eleições 2022

Direito do Consumidor

concurso público

pareceres

saúde

prédios municipais

licitação

partidos políticos

guardas municipais

lsonomia

serviços públicos

saneamento básico

instituto brasileiro de administração municipal

Edição nº 309
Março/2022

ISSN 0034-7604

REVISTA DE ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL

Artigos

- Mudanças no Sistema Eleitoral: Federações Partidárias e Política Nacional
- As trilhas do direito à saúde
- Concurso Público e condições especiais de prova para candidatos com transtorno do déficit de atenção com hiperatividade – TDHA e dislexia
- Dispensa e inexigibilidade de licitação.Todas as hipóteses são normas gerais também na nova lei de licitações

Pareceres

- Limites à função fiscalizadora da Câmara em vistorias em prédios municipais
- Doação de armas de fogo para guardas municipais que se aposentam
- Desoneração da tarifa de água do único Hospital do Município

Aos Leitores

Com muito esmero, a equipe do IBAM preparou o primeiro número de 2022 de sua revista. Os leitores com certeza vão perceber a voz predominante dos advogados, não só nos pareceres, como é óbvio, como também nos artigos. Sempre mostrando a originalidade, capacidade e necessidade de se debruçar sobre os mais variados assuntos: saúde, acesso ao corpo funcional da administração pública, licitações ensinam reiteradamente a quem os lê que a base legal contribui para a organização da vida social e alicerçam a promoção da justiça.

O artigo de Angela Fontes - "Mudanças no sistema eleitoral: federações partidárias e política nacional" - abre a revista com tema atualíssimo que ocupa as mentes de todos os que se preocupam com a governabilidade e a governança do país, em todos os níveis. Fontes, que não é advogada e sim economista, nos traz sólida base jurídica para pensar sobre a gestão pública nos próximos anos. As federações se organizam com base em compromissos para os próximos quatro anos, demandando o fortalecimento de partidos políticos. Interferem para que se constitua visão objetiva sobre políticas públicas que precisam ser administradas considerando responsabilidades compartilhadas pelos entes que formam a federação. É texto para ler e reler.

"As trilhas do direito à saúde", preparado por Maria T. Carolina de Souza Gouveia, examina a dualidade público-privada admitida na legislação relativa à prestação dos serviços de saúde, configuradas nas relações entre o SUS e o mercado de saúde suplementar. A saúde, constitucionalmente caracterizada como direito social, é dever do Estado a quem incumbe garantir acesso universal e integral a todos. A ausência de uma completa operacionalização do SUS desde a sua criação e a pouca clareza jurídica no disciplinamento das interfaces entre Estado, mercado e sociedade na área da saúde alimentou o debate sobre direito social e direito do consumidor. A autora trabalha a questão com sólida base jurídica e argumentação esclarecedora. Trata-se de abordagem não frequente para os gestores e deve ser apreciada com bastante atenção.

O artigo de Priscila Oquioni – "Concurso Público e condições especiais de prova para candidatos com transtorno do déficit de atenção com hiperatividade – TDHA e dislexia" – aprofunda o debate sobre a igualdade de oportunidades para o acesso às carreiras do serviço público por portadores de disfuncionalidades do tipo dislexia/TDHA. Ao abordar o tema, faz alentada revisão da legislação que ampara o tratamento diferenciado de tais postulantes a emprego no processo de seleção por concurso público. Conclui pela inexistência de dúvidas quanto à indicação, em editais de certames, da concessão de condições especiais para tais postulantes a cargos públicos. É um alerta fundamentado para gestores no comando de concursos públicos.

O quarto artigo que integra a RAM 309 – "Dispensa e inexigibilidade de licitação. Todas as hipóteses são normas gerais também na nova lei de licitações" –, de autoria de Ivan Barbosa Rigolin, examina questões relacionadas à Lei nº 8.666/93 e aos esforços de atualizá-la. Exemplifica com grande argúcia cada ponto e contraponto que menciona com relação à lei de 1993 e às demais que a sucederam. Um ensaio robusto que fortalece a cultura jurídica de quem lê, contribuindo para orientar decisões de gestores que atuam neste campo.

Os pareceres trazidos para o presente número da revista foram exarados por Rafael Pereira de Souza, Jaber Lopes Mendonça Monteiro e Ana Carolina Couri de Carvalho. Abrangem as seguintes temáticas: função fiscalizadora da Câmara Municipal em prédios municipais, posse e doação de

armas de fogo para guardas municipais (na ativa e aposentados) e desoneração da tarifa de água do único hospital do Município.

Certamente a indagação dos consulentes do IBAM vai aproveitar aos leitores da revista. Usufruam dos conhecimentos aqui sistematizados e disponibilizados.

Tenham uma boa leitura e até nosso próximo número.

Índice

Artigos

05. Mudanças no Sistema Eleitoral: Federações Partidárias e Política Nacional
Angela Fontes

14. As trilhas do direito à saúde
Maria T. Carolina de Souza Gouveia

27. Concurso Público e condições especiais de prova para candidatos com transtorno do déficit de atenção com hiperatividade – TDHA e dislexia
Priscila Oquioni Souto

34. Dispensa e inexigibilidade de licitação. Todas as hipóteses são normas gerais também na nova lei de licitações.
Ivan Barbosa Rigolin

Pareceres

43. Limites à função fiscalizadora da Câmara em vistorias em prédios municipais
Rafael Pereira de Sousa

45. Doação de armas de fogo para guardas municipais que se aposentam
Jaber Lopes Mendonça Monteiro

48. Desoneração da tarifa de água do único Hospital do Município
Ana Carolina Couri de Carvalho

Expediente

A *Revista de Administração Municipal* é uma publicação *on-line* do Instituto Brasileiro de Administração Municipal – IBAM, inscrita no Catálogo Internacional de Periódicos sob o n° BL ISSN 0034-7604. Registro Civil de Pessoas Jurídicas n° 2.215.

Editoria

Mara Biasi Ferrari Pinto, Marcos Flávio R. Gonçalves e Maria da Graça Ribeiro das Neves.

Conselho Editorial

Alberto Costa Lopes, Ana Maria Brasileiro, Celina Vargas do Amaral Peixoto, Emir Simão Sader, Fabricio Ricardo de Limas Tornio, Paulo du Pin Calmon e Rubem César Fernandes.

Conselho Técnico

Alexandre Carlos de Albuquerque Santos, Claudia Pedreira do Couto Ferraz, Henrique Gaspar Barandier, Leonardo Jose Amaral de Méllo, Marcia Costa Alves da Silva, Marcus Alonso Ribeiro Neves e Marlene Allan Fernandes.

Projeto Gráfico
Ewerton da Silva Antunes

Esta publicação consta do indexador internacional Lilacs – América Latina e Caribe.

As opiniões expressas pelos autores dos artigos e entrevistados na RAM não necessariamente refletem a opinião do IBAM e dos Conselhos Editorial e Técnico desta publicação. É permitida a sua reprodução desde que citada a fonte.

Superintendente Geral: Paulo Timm

IBAM

Rua Buenos Aires, 19
CEP 20070-021 • Rio de Janeiro • RJ
Tel.: (21) 2536-9797
Fax: (21) 2536-1262
E-mail: ibam@ibam.org.br
revista@ibam.org.br
www.ibam.org.br

Representações

São Paulo
Avenida Ceci, 2081
CEP 04065-004 • São Paulo • SP
Tel./Fax: (11) 5583-3388
Email: ibamsp@ibam.org.br

Santa Catarina
Rua Antonio Cândido de Figueiredo, 39
CEP 89035-310 • Blumenau • SC
Tel./Fax: (47) 3041-6262
Email: ibamsc@ibam.org.br

MUDANÇAS NO SISTEMA ELEITORAL: FEDERAÇÕES PARTIDÁRIAS E POLÍTICA NACIONAL

Angela Fontes*

Resumo: Este artigo tem como objetivo discorrer sobre o advento do instituto da federação partidária nas eleições de 2022 e seus possíveis reflexos nas eleições municipais de 2024, sem pretensão de esgotar o tema. Apresenta avanços e retrocessos da organização partidária nacional considerando como marcos as reformas do sistema eleitoral pós Constituição Federal de 1988. Observa-se ao final a fragilidade do momento em que o artigo está sendo escrito frente às possibilidades e desafios apresentados aos partidos políticos no sentido da adoção ou não de posicionamentos coerentes com a identidade programática e objetivos comuns que viabilizem a ação conjunta.

Palavras-chave: Partidos políticos; Federação partidária; Eleições 2022.

Introdução

As eleições de 2022 serão as segundas no Brasil a se realizarem em meio à pandemia de Covid-19. É bem verdade que em 2020, nas eleições municipais, o mundo e o país possuíam um conhecimento rarefeito de como enfrentar a doença. A ciência buscava os melhores caminhos para enfrentá-la. Agora, em 2022, avançou-se consideravelmente, chegaram as vacinas, mas continuam os desafios na forma de novas variantes do coronavirus, as chamadas novas cepas, e à crise sanitária se juntaram as crises econômica, social e ambiental.

É neste cenário que ocorrerão as eleições gerais de 2022, sob uma legislação renovada, fruto da Reforma Eleitoral de 2021, trazendo mudanças que influirão de modo decisivo em seus resultados. Entre essas alterações tem-se o instituto das federações partidárias aprovado pela Lei nº 14.208, de 28 de setembro de 2021.

Portanto, será a partir de novas regras no jogo eleitoral que as pessoas eleitas em 2022, um universo formado por homens e mulheres - presidente da república, 27 governadores - estados e distrito federal -, renovação de 1/3 do Senado (27 senadores), 513 deputados e deputadas federais e 1.059 estaduais, totalizando 1.627 brasileiras e brasileiros natos e naturalizados - serão responsáveis pelo encaminhamento de soluções para as crises enfrentadas pela sociedade brasileira.

Sistema político partidário: caminhos percorridos

Pensar sobre o alcance na política brasileira face à formação de federações partidárias regulamentada pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) exige passos anteriores em busca de uma maior compreensão dos motivos de sua criação e possíveis resultados na vida política nacional.

Importante lembrar que a atual organização partidária reflete as transformações vivenciadas pelo país ao longo dos diferentes regimes políticos e respectivos períodos históricos.

* ***Angela Fontes****: Economista. Mestre em Engenharia da Produção - Planejamento Urbano e Regional/COPPE/UFRJ. Doutora em Geografia-Gestão do Território/UFRJ. Professora da Faculdade IBAM. Conselheira titular do Conselho de Estadual dos Direitos das Mulheres – CEDIM RJ, representação IBAM.*

Oficialmente os partidos políticos existem no Brasil desde o Período Imperial, entretanto, a proposta deste artigo tem como marco temporal o pacto social celebrado na Constituição Federal de 1988 e o consequente estabelecimento de regras a guiarem as agremiações partidárias no caminho da recente democracia conquistada.

O primeiro marco diz respeito à Lei nº 9.096/95, conhecida como a Lei dos Partidos Políticos[1], que revogou a Lei nº 5.682, de julho de 1971, resquício da ditadura militar, constituiu um significativo avanço em assegurar a representatividade e a autonomia das agremiações, garantidas no art. 17 da Constituição Federal de 1988[2]. Exige, também, que os partidos tenham caráter nacional, os proíbe de receberem recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou que sejam a eles subordinados, prestem contas à Justiça Eleitoral e tenham funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

Merece destaque que, no âmbito desta legislação, tenha sido instituída uma primeira forma de cota eleitoral de gênero a partir de alterações realizadas no Projeto de Lei nº 783, de 1995, de autoria da, à época, Deputada Marta Suplicy (PT/SP) e subscrito por mais 30 parlamentares[3]. Entretanto, a legislação reduziu a proposta de registrar o mínimo de 30% das candidaturas para as mulheres para o percentual de 20% de mulheres candidatas.

A Lei nº 9.504/97, a Lei das Eleições[4], estabelece normas e entre elas as que facultam aos partidos políticos a formação de coligações. Compreendendo coligação enquanto acordo formal entre dois ou mais partidos para a disputa de uma eleição, seu prazo de validade é o pleito para o qual foi formada. Para identificar as coligações também são usados os termos acordos eleitorais ou alianças de um modo mais informal.

A Emenda Constitucional nº 52, de 2006[5], disciplinou as coligações eleitorais a partir da redação dada ao § 1º do art. 17 da CF88 com a possibilidade de se realizarem sem a obrigatoriedade da verticalização, ou seja, permitiu a inexistência da vinculação entre as candidaturas em âmbito federal, estadual, distrital e municipal.

No ano de 2009 tem-se o que se convencionou chamar como Minirreforma Eleitoral[6], a Lei nº 12.034/09, que estabeleceu entre outras regulamentações novas regras eleitorais relativas à liberação do uso da Internet, além de regras compatíveis com o uso do avanço

1. Lei nº 9.096/95, de 19 de setembro de 1995. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9096-19-setembro-1995-368874-publicacaooriginal-1-pl.html Acesso em: 31 jan. 2022.
2. Constituição da República Federativa do Brasil 1988, que em seu art. 17 estabelece como "livre a criação, a fusão, a incorporação e a extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 31 jan. 2022.
3. SUPLICY, Marta. Projeto de Lei nº 783, de 1995. Diário do Congresso Nacional, Brasília, Seção I, 19/08/1995, p. 18999. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=182361 Acesso em: 31 jan. 2022.
4. Lei nº 9.504/97, a Lei das Eleições, de 30 de setembro de 1997, estabelece as normas para a realização das eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.504%2C%20DE%2030%20DE%20SETEMBRO%20DE%201997&text=Estabelece%20normas%20para%20as%20elei%C3%A7%C3%B5es. Acesso em: 31 jan. 2022.
5. Emenda Constitucional nº 52, de 28 de março de 2006, dá nova redação ao art. 17 § 1º - "É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária". Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc52.htm Acesso em: 31 jan. 2022.
6. Sancionada em 29 de setembro de 2009, introduziu significativas mudanças no processo eleitoral brasileiro. Modifica a Lei nº 9.096, de 19/set/1995, a Lei nº 9.504, de 30/set/1997, e a Lei nº 4.737, de 15/jul/1965 (Código Eleitoral).

tecnológico nas campanhas e respectivas prestações de contas. Também abordou a auditoria do resultado eleitoral e reintroduziu o voto em trânsito.

Em 2009 houve forte mobilização, realizada pela Comissão Tripartite[7], visando garantir a aprovação de pontos fundamentais em prol da participação das mulheres na política, como a que modificou a redação do terceiro parágrafo do art. 10 da Lei nº 9.504/97 alterando a ideia central da garantia da representação de ambos os sexos nos pleitos eleitorais partindo da ação de *reservar* para *preencher* - "cada partido ou coligação *preencherá* o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo" - garantindo a proporcionalidade por sexo nas listas de candidaturas.

E inovou também ao buscar o equilíbrio de gênero no parlamento ao criar a obrigatoriedade da aplicação de no mínimo 5% dos recursos do Fundo Partidário para programas de formação política para as mulheres e o estabelecimento de multas consecutivas de 2,5% do Fundo Partidário quando do seu não cumprimento. Assim como garantia do tempo mínimo de 10% da propaganda partidária gratuita a ser dedicado às candidatas.

Em 2015 é aprovada a Lei nº 13.165/2015 (Reforma Eleitoral de 2015)[8] com os objetivos de: (i) reduzir custos das campanhas eleitorais; (ii) simplificar a administração das agremiações partidárias; (iii) e incentivar a participação feminina na política. É possível considerar a proibição de financiamento de campanhas por parte de empresas e a redução do tempo de propaganda gratuita, tanto a partidária quanto a eleitoral, como principais alterações introduzidas. Em paralelo, e com repercussão na vida de mulheres e homens que optam pela participação ativa da vida política, a Reforma Eleitoral de 2015 previu que os recursos do Fundo Partidário deveriam ter aplicação direta na formação política das mulheres, observando o valor mínimo de 5% do total. Esses recursos também podem ser acumulados em diferentes exercícios financeiros para utilização futura em campanhas eleitorais de candidatas do partido.

A Emenda Constitucional 97/2017[9] vetou as coligações partidárias nas eleições proporcionais (de deputados federais, estaduais e distritais e vereadores), estabelecendo normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão. Ao vetar as coligações e condicionar o acesso aos recursos do fundo partidário ao desempenho dos partidos políticos conforme o percentual de votos válidos distribuídos pelo território nacional até as eleições de 2026, chamada cláusula de desempenho[10] ou cláusula de

7. Comissão Tripartite para a revisão da Lei 9.504/1997, instituída pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, da Presidência da República, em estreita articulação com a Bancada Feminina do Congresso Nacional e os movimentos feministas e de mulheres, junto aos parlamentares da Câmara e do Senado para a revisão da Lei nº 9.504/97. Relatório Final. Brasília, novembro de 2009. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/poder-e-participacao-politica/direitos-e-legislacao/legislacao-adicional/relatorio_final_da_comissao_tripartite_para_a_revisao_da_lei_9504_97.pdf Acesso em: 31 jan. 2022.

8. Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.165%2C%20DE%2029%20DE%20SETEMBRO%20DE%202015.&text=Altera%20as%20Leis%20n%20%C2%BA,e%20incentivar%20a%20participa%C3%A7%C3%A3o%20feminina. Acesso em: 31 jan. 2022.

9. Emenda Constitucional 97. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19335869/do1-2017-10-05-emenda-constitucional-n-97-19335801 Acesso em: 31 jan. 2022.

10. EC 97/2017. Altera Art. 17, § 3º - Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente:

I - obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou

II - tiverem elegido pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.

barreira, é válido supor que a EC nº 97/2017 tenha provocado um "turbilhão" na dinâmica da vida partidária.

O ano de 2021 inaugurou a terceira década do século XXI com mudanças relevantes para o sistema político partidário nacional, influindo diretamente nas eleições gerais de 2022. São três as leis que promoveram mudanças na legislação eleitoral.

Emenda Constitucional 111/21[11] trouxe incentivo às candidaturas de mulheres e pessoas negras ao estabelecer que "os votos dados a candidatas mulheres ou a candidatos negros para a Câmara dos Deputados nas eleições realizadas de 2022 a 2030 serão contados em dobro". Mas essa contagem em dobro de votos somente será aplicada uma única vez visando "distribuição do Fundo Partidário e Fundo Especial de Financiamento de Campanha". Regra a ser aplicada durante o período de 2022 a 2030. Com relação à fidelidade partidária, com a concordância do partido, o/a parlamentar que mudar de legenda não será punido, ou seja, não perderá o mandato. Também redefiniu as datas de posse do presidente da República para 5 de janeiro e das ou dos governadores para 6 de janeiro, a partir das eleições de 2026, ou seja, para as posses de 2027.

A Lei nº 14.211/21[12] promoveu novas regras para candidaturas e distribuição das sobras para os partidos que não atingirem o quociente eleitoral e fez adequações à EC 97, após a extinção das coligações partidárias. Alterou o teto de candidaturas nas eleições proporcionais estabelecendo que o número de candidaturas para o número de vagas em disputa que cada partido poderá lançar será no total de até 100% do número de vagas a serem preenchidas mais 1 (um).

A Lei nº 14.208/2021[13] trouxe para o centro do sistema partidário o instituto das federações partidárias, permitindo associações temporárias entre siglas para disputar os pleitos , e regulando a atuação conjunta pelo tempo mínimo de quatro anos. Assim, ainda serão válidas para as eleições municipais de 2024.

Das coligações às federações

Buscar o significado das coligações partidárias na vida política brasileira implica reconhecer ser este um instituto que sofreu, ao longo dos diferentes períodos históricos de maior ou menor grau de instabilidade conforme as condições políticas em que estivesse ocorrendo o ato de coligação e a correspondente legislação.

É razoável supor que tal instabilidade expressa um embate político resultante da forma como o sistema partidário se estrutura, ao ter tido como pano de fundo nas últimas décadas a formação de coligações e respectivos cálculos de sobrevivência eleitoral. Estudiosos do tema buscaram compreender a formação de coligações a partir de análises sobre sua racionalidade política e estratégias adotadas[14]. O assunto possibilita amplo debate teórico para melhor compreende-lo, ultrapassando os limites deste artigo. Entretanto, vale ressaltar que o acompanhamento da vida política nacional explicita a carência de uma coordenação nacional por parte dos partidos políticos em suas estratégias eleitorais para os diferentes níveis de coligações a se formarem no território, ou essa ausência é a estratégia.

11. Emenda Constitucional 111 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc111.htm Acesso em: 31 jan. 2022.
12. Lei nº 14.211/2021, de 1º de outubro de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14211.htm Acesso em: 31 jan. 2022.
13. Lei nº 14.208/2021, de 28 de setembro de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14208.htm Acesso em: 31 jan. 2022.
14. Ver estudo de Geralda Miranda que aborda tendências e racionalidades políticas na conformação de coligações. Acessado em 01/fev/2022. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rsocp/a/59QLzdb5566NSyz9W3jbm8y/?format=pdf&lang=pt Acesso em: 31 jan. 2022.

São 32 os partidos atualmente registrados no TSE. A fragmentação partidária representada pelo grande número de partidos e o voto personalizado, ou seja, vota-se na/no candidato(a), somado ao poder da cúpula dos partidos na definição de quem será candidato(a), assim como a possibilidade de realização de coligações não uniformes em todos os níveis da federação, dificultam ao eleito(a) reconhecer o seu voto, vale dizer, quem realmente o/a elegeu, em quais espaços da sociedade as ideias divulgadas na sua campanha penetraram e lhe trouxeram os votos. O que também vem a dificultar a prestação de contas ao eleitorado no sentido de aplainar o caminho para candidaturas vitoriosas nas futuras eleições e/ou reeleições. Esse círculo vicioso tende a manter as mesmas forças ideológicas no poder.

Nas eleições proporcionais, são poucos as/os candidatos(as) que se elegem com votos próprios face aos cálculos realizados para se conhecer os quocientes eleitoral e partidário[15] definidores da transferência de votos internas ao próprio partido e entre os partidos da coligação e que ao final determinam as/os eleitos e suplências. Vale dizer, nas eleições proporcionais o ato de se coligar trazia benefícios aos pequenos partidos ou que teriam poucas chances de elegerem seus candidatos, fossem os partidos ideológicos ou os chamados "de aluguel", mas é fato que os votos adquiridos na eleição por uma coligação favorecem a todos os partidos envolvidos, assim sendo, a distribuição das cadeiras do legislativo, estadual ou municipal, poderia beneficiar um(a) candidato(a) que não representaria a escolha da/do eleitor(a).

Como dito anteriormente, a Emenda Constitucional 97, de 2017, extinguiu as coligações nas eleições proporcionais ao tempo em que criou regras que ao longo do tempo diminuiriam o acesso dos partidos com menor desempenho eleitoral aos recursos do Fundo Partidário, assim como o acesso ao tempo de propaganda política. De natureza eleitoral, as coligações são transitórias, efêmeras, se desfazem tão logo se encerrem as eleições, dando margem para diferentes níveis de trocas de favores, de negociar apoios na base do "toma-lá-dá-cá", portanto, compreende-se que o objetivo dessa medida foi diminuir a relevância das chamadas legendas de aluguel e no médio e longo prazo diminuir o número de partidos políticos atuantes no cenário brasileiro.

Ressalta-se que os partidos podem estabelecer coligações com alcance estadual, que podem variar de estado para estado, com o objetivo de lançar candidatos e candidatas nas eleições majoritárias aos cargos de prefeito, governador, senador e presidente da República.

A criação do instituto das federações partidárias parte da premissa da necessidade de reorganizar e melhorar o sistema partidário por meio de novos formatos de frentes político-partidário. Diferentemente das coligações partidárias, as federações devem ter abrangência nacional, vale dizer, se organizam verticalmente, atingindo todas as esferas de governo, possuem natureza de permanência com duração de quatro anos. E caso algum partido deixe a federação antes desse prazo, o mesmo sofre punições, tais como a proibição de utilização dos recursos do Fundo Partidário pelo período remanescente.

O propósito de formar federações representa a busca pela convergência entre partidos que possuem afinidade programática, representa aglutinar forças de um mesmo campo político, chamando ao entendimento e evitando a extinção de partidos políticos que representam correntes de opinião vivas, atuantes na sociedade e contribuições à vida democrática.

Entretanto, a concretização desse propósito exige o cumprimento das regras estabelecidas para sua criação formal, ou seja, por meio de um pedido de registro[16] de federação de partidos

15. Quociente eleitoral e partidário: (i) Quociente Eleitoral (QE) = número de votos válidos recebidos na eleição dividido pelo número de cadeiras existentes (não são considerados os votos brancos e nulos); (ii) Quociente Partidário (QP) = número de votos válidos para cada um dos partidos divido pelo quociente eleitoral (QE).
16. Lei 14.208/21, §§ 6º e 7º do artigo 11.

a ser encaminhado ao TSE acompanhado de uma documentação que no mais das vezes vai exigir dos envolvidos um nível complexo de negociação inter e intrapartidária, ao mesmo tempo que sutil, pois pressupõe conversações e entendimentos preliminares para que o resultado final seja alcançado.

A análise de cada documento solicitado para o registro da federação implica um espaço de negociação: (i) cópia da resolução em que foi decida a participação do partido na federação votada pela maioria absoluta dos votos dos órgãos de deliberação nacional, significando dizer o resultado da tomada de decisão interna pela executiva nacional de cada partido; (ii) cópia do programa e do estatuto comuns da federação constituída, ou seja, resultante do diálogo entre os órgãos diretivos dos partidos e tomada de decisão interpartidária; (iii) e, por fim, a ata de eleição do órgão de direção nacional da federação, vale dizer, os postos de comando, também se trata de uma decisão fruto de negociações entre os órgãos diretivos nacionais dos partidos. Importante chamar atenção para o fato de que o estatuto da federação definirá as regras para a composição da lista da federação para as eleições proporcionais de 2022 e 2024.

Ou seja, se por um lado tem-se um movimento em defesa da transparência do caminho percorrido pelos votos do eleitorado a partir do instituto da federação, que tende a se formar por proximidade ideológica, isto é, o voto recebido pelo(a) candidato(a) pertencente a um determinado segmento ideológico permanecerá naquele segmento, por outro, tem-se as tomadas de decisões sobre o futuro partidário do mesmo candidato(a) nas mãos de dirigentes nacionais, um colegiado formado por poucas pessoas que possuem interesses tanto pessoais quanto ideológicos na manutenção dos respectivos espaços de poder. É lugar comum ouvir-se a expressão de que "partido político tem dono".

Mesmo no cenário observado anteriormente, é possível perceber algumas trilhas que apontam de modo favorável para a adoção da federação enquanto benefícios para a construção de uma sociedade menos desigual a partir do fortalecimento dos partidos políticos, Entre elas pode-se considerar que: (i) tendo em vista que a união entre os partidos deverá ser mantida pelos quatro anos do mandato, a tendência é que ela ocorra por afinidade ideológica, o que reduz o risco do eleitor(a) "ajudar" a eleger candidato(a) de ideologia oposta à sua; (ii) neste sentido, empresta transparência às alianças políticas construídas e que ganham concretude no ato do registro da federação; (iii) mantém vivos os partidos ideológicos, em sua maioria tradicionais, pequenos eleitoralmente, com vínculos na sociedade civil e que possuem programas e símbolos inseridos na história política brasileira.

As eleições gerais de 2022

Desde o ano de 2021 que as eleições gerais de 2022 estão em pauta. A Reforma Eleitoral que as regerá foi debatida e votada com os arroubos e intensidade com que cada lado dos campos ideológicos a defendia ou não, e promulgada ao apagar das luzes do tempo convencional para que pudesse ter validade em 2022.

Nos últimos meses, considerando que as regras do jogo eleitoral foram dadas, os partidos políticos iniciaram os movimentos de aproximação em direção aos demais que consideraram do mesmo campo de disputa no sentido de não apenas as cumprir como também estabelecer as bases garantidoras de governabilidade num futuro mandato. Desta forma, não apenas os pequenos partidos estão no processo de aproximação com o objetivo de ultrapassar a cláusula de desempenho e obter a sobrevida necessária, como grandes partidos discutem a formação de federações, que em seu formato vertical abarcarão as eleições municipais de 2024.

Curiosamente um instrumento pensado em prol do fortalecimento dos pequenos partidos de base ideológica não vem sendo por eles usado enquanto grupo, mas estes partidos estão se apoiando mais uma vez nos grandes partidos.

No caso dos grandes partidos, que perceberam na natureza de permanência de quatro anos, equivalente a um mandato, exigido para a criação das federações, a oportunidade de formar uma base de governabilidade futura, de um modo geral, as negociações sobre a formação da federação apresentam pontos que englobam situações "delicadas politicamente", como a composição da chapa para a presidência da República, com a escolha de quem ocupará o cargo para presidente e quem será o vice-presidente, o desdobramento das negociações para as definições de chapas estaduais, na medida em que cada partido com atuação territorial possui lideranças estabelecidas em suas áreas de atuação, e outro ponto é a distribuição dos postos de comando do novo agrupamento, a federação, que terá identidade própria, cujos critérios de definição são objeto de negociação e os nomes resultantes registrados na ata de eleição do órgão de direção nacional da federação.

Estas são situações básicas a serem resolvidas para a apresentação da documentação exigida ao registro da federação. É possível, também, considerar que processos semelhantes, de convergência ou não, ocorram quando da negociação no que diz respeito aos itens necessários para a criação da federação, como razão social, identidade visual, assim como definição do nome ao senado e distribuição do número de vagas para as eleições nas chapas proporcionais, federal e estadual.

Foram as experiências adquiridas ao viver os processos de negociações que levaram os partidos a encaminharem ao TSE solicitação de adiamento do prazo estabelecido de 2 de abril de 2022 para o registro do estatuto das federações.

Em 9 de fevereiro de 2022, o TSE regulamentou a lei que criou as federações partidárias, conferindo a elas personalidade jurídica distinta dos partidos que a compuserem e garantindo que as cotas de gênero sejam observadas. Também foi validado o adiamento para 31 de maio do prazo para que as siglas possam se unir neste ano. Com relação às eleições posteriores, o prazo máximo para a criação de federações será de seis meses antes do primeiro turno.

Ao ler seu voto, o Ministro Barroso declarou que havia sido sensível, em parte, à argumentação trazida pelos partidos políticos e advogados, que expuseram "uma dificuldade muito grande pela escassez de tempo para as negociações políticas necessárias", e que as mesmas seriam "complexas porque pressupõem afinidades partidárias, negociações de um estatuto comum e depois uma atuação parlamentar posterior"[17].

As federações e possíveis reflexos nas eleições municipais de 2024

Se nas próximas eleições, em outubro de 2022, as federações serão peças fundamentais nas eleições para os cargos majoritários e para a eleição para os cargos de deputado estadual, distrital (DF) e federal, o mesmo é possível afirmar para as eleições municipais, que acontecerão em 2024, tendo em vista que as federações criadas em 2022 são verticalizadas, têm a validade de quatro anos e influenciarão nas eleições proporcionais.

Desta forma, o desafio colocado aos partidos está em conciliar interesses nacionais de hoje aos de cenários locais postos em um futuro não tão distante. Vale dizer, será um exercício de planejamento e preparação de alianças que considerem as eleições municipais de 2024. Entretanto, os partidos ainda poderão se coligar para os cargos majoritários, no caso o de prefeito, mas não o poderão fazer para as proporcionais de vereadores(as).

Certamente os órgãos dirigentes nacionais estão cientes de que, tomando parte de uma

17. STF valida federações partidárias com prazo de formação até 31 de maio. Agência Brasil. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2022-02/stf-valida-federacoes-partidarias-com-prazo-de-formacao-ate-31-de-maio Acesso em: 31 jan. 2022.

federação, serão obrigados a caminhar nos 5.570 Municípios do país em 2024, o que exigiria uma engenharia política a ser montada para dar concretude sem maiores intercorrências, que é praticamente impossível, na análise de alguns estudiosos e dirigentes partidários.

Observações finais

Partidos de esquerda são os que visibilizam os avanços na construção de federações ou são mais noticiadas suas investidas. Neste sentido, seguem em conversações adiantadas o PT, PSB, PCdoB e PV. Iniciando os procedimentos estão os tidos como de centro, PSDB, MDB e Cidadania. Por outro lado, PSL e DEM, partidos à direita no campo político, optaram pela fusão.

O panorama apresentado indica a probabilidade da formação de três grandes blocos com potencial para provocar significativa alteração na correlação de forças no cenário político nacional, se levarmos em consideração que os principais protagonistas consigam ultrapassar as diferenças internas no partido.

Mas é importante lembrar que a atividade política no mais das vezes se parece com as nuvens no céu, sempre em movimento. Assim, no mundo político já se tem notícias de que conversas em andamento para a formação de uma federação entre MDB e União Brasil avançaram. Caso esse acordo venha a ser fechado, importante registrar que, hoje, 115 deputados(as) federais integram as suas bancadas. Ou seja, mais que o dobro da bancada do PT, formada por 53 parlamentares, e a segunda bancada mais expressiva na Câmara Federal.

O calendário das eleições impõe o ritmo do tempo para as conversas políticas com as quais os partidos contam resolver pontos fundamentais. Suas datas impositivas são: 31 de maio fecha o prazo para formar as federações; de 20 de julho a 5 de agosto é o prazo para a realização das convenções partidárias; e 15 de agosto prazo final para o registro de candidaturas. Primeiro turno em 2 de outubro e eventual segundo turno dia 30.

Neste período do tempo político, imbróglios terão que ser resolvidos. E depois nos quatro anos seguintes? Quais as possibilidades de se manterem ao longo dos quatro anos previstos? É bem verdade que as regras do jogo são questionadas porque há peculiaridades locais, personagens, que não se suportam localmente, embora se diluam no âmbito nacional. Já existem parlamentares querendo propor mudanças na lei na próxima legislatura, em 2023.

É bom lembrar que, assim como viver o dia a dia acontece no chão do Município e transborda suas diferentes realidades para as esferas estadual e federal, a política local ultrapassa seus territórios, se espraia por todo o país, influindo diretamente nas áreas de interesse econômico, social e cultural. O artigo, então, trouxe alguns destaques de base técnica e jurídica sobre o tema. Em política, entretanto, é ver para crer. As eleições estão chegando...

Referências Bibliográficas

LEI de Minireforma Eleitoral. **Senatus**, Brasília, v.8, n.2, p.87-109, out. 2010. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/191802/leideminireforma.pdf?sequence=5 Acesso em: 28 jan. 2022.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Um pensador da democracia: a ciência política de Wanderley Guilherme dos Santos. **Dados rev. ciênc. Sociais** [online], v. 63, n. 1. 2020. Disponível em: https://doi.org/10.1590/001152582020002 Acesso em: 28 jan 2022.

MIRANDA, Geralda L. de. Coligações eleitorais: tendências e racionalidades nas eleições federais e majoritárias estaduais (1990-2010). **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 21, n. 47, p. 69-90, set. 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rsocp/a/59QLzdb5566NSyz9W3jbm8y/?format=pdf&lang=pt Acesso em: 28 jan 2022.

SILVA, Afonso. F. P. R. da; BRINGEL, Lara. L. C. C. Análise jurídica da lei nº 13.165, de 2015, no que tange ao financiamento de campanhas e prestação de contas eleitorais. **Revista ESMAT,** 2019, 10(16), p. 57-74, 2019. Disponível em: https://doi.org/10.34060/reesmat.v10i16.256 Acesso em: 28 jan 2022.

Você conhece a Metodologia de Gestão do ISSQN do IBAM?

A metodologia é uma estratégia de apoio aos Municípios para fortalecimento da gestão das receitas próprias, onde o ISSQN é o foco principal, dado a sua tendência de expansão na economia como um todo.

Fatores críticos de sucesso:

- Substituição tributária
- Controle e Monitoramento do Simples Nacional
- Parcelamento
- Estimativa
- Intimação e Auto de Infração Eletrônica

Conheça aqui

AS TRILHAS DO DIREITO À SAÚDE

Maria T. Carolina de Souza Gouveia*

Resumo: O Estado é regulador do SUS e do mercado de saúde suplementar. Detém poder estatal e econômico de conduzir a política de saúde de acordo com os anseios da sociedade. A falta de estrutura lógica na ordem jurídica se reflete no direito à saúde, que oscila entre o direito social e o do consumidor. A dualidade público-privado na prestação dos serviços reflete entrave na efetivação do direito à saúde.

Palavras-chave: Saúde; Direito Social; Direito do Consumidor.

Introdução

Após duzentos anos de história política, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é o marco jurídico-político do reconhecimento dos direitos sociais no Brasil. Batizada por Ulisses Guimarães de Constituição Cidadã, o novo texto deixou expresso, logo em seus primeiros artigos, que o desenvolvimento nacional tem de se pautar no objetivo de reduzir as desigualdades, a fim de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Entre os direitos sociais está a determinação constitucional de que a saúde é dirieto de todos e dever do Estado, sendo essa a garantia de acesso universal e integral às ações e serviços inerentes. A Constituição de 1988, contudo, resulta da composição formada por diferentes correntes ideológicas na arena da transição democrática, o que gerou ambiente de indefinição na operacionalização do Sistema Único de Saúde - SUS.

A saúde vincula-se ao direito à vida e à dignidade humana, e a Constituição de 1988 não distingue provisão pública e privada no dever de defesa contra riscos à saúde. Assim é que, no sistema brasileiro de saúde coabitam provisões pública e privada de serviços. Ao tempo em que o acesso à saúde se dirige, de forma equânime, a todos os cidadãos pelo SUS, há opção pelo mercado de saúde suplementar. Essa dualidade está presente na intensa e desarticulada produção legislativa no setor saúde.

O objetivo deste artigo está em identificar se o direito à saúde tem-se afirmado como direito social ou do consumidor, a partir da dimensão jurídica da proteção social na correlação Estado, mercado e sociedade. O foco se projeta sobre um dos segmentos da política de saúde, qual seja: a assistência à saúde.

A saúde na Constituição de 1988

Na sintética definição de Silva (2008, p. 37), uma Constituição é o "simples modo de ser do Estado". É estatuto de organização da forma do Estado e de seu governo, aliado à definição dos direitos fundamentais do cidadão e de suas garantias. Assim é que o poder constituinte se situa no encontro entre o direito e a política. A rigor, a decisão por ordenar nova Constituição está atrelada a momentos históricos especiais, marcados pela mobilização popular em torno da mudança de valores e pelo ideal de construção, ou de reconstrução, de uma nova sociedade.

A história constitucional brasileira, todavia, é basicamente marcada por Leis Fundamentais emergidas de sucessivas alterações de ambiente político e, em boa parte, ditada por regimes autocráticos. É somente a partir de 1988 que a ordem constitucional brasileira vem absorver o espírito da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ao combinar a realização

* ***Maria T. Carolina de Souza Gouveia****: Advogada, Especialista em Regulação e Doutora em Saúde Coletiva.*

da cidadania a partir não só dos direitos civis e políticos, mas também dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Mais do que isso, a Carta de 1988 se situa como rito de passagem para a institucionalização da democracia e dos direitos humanos no Brasil (Barroso, 2009). Acrescente-se também a Declaração sobre o Direito do Desenvolvimento, divulgada em 1986, que decorre do surgimento, em particular entre os países do então chamado Terceiro Mundo, da necessidade de se afirmar o desenvolvimento "como processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes".

A Constituição de 1988, assim, inaugura novo tempo na proteção dos direitos fundamentais. Elegeu a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e da livre iniciativa, a redução das desigualdades e a função social da propriedade como fundamentos programáticos que norteiam todas as relações entre o Estado e o cidadão. Para tanto, definiu como objetivo programático o desenvolvimento nacional atrelado à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais, o que impõe a todos o dever de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Tais fundamentos devem irradiar as ações do Estado e dos mercados (arts. 1º a 4º).

A livre iniciativa e a valorização do trabalho humano estão conectadas como vigas mestras da ordem econômica e, de igual sorte, a propriedade privada está condicionada ao exercício de sua função social, à livre concorrência e à defesa do consumidor. Depreende-se, de pronto, a opção pelo capitalismo como veio condutor da economia, mas não sem a contrapartida social do *welfare*. O processo produtivo deve, pois, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, sendo isso o que vige na ordem constitucional.

Silva (2008, p. 122) se refere ao princípio da justiça social como compromisso do Estado Democrático de Direito, que repousa tanto sobre a ordem econômica, quanto a social, tal como expresso no Texto Constitucional (arts. 170 e 193). Adverte, porém, que não há promessa para transição ao socialismo "mediante a realização da democracia econômica, social e cultural", mas a ela se abre "timidamente, para a realização da democracia social e cultural, sem avançar significativamente rumo à democracia econômica".

A Constituição de 1988 também erigiu os Direitos Sociais à categoria de garantia fundamental do cidadão (arts. 6º a 11), conferiu à Ordem Social maior destaque e sistematização, destinando-lhe título específico (Título VIII) e concebeu a Seguridade Social com acepção mais ampla, ao compreender três sistemas de proteção, ordenados individualizadamente, mas que caminham de forma integrada: a saúde, a previdência e a assistência social (art. 194).

A Seguridade Social não mais se toma por seguro social, eis que este, como esclarece Cordeiro (1991), decorre de um regime contributário por parte do segurado inscrito no sistema, ao passo que a Seguridade dá acesso aos cidadãos, de forma universal, aos programas protetivos garantidos pelo Estado. Assim é que, à exceção da previdência social, que se estrutura sobre um modelo contraprestacional de seus participantes, a assistência social e a saúde constituem direito público subjetivo de todo cidadão. Rege-se pelos princípios da universalidade da cobertura e do atendimento; da igualdade e equivalência dos benefícios e serviços e da seletividade e distributividade na sua prestação; da gestão democrática e descentralizada; e da solidariedade financeira para seu custeio (CF, arts. 194 e 195).

Nesse desiderato, alçou os direitos sociais a patamar de garantia fundamental, uma vez que, ao lado dos direitos civis e políticos, conferem plenitude ao sentido de cidadania. Bobbio (2004) inclui os direitos sociais entre os nascidos em segunda geração, assim entendidos

não em hierarquia, mas como salto qualitativo para nova dimensão de direitos fundamentais. Historicamente seguem à conquista dos direitos de liberdade, neles os civis e políticos, que correspondem à contenção do poder estatal contra o indivíduo, para passar a reclamar a intervenção em seu favor.

Fruto das revoluções liberais, a primeira geração de direitos se realiza pela negação do Estado absoluto, o que veio a favorecer o desenvolvimento da economia, notadamente do capitalismo industrial. O absenteismo estatal, próprio do liberalismo, dá ensejo às mazelas decorrentes da opressão do trabalho pelo capital, em que a classe operária é formalmente livre, mas não dispõe de meios materiais de fruir dessa liberdade. Daí a necessidade de o Estado racionalizar a vida econômica, como forma de promover a justiça e o bem-estar social. Se a primeira geração de direitos se realiza por meio da abstenção do Estado, a segunda dele exige prestação positiva, como forma de reduzir a desigualdade. É sob a demanda de se assegurar a liberdade inspirada no *freedom from want* do *New Deal*, não mais clássica e formal, mas efetiva e concreta, que afloram os direitos sociais, econômicos e culturais, rotulados genericamente como direitos sociais, na pauta das garantias fundamentais oponíveis ao Estado. Segundo Bobbio (2004, p. 32), estão presentes novos valores, como os de bem-estar e de igualdade material, a que se pode chamar de "liberdade por meio do Estado".

Também da economia capitalista e do desenvolvimento industrial deriva o clamor pela proteção ao consumidor. Vive-se desde o fim da Segunda Grande Guerra em sociedade de consumo, em que o modelo de produção fordista e a demanda em escala crescente foram vetores para a massificação dos contratos. O dogma autonomia da vontade nos pactos de fundamentos liberais cedeu, assim, espaço à imposição do poder econômico e, com efeito, à iniquidade da relação contratual. O consumidor, com efeito, é aquele que não dispõe do controle da produção do bem ou serviço que lhe é destinado, de modo a se tornar refém das condições fixadas pelos fornecedores. Sob esse aspecto, a situação de hipossuficiência do consumidor se equipara à da classe trabalhadora (Filomeno, 2001).

O direito do consumidor vem, assim, na esteira da terceira geração de direitos fundamentais que, visto sob a ótica da coletividade, visam proteger as relações em contexto de sociedade de massa, organizada e inserida em ambiente de densa urbanização e crescente desenvolvimento tecnológico. Tal como nos direitos sociais, o direito do consumidor invoca a interferência do Estado, a fim de corrigir desequilíbrios de poder econômico e a proteger vulneráveis.

"A defesa do consumidor, portanto, guarda relação direta com o modo de produção capitalista, em que a interferência do Estado no domínio econômico tem por objetivo mitigar efeitos deletérios das relações de consumo."

Ao classificar as funções dos direitos fundamentais, Canotilho (2003) identifica a função de prestação social, que remete ao direito de a sociedade obter algo por intermédio do Estado. Nela se qualifica o direito social. De outro naipe, tem-se a função de proteção perante terceiros, que remete ao Estado o dever de proteger os titulares dos direitos fundamentais diante de lesão ou ameaça por outrem. No caso do direito do consumidor, esse direito é oponível ao detentor dos meios de produção de bens ou serviços. Refere-se, aí, aos mercados.

A defesa do consumidor, portanto, guarda relação direta com o modo de produção capitalista, em que a interferência do Estado no domínio econômico tem por objetivo mitigar efeitos deletérios das relações de consumo. Para Nery Junior (1992, p. 47) "a defesa do consumidor é instrumento da livre iniciativa e só existe em países de economia de mercado. As

economias estatizadas não se coadunam com a defesa do consumidor".

No campo da saúde, tem-se que se trata de direito fundamental intimamente vinculado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. É direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (CF, art. 196).

A saúde constitui, como se disse, um dos três sistemas que compõem a Seguridade Social brasileira, em parelha com a previdência e a assistência social . As ações e serviços que envolvem a atenção à saúde, no Brasil, são atualmente exercidas pelo Sistema Único de Saúde – SUS, cuja configuração institucional é delineada no próprio Texto de 1988 como direito social básico, fundada nos princípios da universalidade, equidade e integralidade.

Deixou, por conseguinte, de estar enquadrada como programa da Previdência Social para configurar direito fundamental amplamente protegido pela ordem constitucional. Nesse sentido, as políticas públicas na área de saúde devem proporcionar o acesso a todos os cidadãos, propiciando a redução de desigualdades e não podendo criar quaisquer distinções. É clara a preocupação do constituinte em forjar um elo entre saúde e cidadania, sendo esta um dos principais vetores das políticas públicas.

Diante de tais diretrizes, certo é que o sistema de saúde proposto pelo constituinte seguiu o modelo universalista, como indica o art. 196. O financiamento público dos serviços de saúde é suportado por toda a sociedade, afastando qualquer regime contributário específico. Figura o Estado como o agente garantidor das ações e serviços de saúde.

De outro bordo, a mesma Constituição não considerou monopólio estatal os serviços e o financiamento da atenção à saúde, na medida em devem ser executados "diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado", além do que "a assistência à saúde é livre à iniciativa privada" (arts. 197 e 199). Permitiu, assim, a coexistência do Sistema Único com mercado privado de saúde.

A produção de bens e serviços de saúde é, pois, livre à iniciativa privada, sem prejuízo de o Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços inerentes, dada a relevância pública dessa atividade econômica (CF, art. 197).

O direito à saúde traz em seu bojo não só a dimensão social, inserido como item da cesta de proteção social a ser assegurado pelo Estado, mas também natureza subjetiva, pela defesa contra riscos e práticas nocivas à saúde. Nesse sentir, Trettel (2010) anota que a saúde comporta duas faces de direito fundamental: positiva e negativa. Ambas demandam a atuação do Estado, de um lado, pela prestação concreta de ações e serviços e, de outro, pela intervenção estatal para a salvaguarda desse direito.

Vale dizer que, ao cuidar do direito à saúde, particularmente aos serviços de assistência à saúde, a Constituição de 1988 não fez nítida distinção sobre regimes público e privado na forma de provisão, para associá-lo ao direito fundamental à vida e à dignidade da pessoa humana. Santos (1997, p. 256) confere esse sentido para a interpretação da expressão "relevância pública" a que se refere o art. 197, pelo que "todos devem alcançar os mesmos objetivos: proteger, promover e recuperar a saúde do cidadão, bem humano fundamental, protegido pela Constituição, ainda que alguns sejam públicos e outros privados: todos devem proteger a vida humana".

Assim é que identificar se o direito à saúde pode se inserir na categoria de direito social ou do consumidor é resposta que requer o exame da dimensão jurídica dos vínculos de proteção social que se estabelecem na correlação Estado, mercado e sociedade.

No campo da prestação dos serviços de assistência à saúde, percebe-se, contudo, que o desenho constitucional para o sistema de saúde deixa incorporar certa dualidade, oscilando entre a provisão pública e o privada. De um lado, voltou-se para todos os cidadãos, de forma gratuita, universal e igualitária, financiado por toda a sociedade e que, por essa razão, não admite cobrança pontual pelos serviços de saúde. Mas, por outro lado, ofereceu o constituinte uma saída para o mercado, ou melhor, deixou porta aberta para que os arranjos privados de financiamento da saúde coabitassem com o SUS, como subsistema paralelo, dirigido àqueles que podem ou desejam contratar, individual ou coletivamente, a intermediação dos serviços de saúde pela via do mercado autônomo.

A assistência à saúde

Segundo a Organização Mundial de Saúde – OMS, tem-se por saúde "um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência da doença ou enfermidade" e, com esse mesmo espírito, a Declaração Universal dos Direitos do Homem preconiza o direito à saúde, ao dizer, em particular, que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar.

Inspirada em tais valores, a Constituição de 1988, ao enunciar o direito à saúde, não limita seu escopo à assistência médico-hospitalar, mas a toma em acepção mais geral, pois, segundo Carvalho e Santos (2001), engloba elementos constitutivos essenciais de atividade preventiva e serviços assistenciais, tais como produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos de interesse para a saúde; teor nutricional dos alimentos; meio ambiente; saneamento básico; formação de recursos humanos; vigilância sanitária e epidemiológica; e saúde do trabalhador.

Pode parecer evidente, em primeiro momento, que a dimensão da saúde não possa ser vista de forma reducionista, tomada por apenas um dos veios de suas ações e serviços, que é o campo da assistência à saúde, assim definida como as ações e serviços dirigidos às pessoas, individual ou coletivamente, e prestados em ambiente ambulatorial e hospitalar, ou ainda em outros espaços. A percepção de que a política de saúde se dirige apenas à prestação de serviços médico-hospitalares é consequência inexorável da evolução do modelo assistencial implantado no Brasil que se estruturou sobre a dicotomia entre saúde pública e assistência médica.

Decerto, as relações entre o setor privado de saúde e o sistema público são complexas e envolvem aspectos diversos. Cordeiro (1983) já utilizava o conceito de "complexo médico-empresarial", para abordar a complexidade dos efeitos decorrentes do processo de capitalização da medicina. Na mesma linha está o "complexo médico-industrial", utilizado para explicar as relações entre produção em saúde e a indústria de equipamentos e insumos de saúde. Vianna (2002) propõe, ainda, o conceito de "complexo médico-financeiro", para tratar da crescente entrada do setor financeiro na provisão dos serviços de assistência à saúde.

Aqui se deseja, contudo, dar enfoque ao setor privado autônomo, conhecido por mercado de saúde suplementar. Nesse sentido, a participação de serviços privados complementares à rede pública de saúde, assim como a adoção de formas de gestão privada no interior do sistema, como terceirizações, organizações sociais e demais parcerias público-privadas, se mencionadas ao longo dessa exposição, aparecem apenas de forma secundária, para ilustrar ou reforçar argumentos relativos ao processo político no qual o SUS foi concebido e construído.

Regimes de prestação dos serviços de assistência à saúde

Para que se possa melhor abordar a estrutura e a configuração da provisão dos serviços de assistência à saúde em regime público ou privado, é importante se ter presente a noção e abrangência daquilo que se convencionou chamar de serviço público, a fim de confrontá-lo com a atividade econômica de natureza privada.

Em linhas gerais, é possível dizer que serviço público representa toda atividade titularizada pelo Estado, destinada à provisão universal aos usuários, sendo suas natureza e prestação submetidas ao regime de direito público, com o objetivo de satisfazer as necessidades que a sociedade espera sejam pelo Estado atendidas. O serviço público é, pois, uma das atribuições executivas do Estado, paralelamente às atividades de fomento, de polícia e de intervenção.

Não há um conceito estático e uniforme sobre serviço público, nem aqui caberia analisar suas matizes e nuances, limitando-se a observar que a discussão sobre a definição de serviço público gira, basicamente, em torno de seus elementos constitutivos: subjetivo, que considera a pessoa jurídica prestadora da atividade; material, que considera a atividade exercida, isto é, utilidade ou comodidade; e formal, que considera o regime jurídico da prestação.

Medauar (1992), ao buscar uma definição a partir do elemento material constitutivo do serviço público, esclarece que, para se identificar uma atividade como tal, é preciso se remeter ao plano da concepção política dominante e da concepção do Estado sobre seu papel. A caracterização de uma atividade como serviço público se verifica, pois, no plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição, na lei ou, até mesmo, na tradição. Em suma, o que é serviço público cada povo o diz em seu sistema jurídico, que é onde se definem as atividades como tal consideradas.

Releva salientar que foi superada a visão tradicional da Escola Francesa de Serviço Público, presente nas primeiras décadas do século XX, em que a concepção de serviço público estava umbilicalmente vinculada à atividade prestada pelo Estado, a qual, em sentido orgânico, representaria todo o complexo de órgãos, agentes e recursos da Administração Pública. Pela ordem constitucional em vigor no Brasil, ao Estado incumbe a prestação de serviços públicos (CF, art. 175), podendo sua execução ser direta ou indireta, mediante processos organizacionais de descentralização ou estratégias de delegação a agentes privados.

No campo da saúde, a Constituição de 1988 declarou serem serviço público as ações e serviços de saúde, por se tratarem de dever do Estado (art. 196) a ser suportado pelo financiamento público (art.194).

A idéia de parceria com a iniciativa privada para a execução dos serviços públicos de assistência à saúde é expressa no § 1º do art. 199 da Carta Constitucional ao prever que "as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência, mas não exclusividade, as entidades filantrópicas".

"No campo da saúde, a Constituição de 1988 declarou serem serviço público as ações e serviços de saúde, por se tratarem de dever do Estado (art. 196) a ser suportado pelo financiamento público (art.194)."

A própria Constituição faz referência à possibilidade de serem os serviços públicos de saúde prestados por terceiros, mediante contrato de direito público ou convênio, o que leva a entender que a Constituição admite a terceirização da prestação desses serviços para a execução de determinadas atividades complementares aos serviços do SUS, sendo remunerada pelos cofres públicos.

Segundo Ferraz e Benjamin (2004), é inegável a essencialidade dos serviços de saúde, mas nem por isso, nos termos da Constituição, são eles de prestação exclusiva pelo Estado. Tem-se que a iniciativa privada, nesse caso, é considerada delegatária de um serviço público, fazendo as vezes do Estado na prestação aos seus administrados e se enquadrando não como um serviço concedido ou permitido, mas terceirizado, no qual o Estado figura como

o comprador dos serviços prestados pela iniciativa privada à população.

Assim é que a assistência à saúde, no Brasil, engloba as vertentes público e privada. No âmbito do SUS está a provisão dos serviços por meio de unidades públicas de saúde, que podem ser complementadas pela inciativa privada. Nesse sentir, a Lei Orgânica da Saúde traz essa previsão quando as disponibilidades da rede pública forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de determinada área, o que deve se dar mediante formalização de contrato ou convênio regido e remunerado por regras de direito público (arts. 24 a 26). A prestação dos serviços se dá, pois, na modalidade de serviço público.

A par disso, está a provisão privada de assistência à saúde oferecida à sociedade sob a forma de atividade econômica, sem qualquer vínculo com os serviços públicos de saúde. Esses serviços estão disponíveis mediante pagamento por desembolso direto ou mediante a contratação de planos privados de assistência à saúde, negócio este que ficou conhecido como saúde suplementar.

Saúde como direito social

Os direitos sociais, na atual Constituição, são tratados como direitos irrenunciáveis e irredutíveis, de modo que a legislação, ou mesmo a própria emenda constitucional, não é capaz de lhes subtrair a força normativa, sob pena de vício de inconstitucionalidade. Vistos como extensão dos direitos e garantias individuais, estão sob o abrigo da cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV) .

Na finalidade de atender às necessidades do homem concreto, os direitos sociais se reputam medidas redutoras de desigualdades. É papel do Estado, nesse aspecto, garantir piso mínimo indispensável a conferir dignidade à pessoa humana que, na condição de cidadã, é titular de direitos subjetivos de exigir a prestação estatal. Segundo Fleury (2010, p. 13), direitos sociais enunciam "as práticas legais que tipificam o Estado de bem-estar social".

A Lei Fundamental enuncia como direitos sociais: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (art. 6º). A saúde é erigida, assim, a direito social irrenunciável e intangível na ordem constitucional. Além de integrar Título dedicado à Ordem Social, o tema saúde percorre diversos pontos da Carta Constitucional, inclusive no âmbito das relações de trabalho (art. 7º, XXII).

As diretrizes para a condução das políticas de saúde passam a envolver todas as esferas de governo, como se verá adiante. Dita também sua forma de financiamento (CF, arts. 165, III; 167, IV; 195; 198, §§ 1º ao 3º; e 212, § 4º) e, aliado ao paradigma da redução de desigualdades, determina a adoção de programas particularmente voltados para crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência (CF, arts. 208, VII; e 227, §1º).

Sem embargo, é a determinação constitucional do art. 196 que inscreve a saúde como direito de todo o cidadão oponível ao Estado, que é incumbido de adotar políticas públicas para lhe dar fiel consecução. As ações e serviços de saúde devem proporcionar, pois, o acesso universal, com vistas à redução de desigualdades e, com efeito, proporcionar a liberdade material que configura os direitos fundamentais de segunda geração.

A amplitude semântica do direito à saúde é analisada por Santos (2010), que faz distinção entre os campos de atuação estatal para a assegurar esse direito. Em primeiro plano está a execução de políticas sociais e econômicas que influenciem fatores determinantes e condicionantes da saúde, assim considerada a satisfação das necessidades de saúde física, mental, psicológica, moral e social. Nesse aspecto estariam, entre tantos outros, os programas de saneamento, habitação, segurança alimentar, educação, transporte, renda e previdência. Afinal, a organização sócio-econômica de um país se reflete sobre os níveis de saúde de sua população. Em segundo, procura conceber o

direito à saúde no espaço delimitado ao campo de atuação do SUS, cuja função constitucional é executar conjunto de ações e serviços públicos com vistas à promoção, proteção e recuperação da saúde.

Entende Canotilho (2003) que os direitos fundamentais sociais têm dimensão objetiva juridicamente vinculada ao Estado, no sentido de obrigá-lo a adotar políticas sociais ativas conducentes à criação de instituições, serviços ou fornecimento de prestações. Com efeito, o direito à saúde de que trata a Constituição de 1988 postula a organização de rede de serviços, de natureza pública, para satisfazer, ao menos, o indispensável para assegurar o direito à vida e à dignidade ao cidadão, sem a possibilidade de qualquer distinção.

Nessa toada, lembra Barroso (2015, p. 255) que o direito é produto da criação humana que descreve algo preexistente. Dessa feita, cabe ao Estado dar cumprimento aos comandos constitucionais em toda extensão possível e somente pode deixar de fazê-lo diante de sua inadequação. A efetividade da norma "representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social".

Em contraste com os direitos fundamentais individuais, exigíveis do Estado por sua abstenção ou pela proteção do bem jurídico violado por terceiros, os direitos sociais têm espectro coletivo e dependem de prestação positiva mediante a adoção de políticas públicas. A efetivação do direito social à saúde está, assim, imbricada em variáveis de ordem material, externas à letra da norma jurídica, dentre as quais a existência de recursos públicos, o comportamento dos agentes públicos e o controle da sociedade.

Moreira Neto (2008, p. 58), compreende políticas públicas como "complexo de processos, que, partindo da formulação de atividades coerentes finalisticamente vinculadas, passam pelo planejamento, orçamento e chegam à execução dos cometimentos administrativos postos constitucionalmente a cargo do Estado". Daí que a implementação de políticas públicas que dêem corpo ao direito à saúde irá depender de arranjos complexos, na medida em que devem integrar conteúdo normativo e atuação político-administrativa dos organismos de governo.

A norma em si responde apenas por parte da efetivação do direito, dado que reproduz a formulação da política pública. Já sua implementação passa por processos de planejamento, orçamento e execução, etapas sensíveis à pressão de diferentes grupos de interesse na definição de prioridades no uso de recursos públicos, a rigor escassos para viabilizá-los e, como acentuam Mendes *et al* (2008, p. 711), "perversamente reduzidos onde maior é sua necessidade, ou seja, naqueles países pobres, subdesenvolvidos ou em desenvolvimento".

"Para além de questões econômicas, a efetivação do direito à saúde enfrenta desafios de ordem político-administrativa."

Para além de questões econômicas, a efetivação do direito à saúde enfrenta desafios de ordem político-administrativa. Além dos problemas com financiamento público para as ações e serviços de saúde, observam-se os entraves na articulação entre as esferas federativas, no debate sobre a terceirização dos serviços, na articulação entre vigilância sanitária e atenção à saúde e nas dificuldades de realização de políticas intersetoriais. Neste último cabe incluir a articulação com a regulação da saúde suplementar, pois a envergadura desse mercado já impede que se ignore sua participação nas políticas de saúde do país.

Saúde como direito do consumidor

Postos em relevo os direitos fundamentais da pessoa humana, a ordem constitucional se pauta no primado da dignidade e da igualdade material. Isso autoriza o Estado a intervir nas relações entre agentes econômicos, com vistas a harmonizar, quando não submeter, o ordenamento jurídico a esses princípios. Assim, a noção liberal de propriedade privada e livre iniciativa deixou de repousar sobre os atos e negócios jurídicos privados.

No campo da teoria dos contratos, observa-se que a massificação das relações contratuais reclamou a ingerência do Estado para limitar a autonomia da vontade, sem, no entanto, aniquilá-la. O contrato deixa de ser visto como apenas instrumento jurídico, com fins econômicos, em que a vontade dos contratantes é a única fonte propulsora. Assim como a propriedade deve exercer função social, seu conteúdo passa a incorporar a concepção de justiça e de utilidade, exigindo-se responsabilidade social de seus atores, que devem agir de boa-fé. O equilíbrio econômico entre contratantes passa a ser o epicentro da estabilidade da relação contratual e a justiça contratual se expressa pela equivalência das prestações de parte a parte (Marques, 2006).

"O equilíbrio econômico entre contratantes passa a ser o epicentro da estabilidade da relação contratual e a justiça contratual se expressa pela equivalência das prestações de parte a parte (Marques, 2006)"

É sob essa perspectiva que o direito do consumidor foi guindado, na Constituição de 1988, à garantia fundamental do cidadão (art. 5º, XXXII), sendo sua defesa vetor da ordem econômica (art. 170, V) e sua promoção, responsabilidade do Estado em todos os seus níveis (art. 24, VIII). Por integrar o rol dos direitos fundamentais, a proteção e defesa do consumidor também recebeu tratamento constitucional como direito irrenunciável e irredutível, considerado, pois, cláusula pétrea.

Verifica-se, ainda, ordem constitucional expressa para a elaboração do Código de Defesa do Consumidor (art. 48 do ADCT), que culminou na edição da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, norma principiológica e de raiz constitucional, que, por isso, irradia sobre toda a interpretação jurídica das relações de consumo.

Como se extrai da leitura de seu primeiro artigo, o Código de Defesa do Consumidor é lei de ordem pública e de interesse social. Nesse sentir, defendem Grinover et al (2018) que esse Código representa microssistema jurídico voltado para reger toda a relação de consumo, de forma autônoma. Logo, ainda que haja lei específica para disciplinar dada atividade econômica, prevalecerá a principiologia nele estabelecida. Constitui, assim, conjunto sistêmico de normas cogentes, com a função social de intervir nos negócios de consumo, a fim de trazer sociedade e mercados a ambiente de harmonia e respeito nas relações jurídicas.

Ao contrário do que possa parecer, o direito do consumidor não visa proteger apenas uma categoria social. Na qualidade de direito fundamental de terceira geração, mais do que assegurar direitos individuais do consumidor, visa abranger precipuamente direitos da coletividade, eis que hoje se vive em sociedade de consumo. Como ressalta Santos (2010), "neste mundo globalizado, tudo é consumível: bens, utilidades, conhecimento, saúde, educação, segurança, previdência social. O próprio direito à saúde, à educação, ao meio ambiente sadio – tudo pode ser mercadoria".

O eixo central do Código de Defesa do Consumidor é, pois, a relação de consumo, compreendida como vínculo negocial entre dois agentes de mercado, consumidor e fornecedor, em torno da transação de bens

ou serviços. Considera-se consumidor o destinatário final do produto, ao passo que fornecedor é todo aquele que exerce atividade econômica para consumo. Para Gregori (2011), a indeterminação, no Código, de conceitos jurídicos, é intencional e tem a finalidade de lhes conferir a maior amplitude possível. A especificação de consumidor, fornecedor e relação de consumo foi, então, deixada ao crivo do operador do direito.

No campo da saúde, a relação de consumo se configura quando fornecedor e consumidor celebram contrato, cujo objeto é a prestação de serviços de assistência à saúde sob o arranjo privado. Assim é que o plano de assistência à saúde se configura atividade econômica regida por contrato de consumo, cujas características marcantes são a padronização de suas cláusulas e a relação de catividade, que restringem a possibilidade de livre negociação pelo consumidor. A atuação do Estado, nesse plano, pauta-se no dirigismo contratual para garantir o equilíbrio econômico entre as partes.

Volta-se a remarcar que a leitura fria dos artigos 197 e 199 da Constituição de 1988 conduz à afirmação de que ficou autorizada a execução de ações e serviços em saúde pela iniciativa privada, em parceria ou paralelo ao Poder Público. Não há, portanto, reserva constitucional sobre a prestação dos serviços de assistência à saúde. Sem embargo, cabe ao Estado sua regulamentação, fiscalização e controle, por se tratar de questão de relevância pública. Essa é a posição de boa parte da literatura consumeirista (Marques et al, 1999; Trettel, 2010; Andrighi, 2011; Gregori, 2011).

Com efeito, uma vez submetidos à lógica do direito do consumidor, os serviços de assistência à saúde oferecidos no mercado de saúde suplementar devem se submeter a seus princípios fundamentais, notadamente à função social do contrato, à dignidade da pessoa humana e à igualdade material. Sob a ótica consumeirista, nessa operação, o valor da vida se sobrepuja ao econômico.

Conclusão

A simples leitura da Constituição de 1988 já basta para se reconhecer que, em que pese a grande conquista social com a criação do SUS, o desenho constitucional do sistema brasileiro de saúde revela a dualidade público-privado na conformação dos serviços assistenciais. Ao tempo em que consagra o acesso universal como direito social de todo cidadão, permite a opção pelo mercado de consumo em saúde, considerada atividade livre para exploração econômica.

É imperioso reconhecer que o SUS consiste na maior e melhor ousadia de um país em desenvolvimento e de dimensões continentais. Definitivamente um caso de sucesso dentro do contexto político e sócio-econômico deste país. Não obstante, a janela aberta deixada para o mercado privado, sem a nítida demarcação de seu papel no ordenamento da política de saúde, culminou em uma produção legislativa complexa, difusa e desordenada. Adverte Aith (2010, p. 233) que "a quantidade de normas exaradas pelo Ministério da Saúde, pelos secretários de saúde e pelas agências reguladoras é simplesmente atordoante". Esse caleidoscópio normativo reflete a falta de organicidade jurídico-institucional e, com efeito, cria obstáculos jurídicos a ser enfrentados para a efetivação do direito à saúde.

A legislação não estabelece as linhas mestras da estruturação do sistema de saúde, que se desdobra na organização do regime público de serviços, regulado pela Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990) e uma miríade de normas dela decorrentes e, em outro polo, a regulação do mercado de saúde suplementar pela Lei dos Planos de Saúde (Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998), pautada nas relações de consumo e com

extensa regulamentação voltada a minudenciar características e critérios da operação dos planos de assistência à saúde.

Certo é que o Estado é o natural regulador do setor privado, seja sobre o prestador de serviço dependente do SUS, seja sobre o mercado autônomo. Detém o poder estatal e econômico de conduzir a política de saúde de acordo com os anseios da sociedade, não só por ser de sua própria essência o papel de condicionar e normatizar a atividade econômica, mas também por ser o maior comprador de serviços de assistência à saúde.

Na saúde, não se observa qualquer racionalidade no trato jurídico dos assuntos que se pretende disciplinar. Difusas são as fronteiras do que seria matéria de lei, decreto, portarias, resoluções e outros atos normativos. De tudo, certo é que a opção política negociada e legitimada pelo sistema representativo está na lei formal. É dela que derivam obrigações para Estado, mercado e sociedade. Tudo mais é consequência da política pública formulada na lei. A ausência de estrutura lógica no ordenamento jurídico sobre o setor-saúde traz implicações para a própria concepção do direito à saúde, que pode se dirigir tanto no sentido do direito social, como no do direito do consumidor.
Segundo o modelo constitucional pensado para a saúde, a democratização do acesso aos serviços de saúde passa pelo fortalecimento do SUS, e não pela ampliação do acesso a arranjos privados de assistência à saúde, porque é nele que se materializa o exercício da cidadania e a efetivação desse direito social. Este dever é do Estado, e não do mercado, cuja atuação cabe ser apenas supletiva, e não substitutiva.

Conheça os Cursos autoinstrucionais da Faculdade IBAM

- *Gestão de Pessoas*
- *Processo e Técnica Legislativa*
- *Gestão do Sistema de Iluminação Pública*
- *Políticas Públicas e Governo Local*
- *Gestão Tributária Municipal*

Acesse aqui

Condições especiais para entidades associadas ao IBAM.

Referências bibliográficas

AITH, F. O direito sanitário no Brasil: perspectivas do direito sanitário no Brasil: as garantias jurídicas do direito à saúde e os desafios para sua efetivação. *In Direito da saúde no Brasil* (L. Santos, org.). Campinas: Saberes, 2010.

ANDRIGHI. F. N. Os planos de saúde privados e o Código do Consumidor: principais questões geradoras de conflito entre planos de saúde e consumidores. In *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde* (M. A. B. Nobre e R. A. D. Silva, coord.). Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 63-79.

BAHIA, L. A Démarche do privado e público no sistema de atenção à saúde no Brasil em tempos de democracia e ajuste fiscal, 1988-2008. In *Estado, sociedade e formação profissional em saúde:* contradições e desafios em vinte Anos do SUS (G. C. Matta e J. C. F. Lima, org.). Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008. p. 49-87.

BARROSO, L. R. *Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988*: o estado a que chegamos. In Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal. (W. M. Agra, org.), São Paulo: Saraiva, 2009. p. 341-87.
_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. São Paulo: Campos, 2004.

CANOTILHO, J. J .G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, G. I. e SANTOS, L. *Sistema Único de Saúde*: comentários à Lei Orgânica da Saúde. 3ed. Campinas: Unicamp, 2001.

CORDEIRO, H. *A medicina de grupo e o complexo médico industrial*. Revista de administração pública, Rio de Janeiro: FGV, 1983 Jul-Set, 17 (3): 22-37.
_____. *Sistema Único de Saúde*. Rio de Janeiro: Ayuri, 1991.

FERRAZ, A.A.M.C; e BENJAMIN, A.H.V. O conceito de "relevância pública" na Constituição Federal. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo: USP, n. 2, v. 5, p. 77-89, jul. 2004.

FILOMENO, J, G. B. *Manual de direitos do consumidor.* 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FLEURY, S. Coesão e seguridade social no Brasil. In *Seguridade social, cidadania e saúde*. (L. V. C. Lobato e S. Fleury, org.). Rio de Janeiro: Cebes, 2010. p. 10-27.

GREGORI, M. S. *Planos de saúde*: a ótica da proteção do consumidor. 3ed. rev. e atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Biblioteca de Direito do Consumidor, 31).

GRINOVER, A.P. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018.

MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, C. L. et al. *Saúde e responsabilidade*: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. (Biblioteca de Direito do Consumidor, 13).

MEDAUAR. O. Serviço Público. *Revista de administração pública*, Rio de Janeiro: FGV, 189: 100-13, jul-set 1992.

MENDES, E.V. *Sistema de saúde*: os espaços público e privado. O desafio da questão social. São Paulo: Lonrad-Adenauer-Stiftung, 1995. (Série Debates, 5).

MENDES, G. et al. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
MINECUCCI, T. M. G. Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetória. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

MOREIRA NETO, D.F. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In *Políticas públicas*: possibilidades e limites (C. Fortini, J. C. S. Esteves e M. T. F. Dias, org.). Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 49-67.

NERY JR., N. Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992 Set-Dez, (3): 44-7.

RODRIGUEZ NETO, E. *Saúde*: promessas e limites da Constituição. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

SANTOS, L. O poder regulamentador do Estado sobre as ações e serviços de saúde. In *Saúde e democracia*: a luta do CEBES. (S. Fleury, org.) São Paulo: Lemos Editorial, 1997. p. 241-79.
_____. Direito à saúde e qualidade de vida. In *Direito da saúde no Brasil*. (L. Santos, org.). Campinas: Saberes, 2010. p. 15-62.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA NETO, C. P. e SARMENTO, D. (orgs.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TRETTEL, D. B. *Planos de saúde na visão do STJ e do STF*. São Paulo: Verbatim, 2010.

VIANNA, C. M. *Estruturas do sistema de saúde*: do complexo médico-industrial ao médicofinanceiro. Physis, Rio de Janeiro: IMS/UERJ, 2002, 12 (2): 375-90.

VIANNA, M. L. T. *A americanização* (perversa) da seguridade social. Rio de Janeiro: Revan – Iuperj/ Ucam, 1998.
_____. Universalismo x focalização e outras controvérsias: espécies em extinção? In *Políticas públicas e financiamento federal do sistema único de saúde*. (C. Melamed e S. F. Piola, org.). Brasília/ DF: IPEA, 2011. p. 15-34.

CONCURSO PÚBLICO E CONDIÇÕES ESPECIAIS DE PROVA PARA CANDIDATOS COM TRANSTORNO DO DÉFICIT DE ATENÇÃO COM HIPERATIVIDADE – TDHA E DISLEXIA

Priscila Oquioni Souto*

Resumo: O legislador constituinte garantiu expressamente no texto da nossa Lei Maior o amplo acesso aos cargos públicos (art. 37, I) e o concurso público (art. 37, II) é o instrumento que garante esse acesso em consonância com os postulados da eficiência e da igualdade. Nessa esteira, à luz da igualdade em seu aspecto material, é preciso observar a situação dos candidatos com dislexia e transtorno do déficit de atenção com hiperatividade – TDHA na realização das provas de concursos públicos.

Palavras-chave: Concurso; Isonomia; Dislexia.

Introdução

Primeiramente, temos que o inciso I do art. 37 da Lei Maior estabelece que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei. Sobre o tema, é fundamental a lição de Hely Lopes Meirelles, texto ao qual sempre recorremos para desvendar as questões pertinentes ao acesso aos cargos públicos[1]:

> Por outro lado, o mesmo art. 37, I, condiciona a acessibilidade aos cargos públicos ao preenchimento dos requisitos estabelecidos em lei. Com isso, ficam as Administrações autorizadas a prescrever exigências quanto à capacidade física, moral, técnica, científica e profissional, que entender convenientes, como condições de eficiência, moralidade e aperfeiçoamento do serviço público. Mas à lei específica, de caráter local, é vedado dispensar condições estabelecidas em lei nacional para a investidura em cargos públicos, como as exigidas pelas leis eleitoral e do serviço militar, ou para o exercício de determinadas profissões (Constituição da República, art. 22, XVI). E tanto uma como outra deverá respeitar as garantias asseguradas do art. 5º, da Constituição da República, que veda distinções baseadas em sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas (...) Quanto ao princípio da isonomia (Constituição da República, art. 5º), é preciso ver que, além das distinções acima referidas, a igualdade de todos os brasileiros perante a lei veda as exigências meramente discriminatórias, como as relativas ao local de nascimento, condições pessoais de fortuna, família, privilégios de classe ou qualquer outra qualificação social. E assim é porque os requisitos a que se refere o texto constitucional hão de ser apenas os que, objetivamente considerados, se mostrem necessários ao cabal desempenho da função pública.

Ainda com relação ao amplo acesso aos cargos públicos, não podemos deixar de reconhecer ser o mesmo também consectário do postulado da participação política, o que se encontra

* ***Priscila Oquioni Souto****: Assessora Jurídica do IBAM.*
Endereço eletrônico: *priscila.oquioni@ibam.org.br*

1. In: Direito Administrativo Brasileiro. 14.ed. São Paulo: RT. 1989, p. 326.

explicito na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217-A (III) como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações: "Artigo 21. (...) 2. Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país. "

Nessa esteira, de plano, podemos perceber que o postulado do amplo acesso aos cargos públicos caminha lado a lado com o princípio da igualdade, inscrito no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição Federal, no capítulo dos Direitos e Deveres individuais e Coletivos, no artigo 5º, *caput* e inciso I, *in verbis*:

> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Nesse contexto, não se pode deixar de observar que modernamente vigora a compreensão de que a igualdade, não só em seu aspecto formal, mas principalmente em seu aspecto material, é requisito inafastável do Estado Democrático de Direito.

Dito isto, cabe alertar que a isonomia material consiste em conceder tratamento diferenciado para os cidadãos na medida das suas desigualdades, como forma de se assegurar efetiva paridade de condições. A existência de desigualdades fáticas, sejam elas naturais, sejam elas sociais, evidenciou a necessidade de promover as condições para que a igualdade deixe de ser meramente formal, possibilitando a consecução plena de outro princípio fundamental, o da liberdade.

O legislador constituinte de 1988, desta forma, inaugura a necessidade do reconhecimento do caráter plural da nossa sociedade e espalha ao longo do seu texto dispositivos voltados à mulher, às crianças e adolescentes, aos idosos, aos deficientes, aos índios e aos remanescentes dos quilombos.

Por conseguinte, para que se possa garantir o amplo acesso aos cargos públicos, mister que sejam fornecidas condições que atentem ao postulado da isonomia em seu aspecto substancial na fase da realização do concurso, bem como após o provimento no cargo para possibilitar a sua manutenção.

Nesse diapasão, em prol da isonomia no acesso aos cargos públicos e na realização de certames públicos, encontramos no âmbitos dos Tribunais, inclusive Superiores, decisões acerca da impossibilidade de imposição de limitações de idade ou restrição de gênero que não estejam previstas em lei e que não guardem correlação com as atribuições a serem desempenhadas no cargo que se pleiteia; remarcação de exame de aptidão física para candidata gestante; listagens especiais de classificação para deficientes e negros; reconhecimento de condições especiais para realização de provas.

Em suma, para o escorreito deslinde da questão que ora propomos, as condições especiais para realização de provas em concursos públicos são mecanismos que se adequam perfeitamente ao aspecto substancial da isonomia.

Aspectos de cada situação

Feitas estas considerações, mais especificamente com relação aos candidatos com dislexia e TDHA, temos que, em regra, tais transtornos não são classificados como deficiência, mas sim como uma disfunção.

Seja como for, não é preciso ter um conhecimento muito aprofundado acerca da dislexia e do TDHA para aferir que, à luz da igualdade substancial, é muito provável que os candidatos nessas condições não se encontrem em paridade com os demais candidatos do certame.

Registramos, por oportuno, que existe discussão acerca de os candidatos com dislexia

e TDHA fazerem ou não jus à listagem especial dos deficientes e destacamos recente decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região - TRF1, no sentido de que tal condição deve ser aferida por laudo médico e sempre ante as peculiaridades de cada caso concreto. Vejamos:

> CONCURSO PÚBLICO. INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DA BAHIA (IFBA). EDITAL N. 1/2014. RESERVA DE VAGAS PARA DEFICIENTES. EXCLUSÃO DE CANDIDATO DA LISTA RESERVADA. PORTADOR DE DISLEXIA. DEFICIÊNCIA DEMONSTRADA EM PERÍCIA JUDICIAL. DIREITO DE CONCORRER ÀS VAGAS RESERVADAS. 1. Apelação interposta pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Bahia (IFBA) contra sentença proferida em ação versando sobre reserva de vagas para candidatos deficientes em concurso público, na qual o pedido foi julgado procedente em parte para determinar que seja reconhecida a condição de deficiente da promovente, bem como, a nulidade do parecer Multidisciplinar do Concurso público prestado, determinando que a suplicante seja definitivamente nomeada e empossada ao cargo de auxiliar em administração com lotação no campus Simões Filho. 2. Na sentença, considerou-se: a) a comprovação do nível de limitação laboral do autor deve ficar a cargo de médico-perito, profissional que goza do conhecimento técnico necessário para que se afira o alcance da deficiência que acometeu a parte autora [dislexia]; b) os documentos carreados aos autos permitem identificar a verossimilhança das alegações, demonstrando que a autora é portadora de deficiência [dislexia] que a incapacita de concorrer, em igualdade de condições, com os demais cidadãos não deficientes em um exigente e restrito mercado de trabalho. 3. Consoante o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 2º). (sublinhei) 4. Para efeito de reserva de vagas em concurso público, deficiência é a situação intermediária entre a plena capacidade e a invalidez. Na linha do citado estatuto, o objetivo do benefício da reserva de vagas é compensar as barreiras que tem o deficiente para disputar as oportunidades no mercado de trabalho. 5. De acordo com o perito: a) dislexia é um distúrbio da leitura, que pode ser leve ou acentuado, a depender da intensidade as interferências funcionais serão mais ou menos acentuadas; b) embora muitos disléxicos consigam melhorar com o tempo e com ajuda, [...] a patologia é permanente; c) o rendimento escolar/funcional é sempre inferior à média; d) a dislexia provocou na autora funcionamento intelectual inferior à média, incapacitando-a para concorrer em igualde de condições com os candidatos da lista geral (ampla concorrência); e) por dedução lógica, se a pessoa se formou em pedagogia e passou em concurso encontra-se apta a exercer a função; essas pessoas melhoram muito com ajuda especializada. A deficiência da autora enquadra-se no conceito do referido estatuto. 6. Está, portanto, devidamente demonstrado pela perícia do juízo que a redução da capacidade da autora, embora a impeça de concorrer em igualdade de condições com candidatos da ampla concorrência, apresenta compatibilidade com as atribuições do cargo para o qual fora aprovada. 7. Negado provimento à apelação. (TRF-1 - AC: 00160308020164013300, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, Data de Julgamento: 15/03/2021, SEXTA TURMA, Data de Publicação: PJe 23/03/2021 PAG PJe 23/03/2021 PAG).

De toda forma, independentemente da questão acima, não temos dúvidas de que, à luz da isonomia substancial, os dislexos, assim como aqueles que possuam TDHA, fazem jus a condições especiais para realização das provas a fim de colocá-los em paridade de condições com os candidatos que não possuam disfunções. Ora, se às pessoas canhotas se reconhece condição especial de carteiras próprias para realização de provas e concursos públicos, com muito mais razão *mister* a concessão de condições especiais aos candidatos com dislexia e TDHA.

Aliás, nesse sentido, encontramos decisões no âmbito dos Tribunais pátrios:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. VESTIBULAR. CANDIDATO PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS. DISLEXIA, DISCALCULIA E DÉFICIT DE ATENÇÃO. Recurso da demandante. Pleito recursal restrito à pretensão indenizatória. Lei 13.146/2005. Necessidade de adição de medidas de inclusão das pessoas portadoras de necessidades especiais. Previsão legal de disponibilização de recursos adequados de acessibilidade e de tecnologia assistiva, previamente solicitados e escolhidos pelo candidato com deficiência. Recursos de acessibilidade indicados em atestado médico. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Dano moral. Cabimento. Adequação da verba às peculiaridades do caso. Recurso provido. (TJ-RJ - APL: 00160545920168190007, Relator: Des(a).

> CARLOS EDUARDO DA ROSA DA FONSECA PASSOS, Data de Julgamento: 09/12/2020, DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 10/12/2020).

Em que pese ainda não exista uma legislação acerca do tema, vale registrar que se encontra em trâmite na Câmara dos Deputados o PL nº 8489/2017 que dispõe sobre as condições de realização de provas para pessoas com dislexia comprovada por meio de laudo médico. A referida propositura se encontra, desde 10/09/2021, na Comissão de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência com parecer no sentido da aprovação do projeto.

Vejamos o teor do art. 1º da referida propositura:

> Art. 1º. É assegurado às pessoas com dislexia ou outros transtornos funcionais específicos, comprovados por meio de laudo médico, o direito à realização de provas em processos seletivos para acesso a emprego ou instituição de ensino, com recursos adequados à sua condição.
> Parágrafo único. Entre os recursos a que se refere o caput serão adotados:
> I - maior tempo para a realização da prova, sendo no mínimo de cerca de uma hora e trinta minutos a mais;
> II - direito de ter um ledor à sua disposição nas provas, para que realize a leitura e registre a redação mediante ditado da pessoa com dislexia.
> Art. 2º. Os projetos político-pedagógicos das instituições de ensino deverão assegurar às pessoas com dislexia ou outros transtornos funcionais específicos, os meios adequados para a realização de provas e aferição de desempenho fundada em avaliação contínua e cumulativa, com a prevalência dos aspectos qualitativos sobre os quantitativos e dos resultados ao longo do período, nos termos do art. 24, inciso V, alínea "a" da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

Para melhor compreensão do tema, pedimos, ainda, vênia para transcrição de trecho da justificativa da propositura acima mencionada:

> Segundo aponta Maria Inez Ocanã de Luca, neuropsicóloga, credenciada pelo Centro de Avaliação e Encaminhamento, há consenso entre as principais instituições de ensino do Brasil de que se deve dar ao disléxico condições diferenciadas por ocasião do vestibular, sobretudo:
> - maior tempo para a realização da prova (cerca de uma hora e trinta minutos a mais), condição que a autora considera fundamental 'se levarmos em conta a diferença apresentada pelos disléxicos em relação à velocidade de trabalho (na leitura e escrita)';
> - a possibilidade de oferecer ao disléxico o direito de ter um ledor à sua disposição nas provas.
> O raciocínio aqui desenvolvido para as pessoas com dislexia aplica-se a todos aqueles com quaisquer transtornos funcionais específicos, como disortografia, disgrafia, discalculia, transtorno de atenção e hiperatividade, entre outros.

Assim, aos candidatos com dislexia/TDHA devem ser concedidas condições especiais de provais consignadas no edital do certame, quais sejam: o auxílio para leitura (ledor) e o tempo adicional de prova. Não obstante, com arrimo nos julgados anteriormente colacionados, e para que o postulado da isonomia não seja subvertido, a concessão de condições diferenciadas, tais como as acima narradas, exige a apresentação de laudo médico que não só comprove a disfunção do candidato como também recomende a condição especial requerida para que este possa competir em igualdade de condições com os demais candidatos. Nesse sentido aponta a seguinte decisão:

> DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE VAGAS NO CARGO DE SOLDADO COMBATENTE DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE ALAGOAS. TESES PREJUDICIAIS DE MÉRITO DE IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA E DE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. AFASTADAS. **CANDIDATO PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS (DISLEXIA)**. ATO ADMINISTRATIVO QUE INDEFERIU PEDIDO DE TEMPO ADICIONAL PARA REALIZAÇÃO DA PROVA. FLAGRANTE ILEGALIDADE DEMONSTRADA. CANDIDATO QUE EFETIVAMENTE CUMPRIU A EXIGÊNCIA DISPOSTA NO ITEM 4.4.9.1 DO EDITAL. **APELADO QUE FAZ JUS À GARANTIA DE TRATAMENTO DIFERENCIADO, A FIM DE GARANTIR CONDIÇÕES DIGNAS E COMPATÍVEIS PARA A REALIZAÇÃO DAS PROVAS**. APLICAÇÃO DO ART. 37, INCISO VIII, DA CF, C/C DECRETO FEDERAL N.º 3.298/1999 E COM AS LEIS N.º 13.146/2015 E N.º 7.853/1989. **BUSCA PELA ISONOMIA MATERIAL E IGUALDADE ATIVA, EM CONTRAPOSIÇÃO À ISONOMIA MERAMENTE FORMAL**. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. UNANIMIDADE. (TJ-AL - APL: 07282455320178020001 AL 0728245-53.2017.8.02.0001, Relator: Des. Celyrio Adamastor Tenório Accioly, Data de Julgamento:

01/11/2018, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 17/12/2018). (Grifos nossos).

Conclusão

Ante tudo o que foi exposto, o legislador constituinte garantiu expressamente no texto da Lei Maior o amplo acesso aos cargos públicos (art. 37, I) e o concurso público (art. 37, II) é o instrumento que garante esse acesso em consonância com os postulados da eficiência e da igualdade.

A aplicação do postulado da igualdade no acesso aos cargos públicos deve se dar em suas vertentes formal e material, assegurando condições para tanto seja na fase da realização do concurso, seja após o provimento no cargo para possibilitar a sua manutenção.

Dentro dessa conjectura, não temos dúvidas de que aos candidatos com dislexia e TDHA devem ser concedidas condições especiais de provas consignadas no edital do certame, comprovadas por intermédio de laudo médico e examinadas em cada caso concreto, sob pena não apenas de lhes obstar o acesso a cargo público, mas também de lhes furtar participação política, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Referências bibliográficas

ALAGOAS. TJ-AL – 3ª C.Civ. **APL: 07282455320178020001** AL 0728245-53.2017.8.02.0001, Relator: Des. Celyrio Adamastor Tenório Accioly, Data de Julgamento: 01/11/2018, Data de Publicação: 17/12/2018

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL nº 8489/2017**. Disponivel em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2150445. Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1998. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 de janeiro de 2021.

BRASÌLIA. TRF1. Sexta Turma. **AC: 00160308020164013300**, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, Data de Julgamento: 15/03/2021, Data de Publicação: PJe 23/03/2021 PAG PJe 23/03/2021 PAG).

BRUNO, Reinaldo Moreira. **Servidor público**: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DALLARI, Adílson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). **Comentários à lei federal de processo administrativo** (Lei nº 9.784/99). Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GASPARINI, Diogenes. Concurso Público – Imposição Constitucional e Operacionalização. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). **Concurso público e Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 67.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2015

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; LEONCY, Léo Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14.ed. São Paulo: RT. 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta**. São Paulo: RT, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOTA, Fabrício. (Coord.). **Concurso público e Constituiçã**o. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Método, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 26 jan. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12. edição. São Paulo: Saraiva. 2011.

RIO DE JANEIRO. TJ-RJ, 18ª CCIV. **APL: 00160545920168190007**, Relator: Des(a). CARLOS EDUARDO DA ROSA DA FONSECA PASSOS, Data de Julgamento: 09/12/2020, Data de Publicação: 10/12/2020).

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 201.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA JÚNIOR, Arnaldo. **Dos Servidores Públicos Municipais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 43.

SOBRINHO, Osório Silva Barbosa. **Constituição Federal vista pelo STF**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2011.

SOUSA, Éder. **Concurso público**: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del´Rey, 2000.

VASCONCELOS, Telmo da Silva. O princípio constitucional da acessibilidade aos cargos públicos e as hipóteses constitucionais de admissão. **Jus Navigandi**: Teresina, ano 7, nº 60, nov. 2002.

DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. TODAS AS HIPÓTESES SÃO NORMAS GERAIS TAMBÉM NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Ivan Barbosa Rigolin*

Resumo: Trata-se de interpretar as normas contidas na legislação pertinente sobre dispensa e inexigibilidade de licitação, com comentários aos diversos aspectos ali contidos.

Palavras-chave: Licitação; Dispensa e inexigibilidade; Normas gerais e específicas.

Introdução

Este breve artigo foi atualizado em 20 de março de 2.021, sendo que a data fatal para a sanção ou o veto da nova lei nacional de licitações e contratos era 3 de abril de 2.021. Após uma história incerta, atribulada, tormentosa e demoradíssima, enfim os dados estão lançados, e, diria o filósofo, agora ou *vai ou racha*. Por que, então, insistir num texto originariamente escrito para a lei antiga, a Lei nº 8.666, de 1.993, se quando da sua publicação a nova lei já estará em vigor?

Por alguns motivos, é a resposta.

Em primeiro lugar, a confiar em regras básicas do projeto aprovado pelo Congresso, a nova lei não revoga a Lei nº 8.666/93 imediatamente na data da entrada em vigor, mas apenas dois anos após a publicação do projeto (art. 193).

Quem quiser utilizar desde logo a nova lei, pode fazê-lo. Quem preferir seguir com a antiga por até dois anos após a publicação da nova, também pode. Quem, por fim, quiser usar ora a nova, ora a velha – *sem as misturar jamais* em licitação alguma – também pode. Estamos, afinal, numa democracia!

Então, o governo terá tempo, se quiser, de licitar a transposição do rio Amazonas, ou uma nova Belém-Brasília, ou uma nova usina Itaipu, *tudo ainda pela Lei nº 8.666/93!*

Pode desde logo lançar o edital... e até por uma razão das mais simples em direito: licitação que for regida pela lei atual seguirá pela mesma lei atual, com seu respectivo contrato, até o dia do apocalipse ou do armagedon, até a produção do último efeito do contrato. Sim, porque a licitação e o contrato são (pressupostamente, até prova em contrário) *atos jurídicos perfeitos,* e a lei nova não prejudica o *ato jurídico perfeito* segundo manda a Constituição, art. 5º, inc. XXXVI.

Um segundo motivo de interesse nesta publicação é a constatação de que mesmo na nova lei todas as hipóteses de contratação direta por dispensa ou por inexigibilidade – como de resto todas as regras da lei – são por ela classificadas como *normas gerais de licitação e contrato*, tal qual ocorria na lei de 1.993.

O mesmo patético e antitécnico exagero, a mesma grosseiríssima generalização do que deveriam ser normas gerais, que toda a doutrina denunciou por décadas na lei de 1.993, agora

* ***Ivan Barbosa Rigolin****: Advogado*

se repetiu, a demonstrar sobre o legislador brasileiro que, com todo efeito, o pior cego é o que não quer ver.

Então, também nas contratações direitas o que era normas gerais continua a ser normas gerais. E as hipóteses, na nova lei, são quase exatamente as mesmas da lei de 1.993, apenas redacionalmente rearranjadas. Vejam-se os art. 74 e 75, a qual a seu turno e de resto confirma o dito francês de que *plus ça change, plus c`est la même chose*.

Então e assim sendo, o que se sabia de dispensa e inexigibilidade na lei de 1.993 pode ser quase que totalmente aproveitado para a nova lei.

Aspectos da inexigibilidade e da dispensa

Por mais que passe o tempo, em matéria de licitações o tema mais controvertido, e suscitador das mais intermináveis discussões entre estudiosos, aplicadores da legislação, fiscais daquela aplicação e fornecedores da Administração, permanece sendo o da *dispensa e da inexigibilidade* de licitação, exatamente as hipóteses em que ela é excluída.

Com efeito, tal qual em medicina um dos maiores problemas do profissional é diagnosticar com que doença está lidando, no trato das licitações a primeira grave dificuldade consiste em saber *quando não é caso de licitar.*

Sim, porque é sabido que licitação dispensada ou declarada inexigível constitui exceção à regra geral, tanto constitucional quanto legal, da obrigatoriedade de licitação sempre que a Administração deseje, em uma hipótese, contratar *obra, serviço ou fornecimento de material*, ou em outra hipótese deseje contratar *concessão de uso de bem público* (administrativa sem maior especificidade, ou sob a forma de *concessão de direito real de uso de bem público*), concessão de obra pública, concessão de serviço público, ou em uma terceira hipótese deseje outorgar permissão de uso de bem público ou permissão de serviço público.

As exceções à regra geral da obrigatória licitação estão sempre previstas de modo expresso na lei, seja ela qual for. Na primeira hipótese, contratação de obra, serviço ou fornecimento, as hipóteses excludentes de licitação se acham discriminadas, específica ou genericamente, nos arts. 24 e 25, da lei nacional de licitações, a Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1.993. Na segunda e na terceira hipóteses, concessões e permissões, a matéria é de ser disciplinada por legislação local, uma vez que tal matéria é insuscetível de disciplinamento geral por lei federal que valha para toda esfera de governo.

O que é norma geral

Eis aí enunciado o primeiro problema a enfrentar: o que pode constituir *norma geral de licitação e contratação*. Apenas o que constituir norma geral de licitação poderá ser disciplinado uniforme e generalizadamente pela União, por lei, para a própria União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios, graças à competência legislativa reservada à União para isso pelo art. 22, inc. XXVII, da Constituição de 1.988.

O impasse surgiu com a espantosa previsão constante do art. 1º, da Lei nº 8.666/93, que determina serem normas gerais de licitação e contrato todas as suas previsões, num conjunto de 126 longos e em geral tecnicamente pavorosos artigos, alguns dos quais contenedores de matéria que, por seu casuísmo e sua microscópica particularidade, não mereceriam figurar sequer em decreto do Executivo, constituindo matéria de mera instrução.

Esse absurdo, patenteado e alardeado por toda a doutrina brasileira desde a edição da lei em 1.993, suscita as mais declaradas dissenções entre todo o público envolvido com licitações, e mereceu figurar como tema inicial desta exposição para o efeito de, desde já, declararem-se inequivocamente normas gerais de licitações e contratos as *hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação*. Se muitos artigos da Lei nº 8.666, e diversamente do que insinua a lei, não contêm normas gerais de

matéria alguma e de coisa nenhuma, esse não é o caso das hipóteses excluidoras de licitação.

No Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1.986, não existia dúvida quanto ao acima afirmado, pois que aquele diploma, que diretamente antecedeu e inspirou a Lei nº 8.666, já declarava de modo expresso, em seu art. 85, parágrafo único, al. a, que os casos de dispensa e inexigibilidade não podiam ser ampliados por legislação local. Doutrinadores como Toshio Mukai desde logo se pronunciaram a respeito dessa questão, reafirmando o caráter geral de normas como as que estabeleciam as hipóteses de dispensa e inexigibilidade, o que depois se confirmou jurisprudencialmente.

Quando a Lei nº 8.666, sucedendo aquele decreto-lei de 1.986, incluiu as dispensabilidades e as inexigibilidades entre suas normas gerais, nada fez senão confirmar o que antes de seu advento já ficara assentado como certo - e quanto a isso ninguém se atreveu a divergir, vista observação que adiante se tece quanto à licitação inexigível.

É importante ter presente esta primeira assertiva, uma vez que se conhecem tentativas de empresas estatais, de variado nível de governo a começar pelo federal, que, a título de exercerem sua autonomia administrativa e sua "independência" com relação à rigidez das normas publicísticas que vigoram para a Administração centralizada e autárquica, quando editam seus regulamentos de licitações acabam com frequência indo além do permitido, e ampliando o rol das hipóteses de licitação dispensada.

Quanto à licitação inexigível, não é idêntica a sua configuração com relação à dispensável, porque a única característica da licitação inexigível é a *inviabilidade de competição*, de modo que nem sequer exemplificar hipóteses a lei nacional precisaria, como faz no art. 25.

Bastaria à lei enunciar que será inexigível qualquer licitação cujo objeto seja insuscetível de ensejar competição entre vários possíveis fornecedores, e isso seja pela razão que for, pois muitas podem ser, na prática, as razões por que uma competição se faz impossível: o objeto é único; o objeto somente pode ser fornecido por um vendedor; apenas um autor é o mais indicado para o trabalho intelectual pretendido, ou outras hipóteses.

Vista esta primeira observação, vêm à mente exemplos de contratos diretamente efetuados, sem licitação, que merecem comentário em razão da frequência com que no dia-a-dia da Administração ocorrem, ocasionando uma até enfadonha repetição dos mesmíssimos problemas. Observe-se, antes de adentrarmos aos exemplos, que as dificuldades em se aplicar corretamente a lei são da mais diversa natureza: a lei é obscura e confusa, omitindo pontos essenciais para sua intelecção, ou confundindo ideias que até o momento pareciam claras; ou a lei é repetitiva, contendo vários fundamentos para exatamente o mesmo problema.

Então, ou a lei é contraditória consigo mesma, contendo dispositivos um a negar e contrariar outro; ou o aplicador, diante dos defeitos da lei, não tem segurança para adotar uma tese de dispensa e sustentá-la por inteiro no expediente administrativo.

Ou ainda, de outro modo, o aplicador tem, pessoalmente, convicção da tese dispensiva, porém conhece julgados em sentido inverso, tanto dos Tribunais de Contas quanto por vezes do Poder Judiciário; ou o aplicador não dispõe de elementos comprobatórios da situação que de resto é conhecida pela generalidade das pessoas na comunidade, e com isso não pode carrear ao expediente administrativo a prova material de que necessita para contratar sem licitação.

Ainda alternativamente, talvez o aplicador não saiba que caminho trilhar, se de dispensa, se de inexigibilidade, ante a dupla, ou tripla, ou múltipla, possibilidade que vislumbra no processo; ou o aplicador dispõe de elementos de convicção e conta com rol probatório dessa convicção a juntar ao processo, porém os setores técnicos de sua entidade, sobretudo o

jurídico, opinam em contrário à contratação direta, apresentando suas razões e com tanto suscitando conflito interno na entidade.

Ou, ainda, o aplicador não sabe se pode utilizar a mesma possibilidade de contratação direta com base nos incs. I ou II, do art. 24 da lei de licitações, por diversas vezes no mês, por "ouvir dizer que alguém teria dito que dentro do mês apenas uma vez pode ser utilizado cada inciso, ou duas, ou duas vírgula trinta e sete vezes"...

Tantas são, de tal sorte, as dificuldades com que se depara o aplicador da torpe, infame, inglória, infausta, juridicamente *nauseabunda* e tecnicamente *asquerosa* Lei nº 8.666/93 - o mais horripilante fruto da presunção e da ignorância jurídica já patenteado no universo legislativo brasileiro desde o descobrimento do país há cinco séculos - que merece uma palavra de auxílio, uma ainda que humilde achega, o que se passa a tentar oferecer.

Interpretações contributivas

Primeiro exemplo, ao menos um tanto controvertido, de licitação dispensável: *locação ou compra de imóvel*, sempre que as suas características peculiares condicionem a escolha (Lei nº 8.666/93, art. 24, inc. X).

Quis a lei permitir ao aplicador, a Administração pública, comprar ou alugar qualquer imóvel, diretamente do proprietário sem licitação, desde que pudesse demonstrar que o imóvel tinha características como localização, tamanho, se edificado, a distribuição interna e externa de dependências, equipamentos arquitetônicos e funcionais, vizinhança, utilizações específicas possíveis, e outras ainda sem conta, que o tornassem o mais adequado - dentro do que seja razoavelmente exigível à Administração saber e conhecer - ao uso que o Poder Público interessado lhe destine.

E mais: que o preço seja de mercado, razoável, realístico ou plausível, e não absurdo ou superavaliado, conforme o possa demonstrar, a qualquer tempo, a Administração.

Nem sempre a entidade pública tem condição de atestar categoricamente que aquele imóvel, edificado ou não, demonstra-se o melhor dentre quantos possam existir à venda dentro da área geográfica de interesse; ninguém, sem bola de cristal, o poderia. Nem sempre pode avaliar corretamente o preço, nem mesmo com assessoria experimentada de peritos em avaliação imobiliária, eis que por vezes o imóvel tem características pouco comuns ou usuais no mercado imobiliário, que dificultam o serviço de avaliação até para especialistas.

O que sempre precisa poder demonstrar a Administração é que aquele imóvel em questão reúne condições ao menos próximas das ideais, segundo a finalidade pretendida e a concepção da Administração, e que o preço não refoge da realidade mercadológica, ao menos aproximadamente, o que precisará demonstrar através de avaliações efetuadas por profissionais da área, juntadas ao processo de compra ou de locação, se for o caso.

Cuidou a lei de permitir o negócio direto, desde que parametrado por circunstâncias acautelatórias que, seguramente, serão cobradas pelos Tribunais de Contas a *posteriori*, de modo a exigir da autoridade contratante o cuidado de inserir no expediente administrativo, antecipadamente, todas aquelas demonstrações – que, no mais, nenhum mistério envolvem.

A lei, cá como alhures, não é para ser temida por misteriosa e enganadora - até mesmo essa Lei nº 8.666, de 1.993... -, porém cuidadosa e respeitosamente observada em suas exigências, neste ponto claras e compreensíveis.

Segundo exemplo: *obras ou serviços de engenharia de valor até R$ 108.040,82; outros serviços e compras de valor até R$ 54.020,41, e o dobro desses valores para as entidades paraestatais, conforme atualização feita em 2021.*

Neste passo, o ponto que se deseja levantar, além de definir o que seja serviço de engenharia - e ele é o serviço que, a teor da

nem sempre clara e atualizada legislação, os regulamentos e as instruções disciplinadoras das profissões de engenharia e de arquitetura, exigem a assinatura de um desses profissionais, regularmente inscritos nos Conselhos respectivos, como forma de responsabilização e controle de exercício profissional -, é a *frequência* com que podem ser utilizadas essas modalidades de contratação com dispensa em razão do valor de cada operação, definido na lei como dispensador do procedimento licitatório.

Os fantasmas e as aparições abantesmáticas e flogísticas de entes misteriosos, que afirmam que alguém teria dito a alguém que somente uma vez por mês poderia ser realizada compra de até R$ 54.020,40, ou contratado serviço de engenharia de até R$ 108.040.81, ou que apenas dentro de um ano é que tais limites poderiam ser exercitados, ou dentro de um semestre, ou apenas dentro de condições muito particulares, tais e quais, assim ou assado.

Essa tremenda empulhação, exemplo de moralismo fácil e próprio de discurso de formatura de colegiais, com forte coeficiente de hipocrisia indisfarçável de fariseus a quem aparentemente falta o que fazer - fariseus desempregados talvez -, não tem o mais longínquo propósito nem a mínima causação jurídica direta, indireta, oblíqua, transversa, próxima ou remota, nem explicação alguma, por mais inventiva.

Se a lei quis que oito ou quinze mil reais fosse o limite da licitação dispensada *sem maiores exigências ou condicionamentos*, então pode ser adquirido o bem, ou contratado o serviço de valor que dispense licitação quantas vezes forem necessárias, sempre que preciso, em um século, um ano, uma semana, um lustro ou um mês lunar dos fenícios.

Basta que a Administração proceda naturalmente, sem forçar necessidades em verdade inexistentes, sem "picar" ou fragmentar artificial e artificiosamente suas necessidades efetivas, apenas para maliciosamente burlar a regra geral da licitabilidade necessária, e seu procedimento será rigorosamente lícito e legítimo, se utilizar o inc. I ou o inc. II, do art. 24 da lei de licitações, repetidamente em dado espaço de tempo.
Assim como lhe era permitido valer-se indiscriminadamente - se de fato isso lhe era necessário no seu dia-a-dia - dos limites financeiros anteriores aos atuais, também hoje é rigorosamente lícito à mesma Administração pública valer-se repetidamente dos limites atuais. Nada mudou, exceto os valores.

Quem espalha boatarias sobre matéria que desconhece ou que inventa para o momento, como alguma limitação certa ao uso dos incisos I e II, do art. 24, deveria a esta altura do desenvolvimento da ciência jurídica saber que não existe o bicho-papão com que, amiúde, zelosas mamães amedrontam seus filhos de berço, refratários a ingerir a papinha oferecida.

Terceiro exemplo: *compra de bens padronizados, ou compra de componentes originais* (art. 24, inc. XVII). Não é bem assim que está redigido o dispositivo da lei quanto a objetos padronizados, porém o tema é sempre bom. Ao se padronizar algum bem, equipamento, objeto, procedimento ou mesmo serviço o que se institui é uma *norma* a ser obedecida.

As normas técnicas da ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas não faz senão instituir, aglutinar e sistematizar normas e procedimentos sobre uma gama infinita de assuntos e temas, para sobretudo a indústria.

Quem padroniza elege um *standard*, uma regra rígida a seguir, um padrão necessário de comportamento, de medida, de peso, de cor, de forma, de tamanho, de cheiro, de gosto, de consistência, de dureza, de maleabilidade, de temperatura, de concentração, de princípio ativo, e, por que não, de marca, de tipo, de modelo, de variedade, de espécie, de natureza.

Tudo pode ser padronizado, se a padronização revelar-se lógica, inteligente, econômica,

razoável, útil, proveitosa, homogeneizadora, ou de qualquer outro modo *interessante* para algum efeito ponderável.

Se, nessa esteira, a Administração padroniza, por ato ou norma escrita, a cor de seus carpetes, ou o modelo de suas cadeiras, ou o tamanho de seus aparelhos de ar refrigerado, ou o princípio ativo dos medicamentos que fabrica ou distribui, ou uma marca de máquina (que custa menos, produz mais e melhor, quebra menos e é facilmente reposta), então o único condão deste ato padronizatório, se existir uma pluralidade de fornecedores do objeto padronizado, é o de permitir ao edital de licitação que indique a característica padronizada a ser cotada por quem a tiver para oferecer, nada mais.

Não estará dispensada a licitação se existir uma pletora de possíveis fornecedores, porque não existe nesse caso motivo algum para se eliminar a competição, através da qual a melhor proposta do *objeto padronizado, que será indicado expressamente no edital, se for o caso com marca e modelo*, poderá ser formulada e aceita.

A única hipótese de licitação *inexigível* e não dispensável nesse caso será a de existir no mercado apenas um isolado fornecedor do objeto, e será então caso de inexigibilidade por inviabilidade de competição, não se tratando de dispensa.

Estará dispensada a licitação, por outro lado, para a aquisição de componentes e peças de reposição nacionais ou estrangeiras, se a aquisição direta, junto ao fabricante, for condição para a celebração do contrato de manutenção daquele equipamento, conforme prevê o inc. XVII, do art. 24 da lei de licitações.

Curioso e minúsculo, quase microscópico, casuísmo, que a lei das licitações fez constar de seu texto, e que já tem provocado engulhos e resistências por parte de autoridades fiscalizadoras, as quais pelo que se sabe simplesmente não aceitam a dispensabilidade em casos assim.

Lastimavelmente para tais autoridades, entretanto, e por mais bem-intencionadas que estejam, a entidade pública que se valer do dispositivo tem a seu favor a letra expressa da lei, bastando a ela demonstrar que a condição de contrato de exclusividade de compra de componentes é cláusula expressa do contrato de manutenção, para que a aquisição daqueles componentes seja lícita.

Quarto exemplo: *aquisição de bens destinados exclusivamente à pesquisa científica, com recursos concedidos por entidades de fomento à pesquisa credenciadas pelo CNPq* (art. 24, inc. XXI).

Aos relativamente poucos usuários deste permissivo, é de saber que uma folha de papel sulfite utilizada pelo pesquisador para anotar sua pesquisa pode ser comprada sem licitação com base neste inciso; garrafas de água mineral, que servirá para aplacar a sede dos pesquisadores no campo, idem; botas para o pesquisador trabalhar, idem, e assim variam até o infinito o número de exemplos de objetos que parecem, à primeira mirada, sem nenhuma relação com o núcleo deste inciso XXI, porém que podem ser adquiridos diretamente com base nele, por indiretamente, de algum modo, vincularem-se a pesquisas.

Quer-se com isso recordar que é apenas aparente ou ilusório imaginar que o advérbio *exclusivamente* restrinja o número de objetos adquiríveis com base neste inciso, pois que é tão vasta a gama dos bens e produtos que se poderão vincular mediata ou imediatamente ao trabalho de pesquisas que em verdade o "moralista" advérbio resta no contexto assim como, digamos, um bobo alegre, tão relevante quanto um refrigerador para esquimós ou a pedra na sopa do conhecido dístico popular - tal qual inúmeros outros advérbios presentes na Lei nº 8.666/93, como os *cinco* que figuram no § 3º do art. 46, os quais enfraquecem, até ao ponto de anulá-la por inteiro, qualquer objetiva cogência da lei.

Quinto exemplo: a impropriedade da lei quando classifica como simplesmente dispensável a licitação para contratação de objetos que *arrisquem ou comprometam a segurança nacional* (art. 24, inc. IX), ou a contratação do

serviço de *fornecimento de energia elétrica* (art. 24, inc. XXII).

Dentre as incontáveis impropriedades da lei nacional de licitações, duas que constam deste art. 24 aqui se enumeram.

Primeira: consta, inc. IX, como simplesmente dispensável a licitação de contrato cuja publicidade possa comprometer a segurança nacional, em casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, e ouvido o Conselho de Segurança Nacional.

Ainda que exista um decreto remanescente dos duros tempos do governo militar, o Decreto nº 79.099, de 6 de janeiro de 1.977, denominado o "regulamento para a salvaguarda de assuntos sigilosos" que talvez - na sua insânia - pretenda enumerar as hipóteses, concordamos com Marcos Juruena Villela Souto, para quem essa enumeração é virtualmente impossível (v. obra referida ao final), tendo-se na hipótese do inc. IX um caso de licitação simplesmente proibida, vedada, como corretamente figurava no direito anterior, o Decreto-lei nº 2.300/86.

Ora, imagine alguém que porventura conste uma hipótese no decreto presidencial de negócio estratégico, ora pretendido pelo governo, cuja publicidade comprometa a segurança nacional; ouvido o Conselho de Segurança Nacional, ele confirma a ameaça em caso de publicidade daquele negócio, e ainda assim a autoridade o licita!

Nem em um país do quinto mundo, nem na casa da sogra ou no cafundó do Judas o ordenamento jurídico pode prestigiar uma tal hipótese! Apenas para o autor da Lei nº 8.666/93, talvez democratizante em excesso, um negócio que ameace a segurança do país - e eles existem, com ou sem governo militar, em qualquer país do mundo - pode ser licitado. Recomenda-se: nessa hipótese exemplificada, *jamais licite*, pena, talvez, de enquadramento na lei de segurança nacional...

Segunda impropriedade: apenas quando houver mais de uma possível empresa fornecedora de energia elétrica, seja estatal, seja privada por concessão, de maneira que permita a competição entre elas numa eventual licitação de prestação de serviço de fornecimento de energia elétrica, é que terá sentido o inc. XXII, do art. 24.

Enquanto o mundo encantado das privatizações e dos múltiplos fornecedores de um mesmo serviço público aos usuários não implementar as maravilhas que promete e apregoa, e enquanto existir apenas uma concessionária de serviço de eletricidade para cada região do país, é evidente que não se tem caso de dispensa de licitação no inc. XXII, mas de inexigibilidade, vez que inviável a competição.

Por enquanto, ainda não foi possível atinar com a motivação que inspirou o autor desse dispositivo.

Sexto exemplo: *contratação de artistas e inexigibilidade de licitação* (art. 25, inc. III). De nada adianta, também aqui, pretender a lei revestir esta inexigibilidade de licitação de condições e requisitos, como o de o artista ser consagrado pela opinião pública, ou a crítica especializada, ou *bobagem* equivalente. Se o artista pretendido não for consagrado nem por um nem por outro então a sua contratação precisará ser licitada? Com que critério de julgamento, o de menor preço?

Venceria um calouro do apresentador Ratinho, de discutíveis pendores para a arte de Caruso e para quem, em função disso, um sanduíche de mortadela como *cachê* já terá valido a empreita; assim, não serve este critério. O de melhor técnica de imitação de Cauby Peixoto? Nesse caso, a imitação do artista quando ostentava bigode ensejaria talvez maior atribuição de pontos que a imitação na fase sem bigode?

Seria aconselhável quiçá o critério de técnica e preço, em que se combinaria a melhor imitação,

com bigode ou sem, a depender do edital, com o maior parcelamento para pagamento, que o licitante vencedor consignaria em sua proposta? Alguém consegue imaginar algo mais ridículo?

Ou, por outro lado, estaria pretendendo a lei que se o artista for consagrado pode ser contratado diretamente, e se não o for, simplesmente não pode ser contratado, tendo-se algo semelhante a uma contratação que ameace a segurança *auditiva* nacional?

Então, aquele artista, ainda que não se possa afirmar "consagrado", mas que é conhecido e estimado pela população do pequeno Município interiorano, cuja arte - seja de engolir espadas, seja de cuspir fogo pelas ventas, seja ainda a façanha de executar o *scherzo-tarantella* de Wieniawsky em octobaixo – é significativamente estimada na localidade, esse, por não ser inquestionavelmente consagrado, estará impedido de ser contratado?

Onde a lógica de tal ideia? Não, nunca! Sendo *artista* o cidadão, ainda que notório na vizinhança por suas *performances* vocais durante a ducha matinal ou enquanto prepara o churrasco de domingo, pode ser contratado sem a mínima constrição, nem parâmetro algum senão princípios como *razoabilidade* ou *economicidade* ante valores correntios de mercado.

E ainda assim segundo um senso médio que na prática varia de um a cem entre os julgadores, e nada além a lei pode exigir objetivamente como requisito à contratação, por evidente inexigível licitação, já que a competição entre artistas, para fim de o poder público obter "a proposta mais vantajosa", carece de qualquer sentido.

Sétimo exemplo: *contratos de gestão com organizações sociais* (art. 24, inc. XXIV). Este tema, o contrato de gestão, aqui foi lembrado apenas pela novidade que representa em nosso direito, a qual é de imaginar que será largamente empregada entre nós, neste ciclo de privatizações e ao que parece definitiva redução do tamanho do Estado.

Contrato de gestão é aquele instrumento contratual que vem descrito, ainda que não em detalhe, na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1.998, nos arts. 5º a 10; essa a principal fonte de direito sobre o contrato de gestão, praticamente a única, considerando-se a inacreditável *estupidez* que se lê no § 8º do art. 37 da Constituição Federal, quando o menciona como sendo o contrato entre o poder público e o poder público... devendo ser simplesmente *ignorado* esse inacreditável dispositivo constitucional.

Concluindo

Diga-se de passo: o Brasil continuará sendo acampamento de ciganos, e não país institucionalizado, enquanto o legislador permitir-se escrever na Constituição Federal insânias como o § 8º do art. 37.

Afora a lei acima mencionada, foi publicada a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1.999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de *direito privado* - e não como disse a Constituição no dispositivo citado -, sem fins lucrativos, como organizações sociais.

Assim, se a entidade privada, particular, conseguir, por atender aos requisitos da última lei mencionada, a qualificação de organização social, então poderá celebrar todo e qualquer contrato de gestão, que tenha por objeto a prestação de serviço, com dispensa de licitação, diretamente com o poder público. Bastará para tanto, repita-se para concluir, que a entidade seja, na forma da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1.999, uma organização social, e que o contrato de gestão, de serviço, atenda aos requisitos da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1.998.

Referências bibliográficas

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

ESCOBAR, João Carlos Mariense. **Licitação**: teoria e prática. Porto alegre: Livraria do Advogado, 1993.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Licitações e contratos administrativos.** Rio de Janeiro: ed. Esplanada, 1993.

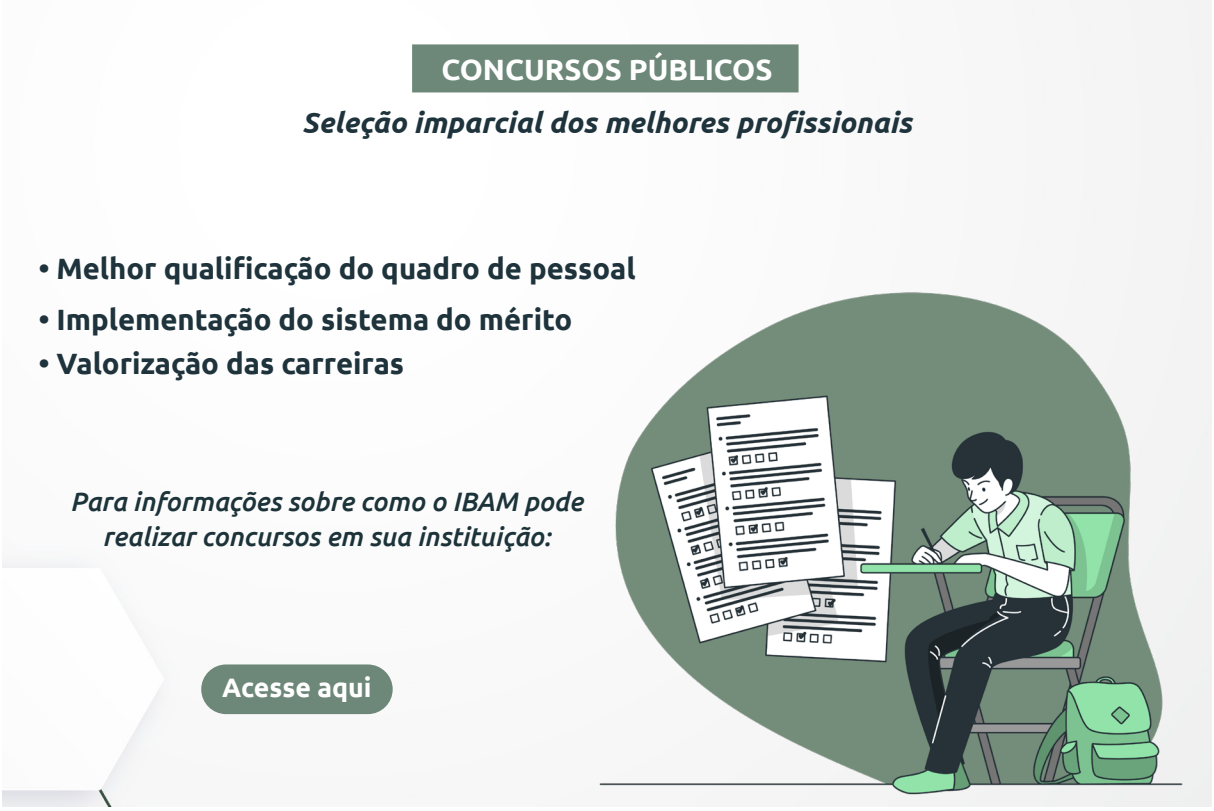
SERVÍDIO, Américo. **Dispensa de licitação pública,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

BITTENCOURT, Sidney. **Licitação passo a passo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à nova lei das licitações públicas**. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 1993.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Licitações e contratos na administração pública**. São Paulo: ed. Edipro, 1994.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Manual prático das licitações**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.



Parecer

Limites à função fiscalizadora da Câmara em vistorias em prédios municipais

Rafael Pereira de Sousa*

Ementa

CE - Função Fiscalizadora da Câmara Municipal. Vereador. Vistorias e inspeções em prédios do município. Possibilidade, desde que mediante requerimento formal do Presidente da Câmara. Comentários.

Consulta

A consulente, Câmara Municipal, faz os seguintes questionamentos:
1) Vereador durante sua atividade de fiscalização precisa de autorização para visitar prédios e equipamentos públicos?
2) É preciso autorização pelo responsável do setor do Poder Executivo?
3) Imagens podem ser feitas e veiculadas em redes sociais, inclusive pelos assessores de vereadores?

Parecer

A Constituição da República conferiu ao Poder Legislativo, além do poder de elaborar leis, a prerrogativa de fiscalizar as ações governamentais do Executivo e, para viabilizar o exercício dessa função, fixou-lhe competência para exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades da Administração mediante controle externo, com auxílio do Tribunal de Contas, como se depreende da leitura dos artigos 70 a 74 do texto constitucional.

Contudo, deve-se observar que nosso sistema de governo tem como uma de suas balizas o princípio da separação e harmonia entre os Poderes (art. 2º, da CRFB). Assim, não pode o Poder Legislativo interferir indevidamente nas competências próprias do Executivo, devendo a função fiscalizadora ser exercida de acordo com o delineamento básico feito pela Constituição da República. No âmbito municipal, é a Lei Orgânica o diploma hábil para prever e disciplinar a função fiscalizadora da Câmara (art. 29, inciso XI, da CRFB/88 e art. 31), o que deve ser feito de acordo com os parâmetros constitucionais, sob pena de afronta ao princípio da separação e harmonia entre os poderes. Sobre o assunto, é importante a lição de José Nilo de Castro:

> "Não é, portanto, permitido à Câmara Municipal ficar instituindo, aqui e alhures, mecanismos de controle outros que os previstos na CF, reproduzidos na Estadual e inseridos na Lei Orgânica. Quer dizer: o que não se admite, e se repele, enfaticamente, porque o regime constitucional não elenca a hipótese, são os gestos e iniciativas da Câmara Municipal, com feição e perfil de permanente devassa, com tentativas de apurações genéricas, que, às vezes e nas hipóteses, não têm nenhuma relação com as denúncias, no Executivo, operada pelo Legislativo.
>
> É que a relação intergovernamental dos Poderes já se encontra delineada e assegurada na ordem constitucional, nesse plano (arts. 2°, 31, § 1°,

* ***Rafael Pereira de Sousa:*** *Advogado e Consultor técnico do IBAM*
Endereço eletrônico: *rafaelsousars@gmail.com*

> CF...), motivo porque a liberdade para se dispor de mecanismos de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial encontra limites na moldura constitucional e infraconstitucional (Lei n° 4.320/64 e LC n° 101/2000) específica".

Podemos citar, dentre outros mecanismos habitualmente previstos, a possibilidade de a Câmara realizar pedidos de informação ao Poder Executivo, convocar os auxiliares do Prefeito ao Plenário ou às comissões permanentes e temporárias, a criação de Comissão Parlamentar de Inquérito e a tomada de contas do Prefeito quando não prestadas no prazo e forma legais.

Decerto, os vereadores não detêm prerrogativa para adentrar inesperadamente em recintos da prefeitura para realizar vistorias e inspeções físicas.

Esse modo de diligência, sem qualquer formalidade ou planejamento, inevitavelmente interfere no bom andamento dos trabalhos do Poder Executivo. Isto porque, em recebendo autoridades nos recintos, os responsáveis por estes se vem obrigados a se retirar de suas tarefas programadas para atender aos seus pedidos.

Neste caso, recomenda-se que haja uma solicitação prévia pela Casa Legislativa para realizar a pretensa vistoria, de sorte a não ocorrer transtorno nos rotineiros do Executivo. Além disso, a Câmara Municipal é órgão colegiado, e seus integrantes, salvo em casos excepcionais, não agem individualmente, conforme ensina Hely Lopes Meirelles:

> "O Vereador não age individualmente, senão para propor medidas à Câmara a que pertence, não lhe competindo o trato direto com o Executivo ou com qualquer autoridade local, estadual ou federal acerca de assuntos oficiais do Município. Toda medida ou providência desejada pelo Vereador, no desempenho de suas funções, deverá ser conhecida e deliberada pela Câmara, que, aprovando-a, se dirigirá oficialmente, por seu presidente, a quem de direito, solicitando o que deseja o edil." (In: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 632).

Desse modo, os pedidos de informações e ou de incursões, como no caso, solicitados pela Câmara Municipal ao Poder Executivo, no caso em tela, prédios municipais, não podem ser próprios dos vereadores, considerados individualmente, mas sim em nome do Poder Legislativo, como já salientado, e conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal exposto abaixo:

> "Do relevo primacial dos 'pesos e contrapesos' no paradigma de divisão dos poderes, segue-se que à norma infraconstitucional – aí incluída, em relação à Federal, a Constituição dos Estados-membros –, não é dado criar novas interferências de um Poder na órbita de outro que não derive explícita ou implicitamente de regra ou princípio da Lei Fundamental da República. **O poder de fiscalização legislativa da ação administrativa do Poder Executivo é outorgado aos órgãos coletivos de cada Câmara do Congresso Nacional, no plano federal, e da Assembleia Legislativa, no dos Estados; nunca, aos seus membros individualmente, salvo, é claro, quando atuem em representação (ou presentação) de sua Casa ou comissão**." (ADI 3.046, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 15-4-2004, Plenário, DJ de 28-5-2004.) (grifamos).

Feito este apanhado geral sobre o tema, passa-se a responder as indagações de forma objetiva.

1) Sim, o Vereador precisa de aprovação da Casa Legislativa para exercer sua atividade de fiscalização na seara do Poder Executivo.

2) Uma vez aprovada a diligência pela Câmara Municipal, deve-se notificar o respectivo órgão do Poder Executivo com a finalidade de que seja agendada a visita para inspeção e fiscalização do Legislativo.

3) Em princípio, não há qualquer restrição jurídica quanto à divulgação de imagens feitas na referida incursão. Contudo, deve-se tomar cuidado para não divulgar documentos que sejam considerados sigilosos pela Administração Pública.

Parecer

Doação de armas de fogo para guardas municipais que se aposentam

Jaber Lopes Mendonça Monteiro*

Ementa

PP - Patrimônio Municipal. Julgamento conjunto da ADC nº. 38 e das ADIns. nº. 5.538 e nº. 5.948. Posse de arma pelos guardas municipais. Posse de arma por aposentados. Doação. Inconstitucionalidade. Comentários.

Consulta

A Consulente, Câmara, solicita análise do Projeto de Lei (M) nº. 175/2021, de autoria do Poder Executivo, que autoriza a alienação por doação de armas de fogo a guardas municipais, quando de sua aposentadoria.

A Consulta segue documentada.

Parecer

Registre-se que no julgamento conjunto da ADC nº. 38 e das ADIns. nº. 5.538 e nº. 5.948 em 1/03/2021, o Eg. STF, por maioria, julgou improcedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade do inciso III do art. 6º da Lei 10.826/2003, a fim de invalidar as expressões "das capitais dos Estados" e "com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes", e declarar a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 6º da Lei 10.826/2003, por desrespeito aos princípios constitucionais da igualdade e da eficiência", nos termos do voto do Relator Min. Alexandre de Moraes, vencidos os Ministros Roberto Barroso, Edson Fachin e Cármen Lúcia. Plenário, Sessão Virtual de 19.2.2021 a 26.2.2021. Vejamos o voto do Relator:

> "O reconhecimento dessa posição institucional das Guardas Municipais possibilitou ao Parlamento, com base no § 7º do artigo 144 da Constituição Federal, editar a Lei nº 13.675, de 11/6/2018, na qual as Guardas Municipais são colocadas como integrantes operacionais do Sistema Único de Segurança Pública (art. 9º, § 1º, inciso VII), referindo-se expressamente ao dever dos municípios de implantar programas, ações e projetos de segurança pública, com liberdade de organização e funcionamento (§ 4º do mesmo dispositivo).
>
> Atualmente, portanto, não há nenhuma dúvida judicial ou legislativa da presença efetiva das Guardas Municipais no sistema de segurança pública do país.
>
> Se cabe restringir o porte de arma de fogo a integrantes de instituição que faz parte do sistema geral de segurança pública - e esse ponto, em si mesmo, já é bastante questionável -, a restrição teria de guardar relação com o efetivo exercício das atividades de segurança pública, e não com a população do município. As variações demográficas não levam automaticamente ao aumento ou à diminuição do número de ocorrências policiais ou dos índices de violência, estes sim relevantes para aferir a necessidade de emprego de armas ou outros equipamentos de combate à criminalidade. Dito de outro modo: se cabível a restrição do porte de arma, esta deveria guardar relação com

* ***Jaber Lopes Mendonça Monteiro:*** *Advogado e Consultor técnico do IBAM*
Endereço eletrônico: *lopesmendoncamonteiro@gmail.com*

> o número de ocorrências policiais ou algum outro índice relevante para aferição da criminalidade. Isto, aliás, é afirmado pelo próprio legislador federal, ao estabelecer que as atividades de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública serão aferidas, entre outros fatores, pela maior ou menor incidência de infrações penais e administrativas em determinada área (art. 12, inciso III, da Lei n. 13.675/2018)."

Assim sendo, foi liberado o porte de arma de fogo para todas as Guardas Municipais no país. Contudo, a iniciativa legislativa para o armamento dos guardas municipais é privativa do Chefe do Executivo.

Quanto ao porte de arma na aposentadoria, não obstante, haja quem entenda que policiais civis não têm direito ao porte de arma na aposentadoria, como defende (CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Policiais civis aposentados não têm porte de arma. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: Acesso em: 21/09/2021), essa não é a opinião que prevalece. Vejamos a doutrina de Claudionor Rocha:

> "Reconhecemos que especialmente a segunda categoria que mencionamos anteriormente, integrada pelos policiais em geral, merece o porte de arma permanente, mesmo após a transferência para a reserva ou aposentadoria. Entretanto, tal desiderato já foi obtido com a edição do Decreto n. 5.123, de 1º de julho de 2004, que regulamenta a Lei n. 10.826/2003, conforme dispõe seu art. 37, abaixo transcrito:
>
> Art. 37. Os integrantes das Forças Armadas e os servidores dos órgãos, instituições e corporações mencionados nos incisos II, V, VI e VII do caput do art. 6º da Lei nº 10.826, de 2003, transferidos para a reserva remunerada ou aposentados, para conservarem a autorização de porte de arma de fogo de sua propriedade deverão submeter-se, a cada três anos, aos testes de avaliação da aptidão psicológica a que faz menção o inciso III do caput art. 4º da Lei nº 10.826, de 2003.
>
> § 1° O cumprimento destes requisitos será atestado pelas instituições, órgãos e corporações de vinculação.
>
> § 2° Não se aplicam aos integrantes da reserva não remunerada das Forças Armadas e Auxiliares, as prerrogativas mencionadas no *caput*.

O dispositivo abrange, portanto, além dos integrantes (militares) das Forças Armadas, os policiais civis, policiais federais (incluindo rodoviários e ferroviários), policiais militares e bombeiros militares (inciso II), agentes operacionais da Abin e do Departamento de Segurança do GSI/PR (inciso V), policiais legislativos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (inciso VI) e agentes e guardas prisionais, de escoltas de presos e guardas portuários (inciso VII). Na redação original só constava os policiais em geral e bombeiros militares (inciso II do art. 6º da lei), tendo sido estendido aos atuais beneficiários pelo Decreto n. 6.146, de 3 de julho de 2007". (In: ROCHA, Claudionor. O direito ao porte de arma de fogo. Disponível em file:///C:/Users/mendo/Downloads/direito_porte_rocha.pdf. Acesso em: 21/09/2021).

Por fim, quanto à doação em si, os bens públicos podem ser alienados pelas formas comuns do direito privado, como a venda prevista no art. 481 do CC, a doação, a permuta e a dação em pagamento, além dos institutos próprios do regime público, tais como concessão de domínio, investidura, incorporação, retrocessão e legitimação da posse.

A doação é o ajuste em que o proprietário do bem, denominado doador, transfere a outra pessoa, o donatário, bem do seu domínio. Representa uma liberalidade, um contrato privado previsto nos arts. 538 e seguintes do Código Civil. Para a Administração Pública, a doação só pode ocorrer em caráter excepcional, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvadas algumas situações específicas apontadas nesse no art. 17 da Lei nº. 8.666/1993 nas alíneas "f", "h" e "i". Pela sua aplicação restrita e em nome do interesse público que se quer tutelar, o

legislador fez a licitação dispensada nesse caso, aplicando todos os demais requisitos listados. Vale grifar que esta norma foi objeto de controle, ADI 927-3, sofrendo interpretação conforme a Constituição, sendo aplicada somente à União.

Ainda assim, a doação parece vedada no caso, conforme a doutrina de Thiago Marrara:

> "De uma parte, a má-gestão patrimonial sujeita os administradores públicos locais a inúmeras esferas de responsabilidade e a gravosas sanções. Apenas para ilustrar, a Lei de Improbidade considera atos ilícitos, entre outras condutas relativas à administração patrimonial: perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar alienação, permuta ou locação de bem público, assim como utilizar, em obra ou serviço **particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material estatal de qualquer natureza (art. 9º, III e IV). Igualmente ilícitos mostram-se tanto a doação a pessoa física ou jurídica e a ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistenciais, de bens do patrimônio público, quanto a permissão ou a facilitação de alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio estatal por preço inferior ao mercado (art. 10, III e IV)**". (In: MARRARA, Thiago. Bens municipais - regime jurídico, modalidades e exploração. 1ª ed. digital. Kindle Direct Publishing. 2017, p. 2).

Em suma: a doação da arma de fogo para os aposentados é tão inconstitucional quanto uma eventual facilitação para aquisição onerosa de armamento, ainda que seja notória a existência de legislação nesse sentido em vigor em outros Municípios e Estados.

PARECERES JURÍDICOS

- Contratos Administrativos;
- Gestão Ambiental;
- Licitações;
- Política Urbana;
- Previdência;
- Processo Legislativo;
- Serviços Públicos;
- Servidores Públicos;
- Tributação;
- Entre outros.

O IBAM possui um banco de pareceres jurídicos sobre os mais variados assuntos de interesse da Administração Pública Municipal.

Acesse aqui

Parecer

Desoneração da tarifa de água do único Hospital do Município

Ana Carolina Couri de Carvalho*

Ementa

SP - Serviços Públicos. Desoneração tarifária, requisitos e apontamentos.

Consulta

A Prefeitura narra que o município "não possui Hospital Público, sendo o único hospital da Cidade a Fundação de Saúde (hospital filantrópico) que possui contrato de gestão com a prefeitura para realização de atendimentos via SUS. O referido hospital possui um elevado custo com tarifas de água, inclusive comi débitos superiores a R$290.000,00 (duzentos e noventa mil reais) junto à municipalidade. Indaga a respeito da possibilidade de a Prefeitura aprovar projeto de lei que institua tarifa de água diferenciada para esta Fundação, uma vez que existe interesse público em saúde justificador do pleito.

Parecer

Compete ao Município organizar e prestar serviços públicos de interesse local, direta ou indiretamente (art. 30, V, da CRFB). A Lei nº 11.445/2007, com as alterações promovidas pela Lei nº 14026/2020, estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, inclusive quanto aos subsídios tarifários.

Se o serviço é realizado por entidade da Administração indireta, caberá ao dirigente máximo desta autarquia, nos limites da delegação legal, executar a política tarifária, de acordo com a lei local que dispõe sobre a matéria e com as normas gerais encartadas.

Não sendo este o caso, fixação e alteração das tarifas dos serviços públicos, compete ao Poder Executivo. Anota Hely Lopes Meireles:

> *"Preços públicos: a tarifa é o preço público que a Administração fixa, prévia e unilateralmente, por ato do Executivo, para as utilidades e serviços industriais, prestados diretamente por seus órgãos, ou, indiretamente, por seus delegados(...). A fixação e a alteração da tarifa, como já se disse, competem ao Executivo.* ***Embora caiba ao Executivo, a fixação ou a alteração das tarifas não é ato discricionário, mas, sim, vinculado às normas legais e regulamentares que disciplinam a execução e remuneração do serviço.*** *E, ainda que omissas essas normas, é princípio assentado pela doutrina que a tarifa deve ser estabelecida de modo a cobrir integralmente o custo do serviço, para que não seja explorado em regime deficitário (...). (Direito Municipal Brasileiro, São Paulo: Malheiros, pp. 145-6)".*

A tarifa não é espécie de tributo, consiste na contraprestação pecuniária paga pela utilização de bens ou serviços públicos. Por não se tratar de tributo, não se submetem às limitações constitucionais ao poder de tributar, tampouco à imunidade recíproca, sobre o tema, nos manifestamos no Parecer IBAM 2904/2017, dentre outros.

Conforme extraído da jurisprudência:

* ***Ana Carolina Couri de Carvalho:*** *Advogada e Consultora técnica do IBAM*
Endereço eletrônico: *carolinacouri@gmail.com*

"STF, AI 791189 AgR, AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ter como preço público o quantitativo cobrado a título de fornecimento de água e esgoto, não se tratando, dessa forma, de um tributo. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido. (Relator: Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma)".

"REsp 1117903/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO: PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO NÃO-TRIBUTÁRIO. FORNECIMENTO DE SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. TARIFA/PREÇO PÚBLICO1. A natureza jurídica da remuneração dos serviços de água e esgoto, prestados por concessionária de serviço público, é de tarifa ou preço público, consubstanciando, assim, contraprestação de caráter não-tributário, razão pela qual não se subsume ao regime jurídico tributário estabelecido para as taxas (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: RE 447.536 ED, Rel. Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 28.06.2005, DJ 26.08.2005; AI 516402 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 30.09.2008, DJe-222 DIVULG 20.11.2008 PUBLIC 21.11.2008; e RE 544289 AgR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 26.05.2009, DJe-113 DIVULG 18.06.2009 PUBLIC 19.06.2009. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: EREsp 690.609/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 26.03.2008, DJe 07.04.2008; REsp 928.267/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 12.08.2009, DJe 21.08.2009; e EREsp 1.018.060/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção".

A política tarifária deve assegurar a execução dos serviços de maneira universal e **contínua** (art. 175 § único, III, da CRFB), deve zelar pelos direitos dos usuários, pelo princípio da modicidade tarifária, pela manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pela higidez do sistema como um todo.

Conforme enunciado nº 407 da Sumula do STJ: *"É legítima a cobrança da tarifa de água fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo."*

No entanto, a redução de tarifa para determinado segmento impacta no equilíbrio econômico financeiro do contrato. O STF, no julgamento da ADIn nº 3225-RJ, declarou a constitucionalidade de dispositivo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que veda a deliberação de proposta legislativa de outorga de gratuidade de tarifa de serviços públicos sem a indicação de fonte de custeio (ADIn nº 3225-RJ, Rel. Min. Cézar Peluso, DJ 26/10/2007).

Desta forma, observados tais preceitos, temos que a lei local que dispõe sobre a política tarifária pode prever faixas diferenciadas de consumo, desde que atenda aos princípios básicos a serem perseguidos na prestação dos serviços públicos (art. 175 da CRFB), zelando pela prestação adequada e contínua do serviço, pelos direitos dos usuários, pelo princípio da modicidade tarifária, além da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato entabulado e da higidez do sistema como um todo. Neste sentido:

"APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL DE CRÉDITO DE NATUREZA NÃO-TRIBUTÁRIA. DMAE. ÁGUA E ESGOTO. TARIFA. EMBARGOS DO DEVEDOR. NOTIFICAÇÃO. ENVIO DAS CONTAS DE CONSUMO PARA O CONTRIBUINTE. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA DE ACORDO COM AS CATEGORIAS DE USUÁRIOS E AS FAIXAS DE CONSUMO. SÚMULA NO. 407, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. A cobrança referente ao contrato administrativo de fornecimento de água não trata de tributo, mas de tarifa, mesmo quando menciona taxa, razão pela qual não se aplicam as disposições do Código Tributário Nacional, mas as previstas na Lei Complementar Municipal nº 170/87. A constituição do crédito e a notificação se operam com a entrega da conta de consumo ao usuário do serviço de água e esgoto, que tem prazo de vencimento para pagamento. É legítima a cobrança da tarifa de água fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo. Súmula nº 407 do STJ. A tarifa diferenciada é aplicada para as pessoas jurídicas constantes do § 1º, do artigo 31, da Lei Complementar Municipal nº 170/87, destinada a pessoas jurídicas de natureza diversa da apelante, estabelecimentos públicos hospitalares e de ensino, templos e prédios ocupados por associações desportivas, sociais e recreativas, sem fins lucrativos, razão pela qual não é alcançada pela hipótese da lei municipal. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70033897323, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 06/10/2010)".

Mais especificamente, o Superior Tribunal de Justiça já sufragou a tese de ser cabível a

aplicação de tarifas diferenciadas, conforme as categorias de usuário e faixas de consumo:

> *"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO. TARIFA PROGRESSIVA. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA. DECISÃO RECONSIDERADA. CONTROVÉRSIA DIRIMIDA À LUZ DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1.113.403/RJ. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO".*
>
> *"RECURSO ESPECIAL. SERVIÇO PÚBLICO. FORNECIMENTO DE ÁGUA. POLÍTICA TARIFÁRIA. TARIFA PROGRESSIVA. LEGITIMIDADE (LEI 6.528/78, ART. 4º; LEI 8.987/95, ART. 13). DOUTRINA. PRECEDENTES. PROVIMENTO. 1. O faturamento do serviço de fornecimento de água com base na tarifa progressiva, de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo, é legítimo e atende ao interesse público, porquanto estimula o uso racional dos recursos hídricos. Interpretação dos arts. 4º, da Lei 6.528/78, e 13 da Lei 8.987/95. 2. "A política de tarifação dos serviços públicos concedidos, prevista na CF (art. 175), foi estabelecida pela Lei 8.987/95, com escalonamento na tarifação, de modo a pagar menos pelo serviço o consumidor com menor gasto, em nome da política das ações afirmativas, devidamente chanceladas pelo Judiciário (precedentes desta Corte)" (REsp 485.842/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 24.5.2004). 3. Recurso especial provido, para se reconhecer a legalidade da cobrança do serviço de fornecimento de água com base na tarifa progressiva e para julgar improcedente o pedido. (REsp 861661/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA, julgado em 13/11/2007, DJ de 10/12/2007)".*

Ante o exposto, a desoneração em questão não deve ocorrer para entidade específica (o que violaria o princípio da impessoalidade encartado no art. 37, caput da Constituição), mas em razão do seguimento de usuários em questão, no caso, os estabelecimentos hospitalares, ainda que atualmente só exista um único estabelecimento do gênero, observados os requisitos citados, o que inclui a indicação da fonte de custeio.

instituto brasileiro de
administração municipal