentos auxiliares nas contratações públicas, é detentor de características próprias e específicas que foram absorvidas pela nova legislação, em face da sua sedimentação.

Uma característica marcante do SRP é a desnecessidade de dotação orçamentária prévia, uma vez que o foco imediato não é a própria contratação, mas, sim, o registro de preços para uma potencial e futura aquisição de bens e/ou serviços, de modo que o suporte orçamentário será indispensável ao tempo da efetiva contratação. Sendo assim, já se vis-

lumbra mais uma característica, qual seja, a da facultatividade da contratação, haja vista que o registro formal dos preços não significa a obrigatoriedade da aludida contratação.

Nada obstante a facultatividade da contratação, uma característica também específica do SRP é a preferência para o preço registrado em caso de futura contratação, já que, por uma certa obviedade, não seria razoável e compreensível que houvesse uma licitação para registro de preço vantajoso e outra cuja oferta final para contratação estivesse com o mesmo preço, sem que houvesse o resguardo do direito de preferência daquele fornecedor que outrora registrou o compromisso de oferta do produto/serviço, diante dos valores iguais ou menores do que aqueles verificados no novo procedimento licitatório.

É importante também registrar que a adoção ao sistema de registro de preço é facultativa, malgrado seja bastante utilizada para imprimir celeridade e eficiência administrativa, já que é um procedimento auxiliar que otimiza a gestão diante de contratações frequentes e repetitivas, conferindo maior dinâmica em face de imprecisões nas estimativas dos quantitativos de objetos e organização na demanda dos mais diferentes órgãos solicitantes.

Além disso, notam-se como características específicas a possibilidade de manejo do SRP para uma diversidade de pretensões contratuais, viabilizado pelo órgão que conduz os procedimentos (órgão gerenciador), gerando economia de escala, mitigando a burocracia e imprimindo maior eficiência na gestão pública, e, também, a existência de uma Ata de registro de preços, consistindo no documento vinculativo, com natureza obrigacional, de modo a firmar um compromisso por parte do fornecedor na entrega futura dos bens ou serviços porventura contratados, constando, pois, na aludida Ata, os preços registrados, os órgãos participantes, os fornecedores e todas as condições a serem praticadas, nos termos das especificações contidas no edital.

### **7.3 DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS**

A ata de registro de preços é documento vinculativo e obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, no qual são registrados o objeto, os preços, os fornecedores, os órgãos participantes e as condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no edital da licitação, no aviso ou instrumento de contratação direta e nas propostas apresentadas, tendo uma vigência de um ano, com possibilidade de prorrogação pelo mesmo prazo, desde que esteja comprovada a vantajosidade do seu preço.

Impende registrar a diferença acerca da vigência da ata de registro de preço e a vigência relativa ao contrato proveniente da respectiva ata, haja vista que o instrumento contratual a ser celebrado em decorrência da ata de registro de preço tem vida própria, ou seja, é autônomo e, uma vez celebrado, poderá, inclusive, ter um prazo de vigência superior ao da ata, desde que tenha sido pactuado anteriormente ao término da vigência da ata de registro de preço.

Os preços registrados poderão ser alvo de revisão em virtude das variações dos preços praticados no mercado ou de acontecimentos que dê ensejo à elevação de custos dos bens ou serviços registrados. Vale frisar que, no âmbito federal, o Decreto 7.892/13 regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15, da Lei nº 8.666/93, de modo que,

observando a autonomia dos demais entes, certamente surgirão regulamentos específicos para pormenorizar a ferramenta do SRP.<sup>11</sup>

É oportuno ressaltar, conforme elencado como uma das características do SRP, que a Administração Pública não está compelida a efetuar contratação de bens ou serviços em virtude da existência da ata de registro de preços, embora o licitante vencedor esteja obrigado a fornecer as quantidades previstas na ata pelo preço ali consignado e quando solicitadas pela Administração, podendo, de surgir, de uma ata de registro de preços, variados contratos.

Note-se que também é possível que haja nova licitação com o mesmo objeto indicado na ata de registro de preços, com a observação de que não poderá ser encampada proposta com preço superior ao registrado em ata, havendo, é claro, a preferência do anterior licitante cujo preço consta no registro da ata, caso o valor ser igual ou inferior aos novos valores do certame posterior.

## **7.4 REGISTRO DE PREÇO E ÓRGÃOS GERENCIADOR, PARTICIPANTE E NÃO PARTICIPANTE (CARONA)**

A novel legislação licitatória tratou de definir os órgãos e entidades gerenciadoras, participantes e não participantes, de modo a delimitar a respectivas atuações no procedimento.

O órgão ou entidade da Administração Pública que será responsável pela condução do conjunto de procedimentos para registro de preços e pelo gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente será o órgão ou entidade gerenciadora, ao passo que caberá ao órgão ou entidade participante a finalidade de participar dos procedimentos iniciais da contratação para registro de preços e também integrar a ata de registro de preços.

A seu turno, o órgão ou entidade não participante (chamado de “carona”) não participa dos procedimentos iniciais da licitação para registro de preços nem integra a ata de registro de preços, podendo fazer a adesão à respectiva ata, ainda que não tenha efetivamente participado, no âmbito da fase interna, do procedimento licitatório. Assim, todos os órgãos que não tenham participado da fase interna do certame são “não participantes”, registrando que a doutrina tece justificáveis críticas no tocante à expressão utilizada pelo legislador, uma vez que “a nomenclatura incorre na imprecisão de não categorizar os “não participantes” que aderem à ata daqueles que não aderem”,<sup>12</sup> olvidando-se da nomenclatura mais apropriada e consolidada na jurisprudência e doutrina, qual seja, a do “órgão aderente”.

## **7.5 SRP PARA OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA**

Há muito as discussões acerca do sistema de registro de preços para a contratação de obras não desaguavam num entendimento uniforme, ora o Superior Tribunal de Justiça, de forma vanguardista, entendendo pela possibilidade, ora as Cortes de Contas sendo mais cautelosas diante da ausência de sintonia entre a exegese da legislação mais estrita do SRP e a essência e especificidades de obras de engenharia.

Nessa esteira, o TCU tinha um entendimento no sentido de rechaçar a possibilidade

do sistema de registro de preços para obras e serviços de engenharia, conforme diversos precedentes, como Acórdãos nº. 296/2007 e, mais recentemente, 980/2018, com sua passagem ora transcrita:

O sistema de registro de preços não é aplicável à contratação de obras, pelo fato de o objeto não se enquadrar em nenhuma das hipóteses previstas no art. 3º do Decreto 7.892/2013 e também porque, na contratação de obras, não há demanda por itens isolados, pois os serviços não podem ser dissociados uns dos outros. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdãos nº 980/2018**. Relator: Marcos Bemquerer, 2 maio 2018. Brasília: TCU, 2018. Plenário).

O fato é que a NLL espancou as controvérsias com o advento do art. 85, estabelecendo expressamente a possibilidade da Administração contratar a execução de obras e serviços de engenharia pelo SRP, observados alguns requisitos, como a existência de projeto padronizado, sem complexidade técnica e operacional e a necessidade permanente ou frequente de obra ou serviço a ser contratado.

Infere-se do novo dispositivo que o legislador buscou viabilizar o SRP para as obras e serviços de engenharia com uma mitigada complexidade, quando, naturalmente, a demanda seja mais corriqueira, singela e de natureza comum, tal como a construção de moradias populares e sua manutenção, limpeza de córregos e galerias pluviais, de modo que os preços de tais obras e serviços mais simples possam estar registrados, a fim de se buscar a solução mais célere e eficiente dos expedientes administrativos.

Por conseguinte, o sistema de registro de preços para obras e serviços de engenharia contribuirá para otimizar as contratações desse jaez, desde que as demandas estejam revestidas de menor complexidade, que sejam cotidianas e sem maiores especificidades, de tal modo que possam ser padronizadas e que tenham sintonia com o escopo do SRP que é justamente viabilizar contratações em larga escala e seriadas.

## 8. REGISTRO CADASTRAL

O procedimento auxiliar do registro cadastral, também contido em legislações pretéritas, viabiliza a antecipação de documentos de habilitação para futuros certames, contribuindo para a mitigação de despesas tanto para o Poder Público como para os interessados que participarão dos mais diversos procedimentos licitatórios.

Tal procedimento auxiliar, também conhecido como cadastramento, representa uma verdadeira habilitação prévia, no sentido de antecipar, com segurança e tempestividade, documentos relativos à habilitação jurídica, qualificação econômica, regularidade fiscal, simplificando a parte burocrática ínsita aos procedimentos licitatórios, com a vantagem de que, através deste instrumento auxiliar, as empresas têm a chance de retificar a documentação apresentada sem o risco de ser defenestrada do certame.

Com o advento de muitas ferramentas tecnológicas, como o SICAF<sup>13</sup> no âmbito federal, o registro cadastral é um instrumento facilitador para o armazenamento de documentação referente aos potenciais futuros contratados, de modo que tal feixe de documentos poderá ser utilizado em diferentes procedimentos licitatórios, fomentando a eficiência administrativa e segurança jurídica.

Nesse contexto, a NLL acabou por inovar no sentido de pretender unificar os registros

cadastrais, antes pulverizadas nas mais diversas entidades federativas, desaguando no Portal Nacional de Contratações Públicas.

## **8.1 REGISTRO CADASTRAL E O PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (PNCP)**

Os órgãos e entidades da Administração Pública, conforme reza o art. 87 da NLL, deverão utilizar o sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), para efeito de cadastro unificado de licitantes, na forma disposta em regulamento.

Percebe-se, de logo, quão paradigmático é a introdução, pela novel legislação, do PNCP que, com caráter nacional, viabilizará um terreno fértil para um cadastro único de fornecedores para todos os órgãos e entidades da Administração Pública na República.

É, sem dúvida, um horizonte desafiador, na medida em que um cadastro de fornecedores único acarretará debates no âmbito da autonomia administrativa de cada ente, mas que, ao mesmo tempo, criará um ambiente de segurança jurídica, transparência, competitividade, economicidade e, sobretudo, eficiência administrativa.

Urge salientar que o sistema de registro cadastral unificado será público, com ampla divulgação e estará permanentemente aberto para que qualquer interessado possa ser credenciado. É obrigatória também a realização de chamamento público pela internet, no mínimo, anualmente, para atualização dos registros existentes e para ingresso de novos interessados, sendo oportuno frisar que o interessado poderá, a qualquer momento, ser credenciado.

Ademais, com o fito de evitar pulverizar as práticas administrativas díspares em diversos órgãos e tentando a unificação do procedimento, proibiu-se a exigência de registro cadastral complementar para acesso a edital e anexos, demonstrando a pretensão de uniformização dos expedientes.

## **8.2 REGISTRO CADASTRAL E LICITAÇÃO**

O fornecedor interessado apresentará os elementos necessários exigidos para habilitação previstos nesta Lei ao solicitar, a qualquer tempo, a sua inscrição no cadastro ou a sua atualização, salientando que, uma vez inscrito, considerada sua área de atuação, será classificado por categorias, subdivididas em grupos, segundo a qualificação técnica e econômico-financeira avaliada, de acordo com regras objetivas divulgadas em sítio eletrônico oficial.

Vale aduzir que o interessado inscrito receberá um certificado do registro cadastral, podendo ser renovado sempre que houver a atualização do cadastramento, ressaltando que o aludido registro cadastral não é obrigatório, como, aliás, já gizava a lei nº. 8.666/93, malgrado o registro seja um facilitador para a desburocratização e eficiência dos processos licitatórios.

O legislador ainda estabeleceu a possibilidade da realização de procedimento licitatório restrito aos fornecedores cadastrados, não obstante permita que os fornecedores que realizaram seu cadastro dentro do prazo fixado no instrumento convocatório possam

participar do certame.

A qualquer tempo poderá ser alterado, suspenso ou cancelado o registro de inscrito que deixar de satisfazer exigências previstas por regulamento ou na NLL, nos termos do seu §5º do art. 88.

### **8.3 REGISTRO CADASTRAL E AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO**

Um desafiador cenário foi a previsão do art. 88, §3º, no sentido de estabelecer que a atuação do contratado no cumprimento de obrigações assumidas será avaliada pelo contratante, que emitirá documento comprobatório da avaliação realizada, com menção ao seu desempenho na execução contratual.

O aludido documento comprobatório de desempenho será baseado em indicadores objetivamente definidos e aferidos, e a eventuais penalidades aplicadas, o que constará do registro cadastral em que a inscrição for realizada. Tal dispositivo já é alvo de muitas reflexões, porquanto, dado o caráter nacional do PNCP, a parametrização do controle dos mencionados registros e o legítimo direito dos interessados em contestarem as eventuais observações famigeradas em cadastro poderão acarretar em debates intensos.

## **9. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É cediço que o desiderato da Administração Pública é atender a um fim público, ou seja, às necessidades coletivas, de modo que um texto normativo de licitações e contratos administrativos tem uma importância fundamental para a atividade administrativa ser desempenhada a contento, na busca da plena satisfação das demandas sociais.

Perlustrando a Lei nº 14.133/2021, infere-se que, malgrado alguns dispositivos tenham gerado intensos e saudáveis debates em face das suas controvérsias de ordem técnico-jurídica, o legislador andou bem ao melhor sistematizar os procedimentos auxiliares das licitações e das contratações.

Infere-se, do novo diploma licitatório, uma escorreita organização dos instrumentos auxiliares, propiciando ao Gestor Público ferramentas relevantes para o cumprimento dos seus fins, com o credenciamento, a pré-qualificação, o procedimento de manifestação de interesse, o sistema de registro de preços e o registro cadastral. Um robusto e dinâmico conjunto de procedimentos auxiliares postos à disposição da Administração Pública na busca de imprimir maior efetividade e eficiência nas funções administrativas e nas diversas espécies de contratações públicas.

Destarte, os procedimentos auxiliares das licitações e dos contratos sistematizados pela Nova Lei de Licitações, não obstante os aperfeiçoamentos e detalhamentos necessários, guardam sintonia com os princípios constitucionais e administrativos, podendo-se extrair, da sua essência normativa, que tais instrumentos, quando bem utilizados, poderão gerar redução de gastos, ampliação do atendimento às demandas da população, eficiência administrativa e fomento às boas práticas de governança.

## 10. NOTAS

1. CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 48.
2. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 111.
3. No âmbito da ciência da Administração, costuma-se distinguir *eficiência e eficácia*. A *eficiência* seria o emprego de meios adequados, visando garantir a melhor utilização dos recursos disponíveis; preocupa-se, assim, com os meios, os métodos e procedimentos de trabalho adotados no âmbito interno da Administração. Já a *eficácia* consistiria no sucesso dos resultados obtidos; preocupa-se com os fins, não com os meios. CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Op. cit.**, p. 49.
4. BITTENCOURT, Sidney. **Contratando sem licitação**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 315.
5. NOBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. **A nova lei de licitações, credenciamento e e-marketplace: o turning point da inovação nas compras públicas**. 2020. Disponível em <https://www.olicitante.com.br/e-marketplace-turning-point-inovacao-compras-publicas>. Acesso em: 01 nov. 2021.
6. Art. 114. O sistema instituído nesta Lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados. Vale reforçar que o Decreto-Lei nº. 2.300/86 também gizava a possibilidade de habilitação dos interessados em procedimento prévio ao certame licitatório.
7. “Há uma carga decisória muito mais intensa na pré-qualificação do que no cadastro. O sujeito apresenta documentos para o cadastramento. O certificado de registro cadastral é emitido em favor dele para utilização em licitações futuras, nas quais haverá a decisão sobre o preenchimento dos requisitos necessários para a habilitação. Já a pré-qualificação envolve não apenas a apresentação da documentação, mas também a emissão de um ato administrativo formal no sentido de que o sujeito detém requisitos específicos de habilitação técnica”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Procedimentos auxiliares das licitações e a pré-qualificação no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público** – RBDP, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 61-97, out/dez, 2011).
8. Lei nº. 14.133/21. Art. 81. A Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento.
9. A Lei 13.303/2016 (a Lei das Estatais) já estabelecia que o autor ou financiador do projeto poderá participar da licitação para a execução do empreendimento, podendo ser ressarcido pelos custos aprovados pela empresa pública ou sociedade de economia mista caso não vença o certame quebrando, assim, um dogma presente no seio da Lei nº. 8.666/93, já que, conforme este diploma normativo defeso é a participação do autor de projeto em futura licitação.
10. Lei nº. 14.133/21. Art. 81, §4º. O procedimento previsto no caput deste artigo poderá ser restrito a startups, assim considerados os microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte, de natureza emergente e com grande potencial, que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto, exigida, na seleção definitiva da inovação, validação prévia fundamentada em métricas objetivas, de modo a demonstrar o atendimento das necessidades da Administração.
11. É sempre válido frisar que o art. 78, § 1º, da Lei nº. 14.133/2021 estabeleceu, de forma genérica, a necessidade de regulamento para os instrumentos auxiliares, prescrevendo que “os procedimentos auxiliares de que trata o caput deste artigo obedecerão a critérios claros e objetivos definidos em regulamento”, de modo que a edição de regulamento será importante para dar mais segurança jurídica aos

aludidos procedimentos.

12. TORRES, Ronny Charles L. de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 12. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2021.

13. O Sistema Unificado de Cadastramento de Fornecedores – SICAF consiste num módulo informatizado que compõe o Sistema Integrado de Administração de Serviço Gerais – Sisg, regulamentado pelo Decreto nº. 3.722, de 09 de janeiro de 2001, criado para viabilizar o cadastramento de fornecedores de materiais e serviços no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, em licitações e contratações.

## REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sidney. **Contratando sem licitação**. São Paulo: Almedina, 2016.

BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdãos nº 980/2018**. Representação. Licitação com vistas à reforma nas instalações e dependências físicas de organização militar. Utilização da modalidade de certame pregão eletrônico e do sistema de registro de preço para contratação de obras. Contrato com objeto genérico, sem a elaboração prévia de projetos e sem a especificação dos locais em que seriam executadas as reformas. Autorização para pagamento de itens de materiais ou serviços que não foram licitados. Aplicação de multa aos gestores. Relator: Marcos Bemquerer, 2 maio 2018. Brasília: TCU, 2018. Plenário

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Procedimentos auxiliares das licitações e a pré-qualificação no Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p.61-97, out/dez, 2011.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

NOBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. **A nova lei de licitações, credenciamento e e-marketplace: o turning point da inovação nas compras públicas**. 2020. Disponível em: <https://www.olicitante.com.br/e-marketplace-turning-point-inovacao-compras-publicas>. Acesso em: 01 nov. 2020.

TORRES, Ronny Charles L. de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 12. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2021.

Recebido em: 22/11/2021

Aceito em: 30/11/2021

# INSTRUMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO DA EQUIDADE APLICADOS NO ORDENAMENTO TERRITORIAL À LUZ DO DIREITO PORTUGUÊS E DO DIREITO BRASILEIRO

*Instruments for Achieving Equity Applied in the Light of Portuguese Law and of Brazilian Law Territorial Planning*

**Tânia M. Calcagno Vaz Vellasco Pereira**

Mestra em Direito Público. Pós-graduada em Direito Público. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil. Especialização em Facilitação de Diálogo. Especialização em Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente pelo CEDOUA da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra- PT. Procuradora Municipal, lotada na Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Urbano de Cabo Frio (RJ, Brasil).

## Resumo

O presente artigo apresenta os instrumentos de concretização da equidade no ordenamento territorial português e brasileiro. A pesquisa é feita centrando sua análise na legislação desses dois países, que apesar de possuírem um ordenamento jurídico com traços particulares aponta instrumentos jurídicos que possibilitam concretizar de forma mais justa o uso e a ocupação do solo em virtude de planos de ordenamento territorial.

**Palavras-chave:** Equidade. Ordenamento territorial. Instrumentos. Lei. Portugal. Brasil.

## Abstract

This article analyzes the instruments for achieving equity in Portuguese and Brazilian territorial planning. The research is done focusing its analysis on the legislation of these two countries, which despite having a legal system with particular features, points out legal instruments that make it possible to achieve a more just use and occupation of land due to territorial planning plans.

**Keywords:** Equity. Land use planning. Instruments. Law. Portugal. Brazil.

## Sumário

1. Introdução; 2. Instrumentos de concretização da equidade no uso e na ocupação do solo; 2.1 Instrumentos na legislação do Direito Português; 2.2 Instrumentos na legislação do Direito Brasileiro; 3. Conclusão; 4. Notas; Referências

## 1. INTRODUÇÃO

Pressupõe a toda discussão que tenha como tema central a forma justa de uso e ocupação do solo em virtude de planos de ordenamento territorial o conhecimento do Estado que se vive, para, assim, conhecer os limites do Estado e do cidadão.

No presente trabalho é necessário a exata compreensão que se está diante de um Estado Democrático de Direito, pois é a forma que os dois países, Portugal e Brasil, se constituem.

Portanto, em ambos os países não só a legalidade deve ser observada, mas também a juridicidade, devendo cada ato, tanto do Estado como do cidadão, estar em consonância com a lei e com os princípios que fundamentam a base de todo raciocínio que antecederam a elaboração da própria lei e continuam a dar suporte interpretativo ao ordenamento legal.

Inserem-se nesse ordenamento legal comandos normativos respectivo ao ordenamento territorial, que traz o espaço urbano, como nos ensina o ilustre professor Doutor Fernando Alves Correa,<sup>1</sup> como espaço onde deverão coexistir a adequada localização de atividades e produtos juntamente com instrumento de correção dos desequilíbrios.

O ilustre professor supracitado acrescenta ainda que os instrumentos de correção e equilíbrio devem ser capazes de efetivar a resolução dos problemas oriundos das cidades e da expansão demográfica.

Cada espaço urbano, palco onde indivíduo e Estado desenvolverão suas atividades e exercerão suas funções, apresenta para a Administração Pública singularidades e particularidades que precisam ser observadas e compreendidas de forma a afastar qualquer desigualdade que se apresente, eis que em um Estado Democrático de Direito a igualdade é princípio estruturante do próprio Estado, é princípio que vincula o Poder Público e o cidadão participante.

Ressalta-se que o ordenamento territorial, dentro do Estado Democrático de Direito, tem como colaborador o cidadão, que contribui para a eficiência da Administração Pública participando da própria elaboração do plano de ordenamento territorial, tornando as decisões melhores aceitas, pois é com sua participação efetiva que o diagnóstico das cidades se faz real, é com sua participação efetiva que a igualdade material se torna possível, razão do termo cidadão participante.

Como já dito, a igualdade é princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, é inerente ao sistema constitucional global que não só reconhece e assegura direitos ao ser humano, mas que reconhece e assegura que esses direitos sejam efetivados em uma sociedade mais justa e com mais oportunidades de forma isonômica.

É no texto constitucional que o princípio da igualdade está ancorado, é da Carta Magna que ele se espraia no ordenamento legal, de forma a impulsionar o legislador pátrio a inseri-lo no ordenamento infraconstitucional, adequando leis, objetivando a igualdade formal e criando mecanismos, ferramentas e instrumentos capazes de tornar a igualdade material exequível.

Na esteira desse raciocínio o princípio da igualdade há que ser observado na elaboração de planos que estabeleçam regras que respeitem ao uso e à ocupação do solo nos planos municipais de ordenamento do território, já que o plano, por si, proporciona resultados desiguais para as pessoas quando classifica e qualifica o solo.

O professor Doutor Fernando Alves Correa<sup>2</sup> procura mensurar a extensão da relevância do princípio da igualdade nos planos sustentando em sua doutrina que são três as suas dimensões apresentadas nessa oportunidade em parágrafos aqui distintos.

A primeira dimensão é constituída pelo princípio imanente ao plano ou princípio da proibição do arbítrio, ou seja, se ele é instrumento simultâneo de aplicação e criação de direito, além de conter medidas objetivas deve privilegiar a razoabilidade quando houver medidas que prescrevam um tratamento diferente entre os proprietários do solo.

A segunda dimensão da relevância do princípio da igualdade nos planos de acordo com a doutrina do ilustre professor aqui citado refere-se ao princípio da igualdade transcendente ao plano que apresenta dupla incidência, ou seja, o princípio da igualdade perante os encargos públicos e o princípio da igualdade perante chances ou oportunidades urbanísticas.

Antes de adentrar especificamente na dupla incidência do princípio da igualdade transcendente ao plano é de bom alvitre trazer a lume a distinção fundamental entre programa e plano, pois a partir dessa distinção emergem vinculações distintas com reflexos para os direitos subjetivos.

Os programas devem ser compreendidos como um instrumento de orientação, uma diretiva que vincula apenas as entidades, apenas os órgãos estatais, portanto não há direito subjetivo a ser arguido, não sendo objeto de estudo do presente artigo.

Quanto aos planos, a compreensão aqui é que são instrumentos de afetação do solo, consagram uma finalidade para determinado solo, fazendo incidir sobre o cidadão desigualdades entre si quanto ao uso e ocupação do solo, além de servir de parâmetro de validade dos atos administrativos e da própria legislação vigente.

Ainda quanto aos planos, o Tribunal Constitucional do Brasil, o Supremo Tribunal Federal, decidiu em tese de repercussão geral no Recurso Extraordinário - RE 607940 que, *in verbis*: “Os municípios com mais de vinte mil habitantes e o Distrito Federal podem legislar sobre programas específicos de ordenamento do espaço urbano por meio de leis que sejam compatíveis com as diretrizes fixadas no plano diretor. (grifo nosso)

Como instrumento de afetação do solo, uma dessas desigualdades trazidas pelos planos acontece perante os encargos públicos, uma das incidências do princípio da igualdade citada no parágrafo supra, que diante da falta de instrumentos de compensação pode atrair o pagamento de indenização em virtude de expropriação do plano, denominada expropriação de sacrifício, denominação usada em Portugal e desapropriação no ordenamento jurídico brasileiro.

Tanto a expropriação de sacrifício, em Portugal, quanto a desapropriação, no Brasil,

deve ser feita considerando o caso concreto restando claro que determinado cidadão tem seu direito de propriedade atingido quanto ao *jus utendi*, ou seja, quanto ao seu direito de uso, e onde resta claro que a utilidade da propriedade para aquele cidadão perante os demais é desigual.

Ainda sobre o princípio da igualdade dos planos, agora sobre a incidência perante chances ou oportunidades urbanísticas, ressalta-se que, como o plano classifica e qualifica o solo observando as opções, que a despeito de serem acompanhadas com relatórios que os fundamentam, como prescrito do nº 2 do art. 91 da Constituição da República Portuguesa,<sup>3</sup> esta classificação e qualificação não é uniforme para todo o território.

Da não uniformidade da classificação e qualificação do solo surge para o legislador a obrigação de fazer inserir no arcabouço legal mecanismos ou instrumentos com a finalidade de corrigir as desigualdades de tratamento entre os proprietários quanto ao uso e ocupação do solo.

A regra encontrada no ordenamento legal constitucional português e brasileiro para a intervenção do Estado na propriedade é a indenização, como previsto no nº 2 do art. 62 da Constituição portuguesa<sup>4</sup> e no inciso XXIV do art. 5º da Constituição brasileira,<sup>5</sup> que além de positivar o direito a indenização, traz o dever de indenização prévia, ou seja, o Estado deve antes de imitir-se na posse efetuar o pagamento da justa indenização, que tem como base o valor de mercado do imóvel.

São muitos os desafios da Administração Pública ao ordenar o território e dentre esses desafios está o dever do Estado de superar as desigualdades quanto ao uso e a ocupação do solo diante de planos urbanísticos.

Corrigir as desigualdades considerando o caráter supletivo da indenização entre os proprietários ou entre titulares de outros direitos reais diante de medidas e intensidades de utilização do solo determinados em planos é fato a ser ultrapassado pelos Estados através de mecanismos e instrumentos que possam superar esse desafio.

São esses instrumentos usados em Portugal e no Brasil que o trabalho pretende apresentar.

## **2. INSTRUMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO DA EQUIDADE NO USO E NA OCUPAÇÃO DO SOLO**

### **2.1 INSTRUMENTOS NA LEGISLAÇÃO DO DIREITO PORTUGUÊS**

A Constituição portuguesa no nº um do art. 62<sup>6</sup> assegura o direito de propriedade privada e consagra o princípio da igualdade no art. 13,<sup>7</sup> determinando que ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever, fazendo incidir sobre o cidadão e a Administração o comando constitucional.

Sob o comando constitucional que respeita a propriedade privada e consagra o princípio da igualdade a Administração Pública tem o poder dever de ordenar o território através de planos urbanísticos, devendo estes planos observância a legislação infraconstitucional que os impõe a obrigação de prever mecanismos para anular ou atenuar as desigualdades

por eles introduzidas.

A legislação portuguesa infraconstitucional que cumpre esse papel são duas aqui abordadas, a primeira, LEI DE BASES GERAIS DA POLÍTICA PÚBLICA DE SOLOS, DE ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO E DE URBANISMO – LBOTU, Lei n. 31/2014, de 30 de maio e o REGIME JURÍDICO DOS INSTRUMENTOS DE GESTÃO TERRITORIAL - RJIGT, Lei n. 80/2015, de 14 de maio.

A primeira lei, LBOTU,<sup>8</sup> estabelece as bases gerais da política pública de solos, de ordenação do território e do urbanismo e determina em seu art. 5º o direito a um ordenamento territorial proporcional e equilibrado que respeita direitos legalmente protegidos, inaugurando na legislação infraconstitucional portuguesa a igualdade dos indivíduos perante a execução dos planos urbanísticos.

Quanto a segunda lei, RJIGT, dentro do tema proposto pelo presente artigo, estabelece normas à concretização de mecanismos de compensação entre proprietários afetados pela execução dos planos e reconduz ao sistema legal, através do art. 176,<sup>9</sup> o princípio da igualdade dos indivíduos perante a execução dos planos urbanísticos trazendo a previsão nos planos de instrumentos de compensação como um dever e não uma opção.

Este mesmo artigo traz de fora da ciência do direito um instrumento que tem o objetivo de materializar essa compensação, de corrigir as desigualdades introduzidas pelos planos denominados perequação, que pode incidir diretamente sobre caso específico ou indireto, que pode se dar através de taxas urbanísticas.

A etimologia da palavra perequação vem do latim *peraequatione*, conformidade perfeita, é o ato de atribuir uma coisa igualmente a muitas pessoas, incumbência do Estado que tem o princípio da igualdade como norte a se guiar em todas as relações, obrigações e deveres, e *in casu*, ao ordenar o território, o que requer uma abordagem do nº 1 do art. 176-RJIGT<sup>10</sup> e do nº 3 do art. 64 da Lei 31/2014 – LBOTU.

O nº 1 do art. 176 da Lei 380/2015 – RJIGT, restringe a perequação às unidades de execução e no nº 3 do art. 64 da Lei 31/2015<sup>11</sup> – LBOTU, a redistribuição de benefícios e encargos toma por referência unidades operativas de planejamento e gestão, bem como unidades de execução. O nº 4 do art. 64 da Lei 31/2015<sup>12</sup> ainda determina que a redistribuição de benefícios e encargos se aplica a todas as operações urbanísticas sistemáticas e não sistemáticas que ocorram no território em causa.

Da leitura dos normativos citados advém a indagação de qual área deve ser aplicada a perequação, merecendo ser trazido o entendimento da Prof. Doutora Fernanda Paula Oliveira,<sup>13</sup> que afirma que a perequação pode referir-se (i) à totalidade do território municipal e (ii) à totalidade de um aglomerado urbano. Afirma, ainda que (iii) poderá ser dividido o aglomerado urbano e cada unidade de execução.

O entendimento da professora aqui citada vem ao encontro dos objetivos da perequação elencados no nº 2 do art. 176<sup>14</sup> observando a própria *ratio* da perequação urbanística, que tem como objetivo primeiro e imediato garantir a igualdade de tratamento relativamente a benefícios e encargos decorrentes de plano territorial, independente se numa unidade de

execução, se na totalidade de um aglomerado urbano ou se em todo território, mas caracterizada a desigualdade deve a compensação acontecer.

Há na legislação portuguesa, no art. 177 do RJIGT,<sup>15</sup> a previsão de mecanismos de perequação que obedecem a discricionariedade na determinação e conformação destes mecanismos, podendo ser utilizados tanto os mecanismos previstos expressamente como outros, isolada ou articuladamente.

A legislação portuguesa não enumera de forma exaustiva, *numerus clausus*, mecanismos de perequação, não impõe a aplicação de determinado mecanismo, ao contrário, vê-se amplo espaço de discricionariedade ao município, seja para a escolha do mecanismo, seja para criação de outros, porém, o mecanismo escolhido há que cumprir os objetivos identificados no art. 176º do RJIGT.<sup>16</sup>

Importante ressaltar que o mecanismo deverá também proceder com a adequação à sua realidade, ou seja, o município deverá lançar mão de instrumento adequado a sua realidade como foi o caso no Plano de Pormenor de Salvaguarda no Núcleo Pombalino de Vila Real de Santo António,<sup>17</sup> onde foi previsto uma Zona Envolvente onde se estipulou a obrigatoriedade de construção de edifícios de quatro andares, de forma que aquele núcleo ganhasse realce.

A perequação não tem o condão de uniformizar o solo, mas redistribuir as desigualdades introduzidas por planos, bem como de evitar tensões sociais, razão da existência da discricionariedade para a escolha do mecanismo ante as necessidades e particularidades locais e regionais encontradas em causa, mas limitada aos objetivos da própria perequação.

## 2.2 INSTRUMENTOS NA LEGISLAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição Federal do Brasil no art. 5º caput e no inciso XXII<sup>18</sup> assegura o direito de propriedade privada, consagra o princípio da igualdade e positiva nos artigos 182 e 183<sup>19</sup> a política urbana, que é regulamentada pela Lei Federal 10.257/2001, de 10 de julho, conhecido como Estatuto da Cidade.

A Carta Política determina ainda que o instrumento da política de desenvolvimento e de expansão urbana é o plano diretor, lei que deve ser aprovada pela Câmara Municipal e obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes.

Ressalta-se que a determinação obrigatória de elaboração do plano diretor para cidades com mais de vinte mil habitantes não desobriga cidades menores do dever de ter normas de planejamento urbano, devendo essas normas de cunho urbanístico constar na lei orgânica<sup>20</sup> de cada cidade, pois por preceito constitucional<sup>21</sup> o ente municipal é o competente para planejar o ordenar seu território.

Mas é no inciso IX do art. 2º Estatuto da Cidade<sup>22</sup> que emerge como diretriz geral da política urbana, que é introduzida nas cidades através do plano diretor a justiça nos benefícios e ônus que, como bem ensina o mestre José dos Santos Carvalho Filho<sup>23</sup> deve revestir-se de equilíbrio quanto às propostas de uso e ocupação da cidade, sendo razoável e proporcional atribuir ônus e distribuir benefícios para alguns setores, observada sempre a

equanimidade entre o Poder Público e o setor privado.

No art. 4º da Lei supra<sup>24</sup> citada tem-se os instrumentos de política urbana a serem utilizados pelo Poder Público e pelo cidadão objetivando a concretização das diretrizes gerais, notadamente quanto a justa distribuição de encargos e benefícios.

Embora a relação apresentada no art. 4º seja extensa, objetivando o legislador a tipificação de toda e qualquer hipótese que alcance no campo fático questões ligadas ao uso e ocupação do solo, sabe-se que se trata de tarefa impossível ante a dinamicidade das cidades, devendo a interpretação ser de relação não exaustiva, sendo, portanto, *numerus apertus*.

Tal interpretação respeita a autonomia municipal legada pelo constituinte originário,<sup>25</sup> que tem seu limite nas normas gerais de observância obrigatória por todos os entes, por conseguinte tem-se a particularidade de cada cidade observada e respeitada.

O elenco descrito no art. 4º distribui os instrumentos que a Administração Pública pode se utilizar para alcançar uma justa ocupação do solo em virtude de planos urbanísticos partindo de uma abrangência referente a competência do ente, para após distribuí-los em áreas distintas para aplicação dos instrumentos.

No que tange a tributário e financeiro verifica-se como instrumento o incentivo e benefício fiscal, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU e a contribuição de melhoria; como instituto jurídico político tem-se a servidão administrativa, a limitação administrativa, o tombamento, a instituição de zonas especiais de interesse social, a outorga onerosa do direito de construir, a transferência do direito de construir, as operações urbanas consorciadas, o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, além dos demais instrumentos elencados nas alíneas do inciso V do art. 4º.

Frisa-se, acerca da possibilidade do ente subnacional, notadamente o ente municipal, à luz do princípio federativo e da autonomia constitucional que lhe é legada, poder criar outro mecanismo que supra ou pelo menos mitigue a desigualdade encontrada no uso do solo das cidades em virtude de planos diretores, pois como dito alhures, o rol do artigo supracitado não deve ser considerado exaustivo.

Ressalta-se que em 2015, privilegiando o princípio do federalismo cooperativo, foi promulgada a Lei Federal 13.089/2015, de 13 de janeiro, que instituiu o Estatuto da Metrópole, lei que estabelece diretrizes gerais para o planejamento, a gestão e a execução das funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas e em regiões urbanas instituídas pelos Estados da Federação brasileira.

Essa lei traz vários conceitos e em especial explicita o que seja função pública de interesse comum em seu inciso II do art. 2º,<sup>26</sup> inserindo no ordenamento legal o dever de cooperação e de ação coordenada quando uma política pública ou ação se torne inviável por parte de um município, isoladamente, ou cause impacto em municípios limítrofes.

Além dos novos conceitos essa lei altera o Estatuto da Cidade e acrescenta o art. 34-A<sup>27</sup> permitindo operações consorciadas interfederativas, pois o objetivo é propiciar meios de

melhor execução de políticas públicas sem efeito que cause impacto negativo entre cidades.

Dessa forma, o ordenamento legal brasileiro no que tange a norma infraconstitucional geral de ordenamento do território tem o Estatuto da Cidade e o Estatuto da Metrópole como atos normativos a serem observados.

A legislação infraconstitucional – Lei 10.257/2000 e 13.089/2015, deve ser, portanto, observada, pois em consonância com a Constituição Federal de 1988 quanto a política urbana que dispõem de instrumentos, de forma não exaustiva como já dito, para que os planos urbanísticos possam ser implantados nas cidades, em aglomerações urbanas,<sup>28</sup> em regiões metropolitanas,<sup>29</sup> e em áreas metropolitanas,<sup>30</sup> conforme conceito nos incisos I, VII e VIII do art. 2º Lei 13.089/15, aptos a enfrentar, superar e corrigir desigualdades no uso e na ocupação do solo.

Por derradeiro, frisa-se que, em que pese todo o arcabouço legal pátrio que coloca à disposição do gestor instrumentos aptos a promover a igualdade no uso do solo, independente se em um município específico ou em uma região metropolitana, procedimentos a priori e durante o processo de escolha devem ser observados e respeitados.

O primeiro procedimento a ser observado é o prestígio aos trabalhos dos técnicos, que nas palavras de Marcelo Lopes de Sousa<sup>31</sup> é constantemente desprestigiado, não tendo suas recomendações levadas a sério e nem sequer ouvidas como acontece na maioria dos ambientes das administrações públicas municipais.

O segundo, nas palavras do mestre José Afonso da Silva,<sup>32</sup> é a participação da sociedade no processo de elaboração, de escolha e de controle do cidadão sobre o planejamento da cidade, legitimando os instrumentos de forma a torná-los aceitável, exequível e viável.

### 3. CONCLUSÃO

Sem a pretensão de exaurir o tema, eis que inserido em temática urbana, complexa e extensa por si só, é apresentado no presente artigo instrumentos aptos a proporcionar a concretização da equidade em virtude de planos no ordenamento territorial português e brasileiro fundamentado na legislação de dois países de continente diverso e cultura diferente, mas com objetivo único quanto ao uso equânime do solo.

Percebe-se que o legislador de ambos os países se preocupou em inserir em sua legislação infraconstitucional instrumentos com objetivo de compensar alguma desigualdade suportada pelo cidadão introduzida pelos planos urbanísticos.

Percebe-se que em ambos os países o ordenamento do solo está positivado como um dever da Administração Pública, e um direito do cidadão a ter um ordenamento de forma que a cidade se apresente de forma isonômica para todos.

Percebe-se também que a Administração Pública de ambos os países conta com espaço de discricionariedade para escolha e para criar outros mecanismos com uma condicionante, qual seja, que o instrumento escolhido ou criado alcance as diferenças percebidas no uso e na ocupação do solo, sejam elas jurídicas, sociais ou econômicas.

De tudo que foi referido vê-se que o *nomem iuris* do instrumento usado para compensar desigualdades advindas de planos de ordenamento territorial não tem relevância quando direitos reconhecidos pela ordem constitucional são devidamente tutelados, sendo esses direitos materializados por instrumentos que possibilitam a forma mais justa do uso e ocupação do solo nas cidades.

## 4. NOTAS

1. CORREA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. v. I. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 73.

2. CORREA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. v. I. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 730.

3. “2 – As propostas de lei das grandes opções são acompanhadas de relatórios que as fundamentam.”

4. “1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição”

5. “XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;”

6. “1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição”.

7. 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, provado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, situação econômica, condição social ou orientação sexual;”

8. “Art. 5º Direito ao ordenamento do território

Todos têm o direito a um ordenamento do território nacional, proporcional e equilibrado, de modo a que a prossecução do interesse público em matéria de solos, ordenamento do território e urbanismo, se faça no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos.”

9. “Artigo 176º Objetivos

1 – Os planos territoriais garantem a justa repartição dos benefícios e encargos e a redistribuição das mais-valias fundiárias entre os diversos proprietários, a concretizar nas unidades de execução, devendo prever mecanismos diretos ou indiretos de perequação.

10. “Artigo 176º Objetivos

1 – Os planos territoriais garantem a justa repartição dos benefícios e encargos e a redistribuição das mais-valias fundiárias entre os diversos proprietários, a concretizar nas unidades de execução, devendo prever mecanismos diretos ou indiretos de perequação.

11. “3 - A redistribuição de benefícios e encargos a efetivar no âmbito dos planos territoriais de âmbito intermunicipal ou municipal toma por referência unidades operativas de planeamento e gestão, bem como unidades de execução, considerando a globalidade de território por eles abrangida.

12. “4 - A redistribuição de benefícios e encargos a efetivar nos termos do número anterior, aplica-se a todas as operações urbanísticas sistemáticas e não sistemáticas que ocorram no território em causa, concretizando a afetação das mais-valias decorrentes do plano ou de ato administrativo.”

13. OLIVEIRA, Fernanda Paula. **Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial. Decreto-Lei nº 80/2015, de 14 de maio, Comentado.** Coimbra: Almedina, 2015. p. 42.

14. 2 – A redistribuição de benefícios e encargos a prever nos planos territoriais deve ter em consideração os seguintes objetivos: a) A garantia da igualdade de tratamento relativamente a benefícios e encargos decorrentes de plano territorial de âmbito intermunicipal ou municipal; b) A obtenção pelos municípios de meios financeiros adicionais para o financiamento da reabilitação urbana, da sustentabilidade dos ecossistemas e para garantia da prestação de serviços ambientais; c) A disponibilização de terrenos e de edifícios ao município, para a construção ou ampliação de infraestruturas, de equipamentos coletivos e de espaços verdes e outros espaços de utilização coletiva; d) A supressão de terrenos expetantes e da especulação imobiliária; e) A correção dos desequilíbrios do mercado urbanístico; f) A promoção do mercado de arrendamento por via da criação de uma bolsa de oferta de base municipal; g) A realização das infraestruturas urbanísticas e de equipamentos coletivos em zonas carenciadas.

15. “1 - Os municípios podem utilizar, designadamente, os seguintes mecanismos de perequação: a) Estabelecimento da edificabilidade média do plano; b) Estabelecimento de uma área de cedência média; c) Repartição dos custos de urbanização.”

16. Idem 9

17. Crf.Aviso nº 29326/2008, publicado no Diário da República, 2º Série, nº 239, de 11 de agosto de 2008.

18. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, em termos seguintes: [...] XXII - é garantido o direito de propriedade;”

19. Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. §1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. §2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. §3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. §4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

20. “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...]”

21. Art. 30. Compete aos Municípios: [...] VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

22. Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da

cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: [...] IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;

23. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 39.

24. “Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

I – planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; II – planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões; III – planejamento municipal, em especial: a) plano diretor; b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; c) zoneamento ambiental; d) plano plurianual; e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual; f) gestão orçamentária participativa; g) planos, programas e projetos setoriais; h) planos de desenvolvimento econômico e social; IV – institutos tributários e financeiros: a) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU; b) contribuição de melhoria; c) incentivos e benefícios fiscais e financeiros; V – institutos jurídicos e políticos; a) desapropriação; b) servidão administrativa; c) limitações administrativas; d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano; e) instituição de unidades de conservação; f) instituição de zonas especiais de interesse social; g) concessão de direito real de uso; h) concessão de uso especial para fins de moradia; i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; j) usucapião especial de imóvel urbano; l) direito de superfície; m) direito de preempção; n) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso; o) transferência do direito de construir; p) operações urbanas consorciadas; q) regularização fundiária; r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos; s) referendo popular e plebiscito; t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária; u) legitimação de posse. VI – estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).”

25. Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; (...) VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

26. II – função pública de interesse comum: política pública ou ação nela inserida cuja realização por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofes;

27. Art. 34-A. Nas regiões metropolitanas ou nas aglomerações urbanas instituídas por lei complementar estadual, poderão ser realizadas operações urbanas consorciadas interfederativas, aprovadas por leis estaduais específicas. Parágrafo único. As disposições dos arts. 32 a 34 desta Lei aplicam-se às operações urbanas consorciadas interfederativas previstas no **caput** deste artigo, no que couber.

28. I – aglomeração urbana: unidade territorial urbana constituída pelo agrupamento de 2 (dois) ou mais Municípios limítrofes, caracterizada por complementaridade funcional e integração das dinâmicas geográficas, ambientais, políticas e socioeconômicas;

29. VII - região metropolitana: unidade regional instituída pelos Estados, mediante lei complementar, constituída por agrupamento de Municípios limítrofes para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum;

30. VIII - área metropolitana: representação da expansão contínua da malha urbana da metrópole, conurbada pela integração dos sistemas viários, abrangendo, especialmente, áreas habitacionais, de serviços e industriais com a presença de deslocamentos pendulares no território;

31. SOUZA, Marcelo Lopes. **Mudar a Cidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2004. p. 532.

32. SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 136.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: outorgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei Federal n. 10.257, de 10 de julho de 2001**. Vigência Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Estatuto da Cidade. Brasília, DF: Presidência da República, 2001.

BRASIL. **Lei Federal n. 13.089, de 12 de janeiro de 2015**. Institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário – RE 607940/DF**. Relator: Min. Teori Zavascki, 29 de outubro de 2015. Tribunal Pleno. Brasília: STF, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

CORREA, Fernando Alves. A nova Lei de bases gerais da política, de ordenamento do território e de urbanismo: Alguns Princípios Fundamentais. **Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente (CEDOUA)**, Coimbra, v. 17, n. 34. p. 9-21, 2º sem. 2014.

CORREA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. v. I. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CORREA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. v. II. Coimbra: Almedina, 2010.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. **Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial. Decreto-Lei nº 80/2015, de 14 de maio, Comentado**. Coimbra: Almedina, 2015.

PEREQUAÇÃO. In: DICIONÁRIO infopédia da Língua Portuguesa [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2021. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/perequacao>. Acesso em: 27 fev. 2021.

PORTUGAL. **Constituição Da República Portuguesa**: aprovada em 25 de Abril de 1974.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 80/2015, de 14 de maio de 2015**. Aprova a revisão do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de setembro. Lisboa: Presidência da República, 2015.

PORTUGAL. **Lei nº 31, de 30 de maio de 2014**. Lei de bases gerais da política pública de solos, de ordenamento do território e de urbanismo. Lisboa: Presidência da República, 2014.

SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA, Marcelo Lopes. **Mudar a Cidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2004.

Recebido em: 18/11/2021

Aceito em: 06/12/2021

# OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS COMO FORMA DE VIABILIZAR O ACESSO À JUSTIÇA: UM OLHAR SOBRE O OBJETIVO 16 DA AGENDA 2030 DA ONU

*The Contract Procedure as a Way to Enable the Access to Justice: a Look at the Objective 16 of the un 2030 Agenda*

## Isabelle Almeida Vieira

Mestranda em Direito, na área de concentração Teoria Geral da Jurisdição e Processo, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Bolsista integral CNPq. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Advogada (RS, Brasil).

## Pedro Ricardo Lucietto Piccinini

Mestre em Direito, na área de concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Bolsista CAPES. Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Advogado (RS, Brasil).

## Resumo

O presente estudo tem por objetivo analisar os negócios jurídicos processuais, instituto regulado no artigo 190, do Código de Processo Civil, como uma terceira via de acesso à justiça, considerando se tratar de um instrumento processual adequado à efetiva tutela dos direitos dos jurisdicionados, o qual contribui para o acesso a uma ordem jurídica justa. Diante desse contexto, contata-se que os negócios jurídicos processuais concorrem para a promoção do desenvolvimento sustentável almejado pela Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), levando em conta que o objetivo (ODS) 16, consistente na "Paz, Justiça e Instituições Eficazes", busca proporcionar o acesso à justiça para todos. Por fim, vislumbra-se que essa conclusão inclusive pôde ser observada empiricamente de forma nítida durante o período da pandemia da COVID-19, momento em que a negociação processual se mostrou essencial para garantir o acesso à justiça.

**Palavras-chave:** Negócios jurídicos processuais. Acesso à justiça. Agenda 2030. Sustentabilidade.

## Abstract

The present study aims to analyze the contract procedure, institute regulated in article 190, of the Civil Procedure Code, as a third way of access to justice, considering that it is a procedural instrument adequate to the effective protection of the rights of the jurisdicted, which contributes to access a fair legal order. In view of this context, it can be seen that contract procedure contributes to the promotion of sustainable development envisaged by the 2030 Agenda of the United Nations (UN), taking into account that the objective 16, consisting of "Peace, Justice and Effective Institutions", seeks to provide access to justice for all. Finally, it appears that this conclusion could even be observed empirically in a clear way during the pandemic period of COVID-19, a time when contract procedure proved to be essential to guarantee access to justice.

**Keywords:** Contract procedure. Access to justice. 2030 Agenda. Sustainability.

## Sumário

1. Introdução; 2. Os negócios jurídicos processuais como forma de viabilizar o acesso à justiça; 3. O objetivo 16 da agenda 2030 da ONU: paz, justiça e instituições eficazes; 4. As dificuldades do acesso à justiça na pandemia da COVID-19 e a relevância dos negócios jurídicos processuais; 5. Considerações finais; 6. Notas; Referências

## 1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 inovou ao disciplinar no seu artigo 190 os negócios jurídicos processuais, trazendo uma cláusula geral de negociação processual que permite às partes estipularem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. O referido instituto foi criado com o objetivo de proporcionar uma adequada tutela ao direito das partes, considerando o aumento dos conflitos levados ao Poder Judiciário, bem como as mudanças acerca das necessidades dos litigantes em relação ao direito material.

Nesse cenário, procura-se demonstrar que a negociação processual pode ser compreendida como uma “terceira via” de acesso à justiça, levando em conta a inadequação do processo estatal (em decorrência da crise do Poder Judiciário), bem como que os meios alternativos de solução de conflitos (arbitragem, mediação e conciliação) também não atendem satisfatoriamente a todos os anseios dos indivíduos, seja pelos seus altos custos, seja porque não são cabíveis para todos os tipos de litígio.

Para a elaboração do presente estudo, utilizou-se o conceito de acesso à justiça como acesso a uma ordem jurídica justa, o qual suscita que seja entendido de forma mais ampla do que o simples acesso ao Poder Judiciário, pressupondo tutela adequada que solucione o conflito e conduza à pacificação social. Essa concepção de acesso a uma ordem jurídica justa depende de fatores diversos, como, por exemplo, por meio da adequação dos instrumentos processuais à efetiva tutela dos direitos dos jurisdicionados, na qual se encaixa os negócios jurídicos processuais.

A preocupação com o acesso à justiça para todos é uma das pautas presentes na Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), conforme se depreende do objetivo (ODS) 16, o qual trata da “Paz, Justiça e Instituições Eficazes” e consiste em “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”.

Nesse contexto, busca-se, com o presente trabalho, demonstrar que os negócios jurídicos processuais, por meio da adaptação do processo, dizem respeito a um instrumento essencial para permitir o acesso à justiça e a pacificação social, estando em consonância com o desenvolvimento sustentável que é buscado pela Agenda 2030 da ONU, considerando que o desenvolvimento sustentável não pode ser levado a cabo sem paz e segurança, bem como que a paz e a segurança estarão em risco sem o desenvolvimento sustentável.

## 2. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS COMO FORMA DE VIABILIZAR O ACESSO À JUSTIÇA

Considerando que desde a edição do Código de Processo Civil (CPC) de 1973 os conflitos levados ao Poder Judiciário aumentaram consideravelmente e as necessidades das partes em relação ao direito material também se alteraram, as formas para a resolução dos litígios precisaram ser repensadas e reformuladas. Nesse contexto, necessária se mostrou a criação de alternativas processuais, para o fim de otimizar e de conferir uma efetiva

resposta para essas situações.<sup>1</sup>

Ressalta-se que, no Brasil, por um longo período, pouco espaço foi garantido às partes para a adaptação do procedimento. No CPC de 1973, raras eram as possibilidades que os litigantes tinham de convencionar sobre o processo, a exemplo da suspensão do processo; da distribuição do ônus da prova; da eleição de foro; bem como do adiamento da audiência. Nesse cenário, o CPC de 2015 fez surgir o instituto dos negócios jurídicos processuais atípicos, o qual inaugurou um novo panorama no processo civil, conferindo maior destaque à autonomia privada no processo. Por meio da sua introdução, o procedimento comum, que antes era disciplinado de forma rígida e fechada pelo legislador, passou a ser flexível, na medida em que a vontade das partes virou fonte da norma processual.

Assim, levando em conta que o processo civil é um instrumento para a tutela dos direitos,<sup>2</sup> bem como que o Código de Processo Civil de 2015 tem como uma de suas normas fundamentais o direito a uma decisão de mérito justa, efetiva e em tempo razoável (artigo 6º), entende-se que a possibilidade de flexibilização do procedimento por meio dos negócios jurídicos processuais poderá contribuir para que essas premissas sejam alcançadas.

O referido instituto, que tem seu regramento previsto no artigo 190, do CPC de 2015,<sup>3</sup> se caracteriza como a possibilidade que as partes têm de, mediante a observância de certas condições, criarem regras processuais.<sup>4</sup> Essa adequação convencional, que pode se operar tanto antes quanto durante o processo, consiste na estipulação de mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, além de permitir que as partes convencionem sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, desde que o processo verse sobre direitos que admitam autocomposição e as partes sejam plenamente capazes.

Não obstante, em que pese seja possível a edição dessas convenções processuais pelas partes, o parágrafo único, do artigo 190, do CPC,<sup>5</sup> traz algumas situações em que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, controlar a validade dos negócios processuais, somente podendo recusar sua aplicação nos casos de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Ademais, vale referir acerca da existência de vasta doutrina<sup>6</sup> que analisa a questão atinente aos limites do objeto dos negócios jurídicos processuais, não havendo unanimidade de entendimento quanto ao tema. Em suma, compreende-se que os parâmetros de validade da negociação processual devem envolver também a análise do regramento dos negócios jurídicos no Código Civil; a impossibilidade de disposição acerca de normas processuais cogentes; bem como a possibilidade de renúncia a direitos fundamentais processuais, desde que haja a preservação do seu núcleo essencial. De uma maneira geral, embora não seja possível estabelecer uma solução em abstrato para o conflito, as convenções processuais devem respeitar a ideia de garantias mínimas do direito fundamental ao processo justo.

Nesse aspecto, tentando estabelecer alguns parâmetros acerca de quais negócios processuais não seriam possíveis de serem realizados pelas partes, o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) editou o Enunciado nº 20:

(art. 190) Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros:

acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no VI FPPC-Curitiba).<sup>7</sup>

Feita essa breve contextualização, importa afirmar que a negociação processual pode ser entendida como uma técnica processual criada com o objetivo de promover a solução dos conflitos judicializados de uma forma mais adequada, efetiva e tempestiva, na medida em que “a possibilidade de criação de regras pelas partes deve se prestar para racionalizar o processo; e não a torná-lo menos eficiente”.<sup>8</sup>

A flexibilização e a adaptação do procedimento, por meio da adequação de suas formalidades aos interesses dos litigantes, são, portanto, essenciais ao alcance da ideia de eficiência processual,<sup>9</sup> considerando que “a definição do desenho de cada procedimento, quando operada pelas partes, traduz poderosa técnica de gerenciamento processual em favor da eficiência”.<sup>10</sup>

Assim, a utilização do instituto poderá ter por consequência a diminuição da morosidade do processo, proporcionando maior economia processual, além de também garantir a redução de custos ao Estado e aos litigantes,<sup>11</sup> em atendimento ao artigo 5º, LXXVIII, da CF, que prevê como um direito fundamental a razoável duração do processo.

A título exemplificativo, convenção processual estipulando que a citação seja realizada via aplicativo de *Whatsapp* pode garantir uma maior celeridade processual; a escolha consensual do perito pode reduzir custos às partes, considerando ser possível estimar quanto se pagará pelo laudo pericial; ou, ainda, a inversão ou a dinamização do ônus da prova, as quais distribuirão a responsabilidade de provar determinado fato a quem for mais apto a fazê-lo, pode facilitar a fase de produção de provas, reduzindo custos e tempo despendido.

Ainda, destaca-se o Enunciado nº 19 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), o qual traz alguns exemplos concretos de negócios jurídicos processuais:

(art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC- RIO, no V FPPC-Vitória e no VI FPPC-Curitiba).<sup>12</sup>

Sob esse enfoque, a negociação processual é concebida como uma “terceira via” de acesso à justiça, levando em conta a inadequação do processo estatal (em decorrência da crise do Poder Judiciário), bem como que os meios alternativos de solução de conflitos (arbitragem, mediação e conciliação) também não atendem satisfatoriamente a todos os anseios dos indivíduos, seja pelos seus altos custos, seja porque não são cabíveis para

todos os tipos de litígio.<sup>13</sup>

No ponto, necessário se faz estabelecer o conceito de “acesso à justiça”, expressão que Mauro Cappelletti e Bryant Garth<sup>14</sup> entendem ser “reconhecidamente de difícil definição”. Os aludidos autores referem que o acesso à justiça compreende “o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado”. Consignam, ainda, que “o sistema deve ser igualmente acessível a todos”, bem como “deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.

De outra banda, Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>15</sup> referem que o acesso à justiça compreende o acesso a uma ordem jurídica justa. Nessa esteira, o seu conceito deve ser entendido não apenas como o acesso ao Poder Judiciário, mas também ao devido processo legal (processo justo), o que perpassa pela busca da efetividade dos direitos previstos na Constituição Federal.

Por meio dessa visão mais ampla, o efetivo acesso à justiça pressupõe tutela adequada que solucione o conflito e conduza à pacificação social, dependendo de fatores diversos, como por exemplo:

(i) a organização judiciária adequada à realidade do país, com sua modernização e realização de pesquisa permanente para o conhecimento dessa realidade e dos conflitos que nela ocorrem; (ii) a organização de serviços voltados ao tratamento adequado das controvérsias, inclusive com a utilização de mecanismos consensuais de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação; (iii) a adequação dos instrumentos processuais à efetiva tutela dos direitos individuais e coletivos dos jurisdicionados; (iv) a organização adequada dos serviços de assistência jurídica integral, que propicie não somente o acesso aos órgãos judiciários, como também orientação e informação jurídica; (v) a formação adequada dos juízes e seu permanente aperfeiçoamento; (vi) a remoção dos diferentes obstáculos (econômico, social, cultural, e de outras espécies) que se antepõem ao acesso à ordem jurídica justa; (vii) e pesquisa interdisciplinar permanente para o aperfeiçoamento do direito material.<sup>16</sup>

Nesse contexto, a flexibilização procedimental por meio da celebração de negócios jurídicos processuais se mostrará extremamente útil para auxiliar os cidadãos no acesso à justiça, por meio da adequação dos instrumentos processuais à efetiva tutela dos direitos dos jurisdicionados.

### **3. O OBJETIVO 16 DA AGENDA 2030 DA ONU: PAZ, JUSTIÇA E INSTITUIÇÕES EFICAZES**

No ano de 2015, diversos líderes mundiais se reuniram na sede da Organização das Nações Unidas (ONU) objetivando elaborar um plano de ação para erradicar a pobreza, proteger o planeta e garantir que as pessoas alcancem a paz e a prosperidade. O aludido plano de ação resultou na chamada Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável, a qual contém 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Para que o mundo adote referido comportamento, mostra-se imperioso que medidas transformadoras sejam tomadas. Assim, os ODS dizem respeito a uma lista de metas que devem ser cumpridas até o ano de 2030.<sup>17</sup>

Dentre os 17 ODS mencionados, destaca-se o ODS 16, o qual trata da “Paz, Justiça e Instituições Eficazes” e consiste em “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir institui-

ções eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”.

Como é possível observar, o ODS 16 se preocupa com o acesso à justiça para todos, possuindo como uma de suas metas “promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça, para todos”. Nesse contexto, conta-se que o acesso à justiça e a busca pela pacificação social compõem o paradigma da sustentabilidade.

Sobre o ponto, colaciona-se o conceito de sustentabilidade cunhado por Juarez Freitas:

Trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.<sup>18</sup>

Apesar de comumente associarmos a noção de sustentabilidade à preservação do meio-ambiente, é importante destacar que o conceito de sustentabilidade deve incluir a multidimensionalidade do bem-estar, ou seja, a sustentabilidade possui natureza pluridimensional, englobando para além da dimensão ambiental, outras quatro dimensões: social, ética, jurídico-política e econômica.<sup>19</sup>

Feita a devida contextualização a respeito do conceito de sustentabilidade, frisa-se que o documento de lançamento da Agenda 2030 no Brasil, em linhas gerais, sintetiza a ideia do ODS 16, referindo que:

O desenvolvimento sustentável não pode ser levado a cabo sem paz e segurança; e paz e segurança estarão em risco sem o desenvolvimento sustentável. A nova Agenda reconhece a necessidade de construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas que ofereçam igualdade de acesso à justiça e que tenham como fundamento o respeito aos direitos humanos (incluindo o direito ao desenvolvimento), o efetivo Estado de Direito e a boa governança em todos os níveis e em instituições transparentes, eficazes e responsáveis. Fatores que dão origem à violência, insegurança e injustiça, como a desigualdade, a corrupção, a má governança e os fluxos financeiros e de armas ilegais, são abordados na Agenda. Devemos redobrar nossos esforços para resolver ou prevenir conflitos e para apoiar os países em situação de pós-conflito, incluindo por meio da garantia de que as mulheres tenham um papel na construção da paz e do Estado. Fazemos um apelo para novas medidas e ações efetivas a serem tomadas, em conformidade com o direito internacional, para remover os obstáculos para a plena realização do direito de autodeterminação dos povos que vivem sob ocupação colonial e estrangeira, que continua a afetar negativamente o seu desenvolvimento econômico e desenvolvimento social, bem como o seu meio ambiente.<sup>20</sup>

Nessa senda, considerando que o desenvolvimento sustentável pressupõe o acesso à justiça para todos, de acordo com o ODS 16 da Agenda 2030, bem como que, conforme já mencionado anteriormente, o acesso à justiça deve ser entendido de forma mais ampla do que o simples acesso ao Poder Judiciário, mas, sim, como acesso a uma ordem jurídica justa, entende-se que isso só será possível por meio da adequação dos instrumentos processuais à efetiva tutela dos direitos dos jurisdicionados.

Diante desse cenário, a criação de técnicas e instrumentos processuais que contribuam para a otimização da prestação da tutela jurisdicional, bem como para a adequada tutela dos direitos, vai ao encontro da ideia de acesso a uma ordem jurídica justa. Sob

essa ótica, os negócios jurídicos processuais se encaixam perfeitamente nesse contexto, uma vez que considerados uma “terceira via” de acesso à justiça, desde que respeitados os limites preconizados no artigo 190, do CPC, bem como as garantias mínimas do direito fundamental ao processo justo.

Quanto a esse aspecto, a lição de Antonio do Passo Cabral:

Trata-se, portanto, de instrumento importante para que o acesso à justiça seja pensado não apenas da perspectiva da tutela oferecida (ou na ótica do próprio Judiciário), mas com olhos voltados para as necessidades humanas que precisavam do Estado-juiz.<sup>21</sup>

E essa conclusão, no sentido de que os negócios jurídicos processuais contribuem para o acesso à justiça, inclusive pôde ser observada empiricamente de forma nítida durante o período da pandemia da COVID-19, conforme será abordado no ponto seguinte deste estudo.

#### **4. AS DIFICULDADES DO ACESSO À JUSTIÇA NA PANDEMIA DA COVID-19 E A RELEVÂNCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS**

Em dezembro de 2019, foram diagnosticados na República Popular da China os primeiros casos de infecção de uma nova espécie de Coronavírus, a COVID-19, que se espalhou rapidamente por todo o mundo, afetando milhares de vidas e instalando um estado de emergência globalizado.<sup>22</sup> Diante desse cenário, essa enfermidade foi considerada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em março de 2020, como uma pandemia mundial.<sup>23</sup>

No Brasil, em face do alto potencial de contágio desse vírus, o Poder Público passou a editar decretos determinando a paralisação de atividades de diversos segmentos (comércio, indústria, etc), buscando diminuir a contaminação pela população e evitar o colapso do sistema de saúde brasileiro.<sup>24</sup>

As aludidas medidas de distanciamento social também produziram impacto na atuação de todo o sistema de justiça, na medida em que, em 19 de março de 2020, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 313, a qual estabeleceu que, no âmbito do Poder Judiciário, se adotaria regime de Plantão Extraordinário para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários. Em síntese, essa determinação suspendeu o trabalho presencial, assegurando apenas a manutenção de serviços essenciais, além de também ter suspenso os prazos processuais.<sup>25</sup>

Não há como se desconsiderar que essa situação excepcional impactou o acesso aos tribunais, despacho junto a juízes, realização de audiências, dentre outros. Em suma, todo o acesso à justiça foi afetado por esse estado emergencial, justamente em um período em que novas e urgentes demandas passaram a surgir.<sup>26</sup>

Diante desse cenário, mostrou-se imperiosa a adoção de técnicas especiais para facilitar o atendimento de novas demandas, bem como o andamento de processos em tramitação, considerando que a atuação do Poder Judiciário durante a pandemia poderia fazer com que o processo tradicional previsto na legislação não conseguisse atender adequadamente às peculiaridades do referido momento pandêmico. Nesse contexto, a flexibilização proce-

dimental, por meio da celebração de negócios jurídicos processuais, se mostrou extremamente útil para auxiliar os jurisdicionados no acesso à justiça, permitindo a adaptação do procedimento às suas necessidades.

A título exemplificativo, pode-se citar a adoção de dispositivos tecnológicos para evitar o contato físico entre os integrantes do Poder Judiciário e os assistidos,<sup>27</sup> como a realização de audiências *online* por videoconferências (mecanismo telepresencial) para a coleta de depoimentos, as quais proporcionam celeridade ao andamento dos processos, ou ainda a possibilidade de os litigantes pactuarem que a forma das citações e das intimações do processo seja realizada por *e-mail* ou via mensagem instantânea, por aplicativo de *WhatsApp*.

Frisa-se que em 27 de junho de 2017, o CNJ aprovou por unanimidade a utilização do aplicativo de *Whatsapp* como ferramenta apta para a realização de intimações em todo o Poder Judiciário, a fim de agilizar e desburocratizar procedimentos judiciais, bem como para evitar a morosidade do processo e reduzir custos. A decisão administrativa pela utilização do aplicativo foi tomada durante o julgamento virtual do Procedimento de Controle Administrativo (PCA) 0003251-94.2016.2.00.0000, ao contestar a decisão da Corregedoria do Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO), que proibira a utilização do aplicativo no âmbito do Juizado Civil e Criminal da Comarca de Piracanjuba/GO. Importa destacar que a utilização do aplicativo é facultativa, ou seja, o seu uso se destina apenas às partes que voluntariamente aderiram aos seus termos. Além de facultativa, exige-se a confirmação do recebimento da mensagem no mesmo dia do envio; caso contrário, a intimação da parte deve ocorrer pela via convencional.<sup>28</sup>

Diante do exposto, vislumbra-se a importância da negociação processual para a adaptação do processo na pandemia da COVID-19,<sup>29</sup> considerando que a sua adoção contribuiu de forma direta para que o acesso à justiça durante esse período não fosse obstado, o que se coaduna com o ODS 16 da Agenda 2030 da ONU e está em consonância com o desenvolvimento sustentável.

Portanto, não pairam dúvidas de que a cláusula geral de negociação processual prevista no artigo 190, do CPC, consistente na possibilidade de as partes flexibilizarem o procedimento por meio de negócios jurídicos processuais, diz respeito a um instrumento processual essencial para permitir o acesso à justiça para todos, o que inclusive já pôde ser observado e constatado de forma cabal por meio da ocorrência da pandemia da COVID-19.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lista de tarefas constante da Agenda 2030 da ONU, por meio dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), inclui no ODS 16 uma preocupação de que o desenvolvimento sustentável só será possível por meio da promoção do acesso à justiça para todos. O referido acesso à justiça, no entanto, merece ser compreendido de forma mais abrangente do que o simples acesso ao Poder Judiciário, mas, sim, como acesso a uma ordem jurídica justa, consistente na observância do devido processo legal e na efetividade dos direitos previstos na Constituição Federal.

Por meio dessa visão mais ampla, o efetivo acesso à justiça pressupõe tutela adequa-

da que solucione o conflito e conduza à pacificação social, dependendo de fatores diversos, como por meio da adequação dos instrumentos processuais à efetiva tutela dos direitos dos jurisdicionados.

Nesse sentido, a criação de técnicas e instrumentos processuais que contribuam para a otimização da prestação da tutela jurisdicional, bem como para a adequada tutela dos direitos, vai ao encontro da ideia de acesso a uma ordem jurídica justa. Sob essa ótica, a flexibilização procedimental, por meio da celebração de negócios jurídicos processuais, se encaixa perfeitamente nesse contexto, uma vez que considerada uma “terceira via” de acesso à justiça.

A referida conclusão, inclusive, já pôde ser comprovada empiricamente durante a ocorrência da pandemia da COVID-19, considerando que, nesse período, foram suspensos os trabalhos presenciais junto ao Poder Judiciário, mostrando-se necessária a flexibilização do procedimento pelas partes. Diante desse cenário, mostrou-se imperiosa a adoção de técnicas especiais para facilitar o atendimento de novas demandas, bem como o andamento de processos em tramitação. Nesse contexto, a flexibilização procedimental, por meio da celebração de negócios jurídicos processuais, se mostrou extremamente útil para auxiliar os jurisdicionados no acesso à justiça, permitindo a adaptação do procedimento às suas necessidades.

Como exemplo, foram citadas a adoção de dispositivos tecnológicos para evitar o contato físico entre os integrantes do Poder Judiciário e os assistidos, como a realização de audiências *online* por videoconferências (mecanismo telepresencial) para a coleta de depoimentos, bem como a possibilidade de os litigantes pactuarem que a forma das citações e das intimações do processo fosse realizada por *e-mail* ou via mensagem instantânea, por aplicativo de *WhatsApp*.

Diante do exposto, resta claro que os negócios jurídicos processuais previstos no artigo 190, do CPC dizem respeito a um instrumento processual essencial para permitir o acesso à justiça para todos, o que se coaduna com o ODS 16 da Agenda 2030 da ONU e está em consonância com o desenvolvimento sustentável.

## 6. NOTAS

1. Nesse sentido: “A conformação das relações jurídicas no plano material impõe ao processo a estruturação de ritos idôneos a respeito de suas particularidades. Para uma tutela adequada dos direitos é necessário que se viabilizem tutelas jurisdicionais diferenciadas para situações específicas no plano material, levando em conta a natureza da controvérsia deduzida em juízo, suas contingências e as condições pessoais dos envolvidos”. (ABREU, Rafael Sirangelo de. “Customização processual compartilhada”: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 257, p. 51-76, jul. 2016, p. 56).

2. MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional. Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). **Revista de Processo**, São Paulo, ano 39, v. 229. mar. 2014, p. 74.

3. Artigo 190, *caput*, do CPC: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante

o processo”.

4. YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 63.

5. Artigo 190, parágrafo único, do CPC: “De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

6. Quanto ao tema, citam-se Antonio do Passo Cabral, Fredie Didier Jr, Trícia Navarro Xavier Cabral, Leonardo Carneiro da Cunha, Fernando da Fonseca Gajardoni, Flávio Luiz Yarshell, dentre outros.

7. ALVIM, Rafael; MOREIRA, Felipe. **Carta do Fórum Permanente de Processualistas Civis em Curitiba**. Disponível em: <https://cpcnovo.com.br/blog/carta-do-forum-permanente-de-processualistas-em-curitiba>. Acesso em: 19 ago. 2021.

8. YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 64.

9. JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 178.

10. CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 226.

11. Op. cit., 228-229.

12. ALVIM, Rafael; MOREIRA, Felipe. **Carta do Fórum Permanente de Processualistas Civis em Curitiba**. Disponível em: <https://cpcnovo.com.br/blog/carta-do-forum-permanente-de-processualistas-em-curitiba>. Acesso em: 19 ago. 2021.

13. CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, 231-236.

14. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 8.

15. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 41.

16. GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* Conferência de Seoul 2014 Constituição e processo – Acesso efetivo à justiça: o direito de acesso à justiça e responsabilidades públicas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 250, p. 17-31, dez. 2015, p. 18.

17. Plataforma Agenda 2030. **O que é a Agenda 2030?** Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br>. Acesso em: 31 out. 2020.

18. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 45.

19. Op. cit., p. 64.

20. ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável**. Traduzido por Unic Rio. Disponível em: [http://www.itamaraty.gov.br/images/ed\\_desenvsust/Agenda2030-completo-site.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030-completo-site.pdf). Acesso em: 02 nov. 2020.

21. CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 227.

22. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Responsabilidade internacional dos Estados por epidemias e pandemias transnacionais: o caso da Covid-19 provinda da República Popular da China. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 7, n. 23, abr./jun. 2020, p. 1-2.

23. WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Coronavirus disease (Covid-19) Pandemic**. Disponível em: [www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019](http://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019). Acesso em: 02 nov. 2020.
24. "Trata-se de uma situação reconhecidamente excepcional, cujas repercussões sociais e econômicas, bem como as restrições à liberdade e propriedade individual, não encontram paralelo na história brasileira recente. Associam-se à adoção de comportamentos voluntários, com o estímulo das autoridades, dos especialistas em saúde e dos meios de comunicação, visando a prevenir e atenuar a velocidade de transmissão da doença, reduzindo a circulação e aglomeração de pessoas, ampliando a permanência das pessoas, o quanto possível, em suas residências, e retardando ou suspendendo decisões negociais em diversos âmbitos de sua atuação. Por outro lado, o Poder Público vem adotando medidas de polícia administrativa, determinando restrições de funcionamento de diversas atividades e estabelecimentos empresariais, suspensão temporária da prestação de serviços públicos e privados, entre outras iniciativas". (MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de Coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1015, p. 353-363, mai. 2020, p. 353).
25. BRASIL. **Resolução nº 313, de 19 de março de 2020**. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus - Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-313-5.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2020.
26. **Maioria dos países não facilita acesso à Justiça na pandemia, diz relatório**. Consultor Jurídico (CONJUR), 05 mai. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-05/maioria-paises-nao-facilita-acesso-justica-pandemia>. Acesso em 02 nov. 2020.
27. GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. **Impacts of COVID-19 on Justice Systems**. Disponível em: <http://globalaccesstojustice.com/impacts-of-covid-19>. Acesso em: 02 nov. 2020.
28. CNJ. WhatsApp pode ser usado para intimações judiciais. **Conselho Nacional de Justiça**. Notícias, **Brasília, 2017**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/whatsapp-pode-ser-usado-para-intimacoes-judiciais>. Acesso em: 19 ago. 2021.
29. "Assim, a melhor forma de prosseguir nos feitos pendentes para além dos atos urgentes e expressamente previstos na lei é através do *case management* consensual entre o juiz, as partes e seus advogados. Isso significa que os direitos fundamentais processuais são respeitados e protegidos em sua maior amplitude, tais como o direito de acesso à justiça e à efetividade da jurisdição, o direito à segurança jurídica e o auto regramento da vontade no processo". (SARLET, Ingo Wolfgang; ZANETI JR, Hermes. **Direitos fundamentais em tempos de pandemia II: estado de calamidade e justiça**. Consultor Jurídico (CONJUR), São Paulo, 05 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-05/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-tempos-pandemia-ii>. Acesso em: 02 nov. 2020)

## REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. "Customização processual compartilhada": o sistema de adaptabilidade do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 257, p. 51-76, jul. 2016.

ALVIM, Rafael; MOREIRA, Felipe. **Carta do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis em Curitiba**. Disponível em: <https://cpcnovo.com.br/blog/carta-do-forum-permanente-de-processualistas-em-curitiba>. Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. **Resolução nº 313, de 19 de março de 2020**. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus - Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/>

[Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-313-5.pdf](#). Acesso em: 02 nov. 2020.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

CNJ. WhatsApp pode ser usado para intimações judiciais. **Conselho Nacional de Justiça**. Notícias, **Brasília, 2017**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/whatsapp-pode-ser-usado-para-intimacoes-judiciais>. Acesso em: 19 ago. 2021.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. **Impacts of COVID-19 on Justice Systems**. Disponível em: <http://globalaccesstojustice.com/impacts-of-covid-19>. Acesso em: 02 nov. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* Conferência de Seoul 2014 Constituição e processo – Acesso efetivo à justiça: o direito de acesso à justiça e responsabilidades públicas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 250, p. 17-31, dez. 2015.

JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

Maioria dos países não facilita acesso à Justiça na pandemia, diz relatório. **Consultor Jurídico (CONJUR)**, São Paulo, 05 mai. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-05/maioria-paises-nao-facilita-acesso-justica-pandemia>. Acesso em 02 nov. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Responsabilidade internacional dos Estados por epidemias e pandemias transnacionais: o caso da Covid-19 provinda da República Popular da China. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 7, n. 23, abr./jun. 2020.

MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de Coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1015, p. 353-363, mai. 2020.

MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). **Revista de Processo**, São Paulo, ano 39, v. 229. mar. 2014.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável**. Traduzido por Unic Rio. Disponível em: [http://www.itamaraty.gov.br/images/ed\\_desenvsust/Agenda2030-completo-site.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030-completo-site.pdf). Acesso em: 02 nov. 2020.

Plataforma Agenda 2030. **O que é a Agenda 2030?** Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br>. Acesso em: 31 out. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZANETI JR, Hermes. **Direitos fundamentais em tempos de pandemia II: estado de calamidade e justiça**. Consultor Jurídico (CONJUR), São Paulo, 05 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-05/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-tempos-pandemia-ii>.

Acesso em: 02 nov. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Coronavirus disease (Covid-19) Pandemic**. Disponível em: [www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019](http://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019). Acesso em: 02 nov. 2020.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

Recebido em: 19/03/2021

Aceito em: 16/08/2021

# A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: OS SEUS CUSTOS E O ALCANCE SOCIAL

## *Non-judicial Adverse Possession: Its Costs and the Social Range*

### Oswaldo José Gonçalves de Mesquita Filho

Doutorando e Mestre em Direito Urbanístico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Membro do Grupo de Pesquisa e Extensão RE-HABITARE (CNPq) (MG, Brasil). Especialização em Direito Notarial e Registral pelo Centro de Estudos em Direito - CEDIN e em Direito Civil pela PUC-MG. Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

### Daniel Gaio

Professor de Direito Urbanístico e Membro do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG (MG, Brasil). Líder do Grupo de Pesquisa e Extensão RE- HABITARE (CNPq). Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, com estágio de doutoramento na Università di Bologna.

## Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar a usucapião extrajudicial, os seus custos e o seu alcance social. O procedimento foi previsto pelo Código de Processo Civil de 2015 e regulamentado pelo Provimento nº 65 do Conselho Nacional de Justiça, sendo uma via alternativa à judicial, antes única opção no ordenamento jurídico brasileiro. O campo de estudo é o Direito Urbanístico, notadamente no âmbito das discussões sobre o direito à moradia, buscando-se situar o instrumento nesse campo. O método é o analítico, já que as conclusões são obtidas por meio dos dados coletados na pesquisa empírica. O resultado é que o instrumento é voltado às classes média e alta, com índices percentuais de custos mais baixos para os imóveis da população de baixa renda. A conclusão é que para a usucapião extrajudicial efetivar, de fato, o direito à moradia são necessárias algumas mudanças, algumas das quais sugeridas ao longo do artigo.

**Palavras-chave:** Usucapião extrajudicial. Custos. Alcance social. Direito à moradia. Usucapião.

## Abstract

The article aims to analyze non-judicial adverse possession, its costs and its social range. The procedure was provided for by the Civil Procedure Code of 2015 and regulated by the Provision no. 65 of the National Council of Justice, being an alternative to the judicial way, previously the only option in the Brazilian legal system. The field of the study is Urban Law, notably in the context of discussions on the right to housing, seeking to place the instrument in this field. The method is analytical, as conclusions are made from data collected in empirical research. The result is that the procedure is aimed at the middle and upper classes, with lower cost percentage rates for properties of the low-income population. The conclusion is that for the non-judicial adverse possession to effectively implement the right to housing, some changes are needed, some of which are suggested throughout the article.

**Keywords:** Non-judicial adverse possession. Costs. Social range. Right to housing. Adverse possession.

## Sumário

1. Introdução; 2. A usucapião extrajudicial; 3. Os custos da usucapião extrajudicial; 4. A análise dos custos da usucapião extrajudicial e o seu alcance social; 5. Conclusão; 6. Notas; Referências

## 1. INTRODUÇÃO

O contexto brasileiro da moradia é marcado pela informalidade como regra, já que morar à margem da lei tem sido a única saída para grande da população brasileira.<sup>1</sup> A usucapião – instituto secular, presente no ordenamento brasileiro desde a Lei de Terras de 1850<sup>2</sup> – é a aquisição do direito de propriedade e de outros direitos reais pela posse do bem de forma prolongada no tempo. Como uma alternativa à via judicial, antes única opção no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se a usucapião extrajudicial, que se desenrola nos cartórios, notadamente no Tabelionato de Notas e no Registro de Imóveis.

Anteriormente, existia a chamada “usucapião administrativa”, prevista na Lei nº 11.977/2009, mas que se desenrola na via do Poder Público, e não nos cartórios extrajudiciais. A usucapião extrajudicial, tal como é hoje, foi introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) e regulamentada pelo Provimento nº 65 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), editado em 2017. O desconhecimento do procedimento pelos cidadãos, aliado à “cultura do litígio”,<sup>3</sup> justificam a (ainda) incipiente utilização do instrumento.

Contudo, na visão adotada neste ensaio, o principal obstáculo à franca utilização do procedimento são os seus custos, os quais serão objeto de análise no artigo, de forma absoluta e percentual, em todos os estados brasileiros e no Distrito Federal. Tais dispêndios acabam por afastar potenciais usuários, em especial aqueles de baixa renda, que representam a maioria da população em situação de moradia informal.

Nesse sentido, o artigo apresentará o procedimento como um todo, de forma prope-deútica, o que é fundamental para a análise posterior dos seus custos percentuais e absolutos, a ser realizada no segundo tópico. Em seguida, no tópico final, discute-se o alcance social do instrumento, ou seja, em que medida é acessível para a população em situação de moradia informal, discutindo a ampliação da sua utilização como aparato para efetivação do direito à moradia.

A opção metodológica é a vertente jurídico-social, uma vez que compreende o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo (GUSTIN; DIAS; NICÁCIO, 2020, p. 65). Por sua vez, o raciocínio científico é o dedutivo, já que se parte de premissas gerais para, no decorrer do texto, tecer considerações específicas (GUSTIN; DIAS; NICÁCIO, 2020, p. 71).

## 2. A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

A usucapião extrajudicial é um novo procedimento, e não uma nova modalidade de usucapião, tal como o ordinário, o extraordinário, o constitucional, o *pró-labore*, o coletivo, entre outros. É uma forma de se reconhecer a aquisição da propriedade, ou de outros direitos reais, com base em alguma espécie de usucapião já existente em nosso ordenamento jurídico (COUTO, 2020, p. 119). Anteriormente ao CPC/15, havia apenas a via judicial, o que, na imensa maioria dos casos, representava processos demasiadamente morosos e que não conseguiam efetivar a prestação jurisdicional ao requerente.

O procedimento foi, então, positivado pelo CPC/15, por meio do seu artigo 1.071, que acrescentou o artigo 216-A na Lei nº 6.015/1973. O regramento específico e mais detalhado sobre o tema somente foi editado no final de 2017, que foi o Provimento nº 65 do CNJ. Tal

normativa veio para sanar as dúvidas existentes à época sobre como se daria o procedimento dentro das serventias extrajudiciais, já que a normativa inicial era lacunosa e até ilógico pensar no regramento de tema tão complexo em apenas um dispositivo legal, o que corrobora o caráter fundamental desse regramento.

Importante ressaltar que o objeto do presente artigo é a usucapião extrajudicial, que se desenvolve exclusivamente no âmbito dos cartórios extrajudiciais. Anteriormente, existia a chamada “usucapião administrativa”, prevista na Lei nº 11.977/2009, que se trata da conversão do título de legitimação de posse em propriedade. A despeito da nomenclatura próxima, são institutos totalmente diferentes, já que a administrativa se desenrola somente no âmbito do Poder Público, cabendo apenas o registro do título de propriedade no cartório de Registro de Imóveis, atuação inerente à atividade e similar ao registro de qualquer outro título, independente da forma de constituição.

O desenrolar da usucapião extrajudicial se inicia no Tabelionato de Notas, com a elaboração da ata notarial pelo tabelião da localidade do imóvel,<sup>4</sup> narrando a posse *ad usucapionem* e perquirindo seus elementos, por meio da retratação fiel dos fatos, coisas, pessoas ou situações observadas (COUTO, 2020, p. 193). Há, também, a possibilidade da diligência até o local do imóvel,<sup>5</sup> o que dá mais fidedignidade ao ato, mas representa um acréscimo nos custos, já que o valor, a ser definido por estado, é cobrado isoladamente.

Todo o deslinde posterior se dá no Registro de Imóveis, cabendo ao registrador função equiparada a de juiz, como autoridade pública e imparcial que irá presidir o processo (MELLO, 2016, p. 277). As etapas, nos moldes de organograma elaborado pelo Colégio de Registro de Imóveis de Minas Gerais (COUTO, 2020, p. 124), são as seguintes: 1. ingresso do título; 2. atuação; 3. análise formal dos documentos; 4. buscas no Registro de Imóveis; 5. admissibilidade do pedido; 6. notificação por falta de assinatura do titular registral e confidentes; 7. intimação dos entes públicos; 8. publicação de edital; 9. nota fundamentada; 10. registro.

Pelo objetivo do artigo, não irá se aprofundar nos detalhes de cada uma dessas etapas, cabendo a apresentação propedêutica do procedimento. Inicialmente, é importante ressaltar que a presença de advogado é requisito obrigatório,<sup>6</sup> filiando-se à corrente que defende a sua presença desde a elaboração da ata notarial.<sup>7</sup> Isso se justifica pela natureza técnico-jurídica do procedimento e pela possibilidade, em caso de improcedência, de resultar em procedimento de suscitação de dúvida e/ou processo judicial.

É nesse ponto que reside um dos principais custos do procedimento, já que os honorários advocatícios são de natureza subjetiva, pactuado entre as partes, não havendo um valor fixo para tal. Quanto à atuação da Defensoria Pública e/ou órgãos de assistência judiciária na via extrajudicial, é possível, mas ainda restam dúvidas sobre a viabilidade e a forma de instrumentalização.

Tanto na usucapião judicial como na extrajudicial, é necessário que os eventuais titulares de direitos reais sobre o imóvel, os confrontantes e os entes públicos — Município, Estado ou Distrito Federal e União — sejam citados, e é nesse ponto que reside a principal diferença entre os procedimentos. No caso de processo judicial, obsta-se o regular prosse-

guimento da ação caso não haja a citação dos envolvidos, culminando, por muitas vezes, na interrupção do processo nessa etapa, já que os confrontantes não são encontrados, já morreram etc.

No procedimento extrajudicial, por sua vez, é prevista a citação dos confrontantes, eventuais titulares de direitos em relação ao imóvel e entes públicos, mas eventual inércia dos notificados é interpretada como anuência,<sup>8</sup> formando-se o consentimento, só que de forma tácita. Esse é o principal propulsor da celeridade do instituto, que consegue prosseguir mesmo sem a resposta expressa dos envolvidos.

Há, ainda, a previsão de notificação por edital dentro do procedimento, o que também representa custos ao requerente. De forma obrigatória, deve-se publicar edital para ciência de terceiros eventualmente interessados,<sup>9</sup> o que se justifica pelo caráter *erga omnes* da usucapião, afetando a coletividade como um todo (MELLO, 2016, p. 379). Subsidiariamente, existe a possibilidade de citação por edital caso as notificações anteriores não tenham êxito, estando o destinatário em lugar incerto, não sabido ou inacessível.<sup>10</sup> Tais publicações apresentam custos variáveis, a depender do jornal de grande circulação local que se utiliza. Vale lembrar a previsão de edital eletrônico, desde que regulamentado pelo Tribunal de Justiça local.<sup>11</sup>

Ao fim de toda a qualificação pelo registrador de imóveis, pode-se decidir pela procedência do pedido e subsequente registro do título; ou pela improcedência, que terá seus motivos explanados por meio de nota fundamentada.<sup>12</sup> Doutro lado, em caso de discordância da negativa pelo requerente, cabe a suscitação de dúvida, procedimento administrativo de irrisignação com a nota fundamentada; e a inafastável via judicial. Vale ressaltar que também há o direcionamento do processo para a jurisdição comum em caso de impugnação pelos envolvidos no caso.

Em toda a análise da usucapião extrajudicial, conclui-se pela falta de disposições voltadas especificamente à população de baixa renda, com único destaque para a desnecessidade de apresentação do “habite-se” para a regularização de imóvel edificado,<sup>13</sup> previsão que abarca a maioria da moradia informal, objetivando a regularização jurídica das áreas informais e relegando a regularidade urbanística à posterioridade.<sup>14</sup> Faltam disposições visando a conjugação da usucapião extrajudicial com instrumentos urbanísticos, em especial as Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS); regras específicas para a utilização coletiva; redução de emolumentos, o que vai na linha do presente artigo; entre outras questões.

A seguir, inicia-se a apresentação da metodologia de análise dos custos da usucapião extrajudicial, de forma e percentual, em todos os estados brasileiros e no Distrito Federal.

### 3. OS CUSTOS DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

Em razão dos custos da usucapião extrajudicial, questiona-se o alcance social do procedimento, ou seja, se é acessível, ou não, à população de baixa renda, que é a maioria em situação de moradia informal. A intenção não é excluir a classe média/alta da regularização por tal meio, já que a formalização da posse é necessária em qualquer camada social, surtindo, da mesma forma, os ditos efeitos positivos de efetivação da moradia adequada.

Entretanto, é notório que tal situação de informalidade é mais comum nas classes de baixa renda, e é nesse sentido que o artigo irá analisar os custos fixos do procedimento com o objetivo de defender o aumento do seu alcance social.

Os emolumentos, que representam a maior parte dos gastos, são os valores pagos nas serventias extrajudiciais, previstos na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 10.169/2000. São definidos em lei específica estadual,<sup>15</sup> porque devem refletir as diferenças socioeconômicas territoriais; atualizados anualmente; definidos por faixas de valores,<sup>16</sup> sendo vedada a cobrança de percentual sobre o negócio jurídico;<sup>17</sup> e devem levar em consideração a natureza pública e caráter social dos serviços prestados.<sup>18</sup>

No caso da usucapião extrajudicial, o Provimento nº 65/CNJ menciona uma ideia inicial de cobrança: a ata notarial tem conteúdo financeiro; ao procedimento no Registro de Imóveis é devido 50% do valor previsto para o registro, a título de processamento e independentemente do resultado; e ao registro, em caso de deferimento, são devidos os mesmos 50% do ato registral.<sup>19</sup> Tal previsão não é vinculante e é provisória, já que somente tem vigência até a edição de legislação estadual específica.<sup>20</sup>

A despeito de a literalidade da norma levar ao entendimento acima sobre os valores, o CNJ, em consulta formulada pelos Registradores de Imóveis de São Paulo, esclareceu que a cobrança deve ocorrer da seguinte forma: na apresentação do requerimento é devido 50% do valor do previsto para o registro; caso o pedido seja deferido, mais 50% do valor para registro; e pelo registro da propriedade ainda é devido um ato completo de registro, ou seja, mais 100% do valor de registro (COUTO, 2020, p. 427). Dessa feita, haveria a cobrança total de 2 atos de registros, em caso de deferimento.

Quanto ao valor do imóvel, cada estado adota critérios diversos para definir o valor do bem, optando-se geralmente pelo maior valor entre a avaliação fiscal e o de mercado (COUTO, 2020, p. 424). Já os demais atos necessários ao procedimento – notificações, diligências, publicação de edital, arquivamentos etc. – têm cobrança regular, nos moldes da legislação estadual.<sup>21</sup>

Pelo fato de a forma de cobrança do Provimento nº 65/CNJ ter essa natureza temporária e facultativa, cabe aos estados editarem as respectivas legislações específicas. Foi nesse ponto a principal dificuldade de realização da pesquisa em todos os estados brasileiros.

Quanto aos resultados, é praticamente unânime que a cobrança da ata notarial tem conteúdo financeiro, não havendo divergência em nenhum estado do Brasil.<sup>22</sup> A celeuma ficou restrita à cobrança no Registro de Imóveis, o que, ao menos, reduziu o campo investigativo do pesquisador.

Metodologicamente, a pesquisa separou os valores em fixos e variáveis. Toda usucapião – independentemente de valor do imóvel, localidade, número de envolvidos etc. – demandará os seguintes gastos, que são os fixos: a ata notarial; a prenotação/autuação, que é valor pago a título de protocolo no Registro de Imóveis; o edital para eventuais terceiros interessados; a notificação dos três entes federados (União, Estados ou Distrito Federal,

Município); o processamento no Registro de Imóveis; e o registro, que é o valor pago em caso de deferimento. Pode-se, ainda, adicionar mais um ato integral de registro do título, indo no sentido da citada orientação dada pelo CNJ; ou alguma outra forma de cobrança, a depender da legislação estadual.

Em relação aos valores variáveis, determinou-se que seriam: (i) os que não estão presentes em todos os casos de usucapião; (ii) aqueles que ocorrem em todos, mas em número variável a depender da situação; e (iii) aqueles em que não se pôde determinar um preço fixo pela sua própria natureza. Optou-se por tal construção metodológica porque não é possível aferir, de forma técnico-científica, uma média de casos em que tal ato é realizado; uma média de atos pelos procedimentos já realizados; nem uma média de preço nos valores não tabelados, respectivamente.

De forma exemplificativa, a abertura de matrícula, embora presente na maioria dos casos, não ocorre nos casos de "usucapião de matrícula", em que o registro é feito de forma contínua em relação aos atos anteriores. Por sua vez, a notificação dos titulares de direitos registraes e confinantes é ato variável, não sendo possível, contudo, mensurar uma média de ocorrência. Já nos estados em que se cobra pelo arquivamento de documentos, todos os procedimentos demandam tais atos, mas em número totalmente variável, sem possibilidade de qualquer média.

Quanto ao advogado, a cobrança de honorários advocatícios é de natureza técnico-subjetiva, sendo pactuado entre as partes. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) elabora uma tabela de valores em âmbito estadual, como forma de referencial para a cobrança, não havendo, contudo, qualquer vinculação entre os valores previstos e o que é efetivamente cobrado. Para fins elucidativos, a tabela de Minas Gerais sugere a cobrança de 4% do valor de imóvel para o procedimento extrajudicial,<sup>23</sup> e 20% do valor da causa – que acaba sendo o valor do imóvel – para a usucapião judicial.<sup>24</sup>

Tais parâmetros de cobrança evidenciam a complexidade da via judicial e refutam os argumentos de que é menos custosa que a extrajudicial, já que a simples cobrança do advogado supera todos os gastos do novel procedimento. Por outro lado, em caso de o requerente ser assistido pela Defensoria Pública ou por órgão de assistência judiciária, a via jurisdicional se torna menos dispendiosa, já que os únicos gastos seriam as custas processuais e o registro do título formado na sentença, os quais, na grande maioria dos casos, se encontram abarcados pela gratuidade judicial, quase unânime no caso de o requerente ser assistido por tais órgãos.

Contudo, o objetivo do artigo não é realizar esse comparativo entre a via judicial e extrajudicial, já que todos os argumentos mencionados fogem ao escopo da pesquisa, não sendo possível realizar tal cotejo, restringindo-se a análise aos custos fixos da usucapião extrajudicial.

Outro ato que ocorre em todos os procedimentos, mas que não foi analisado pelo fato de sua cobrança ser de natureza técnico-subjetiva, foi a elaboração de planta e memorial descritivo por profissional competente. Assim como na fixação dos honorários advocatícios, não há qualquer valor médio, ficando a cargo da pactuação entre as partes, o que impede o

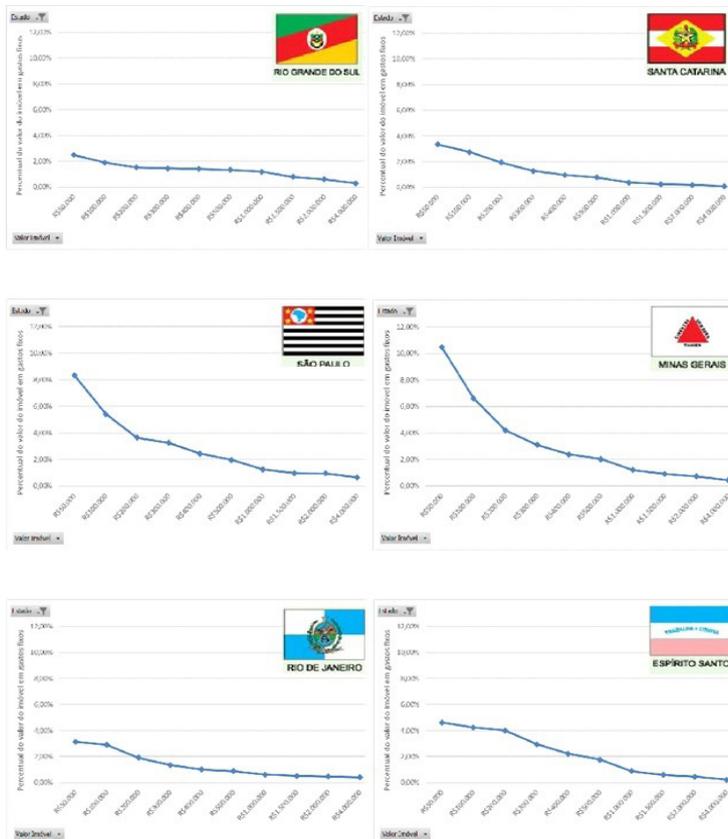
seu cômputo nos custos fixos do procedimento para os fins almejados pela pesquisa.

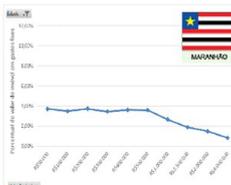
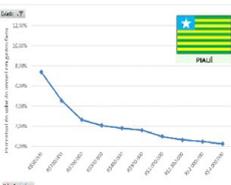
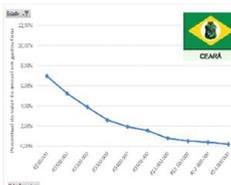
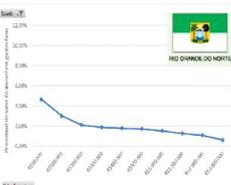
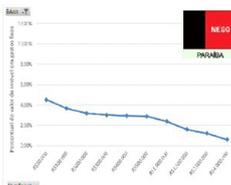
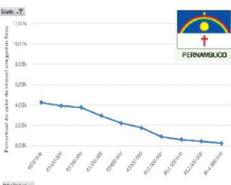
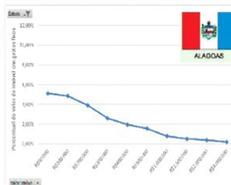
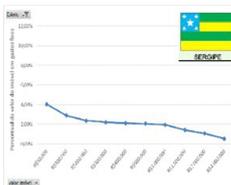
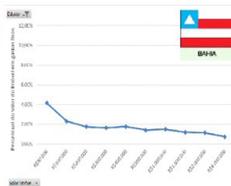
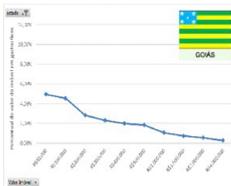
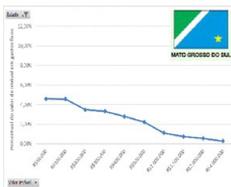
Como parâmetro de análise, 10 valores de imóveis foram escolhidos,<sup>25</sup> determinados de forma progressiva, de forma a espelhar a variação existente nas faixas de valores das tabelas de emolumentos estaduais. Passado isso, calcularam-se os já mencionados valores fixos,<sup>26</sup> ressaltando que os valores variáveis não foram abarcados,<sup>27</sup> pelas razões já expostas.

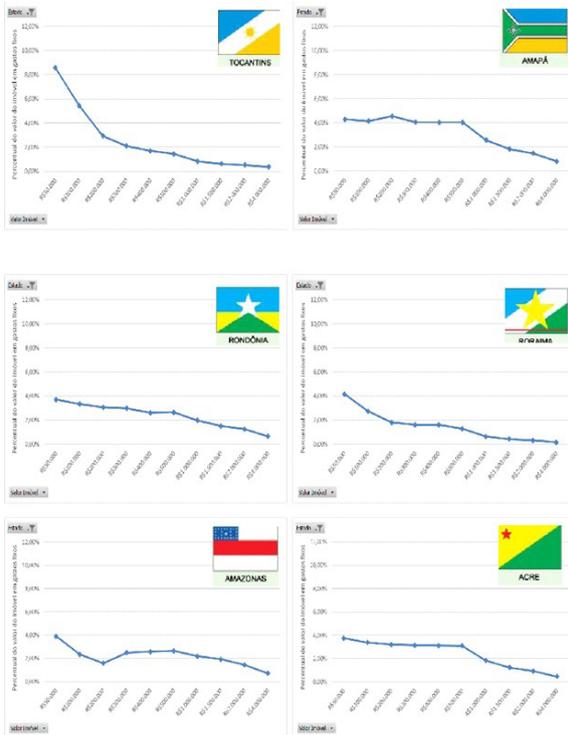
O resultado do procedimento no Registro de Imóveis foi a soma dos seguintes custos fixos: valor constante na lei estadual a título de processamento da usucapião extrajudicial; valor da prenotação; valor da publicação de edital, se previsto expressamente na legislação estadual; e valor da notificação multiplicado por três, já que obrigatoriamente é direcionada a Município, Estado e União.<sup>28</sup>

A seguir, os resultados obtidos em todos os estados da federação e no Distrito Federal, em um gráfico que dispõe os percentuais de custos fixos, na coluna vertical, em relação às faixas de valores delimitadas, na linha horizontal:

Figura 1 – Gráficos relativos a todos os Estados da Federação







Fonte: elaboração do(s) autor(es).

A partir desses custos fixos e dos gráficos demonstrados acima, chegou-se a algumas conclusões, as quais serão mencionadas no tópico a seguir, em conjunto com a análise crítico-propositiva sobre o alcance social da usucapião extrajudicial.

#### 4. A ANÁLISE DOS CUSTOS DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL E O SEU ALCANCE SOCIAL

Algumas considerações devem ser feitas acerca dos custos da usucapião extrajudicial, a qual resultou na elaboração dos gráficos acima apresentados, buscando-se discutir o alcance social do procedimento. A principal delas é o direcionamento da usucapião extrajudicial, que se mostra voltada à população de classe média e alta. Essa foi uma constatação obtida em todos os estados, sem exceção, com destaque para Minas Gerais e São Paulo, estados que apresentam a curva com maior índice de discrepância.

Tal conclusão se justifica porque à medida que o valor do imóvel aumenta, diminuem os custos percentuais do procedimento e, partindo do pressuposto de que os imóveis com maior valores são os correspondentes à população de renda mais alta, conclui-se que a usucapião extrajudicial é voltada à população de classe média e alta.

Nesse sentido, todos os gráficos, sem exceção, são decrescentes, com a faixa de

valor mais baixo apresentando sempre o maior valor percentual, o que denota o direcionamento da usucapião extrajudicial para as classes média e alta, já que os percentuais menores incentivam a sua utilização. Por sua vez, a população de baixa renda se vê afastada do procedimento, tendo que arcar com os custos percentuais mais altos. Nesse sentido, serão feitas algumas proposições com o objetivo de ampliar o alcance social do instituto, de forma a tornar mais factível a sua utilização pela população de baixa renda.

O ideal seria que tais valores percentuais fossem progressivos, ou seja, que se aumentasse os custos percentuais à medida que se elevasse o valor do imóvel, como forma de estimular a utilização pela população de baixa renda, sem afastar as classes altas, que potencialmente têm condições de arcar com custos mais altos na regularização. Pelo fato de os emolumentos terem natureza jurídica de taxa, tal discussão adentra na seara da justiça tributária, não cabendo ao presente artigo aprofundar-se nessa temática. A instituição progressiva desses valores percentuais seria uma ideia vanguardista e progressista, mas que demanda discussão mais aprofundada no campo da justiça social tributária e, por isso, prefere-se não propor alterações nesse sentido.

Em relação a esses valores percentuais, são cabíveis algumas considerações positivas. O caso do Rio Grande do Sul – estado com menor déficit habitacional relativo do Brasil (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2021, p. 113) – aproxima-se do ideal, já que se inicia com o percentual de 2,49% e até o valor do imóvel de 1 milhão tal porcentagem praticamente se mantém, por volta de 1,50%. Analisando-se acima, o Maranhão, a despeito de ter um valor inicial mais alto que o Rio Grande do Sul (3,72%), também é mais uniforme, apresentando índices mais lineares nos valores médios. Vale ressaltar, ainda, Rondônia e Amazonas.

O ideal, nesse caso, é evitar valores percentuais tão discrepantes, tal como se dá em São Paulo e, especialmente, em Minas Gerais. Deve-se buscar a linearidade dos valores percentuais, já que somente dessa forma é que se atinge a uniformização na cobrança. Não há razão, tomando Minas Gerais como exemplo, em um imóvel de 100 mil reais ter gastos percentuais de 6,60%, enquanto outro de 300 mil reais despense 3,10%, menos da metade do percentual. Isto é, ainda, somado à discrepância entre o imóvel mais barato e o mais caro.

Outra questão a ser debatida é a forma de cobrança pelo processamento no Registro de Imóveis, que é fixa em apenas cinco estados – Minas Gerais, Rio de Janeiro, Bahia, Sergipe e Rio Grande do Norte – e variável nos demais. Tal valor deve ser pago independentemente do resultado, sendo devido no início do requerimento na serventia registral. Couto (2020, p. 424) entende que se deve estabelecer um valor único para o processamento, fixo, independentemente do valor do imóvel, o que incluiria os arquivamentos devidos. Já o Provimento nº 65/CNJ dispõe em sentido diverso, sendo devido 50% do valor do registro para tal.

Os números praticados nesses cinco estados de processamento fixo são bem diferentes: no Rio de Janeiro é R\$ 190,69; em Sergipe é R\$ 208,36; na Bahia é R\$ 464,08; no Rio Grande do Norte é R\$ 845,00; e em Minas Gerais é R\$ 2.120,91. Não há justificativa para a normativa mineira ser tão discrepante em relação às demais, apresentando um valor que tende a diminuir os casos de usucapião extrajudicial no estado, já que é devido sem garantia

de êxito, sendo problemático supor que a população de baixa renda tenha condições de despendar mais de 4% do valor do imóvel, considerando-se o menor deles.

Entende-se que o processamento fixo faz sentido quando os valores se aproximam das demais normativas, as quais não ultrapassam o valor de um salário-mínimo, o que lhes torna mais factível para a maioria dos moradores informais. Contudo, de maneira a fomentar a adequada remuneração do serviço notarial e registral e de tornar tal cobrança mais fidedigna à análise sistêmica da usucapião extrajudicial, defende-se que o processamento deve ser variável, nos moldes preconizados pelo Provimento nº 65 do CNJ.

Os valores devidos para registro são previstos em faixas de valores, definidos por lei estadual que busca refletir as desigualdades socio-territoriais, em números que o Tribunal local entende que são justos e fidedignos à prestação da atividade notarial e registral. Nada mais justo, então, que embasar a cobrança do processamento da usucapião extrajudicial nos valores determinados para o registro dos títulos. Não há razão em colocar em par de igualdade imóveis com preços tão diferentes, o que não é positivo nem para o Estado nem para o delegatário e, muito menos, para o requerente de imóvel de valor mais baixo.

A mencionada cobrança por faixas de valores é outro ponto a ser analisado no artigo. Em alguns estados, parece que tal divisão não aconteceu ou, se aconteceu, foi realizada às pressas, como se o processo tivesse sido interrompido no seu desenrolar. Destaque negativo para o Paraná, no qual qualquer imóvel acima de R\$ 42.532,00 se encontra na mesma faixa de valores; e para o Distrito Federal, que interrompe a progressão da divisão em R\$ 52.000,00. Ambas as tabelas são mal divididas, ainda mais tratando-se de estados desenvolvidos, nos quais, provavelmente, a totalidade dos imóveis são precificados acima dos ditos “tetos” das faixas de valores.

Por outro lado, cabe ressaltar outros estados, nos quais as tabelas são bem divididas, colocando-se intervalos que de fato correspondem a variações consideráveis na dinâmica imobiliária. A melhor divisão, conforme os critérios utilizados por esta pesquisa, é a realizada em Sergipe, que apresenta 238 faixas de valores, com variação a cada 5 mil reais, geralmente, demonstrando o rigor do trabalho técnico na organização da tabela, o que é louvável. Também vale o destaque positivo para a Bahia;<sup>29</sup> Pernambuco,<sup>30</sup> SP;<sup>31</sup> e Rondônia.<sup>32</sup>

Vale mencionar, ainda, a questão do arquivamento de documentos, que é um dever dos notários e registradores<sup>33</sup> e, na maioria dos estados, não é cobrada. Tal cobrança se dá em: Minas Gerais,<sup>34</sup> Paraná,<sup>35</sup> Maranhão,<sup>36</sup> Ceará,<sup>37</sup> Espírito Santo,<sup>38</sup> Alagoas<sup>39</sup> e Piauí.<sup>40</sup> A sistemática de cobrança é por folha – à exceção do Ceará<sup>41</sup> e Alagoas<sup>42</sup> –, o que tem enorme potencial de aumentar os gastos do procedimento, já que em Minas Gerais, por exemplo, 100 folhas arquivadas, número normal nesses procedimentos, resulta em acréscimo de R\$ 914,00.

Entende-se que o arquivamento é dever acessório da atividade notarial e registral, abarcado pelos custos previstos nos emolumentos, não sendo devido qualquer acréscimo. Essa é, inclusive, uma das proposições do artigo: a não cobrança de arquivamentos na usucapião extrajudicial. O ideal seria que tal cobrança fosse extirpada de todos os trâmites cartorários, mas, certo de que isso foge ao escopo do trabalho, sugere-se que, ao menos,

seja excluída no procedimento em comento.

O fato de o arquivamento ser um dever do notário e registrador, por si só, já legítima o argumento pela não cobrança desses atos. Indo mais além e focando na usucapião extrajudicial, é necessário fazer com que o instrumento atinja um número maior de pessoas e se preste a efetivar o direito à moradia adequada, e nada mais natural do que reduzir custos para que se cumpra tal objetivo.

A proposição não se refere aos gastos principais, mas sim aos arquivamentos, dever acessório e que, independentemente de cobrança, terá de ser feito. Para que tal proposta se torne realidade, é necessária uma mudança de postura dos próprios delegatários, compreendendo a função social da atividade notarial e registral.

Muito se discute acerca da gratuidade do procedimento, já que muitos usucapientes estão em situação de carência financeira, não dispondo de recursos para arcar com todas as despesas cartorárias. Thibau e Portilho (2019, p. 113) entendem ser possível a extensão dos benefícios da assistência judiciária para a usucapião extrajudicial, a partir de uma interpretação sistemática e analógica do CPC/15.<sup>43</sup> Lamana Paiva (2009, p. 126-132), por sua vez, sugere a ideia de gratuidade para as pessoas cuja renda familiar mensal não seja superior a 5 (cinco) salários-mínimos. De outro lado, Couto (2020, p. 425) defende não caber a aplicação da gratuidade no procedimento extrajudicial, possível somente na via judicial, que seria a adequada para os que desejam a aplicação da gratuidade de justiça.

Nesse ponto, o artigo alinha-se com as ideias de que não há, de fato, previsão de gratuidade emolumentar na usucapião extrajudicial. Primeiramente, o CPC/15 dispõe que a gratuidade é possível em caso de efetivação de decisão judicial ou para a continuidade de processo judicial no qual tenha sido concedida gratuidade de justiça.<sup>44</sup> O procedimento em tela é, pelo contrário, uma alternativa à via judicial, não sendo abarcado pela disposição citada. Não cabe qualquer interpretação analógica nesse ponto, já que se trata de isenção de tributo, o que deve ser interpretado de forma literal.<sup>45</sup>

Se fosse prevista, a gratuidade dos emolumentos na usucapião extrajudicial deveria ser expressa e regulada por lei estadual, alinhando-se à visão de que lei federal que institui isenção de emolumentos fere o pacto federativo,<sup>46</sup> já que somente o ente público com poderes para tributar é que pode instituir isenções desse tributo,<sup>47</sup> o que é a conhecida vedação à isenção heterônoma. Existem, contudo, diversas normativas contrárias a tal previsão constitucional – algumas, inclusive, com declaração de constitucionalidade pelo STF<sup>48</sup> –, posicionamento esse que não será seguido nesse ensaio.

Nesse sentido, o primeiro estado que regulamentou a gratuidade foi o Rio Grande do Sul,<sup>49</sup> dispondo que deve haver o encaminhamento dos documentos comprobatórios da alegada necessidade da parte ao Juiz responsável, o qual deve apreciar em 10 dias. Em caso de deferimento, o ressarcimento será por meio do Fundo Notarial e Registral (FUNORE) do estado. Cria-se, então, um procedimento híbrido, com a participação judicial na usucapião extrajudicial, ampliando o alcance social do instituto, mas tornando-o menos célere, já que se sabe que o prazo impróprio previsto para o magistrado costumeiramente não será cumprido.<sup>50</sup>

Com base nessa previsão gaúcha, o artigo defende que pode haver a implementação da gratuidade na usucapião extrajudicial, optando-se por esse modelo de procedimento híbrido, com a apreciação do pedido pelo juiz responsável. Para evitar a sua utilização ilegítima, defende-se que é necessário estabelecer um valor limite do imóvel para a sua concessão, já que não faz sentido usucapientes de bens de alto valor postularem tal benefício. Tal teto seria estabelecido por lei estadual, uma vez que deve atentar-se às particularidades econômicas entre os estados.

Na legislação atual relativa à regularização fundiária, são previstas algumas gratuidades e também há previsão para a criação/regulamentação de fundos específicos destinados à compensação por tais atos.<sup>51</sup> Os recursos para o custeio desses órgãos são oriundos do aumento dos emolumentos em outros atos prestados pelos delegatários, por meio da política de subsídio cruzados, ou dos próprios recursos públicos.<sup>52</sup>

É inegável que a gratuidade é capaz de ampliar a utilização do instrumento pela população de baixa renda, mas, a partir de uma visão sistêmica, a pesquisa defende que a sua implementação carece de estudos mais detalhados, não sendo a principal proposição a ser defendida. O primeiro ponto é que a criação de um procedimento híbrido envolvendo a via judicial tende a reduzir a celeridade do instituto, que é o seu principal ponto positivo. Mesmo que se defina um prazo impróprio para o magistrado decidir sobre a gratuidade, é cediço que a regra será o descumprimento de normativas nesse sentido.

Já em relação aos fundos de compensação dessas gratuidades, cabe questionar a respectiva sustentabilidade financeira. A política de subsídios cruzados encarece as demais atividades realizadas pelos delegatários, o que pode desincentivar a sua demanda (TENDÊNCIAS, 2009, p. 33-35). Por outro lado, o custeio público implica gastos para o Estado (TENDÊNCIAS, 2009, p. 35), sendo que a transferência de custos vai ser por meio de tributos, o que é inviável em um país de alta carga tributária, em que se discute a reforma tributária como solução para a atual crise fiscal.

Pode-se falar, ainda, nos efeitos negativos sistêmicos oriundos do estabelecimento de gratuidades, em especial do aumento dos custos indiretos da atividade. Quando se diminuem os gastos diretos, decai a qualidade na prestação do serviço, com consequente prejuízo à segurança jurídica inerente ao sistema, particularmente a médio e longo prazo (TENDÊNCIAS, 2009, p. 05-09). Vale mencionar, ainda, o decréscimo de receita de vários órgãos, já que, incluídos no valor dos emolumentos, existem repasses para diversas instituições,<sup>53</sup> em especial do Poder Judiciário (TENDÊNCIAS, 2009, p. 04); e a inviabilização da modernização da atividade, tão necessária e em crescente implementação, conforme será mais bem trabalhado no tópico seguinte.

O artigo defende, então, que a gratuidade, a despeito da sua importância, carece de estudos detalhados para a sua implementação, não sendo possível afirmar categoricamente que é a melhor solução. Por não ser a alternativa mais factível, a pesquisa optou por outras proposições no sentido de aumentar o alcance social da usucapião extrajudicial. É inegável que os mecanismos – institucionais, organizacionais, políticos e econômicos – devem atuar de tal modo que as perspectivas dos territórios mais pobres sejam as mais favoráveis

possíveis (HARVEY, 2016, p. 286), e é nesse sentido que serão feitas propostas com ideias diversas da gratuidade.

Na usucapião extrajudicial, seguindo a regra vigente,<sup>54</sup> o pagamento dos custos deverá ser feito no ato do requerimento. Nesse ponto, a primeira proposição da pesquisa é o parcelamento dos emolumentos relativos à usucapião extrajudicial, ficando a finalização do procedimento condicionada ao pagamento de todas as parcelas, que seriam em número variável a depender da faixa de renda e do valor do imóvel pleiteado. Como exigência adicional, seria indispensável a localização do imóvel em área delimitada como ZEIS, o que é essencial para que tal possibilidade seja destinada à população de baixa renda e para minimizar os riscos pós-regularização, notadamente a gentrificação, que é processo de retorno dos beneficiários à informalidade.

O desenrolar da usucapião extrajudicial tem duração variável, sem possibilidade de se estabelecer qualquer média. Aproveitando-se dessa questão temporal, seria estabelecido um número de parcelas a depender da faixa de renda do requerente e do valor do imóvel. No Tabelionato de Notas, a finalização e entrega da ata notarial ficaria condicionada ao adimplemento de todas as parcelas; já no Registro de Imóveis, primeiramente seria pago o valor do processamento e, em seguida, seria necessário que o requerente arcasse com os valores em caso de deferimento, ficando o registro do título condicionado ao pagamento total das parcelas.

É imperioso destacar a previsão do parcelamento em outras situações, demonstrando que a presente proposição não tem natureza *sui generis*, sendo algo já faticamente e juridicamente aplicável. No próprio âmbito da regularização fundiária, menciona-se a aquisição de imóveis da União em 240 ou 120 parcelas – mensais e consecutivas –, caso a família tenha renda entre 5 e 10 salários-mínimos ou acima disto, respectivamente.<sup>55</sup> Existe, também, previsão<sup>56</sup> do parcelamento dos emolumentos caso o notário/registrator apresente dúvida fundada quanto à gratuidade, buscando-se a revogação total ou parcial do benefício ou a sua substituição pelo pagamento em parcelas.<sup>57</sup>

Tal regulamentação se daria em lei estadual, responsável por disciplinar a questão dos emolumentos. Quanto ao número de parcelas, defende-se que o limite deve ser algo em torno de 12 meses, já que a celeridade do procedimento é uma das suas maiores vantagens, não devendo ser mitigada a custo do alcance social. Deve haver uma ponderação entre esses valores, cabendo ressaltar que é comum alguns procedimentos apresentarem duração maior do que o prazo de parcelamento sugerido, o que indica que o pagamento será feito concomitantemente ao desenrolar procedimental, não representando qualquer prejuízo à celeridade e ao pagamento do notário e registrator.

Finalizado o procedimento, o requerente terá que pagar o valor final devido ao registrator de imóveis, cabendo a utilização do mesmo limite de parcelas. Nesse momento, “congela-se” o trâmite, aguardando-se o pagamento final para que o título formado seja registrado.

Tal possibilidade ficaria restrita à população de baixa renda, a qual, invariavelmente, tem acesso aos imóveis de menor valor, o que justifica a utilização de ambos os critérios

em conjunto. Em relação ao critério de renda, deveria ser definido estadualmente, já que se altera conforme a dinâmica socioeconômica do território. Buscando-se alguns precedentes normativos, cabe ressaltar as faixas de renda presentes na revogada Lei nº 11.977/2009: até 3 salários-mínimos; entre 3 e 6 salários-mínimos; e entre 6 e 10 salários-mínimos. Defende-se que o limite para o benefício seja algo em torno de 7 mil reais mensais, que é o teto atual do Programa Casa Verde e Amarela.<sup>58</sup> Teoricamente, acima dessa percepção salarial o requerente teria condições para o pagamento regular dos emolumentos.

É importante lembrar as críticas sofridas por essa divisão em função da renda, que dá margem a injustiças, pois tem verificação imperfeita, dadas as inúmeras dificuldades envolvidas na identificação do direito, ou não, aos benefícios (TENDÊNCIAS, 2009, p. 06). Nesse sentido, tal requisito deverá ser demonstrado por declaração atualizada do Imposto de Renda (IR) ou, em caso de dispensa, por contracheque salarial, extrato bancário mensal, entre outros. É cabível a recusa fundamentada do notário e registrador, em caso de dúvida fundada quanto ao cabimento do benefício, remetendo-se o caso à apreciação do Juízo responsável.

Quanto ao valor do imóvel, deve haver um limite – também definido estadualmente – para a possibilidade de aplicação do parcelamento. É inquestionável que a população de baixa renda tem acesso aos imóveis de menor valor, e, por isso, deve-se limitar tal benefício às primeiras faixas de valores das tabelas de emolumentos estaduais. Mais uma vez, se mostra a importância da divisão detalhada e fidedigna dessas faixas de valores, já que será necessário espelhar o que é, de fato, os valores médios dos imóveis ocupados pela baixa renda.

Ainda na busca pela redução dos custos do procedimento, tem-se a isenção parcial dos emolumentos, com posterior abatimento no Imposto de Renda pago pelo notário e registrador.<sup>59</sup> Tal ideia é defendida por Ferraz (2014) como uma contrapartida à prestação de serviço de interesse social, sem necessidade de subsídio direto do Estado. Seria instrumentalizada pelo sistema da Receita Federal, que já é utilizado pelos delegatários,<sup>60</sup> o que facilitaria a fiscalização e o controle das compensações.

Essa sugestão tem diversas variáveis, não cabendo a sua proposição nesse artigo por demandar estudo mais aprofundado. Exige-se lei federal para sua regulamentação, já que se trata de Imposto de Renda, que é de competência da União; o percentual ser abtido e a forma de comprovação/ressarcimento desse abatimento tendem a ser questões tormentosas; a interligação do sistema notarial/registral com a receita já existe, mas com fim diverso, sendo necessária a construção de um nova forma de interligação, complementar ou inovadora; há dispensa de receita da União, mesmo que indireta etc. Todas essas questões denotam a complexidade dessa ideia, sendo pouco factível a sua implementação, ainda mais para ser destinada exclusivamente à usucapião extrajudicial, sendo, portanto, descartada no âmbito desse ensaio.

A maior linearidade nos percentuais de cobrança, evitando variações abruptas e buscando a uniformização dos custos; maior detalhamento e fidedignidade nas faixas de valores das tabelas de emolumentos; o valor do processamento variável, conforme determina o Pro-

vimento nº 65/CNJ; a não cobrança dos arquivamentos; o parcelamento dos emolumentos, desde que a população seja de baixa renda, com critérios de faixa de rendimentos, valor de imóvel e estabelecimento da área como ZEIS; todas essas proposições são ideias visando o aumento do alcance social da usucapião extrajudicial e, se tomadas em conjunto, tem o condão de ampliar a utilização do instrumento pela população de baixa renda.

## 5. CONCLUSÃO

A usucapião extrajudicial é um instrumento limitado, incapaz de resolver toda a problemática da informalidade na moradia, sendo mais uma entre as ferramentas de regularização fundiária e de efetivação do direito à moradia. Tais limitações são inerentes a todos esses instrumentos, e enxergá-los dessa forma é, inclusive, desejável, pois evita supervalorizações indevidas e os coloca como parte dos projetos de regularização, e não como fim em si mesmos.

O artigo buscou, por meio da análise demonstrativa dos custos da usucapião extrajudicial e crítico-propositiva do seu alcance social, suprimir a perspectiva individualista que é inerente ao procedimento, aumentando o seu campo de utilização e colocando-a como aliada na busca pela redução da moradia informal. Tal cenário está posto, consolidado e é um problema de todos. Inserir e a aproximar a usucapião extrajudicial dessa discussão é, sem dúvidas, a principal contribuição desse artigo.

## 6. NOTAS

1. De acordo com Dados da Fundação João Pinheiro (2021, p. 113), com base no ano de 2019, o déficit habitacional brasileiro é de 5,876 milhões de domicílios, o que representa 8% do total de moradias no país.
2. Sobre o histórico da usucapião no Direito Brasileiro e suas modificações ao longo dos anos, sugere-se: Duarte (2018).
3. Poder-se-á indagar do porquê de o interessado abrir mão de um procedimento que privilegia a celeridade por um processo sabidamente demorado. Responde-se pela natural confiança que a parte deposita no Juiz, que, no imaginário da população, é uma figura "paternal", austera e não sujeita a erro (MARQUESI, 2018, p. 67).
4. Na elaboração da ata notarial para fins de reconhecimento de usucapião extrajudicial, o Tabelião deverá ser o da localidade do imóvel. Em regra, a escolha do tabelião é livre, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar da situação dos bens objeto do ato ou negócio (Art. 8º, Lei nº 8.935/1994). Contudo, no caso da usucapião extrajudicial, tal disposição não é respeitada, aplicando-se, então, o princípio da territorialidade à escolha do tabelião.
5. Art. 5º, §1º, do Provimento nº 65/CNJ.
6. Art. 216-A, da Lei nº 6.015/1973; Art. 4º do Provimento nº 65 do CNJ.
7. Posição diversa defende que o advogado somente é obrigatório a partir do requerimento no Registro de Imóveis, por interpretação literal dos dispositivos legais, que só faz menção à figura do advogado nesse ponto. Por todos, Cf. Loureiro (2018, p. 871).
8. Art. 216-A, §13º da Lei nº 6.015/1973, e art. 10 do Provimento nº 65 do CNJ.
9. Art. 216-A, §4º, da Lei nº 6.015/1973; Art. 11 do Provimento nº 65 do CNJ.

10. Art. 216-A, §13, da Lei nº 6.015/1973; Art. 11 do Provimento nº 65 do CNJ.
11. Art. 216-A, §14, da Lei nº 6.015/1973; Art. 11, parágrafo único, e Art. 16, §4º, do Provimento nº 65 do CNJ.
12. Art. 216-A, §8º, da Lei nº 6.015/1973; Art. 17, §2º, do Provimento nº 65 do CNJ.
13. Art. 20, §3º, do Provimento nº 65 do CNJ.
14. Coaduna-se com o entendimento de Couto (2020, p. 361-369) de que deve haver simples averbação demonstrando a existência de construção no imóvel. Não é uma averbação de construção, a qual exige a apresentação do “habite-se” e demais certidões, mas é um ato que visa notificar a existência de tal edificação, visando a regularização construtiva no futuro.
15. Art. 2º, caput, da Lei nº 10.169/2000.
16. Art. 2º, III, b), da Lei nº 10.169/2000.
17. Art. 3º, II, da Lei nº 10.169/2000.
18. Art. 2º, caput, da Lei nº 10.169/2000.
19. Art. 26 do Provimento nº 65/CNJ.
20. Art. 26 do Provimento nº 65/CNJ – **Enquanto não for editada, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, legislação específica** acerca da fixação de emolumentos para a procedimento da usucapião extrajudicial, serão adotadas as seguintes regras. (grifos nossos).
21. Art. 26, parágrafo único, do Provimento nº 65/CNJ.
22. Cabe mencionar duas excepcionalidades, que não são, contudo, divergências. O primeiro caso é do Pará, em que a ata tem conteúdo financeiro, mas a cobrança é por lauda, o que até faz o estado ser desconsiderado para fins de análise comparativa. O segundo é o Rio Grande do Norte, em que a ata tem conteúdo financeiro, mas o valor é único (R\$ 845,00).
23. Art. 120 da Tabela de Honorários da Ordem dos Advogados do Brasil – Minas Gerais.
24. Art. 28 da Tabela de Honorários da Ordem dos Advogados do Brasil – Minas Gerais.
25. R\$ 50.000; R\$ 100.000; R\$ 200.000; R\$ 300.000; R\$ 400.000; R\$ 500.000; R\$ 1.000.000; R\$ 1.500.000; R\$ 2.000.000; R\$ 4.000.000.
26. Ata notarial de usucapião extrajudicial; prenotação/autuação no Registro de Imóveis; notificação dos três entes públicos (Município, Estado e União); processamento no Registro de Imóveis; registro.
27. Notificação dos titulares de direitos reais e confrontantes, se houver; abertura de matrícula; publicação de edital, que, a despeito de acontecer em todos os procedimentos, é feita de forma diversa a depender do estado, não sendo prevista na tabela de emolumentos estadual; diligência, se houver; arquivamento, se for cobrado; cobrança dos honorários advocatícios; gastos com a planta e o memorial descritivo, que, à semelhança do advogado, são de natureza técnico-subjetiva; pagamento de valores ao Município, entre outros gastos.
28. Em caso de previsão da notificação na tabela de emolumentos relativa ao Registro de Imóveis, utilizou-se tal valor como parâmetro. Contudo, na maioria dos estados, não há previsão nesse sentido, utilizando-se, então, a notificação realizada pelo Registro de Títulos e Documentos como parâmetro, já que costumeiramente é tal especialidade que cumpre tal função.
29. É uma tabela que apresenta 20 faixas de valores, o que não é muito elevado, mas a sua divisão foi muito bem-feita, tanto que todos os valores referenciais da pesquisa se enquadram em intervalos distintos.

30. Apresenta boa divisão nos imóveis de menor valor, com 36 faixas distintas até o valor de 100 mil reais.

31. Indica 55 faixas de valores. A tabela é bem dividida nos valores baixos e médios, mas, especialmente, nos valores mais altos. Só interrompe sua progressão em R\$ 107.633.000,00, valor muito elevado se comparado às tabelas dos demais estados. Isso, provavelmente, se deve aos preços mais elevados dos imóveis no estado, o que justifica a divisão detalhada nesses valores.

32. Possui 32 faixas de valores, sendo muito bem dividida em todos os níveis de preço. Os valores referenciais da pesquisa, por exemplo, enquadram-se em intervalos distintos, sem exceção, o que denota a boa divisão da tabela. Vale o destaque, ainda, para a legislação estadual de emolumentos, que dispõe de forma expressa sobre a forma de cobrança da usucapião extrajudicial, não deixando margem à discricionariedade dos delegatários e cumprindo, sem qualquer ressalva, a transparência e dever de informação inerente à atividade notarial e registral. (30a nota do Provimento nº 44/2020 da Corregedoria Geral de Justiça de Rondônia).

33. Art. 30, I, da Lei nº 8.935/1994; Provimento nº 50 do CNJ.

34. R\$ 9,14.

35. R\$ 1,52.

36. R\$ 5,12.

37. R\$ 6,72.

38. R\$ 6,56.

39. No Alagoas, a cobrança é prevista exclusivamente na tabela do Registro de Imóveis, como “microfilmagem de documento”, no valor de R\$ 4,30, por grupo de 5 páginas.

40. R\$ 12,33.

41. **2. Digitalização ou microfilmagem – Código 005023, do Provimento nº 08/2014-CGJCE.** Quando o documento tiver mais de uma página, a cobrança por digitalização ou microfilmagem para o conjunto de até (05) cinco páginas devem ser feitas pelo atribuído para o código 005023. Quando o documento a digitalizar tiver mais de cinco páginas, a partir da sexta, haverá cobrança adicional, seguindo a mesma regra, ou seja, um lançamento e consequente cobrança pelo código 005023 para cada grupo de até cinco (05) páginas, observado, para cada documento, o limite de três cobranças do valor do código 005023, ainda que seja necessário digitalizar mais páginas.

42. Cobra-se por grupo de 5 páginas. (Item XII, Tabela “B” dos Atos dos Oficiais dos Registros de Imóveis do Tribunal de Justiça de Alagoas).

43. Art. 98, §1º, IX, do CPC/2015.

44. Art. 98, §1º, IX, do CPC/2015 – os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial **necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial** no qual o benefício tenha sido concedido. (grifos nossos)

45. Art. 111, II, do Código Tributário Nacional.

46. Por todos, Cf. PAIVA, João Pedro Lamana. Gratuidade emolumentar no novo CPC. *In*: DIP, Ricardo (org.). **Direito registral e o novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 160-184.

47. Art. 151, III, da CF/1988.

48. Cf. Debs (2020, p. 1.995-2.030).

49. Provimento nº 038/2018 da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; Colégio Registral do. Comunicado Conjunto nº 005/2019 do Colégio Registral do Rio Grande do Sul.

50. “Os juízes, desembargadores e ministros do Poder Judiciário podem exceder no cumprimento de seus deveres ao longo do processo, havendo motivo justificado, os prazos que o Código lhes assina sem que daí advinha preclusão temporal. Os prazos para o órgão jurisdicional são prazos impróprios, quando destinados a disciplinar a prática de seus deveres processuais.” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 359).

51. Art. 73 da Lei nº 13.465/2017.

52. “Isso significa de duas uma: ou o Poder Público aumenta muitos os emolumentos para aqueles que pagam possam suprir aqueles que não pagam ou o poder público desembolsa o suficiente para recompor aquela perda. Não há mágica, não existe nada de graça.” (MELLO, [s.d], p. 08).

53. Estudo realizado em 12 estados apontou que, em média, 16,2% dos emolumentos referem-se a re-passes e 83,8% são receita bruta do cartório. (TENDÊNCIAS, 2009, p. 17).

54. Art. 14 da Lei nº 6.015/1973.

55. Art. 84, §4º e §5º, da Lei nº 13.465/2017.

56. Art. 98, §8º, do CPC/2015.

57. Não parece constituir essa disposição um incidente processual em que se estará discutindo a gratuidade de justiça concedida ao beneficiário, mas um procedimento de natureza administrativa, instaurado de forma independente do processo originário, em que se estará apreciando exclusivamente a questão da gratuidade emolumentar, decorrente da gratuidade de justiça inicialmente concedida, desde que o notário ou registrador apresente dúvida fundada quanto à hipossuficiência do beneficiário, de modo que se possa verificar se tem ou não condições de suportar pelo menos em parte ou se poderá pagá-la integralmente, desde que de forma parcelada, o que significa uma quebra do princípio integral e antecipado de emolumentos, instituído pelo art. 14 da Lei nº 6.015/1973 (PAIVA, 2016, p. 181-182).

58. Art. 1º da Lei nº 14.118/2021.

59. Cabe ressaltar que os notários e registradores são elencados no rol dos contribuintes “pessoas físicas”, sendo submetidos à alíquota de 27,5% no pagamento do Imposto de Renda.

60. Refere-se a Declaração sobre Operações Imobiliárias (DOI), obrigatória para os delegatários, que deverá ser apresentada sempre que ocorrer operação imobiliária de aquisição ou alienação, realizada por pessoa física ou jurídica, independente do seu valor. (Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1.112/2010).

## REFERÊNCIAS

COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. **Usucapião extrajudicial**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DUARTE, Nestor. Breve exame da usucapião no direito brasileiro. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (org.). **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018, p. 659-674.

FERRAZ, Patrícia André de Camargo. Regularização fundiária e desenvolvimento econômico sustentado: novos instrumentos jurídicos para a regularização de terras urbanas. Alternativas de custeio. In: NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (Org.) **Regularização fundiária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 127-154.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Déficit habitacional no Brasil 2016-2019**. Belo Horizonte: FJP, 2021.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

HARVEY, David. **Os limites do capital**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Boitempo, 2013.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARQUESI, Roberto Wagner. **Usucapião extrajudicial**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Equilíbrio inicial da relação jurídica Estado/delegado de atividade jurídica tem que ser mantido. **Revista de gratuidades e o equilíbrio econômico-financeiro dos cartórios brasileiros**, São Paulo, n. 1, p. 7-10, [s.d].

MELLO, Henrique Ferraz Corrêa. **A desjudicialização da usucapião imobiliária**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016.

PAIVA, João Pedro Lamana. Gratuidade emolumentar no novo CPC. *In*: DIP, Ricardo (org.). **Direito registral e o novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 160-184.

PAIVA, João Pedro Lamana. Novas perspectivas de atos notariais: usucapião extrajudicial e sua viabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Notarial – RDN**, São Paulo, n. 01, p. 111-138, 2009.

TENDÊNCIAS, Consultoria Integrada. **Análise econômica da gratuidade de serviços notariais e registrais no Brasil**. São Paulo, 2009.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; PORTILHO, Sílvia de Abreu Andrade. **Usucapião especial urbana coletiva: aspectos relevantes de direito material e processual**. Curitiba: Appris, 2019.

Recebido em: 29/11/2021

Aceito em: 29/12/2021