

QUARTA SEÇÃO

Artigos e Comentários
à Jurisprudência

DESBUROCRATIZAÇÃO E SIMPLIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA COMO ELEMENTO INDUTOR DE SUSTENTABILIDADE

Pedro de Menezes Niehbur¹³⁵

Raquel lung Santos¹³⁶

Pedro Duarte Rodrigues Guimarães¹³⁷

Resumo: Com a maioria da população mundial residindo em cidades, a promoção da sustentabilidade demanda, das sociedades atuais, a criação e o fomento de medidas voltadas ao ambiente urbano. Um dos principais problemas observados nesse espaço são as construções irregulares. Sem o devido licenciamento, cria-se uma cidade à margem da lei, inacessível a serviços públicos e ao mercado formal. Muito desse problema é provocado pela burocracia associada ao licenciamento da atividade edilícia. A maior parte da legislação urbanística vigente impõe aos cidadãos padrões de construção desatualizados e minuciosos, inadequados às demandas atuais da sociedade. O presente artigo busca entender de que forma a desburocratização e a simplificação das normas municipais pode promover a sustentabilidade no ambiente urbano. Para tanto, primeiro investiga-se o conceito de sustentabilidade e sua relação com as normas urbanísticas. Na sequência, faz-se um breve panorama histórico da legislação urbanística no Brasil. Ao

¹³⁵ Professor das disciplinas de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico na Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, com doutorado sanduíche (CAPES) na Universidade de Lisboa). E-mail: pedro@mnadvocacia.com.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8185978844335397>

¹³⁶ Pós-graduanda em Direito Ambiental e Urbanístico pela Faculdade CESUSC. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Advogada. E-mail: raquel.santos@mnadvocacia.com.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0001553883441563>

¹³⁷ Pós-graduando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Advogado. E-mail: pedro.duarte@mnadvocacia.com.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1362372353413269>

final, analisa-se as tendências recentes à simplificação do controle edilício, defendidas pela ONU e demais entidades especializadas, e os esforços adotados por algumas cidades brasileiras nesse sentido.

Abstract: With the majority of the world's population residing in cities, the promotion of sustainability demands, from current societies, the creation and promotion of measures aimed at the urban environment. One of the main problems observed in this space is irregular housing. Without proper licensing, we create a city outside the law, without access to public services and the formal market. Much of this problem is caused by the bureaucracy associated with licensing building activities. Most of the current urban legislation imposes outdated and detailed construction standards on citizens, which are inadequate to current demands. This article seeks to understand how reducing bureaucracy and simplifying municipal regulations can promote sustainability in the urban environment. To this end, we first investigate the concept of sustainability and its relationship with urban planning standards. Next, we give a brief historical overview of urban legislation in Brazil. Finally, we analyze recent trends towards simplifying building control, which are defended by the UN and other specialized entities, and the efforts adopted by some Brazilian cities in this regard.

Palavras-Chave: legislação urbanística; sustentabilidade; desburocratização; simplificação.

Keywords: urban legislation; sustainability; debureaucratization; simplification.

Sumário: 1. Introdução; 2. Cabimento; 3. Procedimento; 3.1. Inadmissão da remessa; 3.2. Apreciação do pedido de tutela provisória; 3.3. Intimação do Ministério Público; 3.4. Julgamento do mérito da remessa; 4. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Não há como falar em desenvolvimento sustentável, hoje, sem incluir o espaço urbano no centro dos debates. A Organização das Nações Unidas estima que a população urbana crescerá em até 2,2 bilhões de pessoas até o ano de 2050¹³⁸. No Brasil, 85% de todos os habitantes já residem em

¹³⁸ <https://news.un.org/pt/story/2022/06/1794212#:~:text=O%20Programa%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas,bilh%C3%B5es%20de%20pessoas%20at%C3%A9%202050>.

espaços urbanos, e estima-se que até 2030 esse índice alcançará 91% da população¹³⁹.

Com a maior parte das pessoas residindo nas cidades, é natural ver nos espaços urbanos as manifestações mais claras e contundentes dos problemas sociais, econômicos e ecológicos que vem surgindo nas últimas décadas. Esse crescimento urbano acelerado impõe desafios significativos às políticas públicas de sustentabilidade.

O presente estudo busca explorar, a partir de revisão bibliográfica pelo método dedutivo, de que forma as leis urbanísticas podem influenciar as políticas de sustentabilidade adotadas no espaço urbano, e como a simplificação dessas normas e a desburocratização dos procedimentos de licenciamento e regularização podem contribuir para a criação de cidades e comunidades sustentáveis.

Um dos maiores e mais recorrentes problemas no desenvolvimento urbano desenfreado é o número de habitações irregulares, edificadas sem o aval do poder público. Estimativas apontam que cerca de 82% de todas as obras no país tenham sido realizadas sem a devida aprovação dos órgãos competentes¹⁴⁰. Esse fenômeno, apesar de bastante disseminado, afeta desproporcionalmente as populações de baixa renda, que costumam residir em regiões periféricas, de risco, desprovidas de infraestrutura urbana e serviços públicos básicos.

O grande número de edificações irregulares nas cidades se deve, em grande parte, à burocracia do procedimento necessário para executar uma obra nos termos da lei, e aos parâmetros construtivos irracionais exigidos da população. A legislação urbanística vigente na grande maioria dos municípios brasileiros está desatualizada e não é capaz de atender as demandas socioeconômicas atuais.

Essas leis reproduzem um modelo antigo que não mais condiz com a realidade; são extremamente complexas e detalhistas, e exigem dos cidadãos padrões de construção inadequados às verdadeiras necessidades urbanas. Processos administrativos extremamente burocráticos e parâmetros materiais irracionais são fatores que dificultam e encarecem o licenciamento urbanístico de obras.

Barreiras como essas não apenas desestimulam o crescimento urbano e inibem investimentos imobiliários, mas também impedem o acesso das

¹³⁹ <https://news.un.org/pt/story/2016/10/1566241>

¹⁴⁰ <https://www.caumg.gov.br/pesquisa-datafolha-cau-2022/>

populações de baixa renda à moradia regular. Os municípios gastam tempo e dinheiro analisando critérios que não interessam à dinâmica urbanística da cidade, e com isso comprometem os esforços do Poder Público com o exame de exigências supérfluas e desnecessárias.

Para aqueles que conseguem adequar seus projetos às minúcias exigidas pelo Poder Público, a lei demanda ainda um longo e custoso processo administrativo para concessão das licenças necessárias. Se por um lado essa burocracia é um obstáculo a ser vencido por grandes empreendedores, que dispõem da expertise técnica e dos meios financeiros para cumprir todas as exigências municipais a fim de aprovar e executar seus projetos, por outro, a população de baixa renda é desproporcionalmente excluída da regularidade por não possuir os meios para atender essas mesmas exigências.

Tais entraves administrativos desestimulam os indivíduos a seguirem o caminho da regularidade. Quando confrontados com leis extensas e complexas, exigências técnicas irracionais e inexecutáveis, além de um longo, custoso e complicado procedimento administrativo, os cidadãos são induzidos à irregularidade.

Como sustentabilidade, em larga medida, pressupõe conformidade regulatória, torna-se imprescindível reverter o quadro ora exposto. É necessário simplificar as normas urbanísticas e desburocratizar os procedimentos administrativos de licenciamento para, com isso, estimular a adesão da população às exigências legais e trazer para a regularidade a população, especialmente a mais vulnerável.

Essa já é uma tendência a nível global. Países como Estados Unidos, Portugal, Espanha, Itália, Inglaterra e Alemanha, apenas para citar alguns, buscam simplificar normas, acelerar e racionalizar procedimentos, no intuito de promover uma atuação estatal mais útil e efetiva, reduzir práticas contraproducentes e, com isso, facilitar a relação dos cidadãos com a Administração Pública¹⁴¹.

A desburocratização das leis urbanísticas promove um ambiente regulatório mais transparente e acessível. Isso permite ao Estado acompanhar o acelerado desenvolvimento urbano e reduz custos associados a processos administrativos complexos, tornando inclusive a implementação de tecnologias sustentáveis mais viável economicamente. A simplificação da

¹⁴¹ D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. A simplificação no direito administrativo e ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 20.

legislação e a desburocratização dos procedimentos de licenciamento são estratégias importantes para a promoção de um ambiente urbano sustentável e inclusivo, adequado às demandas atuais.

2. O PAPEL DA LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA NO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DAS CIDADES

O conceito de sustentabilidade é bastante amplo. A doutrina concorda que se trata de um termo polissêmico, multidimensional, que contempla aspectos ambientais, sociais e econômicos da vida humana¹⁴², e propõe um modelo de desenvolvimento equilibrado, que concilie todas essas vertentes.

A sustentabilidade tem sido uma pauta central de discussões internacionais nas últimas décadas, em reflexo à crescente preocupação mundial com um modelo de desenvolvimento que garanta o bem-estar social e o crescimento econômico sem comprometer recursos naturais ou prejudicar o meio ambiente¹⁴³.

No intuito de promover o desenvolvimento sustentável a nível global, a Organização das Nações Unidas criou uma série de pactos destinados à promoção de práticas sustentáveis concretas. O principal deles é a Agenda 2030, na qual foram instituídos os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (“ODSs”), detalhados num total de 169 metas que devem orientar a atuação dos países signatários até 2030.

Além de figurar tangencialmente nos objetivos voltados ao fornecimento de água (ODS 6) e à infraestrutura (ODS 9), o espaço urbano é o elemento central do ODS 11, que estabelece o compromisso dos países signatários para “Tornar as cidades e os assentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis”.

¹⁴² São as chamadas “três dimensões clássicas” da sustentabilidade (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos*, vol. VIII, nº 13, 2010, p. 8).

¹⁴³ “[...] o desenvolvimento sustentável refere-se às consequências que as relações entre a economia e o ambiente têm na qualidade de vida e no bem-estar da sociedade (presente e futura), de onde resulta que, a par de uma vertente económica e de uma vertente ambiental, este princípio assume igualmente uma importante e incontornável dimensão (vertente) social, apresentando-se, assim, como o garante do justo equilíbrio entre o progresso económico, a coesão social e a sustentabilidade ambiental”. (OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Planejamento Urbanístico e Sustentabilidade Social*. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, sol. IV, *Studia Iuridica* 105, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, p. 501).

A concretização do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 11 depende, em grande parte, das políticas públicas e leis implementadas nos países signatários. A legislação urbanística é o que define as condições de acesso ao solo, os parâmetros de infraestrutura, habitação e prestação de serviços básicos, e orienta o desenvolvimento urbano. Sem regulações efetivas e coerentes, o rápido crescimento da malha urbana pode agravar problemas socioeconômicos e ambientais já existentes.

Uma boa legislação urbanística garante previsibilidade e ordem no desenvolvimento urbano, cria uma estrutura estável e inclusiva, e concilia interesses públicos e privados¹⁴⁴. A qualidade de uma lei é medida principalmente por sua capacidade de realizar os objetivos das políticas públicas que motivaram sua criação. Para isso, é preciso que as normas sejam desenvolvidas a partir de análises realistas das demandas do espaço urbano para o qual se destinam, e dos recursos disponíveis para supri-las.

Se por um lado a legislação urbanística tem o potencial para promover o desenvolvimento urbano sustentável, leis ultrapassadas podem ter um efeito inverso sobre o crescimento da cidade, e perpetuar problemas existentes. Normas que não condizem com a realidade costumam ser inefetivas e, nessa medida, tendem a replicar práticas prejudiciais ao pleno desenvolvimento das cidades e comprometer a qualidade de vida de seus habitantes.

Se uma lei é muito complexa, se os parâmetros legais são inexecutáveis, se o procedimento de controle é longo e custoso e se sua fiscalização é ineficiente, a tendência é que os cidadãos não sigam as normas impostas. As pessoas que residem em moradias irregulares, geralmente a população de baixa renda, não têm acesso a garantias legais de propriedade e muitas vezes não contam com infraestrutura e serviços públicos adequados. Negócios se desenvolvem à margem da lei. Investimentos são afugentados. Esse cenário tende a agravar as desigualdades sociais já existentes e, como um todo, compromete o desenvolvimento sustentável do espaço urbano.

O problema é que, como regra, a legislação urbanística foca muito em burocracia, em detalhes irrelevantes ao interesse público. Aquilo que é fundamental acaba se perdendo no meio de um emaranhado de regulação, e se torna secundário.

¹⁴⁴ ONU. Rules of the game: urban legislation. United Nations Human Settlements Programme. 2016. Disponível em: <https://unhabitat.org/rules-of-the-game-0>. Acesso em: 27.05.2024.

Para ser efetiva, a legislação urbanística deve ser clara e adequada à realidade. Leis desatualizadas, rígidas, que não refletem as demandas dos cidadãos nem reconhecem as peculiaridades locais, não são capazes de enfrentar desafios atuais ou futuros, e levam a população e mercado à informalidade.

O desenvolvimento urbano sustentável exige a revisão de exigências restritivas, excludentes e custosas, e a criação de uma estrutura normativa inteligente, adequada à realidade e às práticas existentes nas cidades.

3. O MOVIMENTO PELA SIMPLIFICAÇÃO DE NORMAS URBANÍSTICAS

O Estatuto da Cidade (a Lei nº 10.257/2001) é o principal marco regulatório da política urbana no Brasil, e é referência mundial no planejamento do uso do solo, ordenamento do desenvolvimento urbano e promoção da função social da propriedade¹⁴⁵. Nele estão previstas as diretrizes gerais para a edição de leis urbanísticas e os instrumentos de planejamento e gestão à disposição dos municípios.

Entre os objetivos da política urbana, o artigo 2º do Estatuto elenca a “simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais” (inciso XV)¹⁴⁶.

A demanda por simplificação da legislação urbanística, portanto, não é novidade alguma. É uma diretriz de planejamento urbano prevista no Estatuto da Cidade há mais de 20 anos¹⁴⁷. O problema é que muito pouco se fez desde então.

A legislação urbanística municipal é composta, tipicamente, pela lei do plano diretor, pelo código de edificações/obras e de posturas, normas

¹⁴⁵ LIMA, Evandro Gonzalez; et al. Smart and Sustainable Cities: The Main Guidelines of City Statute for Increasing the Intelligence of Brazilian Cities. Sustainability 2020, 12, 1025.

¹⁴⁶ BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2001.

¹⁴⁷ A propósito, leciona José dos Santos Carvalho Filho: “O que o Estatuto estabeleceu foi a necessidade de simplificação da legislação urbanística, de qualquer das esferas federativas, a fim de poderem os interessados beneficiar-se com a redução dos custos, bem como para aumentar-se, em favor das populações carentes, a oferta de lotes e unidades habitacionais”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Comentários ao Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2005).

sobre parcelamento e leis a respeito do zoneamento, uso e ocupação do solo¹⁴⁸. A elas se agregam outras, como legislação ambiental, de saneamento básico, acessibilidade, mobilidade, desenvolvimento econômico, proteção do patrimônio histórico etc.

Como exemplo do contexto pela simplificação, toma-se a legislação de controle edilício.

Boa parte dessa legislação, principalmente nos municípios de médio e grande porte, foi originalmente criada nas décadas de 1970 e 1980. Naquele momento, provavelmente fazia sentido, para muitos, reputar que competia a Público intervir de forma mais intensa na atividade edilícia privada. As cidades estavam crescendo exponencialmente, e sem uma orientação firme do legislador, a atividade edilícia poderia se tornar caótica. A percepção que parece ter vigorado assentava-se na premissa de que os particulares não saberiam, sem uma firme orientação do Poder Público municipal, projetar e executar adequadamente suas obras. Como os particulares provavelmente não saberiam fazê-lo, o Poder Público deveria assumir essa tarefa e assegurar, nessa ordem de ideias, o conforto e a funcionalidade das edificações, inclusive. Tudo isso através de um rigoroso processo de licenciamento e autorização.

A complexidade e estrutura burocrática da legislação de edificações e obras parecem não ter sido reputadas, originalmente, como um problema. As leis criadas nessa primeira geração de normas urbanísticas refletiam a percepção que se tinha sobre o papel do Estado na regulação das atividades privadas e respondiam a uma demanda daquele tempo.

Posteriormente, entre as décadas de 1990-2000 e 2000-2010, outras duas gerações de leis urbanísticas foram se consolidando. A tônica, entretanto, foi o ajuste na legislação vigente e a regulamentação de novos institutos urbanísticos, especialmente a partir do contexto de elaboração do Estatuto da Cidade, promulgado em 2001. A característica das gerações mais recentes de leis urbanísticas foi, essencialmente, a manutenção da estrutura e do padrão legislativo anterior, que, recorde-se, era complexa e extremamente burocratizada.

O ponto é que o mundo é muito diferente hoje, do que era nos anos 1980. Muito diferente de 2010, para ser sincero.

Quando a primeira geração de legislação urbanística municipal se consolidou, a comunicação ainda era feita por telefone fixo. Os processos

¹⁴⁸ SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 6ª. ed. rev. at. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 134.

eram analógicos, físicos. Não se conhecia, a bem da verdade, forma distinta do controle de atividades privadas, senão pelo meio, *pro forma*. Mal se falava em controle por resultado. Quase que de forma irrefletida, confiava-se no Poder Público como uma legítima fonte de regulação racional de atividades privadas.

O mundo hoje é muito diferente.

A comunicação é instantânea, por diversos meios. Os processos são todos digitais, sequer existem fisicamente. As atividades humanas se diversificaram muito, as demandas da sociedade e do setor econômico foram se tornando cada vez mais diversificadas e rápidas. Muito mais rápida do que a capacidade de o Poder Público as antecipar. Atualmente, almeja-se por um controle de atividades privadas mais inteligente do que um simples check list de documentos e papéis. Em uma sociedade madura, esclarecida, a pressão é por mais liberdade, que o Estado preserve a autonomia das pessoas e a capacidade de fazer suas próprias escolhas, atribuindo-lhe os riscos e ônus de suas escolhas.

De modo geral, as demandas socioeconômicas atuais são quase que completamente diferentes daquelas observadas no contexto original de criação das leis municipais. As cidades de hoje são muito mais complexas do que as que existiam há 40 anos. As leis criadas nessas gerações anteriores de normas urbanísticas, primeiro nas décadas de 1970 e 1980, mais tarde em 1990 e 2000, e mais recentemente entre 2000 e 2010, embora relativamente adequadas para as demandas de suas épocas, não refletem mais as necessidades e as complexidades das cidades contemporâneas.

Como resultado, há uma crescente demanda para que o Poder Público reavalie essa normativas, e implemente um controle mais inteligente da atividade edilícia, focando menos na burocracia e mais naquilo que é realmente útil e de interesse da coletividade.

4. O CASO ESPECÍFICO DA LEGISLAÇÃO DE CONTROLE DIRETO

A rigor, caberia à legislação de controle edilício tratar de parâmetros construtivos que têm interface relevante à dinâmica urbanística do município, a fim de garantir que as obras e novas edificações estejam em harmonia com a cidade¹⁴⁹. Os pormenores e opções arquitetônicas dos projetos não

¹⁴⁹ SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 6ª. ed. rev. at. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 428-430.

deveriam ser objeto de minuciosa análise pelo Município porque dizem respeito, como dito, às escolhas, possibilidades e preferências pessoais das pessoas e das empresas,

Os códigos de obras e edificações deveriam conceber mecanismos eficientes de controle prévio da atividade edilícia, também focando nas intervenções que, de fato, sejam importantes para a coletividade¹⁵⁰. O licenciamento urbanístico deveria ser simples, fácil e rápido, para que as pessoas não os viessem como mero entrave à satisfação de suas necessidades, e fossem por isso estimuladas a aderir à conformidade.

A legislação de controle edilício também deveria prever ainda um adequado modelo de fiscalização de obras e intervenções, para permitir uma adequada detecção da situação desconforme, a aplicação de medidas cautelares administrativas tendentes a assegurar a boa ordem urbanística e a responsabilizar, de fato e com rigor, o infrator. O controle sucessivo deveria ser estruturado para dissuadir o comportamento desconforme, pela relevância e exemplo¹⁵¹.

Todavia, historicamente os códigos de obras e edificações têm falhado em praticamente todos os seus objetivos, ou, na melhor das hipóteses, não conseguem realizá-los para parcela significativa da cidade e população.

Muitos municípios mantêm ou escolhem, aleatoriamente, parâmetros construtivos controvertidos que passam a ser impostos à população e ao mercado. Muitas leis municipais veiculam, por exemplo, regras sobre tamanho de portas e janelas, dimensionamento de compartimentos internos etc., que não guardam nenhuma relação com o interesse da coletividade. Essas estipulações alijam da conformidade parcela relevante da população que não as consegue atender. Também, com frequência, são dissociadas das demandas de mercado e acabam restringido, sem critério legítimo de discriminação (a não ser preferências pessoais), a liberdade econômica e livre iniciativa.

¹⁵⁰ José Afonso da Silva faz a seguinte consideração a respeito dos planos municipais de planejamento local: “[...] o fundamental é que os planos sejam exatamente adequados à realidade do Município, que correspondam aos problemas efetivamente sentidos pela população e àqueles que existem objetivamente [...]. Deve-se evitar que os planos sejam feitos de forma acadêmica, isto é, segundo um modelo teórico rígido, que satisfaçam aos técnicos que o elaboraram mas não se coadunem exatamente à realidade do Município, ou aos anseios da população” (SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 6ª. ed. rev. at. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 135).

¹⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 6ª. ed. rev. at. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 450.

Os servidores responsáveis pela análise e aprovação dos projetos comprometem boa parte de seus esforços com a verificação de detalhes internos que não interessam à segurança da edificação ou à dinâmica urbanística da cidade. Leis edilícias defasadas não levam em consideração que exigências técnicas para projetos e execução das obras atualmente já são disciplinadas por normativas de outros órgãos e esferas competentes, como a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), essas sim em condições muito melhores do que os municípios para estipular parâmetros mínimos a fim de garantir a solidez, segurança e salubridade da edificação.

Em outro passo, os procedimentos de fiscalização e medidas de sanção também costumam ser inoperantes. Não é incomum ver um embargo administrativo ser desrespeitado. As sanções pecuniárias não funcionam como real elemento dissuasório do comportamento desconforme. As regras de licenciamento prévio não são observadas por todos; um grande contingente de pessoas e empresas edifica, usa e ocupa o solo sem dispor de autorizações e licenças municipais.

Os trâmites internos costumam ser longos e mal organizados, envolvem um número desproporcional de setores e frequentemente ineficientes.

A perpetuação desse padrão e formato de legislação condena as cidades ao fracasso. É necessário inovar, e inovação, nesse ponto, diz com simplificação e desburocratização.

5. UM POSSÍVEL QUADRO DE ATUALIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO DE CONTROLE EDILÍCIO

A simplificação legislativa tem por objetivo tornar leis e regulamentos mais claros, acessíveis e eficientes, eliminando redundâncias e complexidades desnecessárias. A ideia é que a revogação de disposições obsoletas, a racionalização dos procedimentos e a simplificação do texto legal tornam a atividade estatal mais eficiente e compatível com os interesses privados¹⁵².

¹⁵² Conforme explica Rafael Daudt D'Oliveira, “[...] em termos jurídicos, a simplificação pode ser compreendida, genericamente, como o conjunto de medidas adotadas pelo Estado para facilitar o desempenho de suas atividades, seja internamente ou nas suas relações com a sociedade, com o objetivo de diminuir a burocracia, reduzir custos e encargos, ter maior aceitação de suas normas, acelerar e racionalizar controles e procedimentos, enfim, tornar as coisas mais simples e fáceis em favor dos cidadãos e das empresas por eles constituídas”

Essas premissas encontram respaldo nos princípios constitucionais de proporcionalidade, celeridade, eficiência, e segurança jurídica, que direcionam a escolha do Poder Público a meios adequados, necessários e proporcionais para a realização de seus objetivos¹⁵³. O que se pretende, com isso, não é remover a regulação estatal sobre a atividade edilícia privada, mas torná-la mais inteligente, e direcionar o foco do Estado àquilo que é, efetivamente, de interesse público.

A proposta que se coloca, nessa linha de ideias, é que o controle do Poder Público seja proporcional ao risco e aos impactos associados a uma determinada atividade, e que formalidades inúteis, que não servem à proteção dos bens jurídicos tutelados, sejam eliminadas¹⁵⁴. Essa é uma tendência mundial, que vem influenciando a atuação do aparato estatal em diversos países, fortemente defendida por organizações internacionais como a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OECD)¹⁵⁵, e a própria Organização das Nações Unidas (ONU).

A simplificação da legislação urbanística é uma ferramenta poderosa para promover a regularização de habitações e, com isso, a inclusão social. Ela facilita o acesso dos cidadãos de baixa renda aos direitos de propriedade e aos benefícios de viver em áreas regularizadas e integradas, contribuindo para a melhoria da qualidade de vida e para a redução das desigualdades urbanas.

(D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. A simplificação no direito administrativo e ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 20).

¹⁵³ “O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover um fim, for menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre o meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.” (ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006).

¹⁵⁴ Ao tratar especificamente da tutela ambiental, Rafael Daudt D'oliveira defende que “o controle estatal deve ser diretamente proporcional ao risco e aos impactos ambientais e sociais adversos envolvidos nas atividades ou empreendimentos públicos ou privados. Quanto maiores o risco e/ou os impactos, maior o controle estatal; por outro lado, quanto menor o risco e/ou impactos, menor o controle estatal” (Op. cit., p. 24).

¹⁵⁵ Desde 2003, com a publicação do relatório “From red tape to smart tape: administrative simplification in OECD countries”, a OECD tem colaborado com países membros para instituir medidas de simplificação administrativa.

A desburocratização de processos administrativos pode tornar mais fácil e rápido para os cidadãos de baixa renda obter as permissões necessárias para construir, reformar ou regularizar suas habitações. Regras mais claras e acessíveis permitem que os cidadãos compreendam melhor os requisitos legais, enquanto procedimentos menos complexos e custos reduzidos incentivam a formalização das moradias, promovendo a conformidade. A transparência nos processos e nos critérios de aprovação facilita a participação dos cidadãos e a defesa de seus direitos.

A simplificação e desburocratização da legislação urbanística também atende à demanda do mercado. O legislador, isso é fato, não costuma conseguir dar uma resposta rápida à inovação. Hoje, por exemplo, as pessoas trabalham em casa; muitos moram em estúdios, casas compartilhadas, estruturas que muitas vezes nem encontram previsão nas normas edilícias dos municípios. Novas necessidades e produtos, portanto, deixam de ser atendidas quando o controle é amplo e complexo.

O Programa das Nações Unidas para Assentamentos Urbanos (Habitat) periodicamente analisa dados sobre o desenvolvimento urbano e publica guias voltados à implementação de práticas sustentáveis nas cidades. O mais recente dos relatórios sobre legislação urbanística, publicado em 2016, destaca o papel das leis na promoção do desenvolvimento urbano sustentável, e estabelece uma série de diretrizes para a edição de normas efetivas¹⁵⁶. O relatório elenca, entre as estratégias para a implementação da Agenda Habitat, a revisão de leis, regulamentos e exigências restritivas e custosas, e a criação de uma estrutura regulatória adequada à realidade local.

No Brasil, o Conselho de Arquitetura e Urbanismo e o Ministério da Economia também publicaram orientações destinadas a simplificação legislativa: o “Caderno Orientativo para Licenciamento Edifício e Urbanístico” e o “Guia Orientativo de Boas Práticas para Códigos de Obras e Edificações”, respectivamente.

Ambos os guias ressaltam a importância da revisão de leis municipais que regulamentam a atividade edilícia, para direcionar o foco da análise do Poder Público aos parâmetros urbanísticos previstos no Plano Diretor. Essa revisão deve priorizar a flexibilidade e a adaptabilidade dos regulamentos, permitindo que os projetos atendam às necessidades específicas

¹⁵⁶ ONU. Rules of the game: urban legislation. United Nations Human Settlements Programme. 2016. Disponível em: <https://unhabitat.org/rules-of-the-game-0>. Acesso em: 27.05.2024.

das comunidades locais. Isso envolve a eliminação de exigências excessivas e a promoção de um ambiente regulatório que favoreça a criatividade e a inovação na arquitetura e no urbanismo.

A orientação é clara: o Poder Público deve focar em parâmetros urbanísticos essenciais e deixar que os agentes privados assumam a responsabilidade por aspectos como conforto e funcionalidade, dentro dos parâmetros técnicos de segurança e acessibilidade. Isso implica, na prática, na exclusão de regras a respeito de dimensão mínima de portas, pé-direito, salas e corredores internos, e que se mantenha com o Poder Público a atribuição de verificar a observância de índices urbanísticos de interesse verdadeiramente coletivo, como recuos, afastamentos, alturas e gabaritos, taxas de ocupação e coeficientes de aproveitamento. Essa abordagem não apenas simplifica a legislação, mas também estimula um desenvolvimento urbano mais dinâmico e responsivo às demandas contemporâneas.

O Caderno Orientativo do Conselho de Arquitetura e Urbanismo também destaca a necessidade de simplificação dos processos de licenciamento, sugerindo práticas que reduzem a burocracia e agilizam a tramitação de projetos, como a criação de plataformas digitais para submissão e acompanhamento de pedidos de licenciamento, a fim de garantir maior transparência e eficiência aos processos. Essas plataformas podem permitir que arquitetos e urbanistas acompanhem em tempo real o andamento de suas solicitações, facilitando correções e ajustes necessários de maneira mais rápida e eficaz.

Seguindo essa tendência, alguns municípios brasileiros já adequaram seus códigos de obras no intuito de mitigar os efeitos negativos da burocracia excessiva. As reformas legislativas visam, essencialmente, proporcionar maior segurança jurídica e transparência ao processo de licenciamento de projetos e construções.

Hoje, o exemplo mais paradigmático desses esforços é a cidade de São Paulo. O município fez uma revisão profunda e sistemática de todas as suas normas urbanísticas. O atual código de obras e edificações (Lei nº 16.642/2017) diminuiu drasticamente o número de exigências já disciplinadas por normas técnicas, instituiu uma modalidade de licenciamento com base em projeto simplificado, definiu valores de taxas de análise de forma progressiva, em função da complexidade das edificações, e simplificou as etapas de aprovação dos projetos. Florianópolis e Rio de Janeiro fizeram mudanças semelhantes, mas em menor escala.

Outra tendência que vem se observando entre alguns dos municípios que já atualizaram suas leis urbanísticas é a criação de um modelo de licenciamento autodeclaratório, espécie automatizada que dispensa a análise pública de projetos simples, com menor potencial de impacto urbanístico. Nessa modalidade, o profissional responsável pela concepção e execução do projeto, e o proprietário da obra, assumem o compromisso de construir a edificação de acordo com os parâmetros técnicos e legais aplicáveis. Em contrapartida, a análise prévia da administração pública é dispensada, e os esforços do município passam a se concentrar no controle sucessivo das obras.

Recentemente, o Município de Biguaçu, em Santa Catarina, revisou seus códigos de obras e de posturas a fim de implementar medidas de desburocratização e simplificação normativa. O município fez uma análise sistemática da legislação urbanística a fim de identificar disposições supérfluas ou inadequadas, com o objetivo de desburocratizar e dar maior celeridade ao licenciamento, racionalizar as exigências materiais sobre os parâmetros construtivos e trazer à legalidade edificações clandestinas.

Em 2023 foram publicados os novos Código de Obras (Lei Complementar nº 272/2023) e Código de Posturas (Lei Complementar nº 273/2023). Essas leis estruturam os procedimentos para aprovação e licenciamento das obras, e para a atuação do Município no exercício da fiscalização e autuação de irregularidades, mas as minúcias desses processos são regulamentadas por decreto (Decreto nº 14/2024).

Essa escolha decorre da necessidade de otimizar e dar maior eficiência aos processos administrativos correlatos. Nesse intuito, mantém-se na lei a estrutura essencial ao bom funcionamento do sistema, em termos de segurança jurídica, previsibilidade e legalidade no atuar administrativo. As minúcias necessárias para o funcionamento prático desse sistema são remetidas a atos regulamentares, a fim de propiciar maior dinamismo a eventuais correções e atualizações dessa estrutura, de acordo com a estratégia do Poder Público.

Os novos ditames legais são mais objetivos que os anteriores; fazem remissão à norma técnica naquilo que interessa à segurança e acessibilidade das edificações, e direcionam a análise do Poder Público aos aspectos que repercutem na interface urbana da cidade. O procedimento de análise para licenciamento de obras e edificações foi racionalizado, com o estabelecimento claro das responsabilidades e formas de atuação do analista técnico

competente, a fim de proporcionar maior segurança jurídica a todos os envolvidos, e desburocratizar os trâmites administrativos.

Além do licenciamento por autodeclaração, Biguaçu instituiu uma modalidade de licenciamento urbanístico simplificado, no intuito de priorizar a análise e controle das intervenções que causam relevante impacto urbanístico, e facilitar a aprovação de projetos relativamente simples.

Em contrapartida à simplificação dos processos de licenciamento, o Município estruturou o controle sucessivo da atividade edilícia, redirecionando os esforços dos técnicos responsáveis pela análise a uma etapa posterior, acelerando a aprovação das obras sem abrir mão do controle de qualidade das edificações.

O código de obras também criou uma espécie destinada às moradias unifamiliares da população de baixa renda (o “registro”), no esforço de trazer à legalidade edificações historicamente clandestinas, e garantir à população de baixa renda o acesso a serviços públicos e infraestrutura urbana básica. Nessa modalidade, o cidadão registra nos cadastros municipais a edificação, reforma ou reconstrução realizada em unidade unifamiliar, de forma sumária e simplificada, mediante a apresentação de informações bastante sintéticas da obra, tais quais a área total construída, o número de pavimentos, afastamentos e recuos da construção, e assume o compromisso de adotar solução de esgotamento sanitário.

6. CONCLUSÃO

A criação de políticas públicas de sustentabilidade se dá, inevitavelmente, em meio ao cenário normativo de cada cidade. A legislação urbanística é um dos fatores de maior influência sobre a conformação do espaço urbano. Seja pela definição de padrões construtivos e índices urbanísticos efetivamente observados pelos cidadãos, ou, em sentido contrário, pela adoção de procedimentos e exigências tão descolados da realidade, que forcem uma parte significativa da população à irregularidade.

As normas de controle edilício, em especial, têm um grande potencial para aliviar ou agravar um dos maiores problemas no desenvolvimento urbano: as habitações irregulares. Em muitos casos, leis antigas e desatualizadas, criadas em um contexto totalmente diferente do atual, exigem padrões de construção inadequados às necessidades urbanas.

O enfoque das normas sobre pormenores e opções arquitetônicas, não só desestimula (e, em alguns casos, inviabiliza) a aderência da população

à lei, como também desvia a atenção daquilo que efetivamente deveria ser fiscalizado pelo Poder Público – os parâmetros construtivos que têm interface relevante na dinâmica da cidade. Nesse cenário tumultuado, de predominância da irregularidade, é que se busca, sem muito sucesso, implementar medidas de sustentabilidade efetivas.

No presente artigo, defende-se que uma possível solução para esse problema é, justamente, a adequação das normas urbanísticas às verdadeiras demandas urbanas. Essa é uma medida defendida por entidades especializadas, que já vem sendo adotada por vários países.

O que se vê, a partir do exemplo de algumas cidades brasileiras que realizaram reformas das suas legislações de controle edilício, é uma tendência à simplificação das exigências legais e dos procedimentos de licenciamento, em atenção às dinâmicas econômicas e sociais contemporâneas. Esses esforços proporcionam segurança jurídica aos cidadãos, e promovem a inclusão social no processo de urbanização, garantindo condições mais favoráveis a moradias regulares e a um pujante ambiente de negócios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6a. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Guia Orientativo de Boas Práticas para Códigos de Obras e Edificações**. Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços. 2a. ed. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.gov.br/mdic/pt-br/assuntos/ambiente-de-negocios/competitividade-industrial/construa-brasil/2209ConstruaBrasilGuiaOrientativodeBoasPraticasParaCodigo-de-Edificacoes1.pdf>. Acesso em: 27.05.2024.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos**, vol. VIII, nº 13, pp. 7-18, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2005.

CAU. **Caderno Orientativo para Licenciamento Edilício e Urbanístico**. Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil. 2023. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://caubr.gov.br/wp-content/>

uploads/2023/02/Caderno_ LICENCIAMENTO-CAU-0503-.pdf. Acesso em: 27.05.2024.

D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. **A simplificação no direito administrativo e ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LIMA, Evandro Gonzalez; et. al. **Smart and Sustainable Cities**: The Main Guidelines of City Statute for Increasing the Intelligence of Brazilian Cities. Sustainability 2020, 12, 1025. Disponível em: <https://doi.org/10.3390/su12031025>. Acesso em 27.05.2024.

ONU. **Rules of the game**: urban legislation. United Nations Human Settlements Programme. 2016. Disponível em: <https://unhabitat.org/rules-of-the-game-0>. Acesso em: 27.05.2024.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. Planejamento Urbanístico e Sustentabilidade Social. In: **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**, sol. IV, Studia Iuridica 105, Universidade de Coimbra, Coimbra, pp. 501-522, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6a. ed., rev., at. São Paulo: Malheiros, 2010.

Enviado em 19.08.2024.

Aprovado em 15.10.2024.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International Licence.

INOVAÇÃO E CONFORMIDADE NA ERA DA PROTEÇÃO DE DADOS: O CASO DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE

Sahmara Liz Botemberger¹⁵⁷

Resumo: Este artigo explora o processo de adequação do Município de Joinville à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), destacando os desafios enfrentados e as soluções implementadas para garantir a conformidade legal, promover a transparência e fortalecer a confiança dos cidadãos. O estudo detalha a abordagem adotada pela administração pública, que utilizou recursos próprios para iniciar o processo de adequação sem onerar os cofres públicos, implementando uma série de estratégias inovadoras e práticas de governança de dados. Entre os principais desafios, destacam-se o grande volume de dados tratados, a complexidade da estrutura organizacional e a necessidade de capacitação e mudança de cultura entre os servidores públicos. As soluções abordadas incluem a criação de um Comitê Municipal de Proteção de Dados, a implementação de metodologias ágeis e ferramentas como o Project Model Canvas e o Google Forms, além de ações para conscientizar e treinar servidores públicos. O artigo conclui que o caso de Joinville pode servir de modelo para outras administrações públicas no Brasil.

¹⁵⁷ Pós-graduada em Direito Público com ênfase em Gestão Pública pela Damásio Educacional S/A. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Guilherme Guimbala. Pós-Graduada em Advocacia no Direito Digital e Proteção de Dados pela Universidade São Judas Tadeu. Graduada em Direito na Faculdade Guilherme Guimbala. Servidora Pública, Coordenadora da Área de Proteção de Dados e Encarregada de Tratamento de Dados do Município de Joinville/SC. Certified Information Privacy Manager pela International Association of Privacy Professionals. Advogada. E-mail: sahmara.botemberger@joinville.sc.gov.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3081097240826961>

Abstract: This article explores the process of adapting the Municipality of Joinville to the Brazilian General Data Protection Law (LGPD), highlighting the challenges faced and the solutions implemented to ensure legal compliance, promote transparency, and strengthen citizen trust. The study details the approach taken by the public administration, which utilized its own resources to initiate the adaptation process without burdening public finances, implementing a series of innovative strategies and data governance practices. Among the main challenges were the large volume of data processed, the complexity of the organizational structure, and the need for training and cultural change among public servants. The solutions addressed include the creation of a Municipal Data Protection Committee, the implementation of agile methodologies and tools such as the Project Model Canvas and Google Forms, as well as actions to raise awareness and train public servants. The article concludes that the case of Joinville may serve as a model for other public administrations in Brazil.

Palavras-Chave: Lei Geral de Proteção de Dados, LGPD, conformidade, administração pública, proteção de dados, governança de dados, Joinville, adequação legal, segurança da informação.

Keywords: General Data Protection Law, LGPD, compliance, public administration, data protection, data governance, Joinville, legal adaptation, information security.

Sumário: 1. Introdução; 2. Metodologia; 2.1 Desafios Enfrentados; 2.1.1 Volume de dados tratados; 2.1.2 Estrutura organizacional complexa; 2.1.3 Quadro funcional e capacitação; 2.1.4 Cultura organizacional e privacidade de dados; 2.1.5 Mapeamento, Inventário de Dados e Adequação de Processos que tratam dados pessoais; 2.2 Estratégias para a Adequação; 2.2.1 Estrutura mínima de governança; 2.2.2 Publicação de decretos e regulamentações; 2.2.3 Implementação da Área de Proteção de Dados; 2.2.4 Preparando o Projeto; 2.2.5 Avaliação inicial do cenário atual; 2.2.6 Treinamento e sensibilização; 2.2.7 Mapeamento de processos de trabalho que tratam dados pessoais; 2.2.8 Gestão de riscos e análise de impacto; 2.2.9 Relatório de Impacto de Proteção de Dados; 2.10 Execução de outras ações em paralelo à conscientização, mapeamento e gestão de riscos; 3. Resultados; 3.1 Resultados Alcançados; 3.2 Resultados Esperados e Metas a Serem Atingidas; 4. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)¹⁵⁸ é a legislação brasileira que regula o tratamento de dados pessoais, tanto em meios físicos quanto digitais, por pessoas naturais ou jurídicas, públicas ou privadas, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos.

Desta forma, conforme o artigo 3º, II, a lei se aplica às atividades de tratamento que tenham por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens, excluindo-se o tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos.

Nesse sentido, Bioni (2021) destaca a urgência da regulamentação da proteção de dados pessoais, argumentando que, com o desenvolvimento da ciência mercadológica, dados pessoais tornaram-se um recurso vital para a economia da informação. Ele menciona que a capacidade de organizar esses dados em larga escala, por meio de tecnologias como Big Data, criou um novo mercado baseado na extração e comercialização dessas informações, resultando em uma “economia de vigilância” onde o cidadão é reduzido a mero espectador de seus próprios dados.¹⁵⁹

Apesar de órgãos públicos não terem finalidade econômica ou lucrativa, prestam, de forma direta ou indireta, serviços essenciais à população, como saúde, educação, assistência social e infraestrutura urbana. Além disso, todas as fases da vida de um indivíduo, desde o nascimento até o seu falecimento, ficam registradas em órgãos públicos. Portanto, o volume de dados tratados por esses órgãos é elevado e de alta criticidade, o que torna a Administração Pública a maior custodiante de dados pessoais no país.

A adequação à LGPD nas administrações públicas municipais é fundamental para garantir a conformidade legal, promover a transparência e fortalecer a confiança dos cidadãos nas instituições públicas.

Convém mencionar que, conforme estudo realizado pelo Tribunal de Contas da União, o Brasil vem ocupando as primeiras posições dos rankings internacionais no que tange à perpetração de ataques cibernéticos. Ocupou

¹⁵⁸ BRASIL. Presidência da República. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 30/07/2024.

¹⁵⁹ BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

a 8ª posição do mundo em número de ataques a dispositivos da internet das coisas (IOT) no período de abril a junho de 2021 e o 5º lugar em ataques de sequestro de dados em meados de 2021.¹⁶⁰

Sendo assim, este artigo apresenta o início do processo de adequação à LGPD – um case bem-sucedido – no Município de Joinville, de forma orgânica, aproveitando os recursos existentes sem onerar os cofres públicos e gerando valor.

Destacamos os principais desafios, estratégias adotadas e os resultados alcançados.

2. METODOLOGIA

O processo de adequação à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Município de Joinville exigiu uma abordagem detalhada e estruturada. Nesta seção, serão apresentados os principais desafios enfrentados pela administração pública durante a implementação, bem como as estratégias adotadas para superar esses obstáculos. A metodologia baseou-se em ferramentas ágeis, capacitação de servidores e um mapeamento rigoroso dos processos, buscando garantir a conformidade legal sem sobrecarregar os cofres públicos. A seguir, detalhamos cada um desses aspectos.

2.1. Desafios enfrentados

2.1.1. Volume de dados tratados

O Município de Joinville, com cerca de 700 mil habitantes e serviços de saúde que operam 24 horas por dia, enfrenta o desafio de gerenciar um grande volume de dados pessoais e dados sensíveis diariamente.

2.1.2. Estrutura organizacional e complexa

A estrutura organizacional da administração pública municipal de Joinville é extensa e diversificada, composta por 18 órgãos da administração direta, 56 Unidades Básicas de Saúde, 11 Unidades de Referência, 17 equipamentos de Assistência Social, 76 Centros de Educação Infantil, 85

¹⁶⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). TCU analisa segurança cibernética de instituições federais. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-analisa-seguranca-cibernetica-de-instituicoes-federais.htm#:~:text=A%20fiscaliza%C3%A7%C3%A3o%20do%20TCU%20apurou,dados%20em%20meados%20de%202021>. Acesso em: 02/08/2024.

Escolas de Ensino Fundamental, 8 Unidades de Cultura e 8 Subprefeituras. A administração indireta inclui 4 autarquias: o Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Município de Joinville (IPREVILLE), o Hospital São José, o Departamento de Trânsito (Detrans) e a Companhia Águas de Joinville.

A complexidade dessa estrutura aumentou o desafio de adequação à LGPD, especialmente em termos de coordenação e conformidade entre os diferentes órgãos.

2.1.3. Quadro funcional e capacitação

Outro desafio foi o grande número de colaboradores. O quadro funcional do Município conta com aproximadamente 13.500 pessoas, incluindo servidores, contratados, estagiários e jovens aprendizes. A necessidade de capacitar todos esses agentes públicos sobre a importância da proteção de dados seria crucial para o sucesso do projeto, especialmente considerando que muitos nunca haviam recebido treinamento sobre privacidade e governança de dados.

2.1.4. Cultura organizacional e privacidade de dados

A cultura organizacional do Município também precisava ser transformada para valorizar a privacidade e a proteção de dados pessoais.

Historicamente, a governança corporativa e o investimento em treinamento para áreas que não envolviam saúde, educação e segurança pública eram mínimos, o que tornava o processo de adequação à LGPD ainda mais desafiador. Além disso, a dispersão geográfica dos órgãos municipais dificultava a comunicação e a implementação de uma cultura única de proteção de dados.

De acordo com Lanzer (2017), a cultura organizacional é definida como um conjunto de valores e normas que fornecem a um grupo de pessoas uma noção clara sobre o que é certo ou errado, aceito ou não aceito no grupo. Ela é considerada perene, com mudanças mais lentas, sendo menos suscetível à influência, especialmente por parte de gestores.¹⁶¹ Essa característica torna a cultura organizacional crucial no processo de adequação à proteção de dados pessoais, já que não se trata de uma proposta de governo, mas de uma política de Estado que deve perdurar, independentemente de quem esteja no comando da organização.

¹⁶¹ LANZER, Fernando. *Clima e Cultura Organizacional: entender, manter e mudar*. 2. ed. 2017.

2.1.5. Mapeamento, inventário de dados e adequação de processos que tratam dados pessoais

Esse quesito era considerado o ponto crucial para o sucesso de todo o processo de adequação, pois qualquer falha nessa etapa comprometeria o restante.

O mapeamento dos processos que tratam dados pessoais é o “raio X” dos órgãos no que tange à conformidade. É a partir dele que se torna possível realizar a análise de riscos, elaborar o relatório de impacto (uma exigência legal), e propor soluções para a aderência à legislação.

No início do processo existiam muitas dúvidas, muitas teorias, pouca prática e um template disponibilizado pelo Governo Federal, que se mostrou inadequado para a realidade local. O modelo era uma planilha Excel com aproximadamente 144 linhas de questionamentos. O Município de Joinville não faz uso da aplicação Excel, utilizando o software livre e de código aberto LibreOffice, que, devido à quantidade de informações e necessidade de compartilhamento, não seria a ferramenta ideal.

Outro problema relevante era o fato de que nem todos os servidores tinham facilidade em trabalhar com planilhas, o que aumentaria o tempo necessário para a conclusão do processo de mapeamento e tornaria a análise dos processos pouco funcional para a realidade. Diante disso, como um time bem alinhado, tivemos que usar nossa criatividade para adaptar o processo e garantir que ele fosse funcional.

Como mencionado, a Prefeitura de Joinville é um órgão de porte, relativamente grande, em uma cidade de médio porte, com cerca de 700 mil habitantes. São 18 órgãos da administração direta e 4 autarquias, sendo uma delas um hospital de alta complexidade sob gestão municipal, o que significa que um grande volume de dados é tratado, com um nível de criticidade elevado. Isso traz a certeza de que há uma infinidade de processos a serem analisados e, muito possivelmente, adequados para garantir a conformidade com a LGPD.

2.2. Estratégias para a adequação

O Município de Joinville adotou as estratégias para superar esses desafios abaixo listadas.

2.2.1. Estrutura mínima de governança

Para enfrentar esses desafios, o Município iniciou com a criação de uma estrutura mínima de governança.

Representantes das secretarias com o maior volume e criticidade de dados (Secretarias da Fazenda, Gestão de Pessoas, Assistência Social, Saúde, Educação, de Governo, Administração e Planejamento, Controladoria-geral, Procuradoria-geral e Companhia Águas de Joinville) foram convocados para formar o Comitê Municipal de Proteção de Dados. Esse grupo desempenhou um papel crucial na elaboração das regulamentações municipais sobre a LGPD

2.2.2. Publicação de decretos e regulamentações

Como parte do processo de adequação, o Município publicou os seguintes decretos: nº 44.844/2021, regulamentando a LGPD em Joinville; nº 46.169/2022, nomeando os membros do Comitê Municipal de Proteção de Dados; nº 48.597/2022, nomeando o Encarregado de Tratamento de Dados; e nº 47.858/2022, nomeando a Coordenação da Área de Proteção de Dados.

2.2.3. Implementação da Área de Proteção de Dados

A criação da Área de Proteção de Dados foi outra etapa essencial no processo de adequação, subordinada à Secretaria de Administração e Planejamento. Inicialmente, a área contava com apenas uma Coordenação, mas, no início de 2024, foi reforçada com a chegada de dois estagiários de Direito.

O cargo de Coordenação foi remanejado de outra área e a escolha da Secretaria, se deu pela necessidade de alocar a área o mais próximo das Unidades de Tecnologia da Informação e do Escritório de Processos num primeiro momento, para conhecer os processos e procedimentos já existentes e aproveitar a expertise dos servidores dessas unidades.

Com a implementação da Área de Proteção de Dados e a criação de uma equipe dedicada, o Município de Joinville estava preparado para iniciar a fase seguinte: o planejamento detalhado das ações necessárias para garantir a conformidade com a LGPD. Nesse contexto, a escolha das metodologias e ferramentas adequadas foi fundamental para assegurar a eficiência do processo.

2.2.4. Preparando o projeto

No segundo semestre de 2022, foi iniciado o processo de adequação.

O primeiro passo foi escolher as metodologias e ferramentas que seriam utilizadas. Assim, optou-se pelo uso do Project Model Canvas para

estruturar o projeto e apresentá-lo à Diretoria, destacando os objetivos, premissas, riscos, stakeholders, custos, entre outras informações relevantes.

Para organizar as tarefas e determinar prazos e responsáveis foi utilizado o Gráfico de Gantt, que permitiu visualizar o tempo de conclusão de cada etapa.

A metodologia ágil também foi aplicada com o uso do Kanban¹⁶², adaptado ao Trello para garantir um melhor controle e condução das tarefas e entregáveis

Na gestão de risco, a metodologia da norma ISO 31000 se mostrou a mais adequada. Quanto à Matriz de Risco, trabalhou-se com uma matriz qualitativa combinada com uma matriz 3x3 para avaliar a probabilidade e o impacto.

Na produção de conteúdos, aplicou-se o Legal Design e o Visual Law, buscando tornar as informações jurídicas e técnicas mais acessíveis por meio de elementos visuais e linguagem simples e clara.

Para a fase de mapeamento, a metodologia LGPD Model Canvas foi aproveitada durante a fase de conscientização, com o objetivo de trazer clareza sobre o conceito de mapeamento de processos que tratam dados pessoais e na fase de execução do mapeamento, foi empregado o Google Forms e o Google Sheets, que fazem parte dos serviços do Google Workspace contratados pelo Município.

Com as metodologias e ferramentas definidas, o próximo passo foi realizar uma avaliação detalhada do cenário atual, mapeando o volume de dados tratados e a maturidade das práticas de segurança da informação. Este diagnóstico foi essencial para fundamentar as etapas seguintes do processo de adequação.

¹⁶² Kanban é um método de gerenciamento de trabalho que visa melhorar a eficiência e a produtividade através da visualização do fluxo de trabalho e da limitação do trabalho em andamento (WIP - Work In Progress). Originado na Toyota nos anos 1950, o Kanban foi desenvolvido por Taiichi Ohno como parte do sistema de produção enxuta (Lean Manufacturing). Ele utiliza cartões visuais em um quadro para representar tarefas e seu progresso, ajudando as equipes a identificar gargalos e melhorar continuamente seus processos.

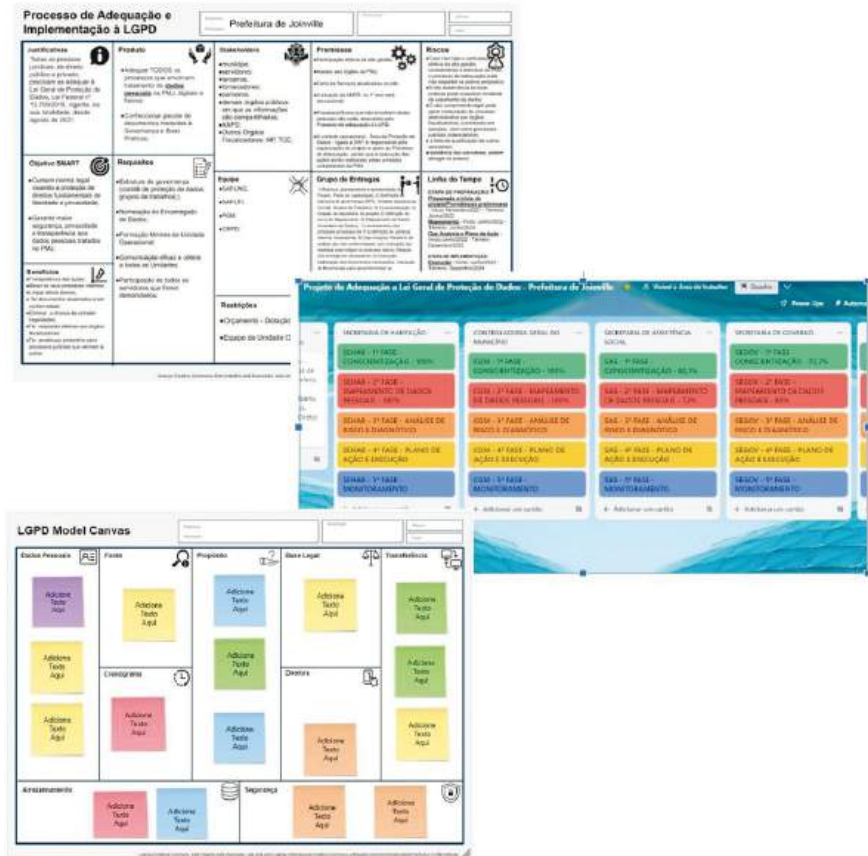


Imagem 2 – Diversas Metodologias aplicadas na fase de conscientização

2.2.5. Avaliação inicial do cenário atual

Para entender o cenário inicial, foi necessário realizar um levantamento abrangente sobre o volume de dados tratados pelos órgãos municipais, a quantidade de servidores e a maturidade das práticas de segurança da informação. Foi essencial mapear os sistemas em uso e identificar potenciais riscos e vulnerabilidades. Esse diagnóstico inicial permitiu determinar ações prioritárias e fundamentar o planejamento das etapas seguintes do processo de adequação.

2.2.6. Treinamento e sensibilização

Xavier (2022) ressalta que o elo humano frequentemente é negligenciado em ações institucionais. No contexto da Lei Geral de Proteção de Dados

(LGPD), ele enfatiza a importância da Instituição promover treinamentos contínuos, capacitações, campanhas de sensibilização e outras ações voltadas para servidores, contratados, jurisdicionados e parceiros. Essas medidas são fundamentais para garantir a segurança da informação, a privacidade e o adequado tratamento dos dados pessoais.¹⁶³

Coadunando com o referido autor, a capacitação dos servidores foi uma prioridade no processo de adequação à LGPD.

O treinamento começou com as equipes de gestão e foi gradualmente ampliado para todos os servidores, independente de suas funções.

Em pouco mais de 18 meses, cerca de 11 mil servidores foram conscientizados, sendo 2.195 presencialmente e o restante na forma online. Para a capacitação presencial, os auditórios do Corpo de Bombeiros Voluntários de Joinville, da Associação de Municípios do Nordeste de Santa Catarina - AMUNESC, e do Hospital Municipal São José foram utilizados, não representando nenhum custo adicional para o Município.

A ferramenta OBS Studio foi utilizada para gravação da conscientização, e o conteúdo foi disponibilizado na plataforma gratuita Moodle, configurada e adequada para o Município.

Atualmente, a cada início de mês, são identificados os servidores que ainda não passaram pela conscientização, e enviado a orientação para a devida realização. Novos servidores, estagiários, contratados, jovens aprendizes, quando iniciam suas atividades na Prefeitura, passam pela capacitação assim que entram.

Outra ação realizada foi a elaboração do guia orientativo para os servidores sobre a LGPD. O Guia está disponibilizado na forma online no sítio eletrônico do Município de Joinville¹⁶⁴. O material foi elaborado internamente, utilizando a ferramenta Canvas.com, também gratuita.

¹⁶³ XAVIER, Fábio Correa. LGPD no Setor Público: boas práticas para a jornada de adequação. 1. ed. Publicação Independente, 2022.

¹⁶⁴ MUNICÍPIO DE JOINVILLE. Cartilha Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - Lei Federal nº 13.709/2018. Disponível em: <https://www.joinville.sc.gov.br/wp-content/uploads/2022/05/Cartilha-Lei-Geral-de-Prote%C3%A7%C3%A3o-de-Dados-Pessoais-Lei-Federal-n%C2%BA-13.7092018-v2.pdf>. Acesso em: 05/08/2024.

Como evidências para o Processo de Adequação, foram realizadas listas de presenças, fotos, testes de conhecimento e emissão de certificados, o que possibilitou ter métricas conforme dashboard abaixo.



ANO 2, VOLUME 1, JOINVILLE-SC, DEZEMBRO/2024 | 181

Após a capacitação e sensibilização de boa parte dos servidores, o Município estava pronto para uma das etapas mais críticas do processo de adequação: o mapeamento dos processos que tratam dados pessoais. Esse mapeamento não só forneceu uma visão clara das atividades de cada órgão, como também permitiu a identificação de riscos e vulnerabilidades, preparando o terreno para a análise de riscos e a conformidade plena com a LGPD.

2.2.7. Mapeamento de processos de trabalho que tratam dados pessoais

No segundo semestre de 2023, com a maior parte dos servidores já conscientizados, deu-se início à fase de mapeamento. Essa etapa demandou considerável esforço, pois representava um momento crucial para a obtenção de um diagnóstico preciso das atividades dos órgãos. A partir dessa fase, tornou-se possível realizar a análise de riscos, elaborar o relatório de impacto, conforme exigido pela legislação, e propor soluções para garantir a aderência à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Inicialmente, a equipe se deparou com a aplicação de um template disponibilizado pelo Governo Federal, que consistia em uma planilha Excel com aproximadamente 144 linhas de questionamentos. No entanto, esse modelo apresentou diversos problemas para a realidade local. Em primeiro lugar, a Prefeitura utiliza o LibreOffice, o que, dada a grande quantidade de informações e a necessidade de compartilhamento, não se mostrou a melhor opção. Outro problema, talvez o mais relevante, foi a complexidade do uso de planilhas por parte dos servidores, o que exigiria a criação de várias guias, uma para cada processo mapeado. Tal abordagem acarretaria um aumento significativo no tempo necessário para completar o mapeamento, além de dificultar a análise posterior dos dados, tornando o processo menos funcional para o contexto municipal.

Apesar das dificuldades, realizou-se um teste piloto com a Secretaria da Fazenda com o template do Governo Federal. E como previsto, restou inexitosa. Com este resultado, a equipe composta pelas Coordenações das Áreas de Indicadores, Desenvolvimento e Proteção de Dados, optou por adaptar o template do Governo Federal para um Google Forms, considerando que essa ferramenta seria mais intuitiva, acessível e atrativa aos servidores.

Ao contrário de algumas consultorias externas, nas quais os consultores preenchem as ferramentas de mapeamento, optou-se por um modelo

em que os próprios servidores analisariam seus processos e preencheriam o formulário, dada a estrutura descentralizada e robusta da Prefeitura.

O template original de 144 questionamentos foi reduzido para 41 perguntas objetivas, em sua maioria de múltipla escolha, a fim de facilitar o preenchimento. Após a definição da ferramenta, estudou-se a melhor estratégia de execução dessa fase nos órgãos.

Inicialmente, foram formados grupos de trabalho com, no mínimo, quatro servidores de cada órgão. O objetivo era realizar uma reunião de alinhamento e apresentar a ferramenta, para que esses servidores pudessem disseminar as informações em seus respectivos órgãos. A estratégia funcionou bem em órgãos menores, como a Secretaria da Habitação, Controladoria-Geral e Secretaria de Governo, mas não teve o mesmo sucesso em órgãos maiores, como a Secretaria de Gestão de Pessoas e a Secretaria da Fazenda.

Diante desse cenário, a estratégia foi reformulada, optando-se por realizar reuniões de alinhamento diretamente com os coordenadores de cada setor. Ao todo, foram realizadas 40 reuniões de alinhamento. Em Joinville, a maioria das unidades e setores possuem um coordenador ou líder de área, profissionais que atuam no nível intermediário da Instituição, entre o operacional e o tático. Com a nova abordagem, cada coordenador ficou responsável pelo mapeamento de sua unidade, o que resultou em um processo mais eficiente. O Hospital São José e as Secretarias de Educação e Saúde, que são as mais robustas, foram as últimas a receberem as orientações e iniciarem o mapeamento. O entendimento é de que a ferramenta e a dinâmica utilizada precisariam estar maduras, ou melhor, testadas, para chegar às Secretarias de maior porte.

À medida que os formulários eram enviados por meio da plataforma *GoogleForms*®, uma planilha centralizada era alimentada, servindo como base para o início das análises de risco.



Imagem 5 – Cruzamento de dados no Mapeamento dos Processos com Googleforms®

Vencida mais uma fase, uma nova etapa iniciava - a análise do mapeamento dos processos de trabalho que tratam dados pessoais, os riscos envolvidos, diagnóstico e planejamento de ações para garantir a aderência à legislação federal.

Com o mapeamento completo dos processos de trabalho que envolvem dados pessoais, o próximo desafio foi realizar uma gestão eficaz dos riscos associados. Nesse ponto, a aplicação da metodologia da Norma ABNT NBR ISO/IEC 31000:2018 foi crucial para garantir que todas as não conformidades fossem devidamente identificadas e classificadas.

2.2.8. Gestão de riscos e análise de impacto

Com os processos de trabalho devidamente mapeados, foi possível realizar uma gestão eficaz de riscos. A metodologia constante da Norma

ABNT NBR ISO/IEC 31000:2018 foi utilizada para identificar e classificar as ações que não estavam em conformidade com a LGPD. Assim, a partir do mapeamento e da análise de riscos, um novo documento começou a ser estruturado, o Relatório de Impacto de Proteção de Dados (RIPD). Tal documento é essencial, obrigatório e descreve os processos de tratamento de dados de alto risco e as medidas de mitigação adotadas.

2.2.9. Relatório de Impacto de Proteção de Dados

Conforme a ANPD, o RIPD é a documentação que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar alto risco à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos na LGPD e às liberdades civis e aos direitos fundamentais do titular de dados. Deve conter as medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco, nos termos dos artigos 5º, inciso XVII, e 38 da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).¹⁶⁵

A LGPD lista, ainda, situações específicas em que o RIPD poderá ser exigido pela ANPD, como nas operações de tratamento efetuadas para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais (art. 4º, § 3º); quando o tratamento tiver como fundamento a hipótese de interesse legítimo (art. 10, § 3º); para agentes do Poder Público, incluindo determinação quanto à publicação do RIPD (art. 32); e para controladores em geral, quanto às suas operações de tratamento, incluindo as que envolvam dados pessoais sensíveis (art. 38).¹⁶⁶

No Município de Joinville, que utiliza o Sistema Eletrônico de Informação - SEI¹⁶⁷, foi instituído um Processo Eletrônico exclusivo para a elaboração do RIPD, com um modelo padrão autoexplicativo de documento.

¹⁶⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD). Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (RIPD). Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/canais_atendimento/agente-de-tratamento/relatorio-de-impacto-a-protecao-de-dados-pessoais-ripd#p1. Acesso em: 05/08/24.

¹⁶⁶ BRASIL. Presidência da República. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 02/08/2024.

¹⁶⁷ Sistema Eletrônico de Informações (SEI) é um sistema desenvolvido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4). Usada também em outras instituições públicas brasileiras, como sistema de gestão de processos e documentos eletrônicos.

Desta forma, os relatórios ficaram em ambiente seguro, com acesso através de login e senha e segmentação por unidade de trabalho, tendo assinatura eletrônica.

O intuito de criar um processo eletrônico era evitar que os RIPDs ficassem armazenados em simples arquivos de texto, vez que podem indicar vulnerabilidade de alguns processos de trabalho

2.2.10. Outras ações de adequação à LGPD

De acordo com um estudo divulgado pelo Cetic.br, três medidas principais poderiam reduzir 80% dos incidentes de segurança reportados ao Centro de Estudos, Respostas e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil (CERT.br), baseando-se na Regra de Pareto 80/20, que sugere que 80% dos problemas podem ser resolvidos ao corrigir 20% das causas. As soluções destacadas pelo estudo incluem: manter todos os softwares e dispositivos atualizados com as últimas versões e correções de segurança; realizar o *hardening* de sistemas, desabilitando serviços desnecessários, alterando senhas padrão e configurando os serviços expostos na Internet de maneira segura; e melhorar os processos de identificação e autenticação, implementando múltiplos fatores de autenticação e promovendo a educação sobre a gestão de senhas, com foco na não reutilização de senhas.¹⁶⁸

Com esta preocupação, o Município de Joinville, assim como muitos outros municípios brasileiros, já seguia protocolos de segurança da informação, como segurança de rede, atualizações de sistemas, backups, controle de acessos e gestão de incidentes.

No entanto, não existiam políticas específicas ou ações de conscientização sobre como agir, por exemplo, diante de um e-mail de *phishing*.

Segundo Pinheiro (2023), apesar de a internet e as ferramentas tecnológicas já não serem novidade, ainda há incerteza sobre o que é correto ou incorreto no seu uso, especialmente em ambientes corporativos. Por isso, cabe às empresas definir políticas e diretrizes de segurança da informação

¹⁶⁸ CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO (Cetic.br). Estudos setoriais de segurança digital. Disponível em: <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/7/20210514123130/estudos-setoriais-seguranca-digital.pdf>. Acesso em: 12 set. 2024.

que protejam tanto o negócio quanto os empregados, evitando riscos que possam gerar responsabilidade jurídica ou até demissões.¹⁶⁹

Conforme a norma ABNT NBR ISO/IEC 27002:2013, a segurança da informação é obtida por meio da aplicação de controles adequados, que envolvem políticas, processos, procedimentos, além de uma estrutura organizacional e funções de software e hardware.¹⁷⁰

Diante dessa realidade, foram iniciadas tratativas para a elaboração de documentos prioritários, como o termo de uso e política de privacidade, já que o sítio eletrônico do Município não possuía uma política de privacidade, mesmo com o aumento dos serviços eletrônicos ofertados à população. Além disso, foi criado o termo de compromisso, sigilo e confidencialidade para servidores públicos, contratados, cargos em comissão e estagiários. Durante o levantamento dos sistemas utilizados pelo Município, constatou-se o uso de aproximadamente 300 sistemas, entre governamentais, próprios, contratados e gratuitos. Diante disso, optou-se por conscientizar os servidores sobre a importância de não utilizar dados pessoais sem autorização para benefício próprio. O termo de compromisso, sigilo e confidencialidade foi discutido em reunião com o Comitê Municipal de Proteção de Dados, revisado pela Procuradoria-Geral do Município e distribuído para assinatura individual de todos os servidores através dos Núcleos de Gestão de Pessoas de cada órgão, pelo Sistema SEI. Apesar de algumas dificuldades e reuniões adicionais para esclarecimentos, cerca de 11 mil termos foram assinados. Tal documento agora faz parte do processo de admissão de novos servidores e estagiários.

Para garantir que os direitos dos titulares de dados pessoais fossem respeitados, o canal de Ouvidoria do Município foi ajustado para integrar a solicitação desses direitos, com uma carta de serviço específica detalhando os direitos garantidos pela LGPD.

¹⁶⁹ PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 7ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

¹⁷⁰ ABNT NBR ISO/IEC 27002:2013. Tecnologia da informação - Técnicas de segurança - Código de prática para controles de segurança da informação. Rio de Janeiro: ABNT, 2013.

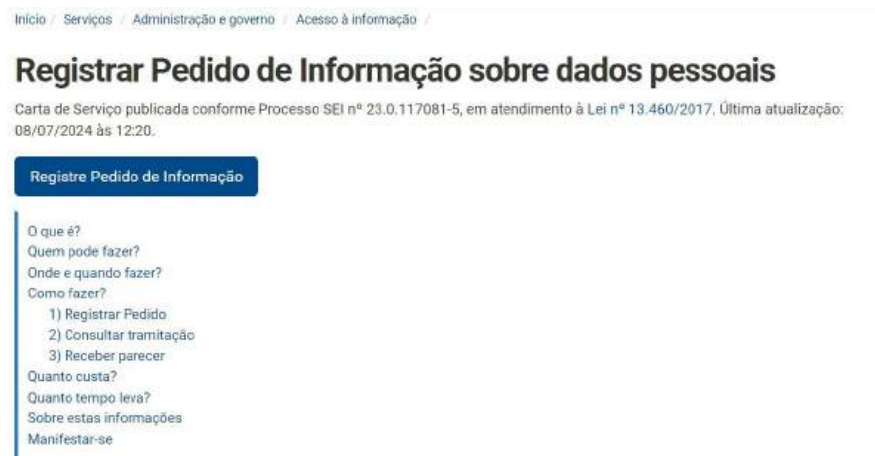


Imagem 6 - Interface de acesso à Ouvidoria – Site Institucional Prefeitura de Joinville

Foi também realizada a escolha e divulgação do Encarregado de Tratamento de Dados nas plataformas do Município. Optou-se inicialmente pela centralização do Encarregado, com um titular e um suplente, até que o processo de adequação estivesse mais amadurecido. Para a seleção do titular e do suplente, foram considerados fatores como o conhecimento das áreas de negócios do Município, graduação, domínio técnico e jurídico sobre o tema, interesse em certificações e habilidades de comunicação. Até o momento, não há previsão de gratificação pecuniária para a função de Encarregado de Tratamento de Dados.

Outra ação importante foi a criação de um decreto para o compartilhamento de dados pessoais entre os órgãos da administração direta e indireta, que formalizou as práticas já existentes e garantiu que os requisitos legais da ANPD fossem seguidos. O compartilhamento de dados é crucial para atividades como a análise de aposentadoria, fiscalização de saneamento básico, políticas públicas voltadas à saúde, assistência social, educação, entre outras.

Acerca do tema a ANPD se pronunciou no Guia de Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público:

“O uso compartilhado de dados é um mecanismo relevante para a execução de atividades típicas e rotineiras do Poder Público, a exemplo de pagamento de servidores e prestação de serviços públicos. A lgpd reconhece essa relevância ao estabelecer, em seu art. 25, que os dados devem ser mantidos “em formato interoperável e estruturado

para o uso compartilhado”, visando, entre outras finalidades, “à execução de políticas públicas, à prestação de serviços públicos, à descentralização da atividade pública e à disseminação e ao acesso das informações pelo público em geral”¹⁷¹

Diante da quantidade de contratos e convênios do Município que envolvem dados pessoais, foi necessário desenvolver cláusulas padrão de LGPD para os referidos instrumentos. Entre os contratos mais relevantes estão os de empresas que realizam regularização fundiária, clínicas médicas que complementam o atendimento ao SUS e centros de educação infantil particulares. As cláusulas foram elaboradas em conjunto com o Comitê Municipal de Proteção de Dados e a Procuradoria-Geral do Município.

O Município também enviou ofícios aos stakeholders externos, em especial fornecedores, para entender o grau de adequação à LGPD e as práticas de segurança da informação adotadas por esses parceiros. Foram priorizados os fornecedores de tecnologia, visto que muitos sistemas críticos para o Município são geridos por essas empresas, e, em alguns casos, os contratos já foram ajustados.

Quanto à Política de Segurança da Informação, o Município está finalizando a revisão das práticas de retenção e descarte de dados pessoais, controle de acesso a sistemas, uso da internet, backup, trabalho remoto e uso de VPN, além de outras medidas como o Privacy by Design¹⁷². A criação de um plano de resposta a incidentes e remediação também está em fase final, e o protocolo TLP (Traffic Light Protocol), utilizado pelo Governo Federal, está sendo considerado para classificação de informações.

Por fim, foram promovidas outras ações, como a redução de dados desnecessários publicados no sítio eletrônico do Município, incluindo listas de presenças de reuniões, e a pseudoanonimização das listas públicas de vagas em Centros de Educação Infantil (CEIs). A Controladoria-Geral do Município também lidera a elaboração do Código de Ética do Servidor Público de Joinville, alinhado às novas exigências da LGPD.

¹⁷¹ ANPD. Guia Orientativo: Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público. Versão 2.0, junho de 2023, Brasília. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes>. Acesso em: 16 de setembro de 2024.

¹⁷² O conceito de Privacy by Design (Privacidade desde a Concepção) foi desenvolvido nos anos 90 pela especialista em privacidade de dados, Ann Cavoukian. Ele se tornou um padrão internacional em 2010 e é uma abordagem que visa incorporar a privacidade e a proteção de dados pessoais desde o início de qualquer projeto ou sistema.

3. RESULTADOS

De acordo com o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br, 2024), a pesquisa TIC Governo Eletrônico tem monitorado, desde 2021, as ações voltadas à privacidade e proteção de dados pessoais em órgãos públicos federais, estaduais e municipais. Os resultados mais recentes, de 2023, mostram um crescimento significativo de iniciativas nas prefeituras de grandes municípios, especialmente nas capitais, em relação à implementação da LGPD. No entanto, ainda há desafios, principalmente em municípios de menor porte, onde muitas prefeituras não possuem estruturas adequadas para atender plenamente as exigências da legislação.¹⁷³

A referida pesquisa revela um crescimento expressivo nas iniciativas de privacidade e proteção de dados em prefeituras de capitais e municípios com mais de 100 mil habitantes. O percentual de prefeituras de capitais com áreas ou pessoas responsáveis pela implementação da LGPD subiu de 66% em 2021 para 82% em 2023, enquanto nas cidades de mais de 500 mil habitantes esse número aumentou de 62% para 82%. No entanto, em cidades menores, especialmente nas do interior, o crescimento foi mais modesto, com um aumento de 28% para 36% no mesmo período. Ainda assim, as prefeituras do Nordeste apresentaram os menores índices de conformidade, com apenas 33% contando com áreas específicas para proteção de dados.¹⁷⁴

O processo de adequação à LGPD no Município de Joinville gerou uma série de resultados significativos, tanto no que diz respeito à conformidade legal quanto à melhoria da governança de dados. Nesta seção, serão apresentados os principais resultados alcançados até o momento, bem como os objetivos futuros que a administração municipal espera atingir. Serão discutidos aspectos como a economia gerada, a capacitação de servidores,

¹⁷³ COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL (CGI.br). Privacidade e proteção de dados pessoais 2023: perspectivas de indivíduos, empresas e organizações públicas no Brasil = Privacy and personal data protection 2023: perspectives of individuals, enterprises and public organizations in Brazil. São Paulo: CGI.br, 2024. Disponível em: <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20240901120340/privacidade-e-protecao-de-dados-2023.pdf>. Acesso em: 11 de setembro de 2024.

¹⁷⁴ COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL (CGI.br). Privacidade e proteção de dados pessoais 2023: perspectivas de indivíduos, empresas e organizações públicas no Brasil = Privacy and personal data protection 2023: perspectives of individuals, enterprises and public organizations in Brazil. São Paulo: CGI.br, 2024. Disponível em: <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20240901120340/privacidade-e-protecao-de-dados-2023.pdf>. Acesso em: 11 de setembro de 2024.

o impacto na cultura organizacional e os benefícios para os cidadãos. Esses resultados demonstram o sucesso da iniciativa e as oportunidades de aprimoramento contínuo.

3.1. Resultados Alcançados

Um dos principais resultados alcançados foi a conformidade legal, com a estruturação de processos que garantem o tratamento adequado dos dados pessoais. A publicação de decretos, a criação da Área de Proteção de Dados e a nomeação do Encarregado de Tratamento de Dados foram passos fundamentais que consolidaram essa conformidade dentro da administração pública municipal.

Outro resultado significativo foi a transparência no tratamento de dados, que foi aprimorada com a criação de canais específicos para que os cidadãos pudessem exercer seus direitos como titulares de dados pessoais, conforme previsto na LGPD. Isso aumentou a confiança dos servidores e da população nas práticas adotadas pelo Município.

A segurança da informação também foi reforçada, com a implementação de controles de acessos, backup de dados e a criação de um plano de resposta a incidentes, o que reduziu consideravelmente os riscos de vazamentos de dados ou ataques cibernéticos. A introdução de práticas de Privacy by Design também garantiu que novos sistemas e processos já considerassem a proteção de dados desde o início.

No âmbito da cultura organizacional, houve um avanço notável com o engajamento dos servidores no processo de adequação à LGPD. Mais de 11 mil servidores foram conscientizados sobre a importância da proteção de dados, por meio de treinamentos presenciais e online, o que resultou em um aumento significativo da cultura de privacidade entre os funcionários públicos municipais.

A participação do Município em grupos de discussão e fóruns sobre proteção de dados públicos também trouxe benefícios, como a colaboração com outras prefeituras e a elaboração do Guia Prático para a fase de conscientização e treinamento da adequação à LGPD¹⁷⁵, em parceria com as cidades de Recife, Londrina e Paulista. Isso fortaleceu o ecossistema de proteção de dados, facilitando a disseminação de boas práticas.

¹⁷⁵ <https://municipioslgpd.com.br/documentos/>

Por fim, o Município conseguiu gerar uma economia significativa ao realizar o processo de adequação internamente, sem a contratação de consultorias externas. A capacitação dos próprios servidores para conduzir o processo resultou numa economia de mais de um milhão e meio de reais, conforme as estimativas iniciais de contratação de serviços externos.

3.2. Resultados Esperados e Metas a serem atingidas

Embora muitos avanços tenham sido realizados, ainda existem áreas que precisam ser aprimoradas. Um dos resultados esperados no futuro é o aumento da maturidade dos processos de proteção de dados, especialmente em relação à automação de algumas tarefas e à melhoria dos sistemas de monitoramento.

O Município ainda busca aprimorar o controle sobre o uso compartilhado de dados entre os órgãos da administração direta e indireta, e espera que, com o tempo, possa indicar um Encarregado de Dados para cada órgão, à medida que a equipe se qualificar adequadamente.

Outro ponto que precisa ser trabalhado é o engajamento dos cidadãos. Embora a transparência tenha sido reforçada, o Município ainda espera que os cidadãos utilizem de forma mais ativa os canais de exercício de seus direitos de dados, e que o nível de conhecimento da população sobre a LGPD aumente. Para isso, são necessárias ações de comunicação mais amplas e campanhas de conscientização voltadas para o público externo. De um modo geral, o engajamento do cidadão também proporcionará um nível de educação diferenciado reduzindo o número de ocorrências de golpes, principalmente cibernéticos.

No que tange à segurança da informação, espera-se finalizar e formalizar a política de segurança da informação, incluindo a implementação de um protocolo para a classificação de informações. Além disso, o plano de resposta a incidentes precisa ser completamente implementado e testado, para garantir que, em caso de um incidente, as respostas sejam rápidas e eficazes.

A consolidação da cultura de proteção de dados também é uma meta de longo prazo, especialmente em áreas onde a adesão às boas práticas de privacidade ainda é desafiadora. O Município espera continuar promovendo capacitações regulares e atualizações para os servidores, além de desenvolver novos materiais educativos para reforçar os princípios da LGPD e garantir que a conformidade se mantenha sólida ao longo do tempo.

Por fim, espera-se que a integração com stakeholders externos seja ampliada. Embora o Município tenha iniciado tratativas com fornecedores e outros parceiros, ainda é necessário que todos estejam plenamente adequados à LGPD, com contratos devidamente ajustados e práticas de segurança de dados bem estabelecidas

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de adequação à LGPD no Município de Joinville demonstra que, com uma abordagem estratégica e o comprometimento de todos os envolvidos, é possível implementar mudanças significativas no setor público, garantindo a conformidade legal e a proteção dos dados pessoais dos cidadãos. O case de Joinville mostrou-se inovador ao utilizar recursos internos, sem onerar os cofres públicos, e ao adotar práticas de governança de dados alinhadas com a legislação vigente.

Além disso, a criação de uma cultura organizacional voltada para a privacidade e segurança de dados foi um dos grandes marcos dessa jornada, com mais de 11 mil servidores treinados e conscientizados. A implementação de políticas e práticas de segurança da informação também foi essencial para garantir a mitigação de riscos e a prevenção de incidentes.

Embora muitos desafios tenham sido enfrentados ao longo do processo, como o grande volume de dados tratados e a complexidade da estrutura organizacional, as estratégias adotadas pelo Município, como o mapeamento de processos, a gestão de riscos e a criação de um Comitê Municipal de Proteção de Dados, foram fundamentais para o sucesso da iniciativa.

A experiência de Joinville serve como inspiração para outras administrações públicas no Brasil, mostrando que, com planejamento e inovação, é possível atender às exigências da LGPD de forma eficiente e eficaz. No entanto, o trabalho de adequação à proteção de dados é contínuo, e a manutenção dessas práticas será essencial para garantir a conformidade a longo prazo e fortalecer ainda mais a confiança da população nas instituições públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABNT NBR ISO/IEC 27002:2013. **Tecnologia da informação - Técnicas de segurança - Código de prática para controles de segurança da informação**. Rio de Janeiro: ABNT, 2013.

ALURA. **Kanban**: o que é, Método Kanban e como funciona. Disponível em: <https://www.alura.com.br/artigos/metodo-kanban>. Acesso em: 16 set. 2024.

ANPD. **Guia Orientativo**: Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público. Versão 2.0, junho de 2023, Brasília. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes>. Acesso em: 16 de setembro de 2024.

ANPD. **Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (RIPD)**. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/canais_atendimento/agente-de-tratamento/relatorio-de-impacto-a-protecao-de-dados-pessoais-ripd#p1. Acesso em: 05 ago. 2024.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais**: a função e os limites do consentimento. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: [05 ago.2024].

CETIC.br. **Estudos Setoriais de Segurança Digital**. Disponível em: <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/7/20210514123130/estudos-setoriais-seguranca-digital.pdf>. Acesso em: 12 set. 2024.

CGI.br. **Privacidade e proteção de dados pessoais 2023**: perspectivas de indivíduos, empresas e organizações públicas no Brasil. São Paulo: CGI.br, 2024.

CORRÊA, Fábio Xavier. **LGPD no Setor Público**: boas práticas para a jornada de adequação. 1. ed. Publicação Independente, 2022.

LANZER, Fernando. **Clima e Cultura Organizacional**: entender, manter e mudar. 2. ed. 2017.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 7ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

SISPRO. **Privacy by Design: Incorporando a Privacidade desde a Concepção**. Disponível em: <https://www.sispro.com.br> Acesso em: 16 set. 2024.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **TCU analisa segurança cibernética de instituições federais**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-analisa-seguranca-cibernetica-de-instituicoes-federais.htm#:~:text=A%20fiscaliza%C3%A7%C3%A3o%20do%20TCU%20apurou,dados%20em%20meados%20de%202021>. Acesso em: 02 ago. 2024.

Enviado em 23.09.2024.

Aprovado em 21.10.2024.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

A JUDICIALIZAÇÃO DOS CASOS DE LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE/SC

Thiago Felipe de Amorim¹⁷⁶
Samuel Rodolfo Santos Gouveia¹⁷⁷

Resumo: O objetivo deste estudo é analisar os casos de licença de tratamento de saúde dos servidores públicos do Município de Joinville usando técnicas dedutivas. O instituto que está sendo discutido agora é apoiado pela Lei Complementar nº 266/08, conhecida como Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Joinville. Sua finalidade é garantir que os servidores que estiverem temporariamente incapacitados para trabalhar sejam afastados do trabalho, até a sua recuperação. No entanto, o Estatuto dos Servidores exige que a junta médica oficial do município verifique as condições de saúde do requerente antes de ratificar a solicitação de afastamento temporário. Caso o atestado seja recusado por um médico do trabalho municipal, a justificativa deve ser suficiente para evitar discussões e possível anulação da decisão administrativa pelo Poder Judiciário. Além disso, poder-se-á analisar casos concretos, destacando a importância da

¹⁷⁶ Coordenador do Núcleo de Relações Laborais da Procuradoria-Geral do Município de Joinville/SC; advogado licenciado pela OAB/SC (inscrição nº 41.501). Graduado em Direito pela Faculdade Cenecista de Joinville - FCJ e pós-graduado em Direito Processual Civil, pela Faculdade Damásio de Jesus e em Gestão Tributária (MBA), pela Facuminas. E-mail: thiago.amorim@joinville.sc.gov.br. Lattes <http://lattes.cnpq.br/0101299508874178>

¹⁷⁷ Acadêmico do curso de Direito na Faculdade Anhanguera de Joinville/SC, Estagiário da Procuradoria-Geral do Município de Joinville/SC, atuante na área de executivo fiscal e nos núcleos de relações laborais e saúde, educação, direitos difusos e assistência social. E-mail samuelrodolfo6530@gmail.com Lattes <https://lattes.cnpq.br/6076873448249509>

perícia judicial e do acompanhamento dos atos processuais pelo assistente técnico da municipalidade.

Abstract: The present work aims to address, through the deductive method, cases of judicialization of health treatment leave requests for public servants of the Municipality of Joinville. The issue under discussion is supported by Supplementary Law No. 266/08 (Statute of Public Servants of the Municipality of Joinville) and seeks to ensure the temporary removal of those servants who are temporarily incapacitated from performing their work activities. However, it is necessary to follow the rules established by the Statute, with the official medical board of the Municipality assessing the applicant's health conditions to either confirm or, in the case of a refusal of the certificate issued by a non-official doctor, provide a well-founded justification to avoid disputes and annulments by the Judiciary. Furthermore, specific cases may be analyzed, highlighting the importance of judicial expertise and the technical assistant of the municipality monitoring the procedural acts.

Palavras-Chave: Licença para tratamento de saúde, motivação do ato administrativo, perícia judicial, assistente técnico.

Keywords: Health treatment leave, administrative act justification, judicial expertise, technical assistant.

Sumário: 1. Introdução; 2. A Judicialização dos casos envolvendo licença para tratamento de saúde dos servidores públicos do Município de Joinville; 2.1. Licença para tratamento de saúde no serviço público - LTS; 2.2. Regramento do benefício no Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Joinville; 2.2.1. Condicionantes da Lei Complementar n. 266/08; 2.2.2. A Perícia Médica da Unidade de Saúde do Servidor 2.3. O Programa de Reabilitação Profissional – RPR: Readaptação e remanejamento; 2.4. A defesa judicial do Município; 2.4.1. Dever de fundamentação do ato administrativo que não homologa atestado; 2.4.2. O controle judicial dos atos administrativos; 2.4.3. A perícia judicial; 2.4.4. A importância da quesitação e acompanhamento por Assistente Técnico; 2.5. Julgados sobre o tema; 3. Conclusão; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O direito à saúde é uma garantia importante para os funcionários públicos e incorpora a obrigação legal do sistema jurídico de proteger

o bem-estar e a saúde mental dos funcionários públicos. O médico fará um exame físico para verificar se a licença médica é realmente necessária.

Apesar da importância desse mecanismo de proteção, os litígios relativos ao direito ao tratamento médico tornaram-se uma ocorrência regular no direito brasileiro. Na verdade, esta situação surge devido a discrepâncias entre os relatórios apresentados pelos médicos privados e as avaliações das instituições médicas credenciadas, levando a divergências entre funcionários públicos e funcionários do governo. Em muitos casos, os funcionários recorrem aos tribunais para confirmar a validade dos seus direitos, criando uma forte demanda por decisões judiciais que envolvam a interpretação de disposições relevantes e a avaliação jurídica das ações administrativas.

Este trabalho examinará as especificidades dos aspectos jurídicos da agência e a generalidade das decisões do conselho médico legal quando contestadas por um médico específico, até que seja demonstrada uma motivação razoável para a ação administrativa. Além disso, tais casos são normalmente avaliados por profissionais médicos e a ação precisa ser gerenciada por um assistente técnico que deve fazer perguntas apropriadas para garantir a compreensão das habilidades de gestão.

Este artigo tenta estabelecer um quadro jurídico que apoie o direito de prestar cuidados de saúde aos funcionários públicos, analisa os principais desafios e questões jurídicas e discute o papel da justiça na resolução desses litígios.

2. A JUDICIALIZAÇÃO DOS CASOS ENVOLVENDO LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE DOS SERVIDORES ESTATUTÁRIOS NO MUNICÍPIO DE JOINVILLE

Verifica-se que, regularmente, há o ingresso de ação judicial por parte de servidores públicos visando a concessão da licença para tratamento de saúde. Por isso, é relevante que haja uma merecida análise das razões que justificam a alta demanda judicial de processos com a mesma causa de pedir. A seguir, veremos de que modo é aplicado a Licença para Tratamento de Saúde - LTS no Município de Joinville e de onde decorre tal direito fundamental.

2.1. Licença para Tratamento de Saúde no Serviço Público – LTS

A LTS é um direito que encontra amparo em princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana¹⁷⁸, da proteção à saúde¹⁷⁹ e da eficiência.

Essas condicionantes principiológicas, sobretudo a eficiência¹⁸⁰ pensada num espectro macro, são responsáveis por garantir que os servidores estejam saudáveis e aptos para o labor, visando manter a eficiência do serviço público e preservando a qualidade de vida dos servidores.

Não é possível falar de trabalho sem mencionar a saúde humana e os processos administrativos necessários oriundos da LTS, afinal, são os servidores públicos que movimentam a máquina pública e contribuem para o bem estar social, logo, seria incoerente a não aplicação de direitos essenciais como o afastamento para tratamento de saúde.

Além dos princípios constitucionais supramencionados, a licença para tratamento de saúde no âmbito federal encontra força nos artigos 202 a 206-A, da Lei Federal nº 8.112/1990, vejamos:

Art. 202. Será concedida ao servidor licença para tratamento de saúde, a pedido ou de ofício, com base em perícia médica, sem prejuízo da remuneração a que fizer jus.

Art. 203. A licença de que trata o art. 202 desta Lei será concedida com base em perícia oficial.

¹⁷⁸ Art. 3º O(A) servidor(a) portador(a) de atestado médico ou odontológico com período recomendado de afastamento do trabalho igual ou superior a 16 (dezesesseis) dias consecutivos ou intermitentes, quando gerados dentro do prazo de 60 (sessenta) dias e motivados pela mesma patologia ou mesmo grupo de CID 10 deverá, obrigatoriamente, submeter-se a perícia médica oficial, por meio de agendamento prévio na Área de Perícia Médica na Unidade de Saúde do Servidor (anexo I-A) ou em caso de servidor(a) não concursado, por meio de agendamento prévio no INSS (anexo I-B).

§ 1º As perícias médicas deverão ser agendadas pelo próprio(a) servidor(a), familiar ou responsável, sempre pessoalmente e no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, contados a partir da data do encaminhamento à perícia.

¹⁷⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

¹⁸⁰ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

§ 1º Sempre que necessário, a inspeção médica será realizada na residência do servidor ou no estabelecimento hospitalar onde se encontrar internado.

§ 2º Inexistindo médico no órgão ou entidade no local onde se encontra ou tenha exercício em caráter permanente o servidor, e não se configurando as hipóteses previstas nos parágrafos do art. 230, será aceito atestado passado por médico particular.

§ 3º No caso do § 2º deste artigo, o atestado somente produzirá efeitos depois de recepcionado pela unidade de recursos humanos do órgão ou entidade.

§ 4º A licença que exceder o prazo de 120 (cento e vinte) dias no período de 12 (doze) meses a contar do primeiro dia de afastamento será concedida mediante avaliação por junta médica oficial.

§ 5º A perícia oficial para concessão da licença de que trata o caput deste artigo, bem como nos demais casos de perícia oficial previstos nesta Lei, será efetuada por cirurgiões-dentistas, nas hipóteses em que abranger o campo de atuação da odontologia.

Art. 204. A licença para tratamento de saúde inferior a 15 (quinze) dias, dentro de 1 (um) ano, poderá ser dispensada de perícia oficial, na forma definida em regulamento.

Art. 205. O atestado e o laudo da junta médica não se referirão ao nome ou natureza da doença, salvo quando se tratar de lesões produzidas por acidente em serviço, doença profissional ou qualquer das doenças especificadas no art. 186, § 1º.

Art. 206. O servidor que apresentar indícios de lesões orgânicas ou funcionais será submetido a inspeção médica.

Art. 206-A. O servidor será submetido a exames médicos periódicos, nos termos e condições definidos em regulamento.

Parágrafo único. Para os fins do disposto no caput, a União e suas entidades autárquicas e fundacionais poderão:

I - prestar os exames médicos periódicos diretamente pelo órgão ou entidade à qual se encontra vinculado o servidor;

II - celebrar convênio ou instrumento de cooperação ou parceria com os órgãos e entidades da administração direta, suas autarquias e fundações;

III - celebrar convênios com operadoras de plano de assistência à saúde, organizadas na modalidade de autogestão, que possuam

autorização de funcionamento do órgão regulador, na forma do art. 230; ou

IV - prestar os exames médicos periódicos mediante contrato administrativo, observado o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e demais normas pertinentes.

Respeitando a hierarquia das leis e com o fito de regulamentar a aplicação da norma aos servidores municipais, o Município de Joinville instituiu a Lei Complementar nº 266/2008, que aborda o tema em comento de maneira mais uníssona e direcionada, de modo a orientar o servidor municipal acerca dos procedimentos que deverão ser observados para a concessão da LTS.

2.2. Regramento do benefício dos servidores públicos de Joinville

Paralelamente à Lei Federal nº 8.112/1990, a Lei Complementar nº 266/2008 estabelece os critérios para a concessão da LTS dos servidores municipais de Joinville, como se passa a demonstrar nos tópicos a seguir.

2.2.1. Condicionantes da Lei Complementar n. 266/2008

Como visto anteriormente, o foral da relação estatutária dos servidores do Município de Joinville é a Lei Complementar nº 266/08. Esta lei estabelece os direitos, responsabilidades e código de conduta dos funcionários municipais de Joinville, incluindo disposições sobre licença médica e outros serviços públicos a ela relacionados. Dentre as atividades complementares acima mencionadas, o gozo de licença para tratamento pessoal de saúde está definido no art. 117.

Art. 117. Será concedida licença para tratamento de saúde ao servidor do quadro permanente incapacitado ao trabalho, respeitados os seguintes critérios:

I - o afastamento pelo prazo inferior ou igual a 15 (quinze) dias dar-se-á mediante avaliação do médico do trabalho vinculado à Área de Medicina e Segurança do Trabalho, a quem incumbirá emitir o correspondente atestado;

II - o afastamento superior a 16 (dezesseis) dias, inclusive, dar-se-á mediante avaliação por médico-perito vinculado à Área de Medicina e Segurança do Trabalho, a quem incumbirá emitir o correspondente atestado.

Parágrafo Único. Fica ressalvada a hipótese do § 2º, do art. 46, cujo atestado poderá ser emitido por médico particular. (Redação acrescida pela Lei Complementar nº 350/2011).

Do explicitado acima, são dois os requisitos para a concessão da licença: a) avaliação de médico do trabalho ou médico perito do Município que emitirá o correspondente laudo/parecer deferindo o pedido, que não poderá ser substituída por atestado particular, salvo para afastamentos inferiores a 3 (três) dias (parágrafo único do art. 117 c/c art. 123 do Estatuto); e b) constatação de incapacidade laborativa específica.

Dessa forma, observa-se que os médicos do Município são especializados na área da medicina do trabalho e, assim, possuem habilitação para analisar as consequências dos impactos da moléstia na vida profissional do servidor.

Logo, a licença não é compulsória, tampouco pode estar vinculada à opinião técnica dos laudos particulares, justamente por ter sido afastada/excepcionada à luz da redação do art. 117, parágrafo único, da LCM n. 266/2008.

2.2.2. A Perícia Médica da Unidade de Saúde do Servidor

A regulamentação da LC 266/08 no que tange à licença para tratamento de saúde foi positivada através do Decreto nº 27.031, de 16 de junho de 2016, que aprovou a Instrução Normativa - IN nº 001/USS/SGP, de junho de 2015.

Segundo o art. 1º, da IN, que orienta sobre a estruturação e desenvolvimento dos serviços prestados na junta médica municipal, “*Perícia Médica é a avaliação técnica presencial de questões relacionadas à saúde do servidor e à sua capacidade laboral*”.

Consoante a esta normativa, o CFM (Conselho Federal de Medicina), por meio do art. 1º da Resolução n. 2.325/2022, aduz o seguinte:

Art. 1º Compreende-se como avaliação médico pericial qualquer atividade que se utiliza da metodologia médico-legal e pericial para confecção de laudos, pareceres e notas técnicas com objetivo médico-legal, independentemente do âmbito administrativo, judicial ou particular.

Assim, compreende-se que a perícia, no âmbito administrativo municipal, é um ato em que o profissional legalmente habilitado realiza a

anamnese do servidor, momento em que verifica o histórico médico, os laudos particulares, receitas, exames médicos, prontuários, ouve as queixas e realiza as orientações pertinentes ao caso analisado.

Quando necessário, o servidor do Município que tenha alta frequência de afastamento para tratamento de saúde, poderá ser convocado a qualquer momento para novas avaliações nas juntas médicas oficiais para averiguar as suas condições de saúde, conforme prevê o art. 22 da Instrução Normativa nº 001/USS/SGP, de 24 de junho de 2015:

Art. 22 O servidor em que seus antecedentes clínicos/médicos ocupacionais revelarem alta frequência de afastamentos e/ou de Licenças para Tratamento de Saúde, poderão ser convocados, a qualquer momento pela Unidade de Saúde do Servidor para novas avaliações, sejam elas pelo médico do trabalho ou para juntas médicas oficiais.

Ainda que o servidor esteja no prazo de duração da LTS ou participando do PRP (Programa de Reabilitação Profissional), o médico do trabalho também poderá agendar uma reavaliação para verificar se o servidor está ou não apto para retornar ao trabalho.

Após o atendimento agendado previamente, com fulcro no art. 5º da Instrução Normativa Nº 001/USS/SGP, de 24 de junho de 2015, o médico do trabalho disponibilizará o laudo que deverá conter uma das seguintes conclusões:

Art. 5º Após a realização da Perícia Médica as conclusões do Médico Perito poderão ser de:

- a) Alta Imediata;
- b) Alta Programada;
- c) Nova Perícia;
- d) Encaminhamento ao Programa de Reabilitação Profissional (PRP);
- e) Encaminhamento ao Ipreville para avaliação de concessão de Aposentadoria por Invalidez.

O médico do trabalho ou médico perito entrega uma via ao servidor e encaminha outra à sua chefia imediata para providências de praxe.

Embora o procedimento administrativo seja eficaz e a conclusão do médico perito adequada e devidamente motivada, muitas vezes, o servidor não fica contente com esta conclusão e decide ingressar com a

demanda judicial para buscar o seu afastamento ou a aposentadoria de maneira compulsória, dado que a negativa administrativa por vezes não atende às suas necessidades, movimentando a máquina pública e gerando gastos evitáveis.

2.3. O Programa de Reabilitação Profissional – PRP: readaptação e remanejamento

A readaptação funcional dos servidores municipais está prevista no art. 12, inciso II, da Lei Complementar 266/08.

O instituto do Programa de Reabilitação Profissional foi instituído pelo Estatuto dos Servidores Públicos do Município a partir do art. 24, englobando tanto o remanejamento e a readaptação profissional.

Art. 24 Fica instituído o Programa de Reabilitação Profissional - P.R.P., que compreende o remanejamento e a readaptação profissional do servidor do quadro permanente.

Parágrafo Único. O programa instituído neste artigo será conduzido pela Equipe Técnica do Programa de Reabilitação Profissional, designada pelo Secretário de Gestão de Pessoas, composta por Médico do Trabalho, Médico-Perito, Terapeuta Ocupacional, Assistente Social, além de outros profissionais que possuam conhecimento técnico específico na área de saúde, como dispuser o regulamento.

Art. 25 Remanejamento é a mudança temporária, não superior a 180 (cento e oitenta) dias, ou definitiva de função ou local de trabalho, que visa minimizar a repercussão das condições ambientais desfavoráveis à saúde do servidor no exercício do cargo.

Parágrafo Único. Ao final do remanejamento, se temporário, o servidor submeter-se-á à avaliação da Equipe Técnica do Programa de Reabilitação Profissional, que recomendará:

I - retorno ao exercício regular das funções do cargo, no caso de recuperação das condições de saúde;

II - renovação do remanejamento, se as condições de saúde assim o recomendarem;

III - remanejamento definitivo;

IV - readaptação, se neste caso subsistir tão somente capacidade laborativa residual.

Art. 26 Readaptação consiste na mudança de cargo decorrente da inaptidão definitiva do servidor para o cargo originário, visando o aproveitamento de sua capacidade laborativa residual.

§ 1º Será readaptado o servidor que apresentar modificações em seu estado de saúde física e/ou mental, comprovadas em perícia médica, que inviabilizem a realização de atividades consideradas essenciais ao cargo original.

§ 2º A readaptação ocorrerá para cargo com atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que o servidor tenha sofrido em sua capacidade física ou mental, podendo ser em nível igual ou inferior ao inicial e obedecerá à habilitação legal exigida.

§ 3º A readaptação não acarretará redução ou aumento de vencimentos.

Da norma extrai-se, portanto, os requisitos para o acompanhamento do estado de saúde do servidor, para encaminhá-lo ao PPR para remanejamento (que pode ser definitivo ou temporário) ou readaptá-lo em outro cargo.

2.4. A defesa judicial do município

2.4.1. Dever fundamentação do ato administrativo que não homologa atestado

Quando a junta médica não homologa o atestado particular do servidor, é obrigação do médico do trabalho fundamentar o ato administrativo, devendo justificar de maneira motivada as razões que ensejaram na negativa, haja vista não se tratar de mero expediente que dispensa a justificativa legal, sob pena de nulidade do ato administrativo, conforme veremos a seguir.

Cabe ressaltar que a não homologação do atestado médico particular é um ato em que se nega o afastamento do servidor por motivos de saúde, por isso a importância de ser realizada a análise minuciosa das queixas do servidor e das orientações médicas disponíveis no atestado para que, ao final da consulta, seja dado o veredito adequado àquele caso.

Nesta seara, é cediço que o ato administrativo é fato jurídico que corresponde à uma declaração em que o ente público - neste caso, o Município de Joinville - expede, a fim de que esta decisão produza efeitos, sem prejuízo do controle jurisdicional. Com efeito, por se tratar de declaração unilateral, as decisões da junta médica que não homologam o atestado particular do servidor recusando o afastamento para tratamento de saúde, devem ser

devidamente motivadas, visando suprir lacunas que ensejam na demanda jurisdicional indesejada, gerando prejuízos aos cofres públicos.

Nesse aspecto, a junta médica do Município é responsável pela avaliação técnica da saúde do servidor e sua aptidão para um possível retorno ao trabalho. Após a consulta previamente agendada (art. 3º, § 1º da Instrução Normativa Nº 001/USS/SGP, de 24 de junho de 2015¹⁸¹), os profissionais de saúde emitem um laudo/parecer que é disponibilizado ao Município e recebido pela pasta competente para que esta tome as devidas providências administrativas.

Como reiteradamente mencionado, a decisão precisa ser clara e justificada de forma motivada, devendo, ainda, ser garantido ao servidor a oportunidade ao contraditório e a ampla defesa, evitando vícios que possibilitem a anulação do ato administrativo.

Acerca do contraditório e ampla defesa, dispõe o art. 5º, inciso LV, da CF: “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e a todos que se encontrarem em situação semelhante, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Nessa linha, o princípio da motivação previsto no capítulo XII da Lei n. 9.784 de 1999, forte no âmbito da administração pública, dispõe que os atos e decisões administrativas devem ser fundamentados com as razões de fato e de direito para garantir que não haja parcialidade ou confronto ao princípio da impessoalidade. O art. 50 da referida lei dispõe o seguinte:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

(...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Respeitando os critérios estabelecidos na Seção V da LCM n. 266/2008, o médico do trabalho ou médico perito deve seguir as orientações constantes no art. 4º da Instrução Normativa Nº 001/USS/SGP, de 24 de junho de 2015:

¹⁸¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)

Art. 4º O(A) servidor(a), no momento do exame pericial, deverá comprovar a busca/realização de tratamento médico, apresentando atestados médicos originais e outros documentos relacionados à doença em questão, tais como receitas, exames médicos complementares, prontuários de internação, relatórios/laudos médicos e de atendimentos com outros profissionais técnicos da área de saúde.

§ 1º Os atestados médicos ou odontológicos originais apresentados à perícia médica oficial deverão obrigatoriamente:

- a) conter o nome legível do paciente.
- b) Especificar o tempo de afastamento sugerido pelo profissional assistente.
- c) Conter o código internacional de doenças (CID 10) da(s) patologia(s) envolvida(s).
- d) Conter a assinatura, carimbo e identificação do profissional, com o número de seu registro no respectivo Conselho de Classe.
- e) Ficar retido no prontuário do (a) servidor (a).

§ 2º Ao(a) servidor(a) é assegurado o direito de não especificar o CID em seu(s) atestado(s), porém cabe ressaltar que ficará a critério da perícia médica oficial acatar ou não o mesmo.

§ 3º Nos atestados médicos ou odontológicos, o tempo de afastamento informado pelo profissional assistente segue como sugestão, sendo que o período real de permanência em LTS ficará a critério da Perícia Médica oficial, podendo a quantidade de dias ser igual, inferior ou superior ao indicado pelo profissional assistente.

Assim, além do dever de justificar motivadamente o afastamento do servidor, o médico do trabalho, orientado pela Instrução Normativa supra, precisa inserir todas as informações necessárias e essenciais no laudo/parecer para validar o documento emitido, a fim de evitar posteriores demandas judiciais, garantindo o fluxo desejável dos processos administrativos decorrentes de licenças para tratamento de saúde do servidor municipal.

2.4.2. O controle judicial dos atos administrativos

Em síntese, o controle judicial é o meio encontrado pelo Estado-juiz para impedir a atuação do Município fora dos seus limites legais, além de corrigir atos administrativos e, quando necessário, impor obrigações ao ente municipal.

Nesse contexto, os atos da administração pública municipal não são imunes ao controle judicial. Há de se observar a vasta jurisprudência que

traz o histórico de decisões favoráveis ao ente público e, por outro lado, decisões que corrigem ou anulam esses atos, o que gera discussões relevantes acerca da divisão de poderes e limites definidos pela Constituição Federal.

Os atos da administração pública, como a decisão acerca do afastamento de servidores, devem considerar princípios basilares como o da razoabilidade e proporcionalidade, de modo a prevenir o abuso de poder e a parcialidade, garantido isonomia e protegendo o direito dos servidores.

Nesta seara, visando o afastamento para tratamento de saúde, há casos em que o servidor público municipal procura a junta médica com atestado particular que não preenche os requisitos legais e, conseqüentemente, ocorre a recusa do benefício pleiteado.

Malcontentes, alguns servidores ingressam com a demanda judicial requerendo o direito à licença para tratamento de saúde, oportunidade em que há forte discussão acerca da necessidade de afastamento, comprovada ou não por meio de perícia judicial, bem como os limites do Poder Judiciário quanto a intervenção nas decisões do ente público municipal. Se o Município é competente para determinar como devem tramitar os processos administrativos e tem autonomia para conceder ou não a licença para tratamento de saúde, desde que o faça conforme o regramento, qual é o fundamento utilizado pelo Judiciário para modificar ou anular decisões desta natureza?

O controle judicial dos atos administrativos está fundamentado no art. 5º, inciso XXXV, da nossa Carta Magna: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Todavia, o requerimento judicial deve limitar-se à legalidade do ato, sem adentrar no mérito administrativo.

Ainda, para exemplificar, o art. 41, §1º, da Constituição Federal distingue a Instância Judicial da Administrativa para as hipóteses da perda do cargo por servidor público. Ou seja, a administração pública tem total liberdade para analisar situações internas atinentes aos servidores sujeitos ao estatuto, não dependendo de decisão do judiciário.

A Corte da Cidadania entende que “(...) O Poder Judiciário no controle do processo administrativo deve limitar-se ao exame da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato atacado, sendo-lhe vedada qualquer incursão no mérito administrativo. Precedentes. 4. Agravo Regimental desprovido”. (STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO AgRg no Ag 1067432 DF 2008/0136341-0).

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do e.TJSC:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA E INDENIZATÓRIA, DEFLAGRADA POR SERVIDOR PÚBLICO EM FACE DO ESTADO DE SANTA CATARINA. NULIDADE DA PORTARIA E CONSEQUENTEMENTE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, QUE RESULTOU EM DEMISSÃO SIMPLES. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DO AUTOR. IRREGULARIDADES DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. INSUBSISTÊNCIA. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO, INCLUSIVE COM A CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO, QUE ATUOU EM TODAS AS FASES. ALEGAÇÃO DE QUE TENTOU APRESENTAR JUSTIFICATIVAS AS FALTAS AO TRABALHO, MAS A CHEFIA IMEDIATA RECUSOU-SE A RECEBÊ-LAS. TESE RECHAÇADA. SIMPLES COMUNICAÇÃO, QUE NÃO SUBSTITUI A NECESSÁRIA AUTORIZAÇÃO FORMAL PARA A AUSÊNCIA AO SERVIÇO, TRADUZIDA NA LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE (PRÓPRIA OU DE PESSOA DA FAMÍLIA). EXAME DE QUESTÕES ATINENTES AO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO, ADEMAIS, QUE É VEDADO NA ESFERA JUDICIAL. DECISUM MANTIDO. APELO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. ESTIPÊNDIOS RECURSAIS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 85, §§ 1º E 11. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM BENEFÍCIO DA PARTE RECORRIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJSC, Apelação n. 0311976-57.2016.8.24.0023, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Bettina Maria Maresch de Moura, Terceira Câmara de Direito Público, j. 14-09-2021).

Conclui-se que é possível ao Poder Judiciário apenas examinar o ato administrativo sob o ponto de vista do ordenamento jurídico, ou seja, se está dentro dos limites de liberdade conferidos por lei, não podendo, contudo, ingerir-se indevidamente no mérito do ato, que é adstrito ao juízo de conveniência do administrador, especialmente porque a hipótese em análise não se enquadra em decisão teratológica (abusiva ou ilegal) única passível de intromissão pelo Judiciário.

Dessa forma, o Estado-juiz deve se limitar apenas à análise da legalidade dos atos administrativos, não podendo revogar as ações, mas anular, como nos casos em que o objeto da lide é a busca pela concessão da licença para tratamento de saúde.

2.4.3. A perícia judicial

A perícia judicial é um procedimento designado pelo Magistrado. É um ato fundamental nos processos que têm como causa de pedir a Licença para Tratamento de Saúde.

O ato pericial está previsto no art. 369, do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Ainda, conforme art. 150, do Código de Processo Civil de 2015: “O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico”.

Por meio da produção de prova pericial, o juízo visa dirimir eventuais controvérsias das alegações das partes por meio do auxílio de profissional habilitado, sendo que “A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação” (art. 464, do CPC).

Diante da natureza da ação, é realizada avaliação pericial do estado de saúde do servidor para auxiliar o juízo no deslinde do feito, com a emissão de laudo pericial.

O laudo emitido pelo expert nomeado deverá conter, nos termos do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 473. O laudo pericial deverá conter:

I - a exposição do objeto da perícia;

II - a análise técnica ou científica realizada pelo perito;

III - a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou;

IV - resposta conclusiva a todos os quesitos apresentados pelo juiz, pelas partes e pelo órgão do Ministério Público.

§ 1º No laudo, o perito deve apresentar sua fundamentação em linguagem simples e com coerência lógica, indicando como alcançou suas conclusões.

§ 2º É vedado ao perito ultrapassar os limites de sua designação, bem como emitir opiniões pessoais que excedam o exame técnico ou científico do objeto da perícia.

§ 3º Para o desempenho de sua função, o perito e os assistentes técnicos podem valer-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder da parte, de terceiros ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com planilhas, mapas, plantas, desenhos, fotografias ou outros elementos necessários ao esclarecimento do objeto da perícia.

Nesta toada, a perícia judicial é um elemento crucial para esclarecer questões complexas de modo imparcial, auxiliando o Magistrado na tomada de decisões para a melhor solução do conflito.

Conclui-se, portanto, que a prova pericial é essencial nos casos das demandas judiciais envolvendo LTS, pois é a forma em que o juízo estuda o mérito sob a perspectiva de um profissional da área médica nomeado pelo próprio Tribunal de Justiça.

2.4.4. A importância da quesitação e do acompanhamento por assistente técnico

Denomina-se Assistente Técnico o profissional médico indicado pelo Município que acompanha o ato pericial junto ao *Expert* designado pelo Juízo.

Nos processos judiciais de LTS, dada a complexidade de anamnese do servidor e elaboração do laudo pericial, o Assistente Técnico é indicado pelo Município para realizar o acompanhamento do ato, elaborando quesitos e, se for o caso, pareceres técnicos visando corroborar com a conclusão do médico perito juntamente com o Assistente Técnico indicado pela parte Autora.

Esse acompanhamento é realizado de maneira presencial, devendo o Assistente Técnico observar a efetividade da anamnese e todos os procedimentos necessários que ensejam na conclusão do *Expert* nomeado, sem que haja prejuízo na realização de quesitação complementar, se necessário.

A atuação do Assistente Técnico não deve se limitar à simples análise do ato pericial, em seu Parecer, elaborado, por óbvio, após o ato pericial, este profissional pode, inclusive, discordar das conclusões do laudo pericial, justificando motivadamente as razões que o fizeram chegar em conclusão diversa da apresentada pelo Perito Judicial, oportunidade em que o Juízo consegue apurar os diferentes entendimentos de profissionais habilitados na área da saúde, contribuindo para o julgamento adequado do mérito.

O Professor Edson Aguiar, em sua obra “*Curso de formação de peritos judiciais: Como se tornar um perito judicial sem fazer concurso público*,”

pós-graduação ou emprego oficial”, traz importante reflexão sobre o erro quando a parte decide não indicar profissional habilitado para acompanhar a perícia na qualidade de Assistente Técnico, vejamos:

Em grande número de perícias as partes escolhem não indicar assistente técnicos, mesmo em matérias que envolvam conhecimentos técnicos ou científicos. A meu ver esse é um erro de alguns advogados pois deixam de ter ao seu lado um profissional especializado no objeto da perícia, que irá promover a defesa técnica da questão controvertida.

Nestes termos, destaca-se que deve haver o interesse das partes na indicação do Assistente Técnico, sobretudo os profissionais habilitados na área da saúde que podem contribuir mutuamente na resolução de litígios em que os servidores municipais buscam judicialmente pela LTS.

2.4.5. Julgados sobre o tema

Ainda que este tema não seja um assunto pacificado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, as decisões advindas dessa importante discussão são reflexos do excelente trabalho que vem sendo desenvolvido nas juntas médicas oficiais do Município de Joinville. Esses julgados mostram que, embora o ente público municipal tenha o direito de decidir por não conceder a LTS na via administrativa, é fundamental que a administração pública justifique, de forma motivada, a recusa do Laudo Médico Particular para evitar que essa decisão seja anulada nos Tribunais, evitando conflitos e, principalmente, prejuízos ao erário público.

Diante disso, colhe-se da jurisprudência catarinense:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. MUNICÍPIO DE JOINVILLE. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. ALEGADA INCAPACIDADE PARA O TRABALHO. PRETENSÃO DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECLAMO DO AUTOR. PERÍCIA JUDICIAL REALIZADA. INCAPACIDADE NÃO DEMONSTRADA. SERVIDOR QUE PERMANECE NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES APÓS READAPTAÇÃO. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS INDEVIDOS. SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS.

1. Afastada a alegada incapacidade total e definitiva do autor para exercício de suas funções pelas conclusões dos laudos médicos

trazidos ao feito, inexistente fundamento para concessão de aposentadoria por invalidez.

2. De resto, por estar o apelante acometido de doença degenerativa que se manifesta em determinadas ocasiões, resta prejudicado o pedido para o reconhecimento de possível incapacidade em setembro de 2012 (como postulado na inicial) ou, igualmente, para lhe conceder licença para tratamento de saúde no momento presente.

3. Sentença de improcedência mantida, arbitrando-se honorários recursais.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(TJSC, Apelação n. 0000042-38.2013.8.24.0038, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Vera Lúcia Ferreira Copetti, Quarta Câmara de Direito Público, j. 09-11-2023).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA PROPOSTA POR AUXILIAR DE LIMPEZA EM FACE DO INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE - IPREVILLE E DO HOSPITAL MUNICIPAL SÃO JOSÉ. PRETENSO RESTABELECIMENTO DE LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE REMUNERADA OU DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ, DIANTE DA EXISTÊNCIA DE INCAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE LABORAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. 1) IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA. INSISTÊNCIA NO PEDIDO DE RECEBIMENTO DE LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE OU DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ, EM ESPECIAL PORQUE SE ENCONTRA INCAPACITADA NÃO SÓ PARA EXERCER SUA FUNÇÃO HABITUAL, COMO TAMBÉM PARA DESEMPENHAR ATIVIDADES MAIS LEVES, UMA VEZ QUE NÃO POSSUI QUALIFICAÇÃO TÉCNICA PARA TANTO. TESE AFASTADA. BENEFÍCIOS PREVISTOS NA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 266/2008 E NA LEI N. 4.076/1999. SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL PORTADORA DE ENFERMIDADES NOS PUNHOS, BRAÇOS E OMBROS. PERÍCIA TÉCNICA QUE CONCLUIU PELA REDUÇÃO PARCIAL DA CAPACIDADE, COM A POSSIBILIDADE DE READAPTAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE OUTRAS FUNÇÕES, BEM COMO PELA INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO ENTRE AS MOLÉSTIAS E AS ATIVIDADES LABORAIS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, QUE, ALIÁS, JÁ HAVIA REMANEJADO A AUTORA

PARA A REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS LEVES ANTES MESMO DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. PRESSUPOSTO PARA A CONCESSÃO TANTO DA LICENÇA MÉDICA REMUNERADA QUANTO DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ NÃO DEMONSTRADO. DOCUMENTOS JUNTADOS COM A INICIAL QUE NÃO AFASTAM, POR SI SÓ, O RESULTADO DO LAUDO TÉCNICO, AINDA QUE INDIQUEM A EXISTÊNCIA DE LESÕES. SENTENÇA CONFIRMADA. 2) HONORÁRIOS RECURSAIS. DESPROVIMENTO DO RECURSO QUE JUSTIFICARIA A APLICAÇÃO DA VERBA. JUIZ DE PRIMEIRO GRAU, NO ENTANTO, QUE JÁ FIXOU OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO PATAMAR MÁXIMO DE 20% (VINTE POR CENTO). IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0060360-31.2006.8.24.0038, de Joinville, rel. Denise de Souza Luiz Francoski, Quinta Câmara de Direito Público, j. 16-07-2020).

Os processos judiciais relacionados à concessão da licença para tratamento de saúde muitas vezes envolvem questões como a duração da licença, a avaliação por junta médica oficial, e a possibilidade de reavaliação periódica do estado de saúde do servidor. Em alguns julgados, o TJSC enfatizou que a administração pública deve atuar com razoabilidade e proporcionalidade ao exigir exames complementares ou perícias adicionais, evitando medidas que possam retardar indevidamente a concessão da licença, o que pode prejudicar a recuperação do servidor.

3. CONCLUSÃO

O direito à saúde está consagrado na Constituição Federal de 1988 e não se deve esquecer que, no âmbito da administração pública, este direito requer regulamentações especiais no que diz respeito às relações laborais.

Tal qual no setor privado, na aplicação da legislação trabalhista - CLT, nas demais instituições públicas que aplicam o procedimento de LTS, o Município de Joinville estabeleceu normas sobre o afastamento para tratamento de saúde em relação aos servidores a ele vinculados, disponibilizadas na LC nº 266/08 - Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Joinville e seus pormenores através de Decreto e Instrução Normativa..

No decorrer dos anos, foi possível verificar que surgiram questionamentos sobre a decisão administrativa quanto à concessão da LTS, que, como se viu anteriormente, é um direito essencial para a qualidade de vida dos servidores e bom funcionamento dos institutos que constituem a administração pública.

Nesse aspecto, o presente trabalho pôde verificar a importância da junta médica do Município, que é responsável pela avaliação técnica da saúde e da capacidade laborativa do servidor.

No caso, a decisão exarada pela junta precisa ser clara e motivada, devendo, ainda, ser garantido ao servidor a oportunidade ao contraditório e à ampla defesa, evitando vícios que possibilitem a anulação do ato administrativo, como pretendido nas ações judiciais movidas por servidores que se sentem injustiçados.

Portanto, no que tange à pretensão de anulação do ato que indefere o requerimento de LTS, observou-se que compete ao Poder Judiciário debruçar-se tão somente sobre a legalidade da decisão administrativa. Neste espírito, sublinha-se que a responsabilidade do Judiciário é imprescindível para assegurar o cumprimento das garantias constitucionais e da Lei Complementar Municipal.

Assim sendo, visando garantir uma efetiva defesa judicial da municipalidade, é necessário o desenvolvimento e aperfeiçoamento das ferramentas já existentes nos fluxos de processos do Município, conferindo legalidade e proteção às decisões administrativas.

Nessa seara, a coleta de informações, que visem subsidiar a defesa municipal e compreender os motivos pelos quais a junta médica teve posicionamento divergente do profissional que firmou o atestado médico, tem suma importância, a fim de justificar ao magistrado a motivação do ato, pela Procuradoria-geral do Município.

Não obstante, é imprescindível que os pareceres e laudos emitidos pelas juntas médicas do Município estejam devidamente fundamentados, abarcando todos os requisitos legais e com todos os elementos essenciais para viabilizar a defesa eficiente da municipalidade, assim como garantir que o servidor de fato está apto para o labor.

Ainda, reitera-se que é indispensável o respeito aos preceitos fundamentais da administração pública e garantias constitucionais, a fim de amparar os servidores inaptos ao trabalho e garantir segurança jurídica às decisões que indeferem o requerimento administrativo de afastamento por LTS requerida por servidores aptos para o labor.

Finalmente, este estudo mostra que há grande necessidade de uma gestão conjunta efetiva entre as pastas responsáveis pela decisão que indefere o pedido de LTS e Procuradoria-geral do Município, a fim de assegurar também os direitos dos servidores públicos, seguindo o regramento estabelecido pelo Estatuto dos Servidores Municipais e Constituição Federal de 1988 para a validação dos afastamentos.

Assim, entende-se possível o avanço das ferramentas e fluxos de processos entre as secretarias, para dar substrato necessário ao ato administrativo, a fim de que se promova uma defesa eficiente dos interesses do Município de Joinville, fundamentando-se, à saciedade, eventual indeferimento de licença para tratamento de saúde a fim de sustentar eventual questionamento perante o Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAIS, Edilson. **Curso de formação de peritos judiciais**: Como se tornar um perito judicial sem fazer concurso público, pós-graduação ou emprego oficial. Goiânia: IBCAPPA, 2020. p. 153.

ALVIM, Teresa; JR, Fredie. **Doutrinas Essenciais - Novo Código de Processo Civil - Processo de Conhecimento**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2018. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/doutrinas-essenciais-novo-processo-civil-processo-de-conhecimento/1197026130>>. Acesso em : 9 de setembro de 2024.

AVELINO, Murilo. O Juiz e a Prova Pericial no Novo Código de Processo Civil In: ALVIM, Teresa; JR, Fredie. **Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil - Processo de Conhecimento**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2018. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/doutrinas-essenciais-novo-processo-civil-processo-de-conhecimento/1197026130>>. Acesso em: 19 de agosto de 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 de agosto de 2024.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15 de setembro de 2024.

BRASIL - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Legalidade, discricionariedade, proporcionalidade: o controle judicial dos atos administrativos na visão do STJ. 2022. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/13032022-Legalidade--discricionariedade--proporcionalidade-o>>.

-controle-judicial-dos-atos-administrativos-na-visao-do-STJ.aspx>. Acesso em: 30 de agosto de 2024.

JOINVILLE. Decreto nº 27.031, de 16 de junho de 2016. Disponível em: <<https://www.joinville.sc.gov.br/public/portaladm/pdf/jornal/d7a3ff1006b7a781a52c547df348544b.pdf>>. Acesso em 14 de setembro de 2024.

JOINVILLE. Lei Complementar Municipal nº 266, de 05 de abril de 2008 (Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Joinville/SC). Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/sc/j/joinville/lei-complementar/2008/27/266/lei-complementar-n-266-2008-dispoe-sobre-o-regime-juridico-dos-servidores-publicos-do-municipio-de-joinville-das-autarquias-e-das-fundacoes-publicas-municipais>>. Acesso em 19 de agosto de 2024.

NEVES, Rodrigo Santos. O princípio da motivação dos atos administrativos como forma de se efetivar o direito fundamental à boa administração. ANPM, 2022. Disponível em: <<https://anpm.com.br/voz-do-associado/o-principio-da-motivacao-dos-atos-administrativos-como-forma-de-se-efetivar-o-direito-fundamental-a-boua-administracao>>. Acesso em: 26 de agosto de 2024.

PEDRICCI, Débora. A importância do perito assistente no processo judicial. JusBrasil, 2022. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-importancia-do-perito-assistente-no-processo-judicial/1647199226>>. Acesso em: 11 de setembro de 2024.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça (TJSC), Apelação Cível nº 0311976-57.2016.8.24.0023, Florianópolis, 2021. Disponível em: <https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta1g/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&acao_origem=processo_consulta_publica&acao_retorno=processo_consulta_publica&num_processo=03119765720168240023&num_chave=&num_chave_documento=&hash=1fd00df4467ffe32d3591fe7f652d280>. Acesso em 10 de setembro de 2024.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça (TJSC), Apelação Cível nº 0000042-38.2013.8.24.0038, Florianópolis, 2023. Disponível em: <https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta1g/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&acao_origem=processo_consulta_publica&acao_retorno=processo_consulta_publica&num_processo=00000423820138240038&num_chave=&num_chave_documento=&hash=b4741847a84f3630345abf57988cc023>. Acesso em 10 de setembro de 2024.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça (TJSC), Apelação Cível nº 0060360-31.2006.8.24.0038, Florianópolis, 2020. Disponível em: <https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta1g/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&acao_origem=processo_consulta_publica&acao_retorno=processo_consulta_publica&num_processo=00603603120068240038&num_chave=&num_chave_documento=&hash=59f96d0f6d0d841ffaeb3a1b37666fc>. Acesso em 10 de setembro de 2024.

UNIÃO FEDERAL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm?origin=instituicao>. Acesso em 14 de setembro de 2024.

UNIÃO FEDERAL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em 14 de setembro de 2024.

VLADIMIR, da Rocha França. **Princípio da motivação no direito administrativo. Enciclopédia Jurídica da PUC-SP, 2017.** Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/124/edicao-1/principio-da-motivacao-no-direito-administrativo>>. Acesso em: 26 agosto de 2024.

Enviado em 23.09.2024.

Aprovado em 04.11.2024.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

AS NOVAS DIRETRIZES DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA A PARTIR DA LEI N. 14.230/21

Alessandra Skrypec¹⁸²

Resumo: A promulgação da Lei nº 14.230/2021 acarretou mudanças substanciais na legislação vigente, com a proposta de reduzir a subjetividade, tornar o sistema mais equilibrado e menos suscetível de interpretações discricionárias, almejando ampliar a segurança jurídica na esfera jurisdicional. Dentre as mudanças de maior impacto, a necessidade de demonstração do elemento subjetivo (dolo) na conduta dos agentes tem representado um grande avanço a partir do novo texto da lei. Nesse escopo, os erros não intencionais ou culposos não podem mais ser classificados como improbidade administrativa. A partir dessa perspectiva, a presente pesquisa se propõe a explicar a concepção de juristas e doutrinadores sobre as implicações dessa reforma, bem como o panorama geral e possível impacto das condenações por improbidade administrativa no âmbito jurisdicional a partir da vigência da nova lei.

Abstract: The enactment of Law n. 14.230/2021 brought substantial changes to the current legislation, reducing subjectivity to create a more balanced system that is less prone to discretionary interpretations, thus enhancing legal certainty. Among the most impactful changes, the requirement to demonstrate the subjective element (intent) in the conduct of public agents represents a significant advancement under the new legal text. With the new wording, unintentional or negligent errors can no longer be classified

¹⁸² Pós-Graduada (lato sensu) em Compliance, Riscos e Controles pelo Centro Universitário da Católica de Santa Catarina. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Católica em Santa Catarina. Advogada licenciada (OAB/SC 55.843). Gerente da Área de Procedimento Administrativo Disciplinar do Município de Joinville. Servidora pública municipal de Joinville desde 2018. E-mail: aleskrypec@hotmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2850083757102372>

as administrative impropriety. In this context, the present research aims to explain the perspective of legal scholars and experts on the implications of this reform, as well as to provide an overview of the general landscape and the potential impact within the judicial sphere following the implementation of the new law.

Palavras-Chave: Improbidade Administrativa, Constituição Federal, Administração Pública, elemento subjetivo.

Keywords: Administrative Improbability, Federal Constitution, Public Administration, subjective element.

Sumário: 1. Introdução; 2. Contexto histórico e definição de improbidade administrativa; 3. Dos aspectos da moralidade e probidade; 4. Advento da Lei n. 14.230/2021 e o fenômeno do “apagão das canetas”; 5. Enquadramento dos atos de improbidade administrativa à luz da Lei n. 14.230/2021: Repercussões no âmbito jurisdicional 6. Conclusão; Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Durante a vigência da Lei nº 8.429/92, intensos debates vieram à tona em decorrência da genérica redação do texto da norma e seu enquadramento aberto, que conferia ampla margem de discricionariedade ao julgador para classificar os atos praticados por agentes públicos como improbidade administrativa.

Não se pode olvidar que a Lei nº 8.429/92 foi editada dentro de um contexto histórico e político em que se almejava a busca pela preservação do patrimônio público e combate a corrupção.

Ao longo dos anos, outras inovações normativas emergiram no âmbito do arcabouço de contenção às práticas desleais, a exemplo da Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 (Lei da Ficha Limpa), que dispõe sobre as hipóteses de inelegibilidade com vistas a proteger a probidade e a moralidade no exercício do mandato eletivo, e da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), que trata da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas de direito privado pela prática de atos contrários à Administração Pública, nacional ou estrangeira.

A Lei nº 14.230/21, que aprovou modificações na Lei nº 8.429/92, surgiu a partir da necessidade de mitigar a subjetividade e a discricionariedade que adveio da redação original, estabelecendo elementos para se distinguir e classificar os atos de improbidade, corroborando para ampliação da

segurança jurídica, sem perder de vista o objetivo principal da normativa, que é o combate a malversação dos recursos públicos.

A presente pesquisa foi elaborada a partir da utilização de técnicas bibliográficas, incluindo análise das legislações, artigos científicos, livros, jurisprudência brasileira e base de dados de condenações por atos de improbidade disponibilizados em site público.

O artigo está estruturado de forma a abordar o contexto histórico e literário da matéria, seguindo para abordagem das mudanças mais importantes proveniente da Lei nº 14.230/21, traçando um paralelo com os impactos das alterações no âmbito jurisdicional.

2. CONTEXTO HISTÓRICO E DEFINIÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992)¹⁸³ foi criada em um contexto específico do Brasil pós-Constituição de 1988, marcado por um forte movimento em busca da moralidade administrativa, transparência e combate à corrupção. O país saía de um período de ditadura militar e buscava consolidar uma nova ordem democrática, com maior controle social sobre os atos da administração pública.

A própria Constituição Federal de 1988 foi formatada com objetivo de combater atos tidos como ímprobos, a fim de prevenir que os agentes públicos atuassem visando benefícios individuais em detrimento do Estado.

Nesse escopo, a Carta Magna, em seu art. 37, §4º¹⁸⁴, estabeleceu consequências legais para prática de atos de improbidade administrativa, que incluem a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Após 4 (quatro) anos da consagração da nova ordem democrática brasileira advinda com a Constituição Federal, foi promulgada a Lei nº 8.429/1992 que fez parte do pacote moralizador e da política de “caça aos

¹⁸³ BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 jun. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 22 set. 2024.

¹⁸⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 set. 2024.

marajás”, do então presidente Fernando Collor de Mello, que ascendeu ao poder com promessa de combater os altos salários e privilégios abusivos de funcionários públicos (BISSOLI, 2018)¹⁸⁵.

Nessa perspectiva, a Lei de Improbidade Administrativa inicialmente esculpida pelo legislador adveio de uma preocupação perene com a proteção do patrimônio público e combate aos atos ilícitos na Administração Pública.

Para Capez¹⁸⁶, a Lei de Improbidade Administrativa constitui eficaz mecanismo de combate à malversação do dinheiro público, estabelecendo a necessidade dos agentes públicos observarem os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência na condução dos seus atos.

A Lei nº 8.429/1992 surgiu como codex normativo a fim de instituir punição severa aos atos tidos como ímprobos, segregando-os em três modalidades: atos dos agentes públicos que importem em enriquecimento ilícito, previstos no rol exemplificativo do art. 9º; atos dos agentes públicos que causem dano ao erário, cujo rol, também exemplificativo estava previsto no art. 10; e, atos dos agentes públicos que afrontem princípios gerais da administração pública, ainda que não acarretem dano ao erário ou enriquecimento ilícito, elencados no art. 11 da norma supramencionada.

Em que pese a Lei nº 8.429/92 tenha sintetizado em seu regramento um rol de condutas consideradas ímprobas, ficou silente na definição do conceito de improbidade administrativa propriamente dito.

Recorrendo à doutrina, o autor Fábio Medina Osório¹⁸⁷ preconiza que a improbidade administrativa no contexto do direito brasileiro está intimamente ligada aos atos de corrupção e grave ineficiência funcional. A improbidade é vista como uma forma de má gestão pública, sendo qualificada como uma imoralidade administrativa.

Nos ensinamentos de Pazzaglini Filho¹⁸⁸:

¹⁸⁵ BISSOLI, Leonardo. Controle da corrupção e discricionariedade: os meios de accountability dos agentes públicos e as licitações e contratações públicas. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002890314>, Acesso em: 10 set. 2024.

¹⁸⁶ CAPEZ, Fernando. Nova Lei de Improbidade Administrativa: Limites Constitucionais. 3. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023.

¹⁸⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.275-277.

¹⁸⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 16-17.

Improbidade administrativa, pois, é mais que singela atuação desconforme com a fria letra da lei. Em outras palavras, não é sinônimo de mera ilegalidade administrativa, mas de ilegalidade qualificada pela imoralidade, desonestidade, má-fé. [...] Portanto, ilegalidade não é sinônimo de improbidade e a ocorrência de ato funcional ilegal, por si só, não configura ato de improbidade administrativa. Assim, a conduta ilícita do agente público para tipificar ato de improbidade administrativa deve ter esse traço comum ou característico de todas as suas modalidades: desonestidade, má-fé, falta de probidade no trato da coisa pública.

Nessa mesma perspectiva, o autor Hugo Nigro Mazzilli sintetiza que “a improbidade administrativa não consiste apenas na prática do ato ilícito pelo agente público, mas sim na prática de ato cuja ilicitude decorra de desonestidade ou imoralidade do agente”.¹⁸⁹

Em complemento, o autor Fábio Medina Osório¹⁹⁰ enfatiza a importância de diferenciar os atos de improbidade relacionados a fenômenos mais graves, como desonestidades funcionais, dos erros juridicamente toleráveis associados à falibilidade humana. Argumenta que é essencial avaliar o impacto de cada falha nos valores jurídico-administrativos para adequar a aplicação da lei.

Já para Capez¹⁹¹, a etimologia da palavra probidade está atrelada a retidão de conduta, lealdade, honestidade, boa-fé, princípios éticos e morais.

A falta de definição específica para o conceito de improbidade foi um dos causadores de discussões e interpretações divergentes na doutrina e na jurisprudência ao longo da história.

Até o advento da Lei nº 14.230/21, os juristas brasileiros possuíam uma margem discricionária para conceituar e enquadrar as condutas volitivas e omissivas como atos ímprobos, cenário este que, a partir da novel legislação, passou delinear contornos mais acentuados para adequada subsunção do fato à norma.

¹⁸⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime jurídico do Ministério Público. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 251.

¹⁹⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.275-277.

¹⁹¹ CAPEZ, Fernando. Nova Lei de Improbidade Administrativa: Limites Constitucionais. 3. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023

3. DOS ASPECTOS DA MORALIDADE E DA PROBIDADE

Ao abordar o tema improbidade administrativa, é frequente encontrar correntes doutrinárias que se dedicam a estabelecer diferenças e semelhanças entre os conceitos de moralidade e probidade, os quais, por muito tempo foram compreendidos como sinônimos.

A moralidade administrativa, prevista no art. 37, da Constituição Federal, corresponde a um princípio básico que rege os atos da Administração Pública, preconizando um dever de agir com ética e integridade.

Para o autor Celso Antônio Bandeira de Mello: “O princípio da moralidade administrativa impõe que o comportamento dos agentes públicos seja não apenas legal, mas também ético e honesto. Ele exige que se observe um código de conduta que reflita os padrões éticos aceitos pela sociedade”¹⁹².

O autor Hely Lopes Meirelles apresenta o pensamento de Maurice Hauriou¹⁹³ a respeito da moralidade administrativa:

[...] A moralidade administrativa constitui hoje em dia, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública (Const. Rep., artigo 37, caput). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Desenvolvendo a sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para

¹⁹² Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

¹⁹³ HAURIU, Maurice, apud MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 89.

a sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem comum.

Já a probidade, ainda que possua sua essência atrelada à moralidade, pode ser concebida mais especificamente à preservação do patrimônio público. O autor José dos Santos Carvalho Filho¹⁹⁴ destaca que: “A probidade administrativa é o dever de honestidade e lealdade para com a administração pública, implicando a atuação do agente com correção, sem desvio de finalidade e com zelo pelo patrimônio público”.

Em outras palavras, a probidade visa assegurar a observância de todos os demais princípios que regem a Administração Pública. No que concerne às diferenças entre moralidade e probidade, Maria Sylvania Zanella Di Pietro¹⁹⁵ sintetiza o seguinte:

A moralidade administrativa não se confunde com a probidade administrativa. Enquanto esta última tem como escopo a proteção direta do patrimônio público contra atos de desonestidade, a moralidade exige que o agente público atue segundo padrões éticos reconhecidos pela sociedade, mesmo quando a norma jurídica não define expressamente a conduta devida.

Na perspectiva de Wallace Paiva Martins Júnior¹⁹⁶, a noção de improbidade deflui da noção de moralidade administrativa, enaltecendo que a probidade visa assegurar a eficácia social dos princípios da Administração Pública, devendo ser reconhecida a improbidade sempre que houver violação a um dos princípios previstos no art. 37 da Carta Magna.

Além das diferenças e semelhanças contidas no arcabouço doutrinário acerca do conceito de moralidade e probidade, há correntes que defendem existir diferença entre a própria concepção de probidade e improbidade administrativa. Neves¹⁹⁷ pontua:

¹⁹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2022

¹⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

¹⁹⁶ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A Lei da Improbidade Administrativa. JusSilia, São Paulo, v. 58, n. 174, abr./jun. 1996. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22998/lei_improbidade_administrativa.pdf. Acesso em: 10 set. 2024

¹⁹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Comentários à reforma da Lei de Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 03

O vocábulo “probidade”, do latim *probitate*, significa aquilo que é bom, relacionando-se diretamente à honradez, à honestidade e à integridade. A improbidade, ao contrário, deriva do latim *improbitate*, que significa imoralidade, desonestidade. Não é tarefa simples definir a improbidade administrativa, notadamente se a sua caracterização dependeria, necessariamente, da violação ao princípio da moralidade administrativa. Não obstante a divergência sobre o tema, entendemos que, no Direito positivo, a improbidade administrativa não se confunde com a imoralidade administrativa. O conceito normativo de improbidade administrativa é mais amplo que aquele mencionado no léxico. A imoralidade acarreta improbidade, mas a recíproca não é verdadeira.

Partindo destes conceitos, vislumbra-se a moralidade como um termômetro que deve nortear os atos da Administração Pública, amparando-se na ética e na moral em prol dos anseios da sociedade.

Independente das oposições entre as concepções aduzidas, a intersecção entre moralidade e probidade mostra-se fundamental para manutenção de uma gestão pública eficiente, pautada na sobreposição dos interesses da coletividade.

4. O ADVENTO DA LEI N. 14.320/2021 E O FENÔMENO DO “APAGÃO DAS CANETAS”

Em meio a demasiadas inclinações doutrinárias e distorções na repressão a atos de improbidade administrativa que emergiram da Lei nº 8.429/92, sobreveio importantes modificações a partir da Lei nº 14.230/21, que suscitaram intensos debates no cenário jurídico nacional, despertando posicionamentos divergentes entre doutrinadores e juristas brasileiros.

Dentre as alterações mais relevantes introduzidas pela novel legislação, destaca-se a exigência do *animus* consciente do suposto infrator para caracterização do ato de improbidade administrativa. Esse critério é visto por muitos como um aprimoramento da legislação, visando evitar punições desarrazoadas.

De modo geral, a reforma introduzida pela Lei nº 14.230/21 foi bem recebida por uma corrente majoritária que concebe a alteração legislativa como um avanço na promoção da segurança jurídica, ao mitigar excessos no tocante a punições aos agentes públicos por erros não intencionais, incentivando uma gestão pública mais eficiente e ousada, além de corroborar com a celeridade no sistema judiciário, evitando a perpetuação de processos morosos e intermináveis.

Segundo Marçal Justen Filho¹⁹⁸, ao longo dos anos de vigência da Lei nº 8.429/92, ocorreu progressiva banalização de ações de improbidade, ao passo que muitos processos foram instaurados sem elementos probatórios consistentes, consubstanciados em pedidos de condenação por atos de improbidade de forma genérica e indiscriminada nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92. Isso conduzia a uma eternização dos litígios, usualmente envolvendo disputas políticas (mais do que jurídicas).

As ações de improbidade movidas antes da reforma introduzida pela Lei nº 14.230/21 não exigiam a demonstração do dolo, ou seja, a intenção deliberada e volitiva do agente. Logo, qualquer decisão de cunho administrativo que resultasse em prejuízo, ainda que involuntário ou por mera ineficiência, poderia ser enquadrada como ato de improbidade administrativa.

Em que pese a legislação vigente à época não estabelecesse a necessidade de configuração de *animus* específico para configuração do ato como ímprobo, a jurisprudência já se inclinava no sentido de se exigir a demonstração do elemento subjetivo do agente como requisito para configuração do ato como improbidade administrativa, conforme extrai-se da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2008¹⁹⁹:

As condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, sendo que apenas para as do art. 10 a lei prevê a forma culposa. Considerando que, em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva e nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas, conclui-se que o silêncio da Lei tem o sentido eloquente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9º e 11.

Nesse escopo, verifica-se que os próprios tribunais apresentavam anseios quanto a aplicação desmedida da letra da lei para configuração do ato como improbidade, gerando, por vezes, decisões destoantes para situações similares, o que contribuía para a ampliação da insegurança jurídica.

¹⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

¹⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 940.629/DF. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Turma, julgado em 26 ago. 2008.

Não fosse só isso, por muito tempo predominou na Administração Pública a aversão ao risco sentida pelos agentes públicos na tomada de decisões, que passou a ser denominado como “apagão das canetas”²⁰⁰.

Este termo foi associado à paralisação de decisões dos gestores públicos por medo de serem responsabilizados pelos seus atos. Todo esse cenário desencadeou uma cultura de implementação de atos excessivamente burocráticos e resistência à adoção de mecanismos inovadores e tecnológicos, ou até mesmo de promover mudanças estruturais no âmbito da administração pública com receio de que os atos implementados pudessem ser mal interpretados.

Decidir sobre o dia a dia da Administração passou a atrair riscos jurídicos de toda a ordem, que podem chegar ao ponto da criminalização da conduta. Sob as garras de todo esse controle, o administrador desistiu de decidir. Viu seus riscos ampliados e, por um instinto de autoproteção, demarcou suas ações à sua “zona de conforto”. Com isso, instalou-se o que se poderia denominar de crise da ineficiência pelo controle: acuados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger. Tomar decisões heterodoxas ou praticar ações controvertidas nas instâncias de controle é se expor a riscos indigestos. E é compreensível a inibição do administrador frente a esse cenário de ampliação dos riscos jurídicos sobre suas ações. Afinal, tomar decisões sensíveis pode significar ao administrador o risco de ser processado criminalmente.²⁰¹

É possível associar o fenômeno do “apagão das canetas” a uma questão de insegurança jurídica decorrente da burocratização dos procedimentos, os quais frequentemente envolvem interpretações múltiplas de normas, muitas vezes ambíguas. Isso acaba afastando os gestores públicos do processo decisório, por receio de questionamentos judiciais e aplicação de sanções desproporcionais. Esse fenômeno também pode ser compreendido como

²⁰⁰ MENDONÇA, Matheus Santos; CARVALHO, Matheus Silva de. A nova lei de improbidade administrativa: reflexões a partir do fenômeno do chamado “apagão das canetas”. Revista Avant, v. 6, n. 1, 2022. ISSN 2526-9879. Florianópolis, SC.

²⁰¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. (2020). O Direito Administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. Zênite. Publicado em 31 de agosto de 2020. Disponível em: <https://zenite.blog.br/o-direito-administrativo-do-medo-a- crise-da-ineficiencia-pelo-controle/>. Acesso em: 20 set. 2024.

um efeito indesejável do esforço da administração pública no controle e combate à corrupção.²⁰²

Sedimenta Fernando Vernalha²⁰³:

Desde a edição da Constituição de 88, que inspirou um modelo de controle fortemente inibidor da liberdade e da autonomia do gestor público, assistimos a uma crescente ampliação e sofisticação do controle sobre as suas ações. Decidir sobre o dia a dia da Administração passou a atrair riscos jurídicos de toda a ordem, que podem chegar ao ponto da criminalização da conduta. Sob as garras de todo esse controle, o administrador desistiu de decidir. Viu seus riscos ampliados e, por um instinto de autoproteção, demarcou suas ações à sua “zona de conforto”.

O Ministro do Tribunal de Contas da União, Bruno Dantas²⁰⁴, referendou a temática ao chamado “apagão decisório”:

O controle da administração pública passou por profunda transformação nos últimos 30 anos, impulsionado pela configuração institucional da Constituição de 88, que em boa hora fortaleceu órgãos como o MP e o TCU. Deve haver, porém, equilíbrio entre gestão e seu controle, sob pena de criarmos no país um “apagão decisório”, despertando nos gestores temor semelhante ao de crianças inseguras educadas por pais opressores.

Depreende-se desse contexto que, ao longo dos anos de vigência da Lei nº 8.429/92, a concepção de ato ímprobo apresentou desvios de finalidade, sendo que as modificações introduzidas pela Lei nº 14.230/21 consignaram um marco importante na busca por equilíbrio entre a responsabilização e a proteção das garantias individuais.

²⁰² CAVALCANTE, Luiz Ricardo Mattos Teixeira. Ambiente de negócios, insegurança jurídica e investimentos: elementos para a formulação de políticas públicas no Brasil. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 12, n. 1, p. 82-96, jan./jun. 2021. Disponível em: [file:///C:/Users/alesk/Downloads/digitalpub,+a06.pdf]. Acesso em: 10 set. 2024

²⁰³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. Número 71, 2016. Disponível em: <http://www.Direitodoestado.com.br/colonistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-Direitoadministrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 22 set. 2024.

²⁰⁴ DANTAS, B. O risco de infantilizar a gestão pública. GGN, 2018. Disponível em: <https://jornalgggn.com.br/gestao-publica/o-risco-de-infantilizar-a-gestao-publica-por-bruno-dantas/>. Acesso em 23 jan. 2022.

Não se pode perder de vista a relevância fundamental do controle sobre a atividade administrativa, uma vez que sua presença se revela imprescindível para assegurar a integridade e a legalidade dos atos praticados pelos gestores públicos.

5. ENQUADRAMENTO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DA LEI N. 14.320/2021: REPERCUSSÕES NO ÂMBITO JURISDICIONAL

A configuração de atos de improbidade administrativa que impliquem em enriquecimento ilícito (art. 9º), dano ao erário (art. 10) ou que atentem contra os princípios da administração pública, após a promulgação da Lei nº 14.230/21, passou a exigir, de forma expressa, a demonstração de dolo, ou seja, intenção deliberada do agente público de lesar o patrimônio público ou obter vantagem indevida.

Na concepção de Capez, a extinção da modalidade culposa foi um grande marco para humanidade, ao passo que “[...] no Estado Democrático de Direito sem a culpabilidade não pode haver pena (*nulla poena sine culpa*), e sem dolo ou culpa não existe crime (*nullum crimen sine culpa*)”²⁰⁵.

Na mesma linha segue o entendimento de Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior, apontado por Isabela Giglio Figueiredo²⁰⁶:

Ponto que merece atenção diz respeito ao elemento subjetivo necessário à caracterização das condutas elencadas naqueles dispositivos. Nenhuma das modalidades admite a forma culposa; todas são dolosas. É que todas as espécies de atuação suscetíveis de gerar enriquecimento ilícito pressupõem a consciência da antijuridicidade do resultado pretendido. Nenhum agente desconhece a proibição de se enriquecer às expensas do exercício de atividade pública ou de permitir que, por ilegalidade de sua conduta, outro o faça. Não há, pois, enriquecimento ilícito imprudente ou negligente. De culpa é que não se trata.

²⁰⁵ CAPEZ, Fernando. Nova Lei de Improbidade Administrativa: Limites Constitucionais. 3. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023. loc. 1488

²⁰⁶ FIGUEIREDO, Isabela Giglio. Improbidade Administrativa: Dolo e Culpa. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 81.

A exigência de dolo para configurar improbidade administrativa é um passo importante para evitar a judicialização excessiva da administração pública, mas essa mudança precisa ser acompanhada por uma fiscalização rigorosa que consiga diferenciar atos de má-fé daqueles que derivam da complexidade inerente à gestão pública.

No âmbito jurisdicional, recente decisão do Supremo Tribunal Federal consignou o seguinte acerca das modificações introduzidas pela nova redação.

A Lei 14.230/2021 reiterou, expressamente, a regra geral de necessidade de comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação do ato de improbidade administrativa, exigindo – em todas as hipóteses – a presença do elemento subjetivo do tipo – DOLO, conforme se verifica nas novas redações dos artigos 1º, §§ 1º e 2º; 9º, 10, 11; bem como na revogação do artigo 5º. 9. Não se admite responsabilidade objetiva no âmbito de aplicação da lei de improbidade administrativa desde a edição da Lei 8.429/92 e, a partir da Lei 14.230/2021, foi revogada a modalidade culposa prevista no artigo 10 da LIA.²⁰⁷

Por outro lado, os debates suscitam uma possível dificuldade na comprovação do dolo específico, principalmente na prática de ilícitos de maneira indireta ou camuflada.

Para Tourinho²⁰⁸, a demonstração do dolo pode se tornar um empecilho e dificultar a imputação de atos de improbidade, ao passo que a demonstração de dolo está fundada na vontade consciente e deliberada do agente de praticar o ato, o que, além de ter um viés amparado pela subjetividade, pode inviabilizar a apuração de atos de improbidade, que na maioria das circunstâncias, são praticadas de forma indireta.

Nesse cenário, há entendimentos doutrinários que compreendem a alteração da Lei de Improbidade Administrativa como restrição do alcance das punições. Para Filho, a má gestão, o desvio de recursos por negligência e a incompetência podem, em muitos casos, causar danos ao patrimônio público tão graves quanto o dolo.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 843989/PR. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Plenário, julgado em 18 ago. 2022. Repercussão Geral - Tema 1.199.

²⁰⁸ TOURINHO, Rita. O elemento subjetivo do tipo na nova Lei de Improbidade Administrativa: avanço ou retrocesso?. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 84, p. 147-169, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/171914>. Acesso em: 22 set. 2024.

Além da expressa supressão da modalidade culposa, os artigos 9º 10, trouxeram no caput a expressão “notadamente”, que na concepção de Capez, remete a ideia de um rol exemplificativo de condutas que podem ser enquadradas como ato de improbidade administrativa, não se limitando, contudo, as circunstâncias elencadas nos respectivos incisos.

Já em relação ao ato de improbidade por violação de princípios, a dinâmica legal adotada pela Lei nº 14.430/2021, estabelece o art. 11 como um tipo taxativo, com a descrição exata das condutas caracterizadoras da violação.

Segundo Neves “Na redação originária, o caput do art. 11 da LIA utilizava a expressão “notadamente”; com a reforma introduzida pela Lei nº 14.230/2021, a palavra foi substituída por “caracterizada por uma das seguintes condutas”²⁰⁹.

O autor Marçal Justen Filho, assevera que a palavra “notadamente” indicava a ausência de cunho exaustivo das condutas referidas. Com a alteração, uma conduta que não se submeta às hipóteses dos incisos é destituída de tipicidade.

Nessa perspectiva, a partir da publicação da Lei n. 14.230/2021, não mais se permite a configuração da prática de ato de improbidade administrativa, apenas pela violação aos princípios gerais estabelecidos no caput do art. 11, restringindo-se sua ocorrência apenas às condutas atualmente detalhadas nos seus incisos.

Nesse sentido, extrai-se trecho da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal:

[...] Não é mais possível impor a condenação pelo artigo 11 da LIA, a não ser que a conduta praticada no caso concreto esteja expressamente prevista nos incisos daquele dispositivo, haja vista que a nova redação trazida pela Lei 14.230/2021 adotou, no caput, a técnica da previsão exaustiva de condutas. No caso concreto, a conduta imputada aos recorridos - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência - não figura entre aquelas elencadas no art. 11 da Lei 8.429/1992, na sua nova redação.²¹⁰

²⁰⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Comentários à reforma da Lei de Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 35-36.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1453857 AgR/RJ. Relator: Min. Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em 21 fev. 2024. Publicação em 06 mar. 2024. Órgão julgador: Primeira Turma.

Na visão de Capez, a modificação introduzida pela legislação foi assertiva, ao passo que “No Estado Democrático de Direito, do qual decorrem a segurança jurídica, a legalidade e a tipicidade, não cabe às normas principiológicas a tarefa de tipificar os atos de improbidade administrativa [...]”²¹¹.

Nessa conjuntura, a partir da redação dada ao art. 11 da Lei nº 14.230/2021, reprisa-se que não mais se permite o enquadramento do ato de improbidade consubstanciada apenas nos princípios previstos no caput. Essa alteração deve apresentar, ao longo dos anos, grande impacto no âmbito jurisdicional.

A fim de parametrizar o contexto atual das condenações por ato de improbidade administrativa, foi extraído um levantamento do Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade, do Conselho Nacional de Justiça, que contempla as condenações transitadas em julgado até 2023, no qual demonstra que as decisões por ato de improbidade fundamentavam-se, primordialmente, pela capitulação legal prevista no art. 11, da Lei nº 8.429/92, ou seja, pela violação de princípios da administração pública.

Apresenta-se, a seguir, um gráfico elaborado a partir dessas informações, no qual se evidencia as proporções das condenações por ato de improbidade administrativa transitadas em julgado, a partir das capitulações legais previstas nos arts. 9º, 10 e 11, da Lei nº 8.429/92:

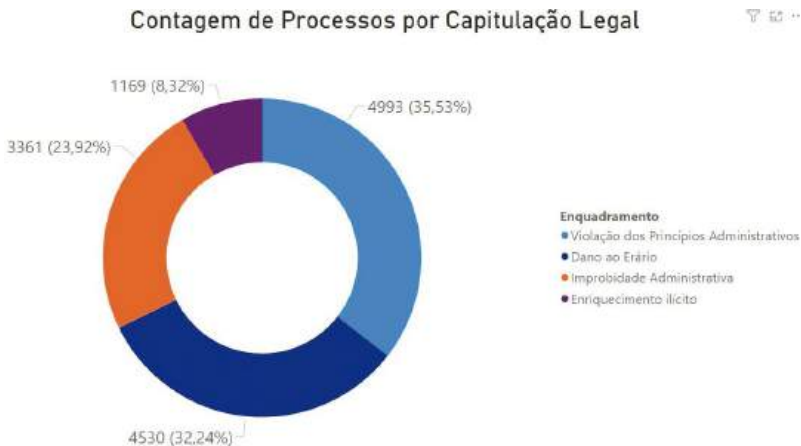


Figura 1 – Contagem de Processos por Capitulação Legal

²¹¹ CAPEZ, Fernando. Nova Lei de Improbidade Administrativa: Limites Constitucionais. 3. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023.

Os dados já tratados e consolidados foram coletados do Instituto Base de Dados, a partir da extração das informações já alimentadas e classificadas no Cadastro Nacional de Condenados por Improbidade Administrativa do Conselho Nacional de Justiça.

As condenações por improbidade obtidas da base de dados são ramificadas em extensas classificações por assunto. A presente pesquisa se ateve à contagem de condenações por ato de improbidade administrativa transitada em julgado a partir da classificação por “assunto 1”, do qual se obteve o levantamento exemplificado acima.

Reforça-se que a base de dados obtida já possuía o enquadramento das condenações com base nos temas: violação dos princípios administrativos (art. 11 da LIA), dano ao erário (art. 10) e enriquecimento ilícito (art. 9º). Ao realizar a filtragem das condenações, obteve-se o panorama acima, no qual cerca de 35,53% das condenações por improbidade administrativa estão consubstanciada no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

Em relação as condenações enquadradas de forma genérica como “improbidade administrativa”, constante no gráfico acima, não foi possível verificar a quais dispositivos as condenações se fundamentam (art. 9º, 10 e 11 da Lei), de modo que se optou por mantê-lo para subsidiar a demonstração dos dados.

A partir deste cenário, é perceptível que a generalidade do texto da Lei nº 8.429/92 permitia o enquadramento de um ato de improbidade de forma conjunto nos artigos 9º, 10 e 11, ao passo que, intrinsecamente ao causar dano ao erário ou enriquecimento ilícito, implicitamente o gestor estaria infringindo os princípios que regem a administração pública, situação esta que, a partir da Lei nº 14.230/21, tende a ser modificada tendo em vista a necessidade de enquadramento específico no rol do art. 11 da LIA, e não mais no caput.

Ainda que não se possua um panorama consolidado acerca dos impactos a partir da mudança da legislação em razão do curto tempo de vigência, foi divulgado em julho de 2024, um relatório do Movimento Pessoas à Frente que revelou um impacto significativo das mudanças trazidas pela Lei nº 14.230/21.²¹²

²¹² MOVIMENTO PESSOAS À FRENTE. Balanço sobre a alteração da Lei de Improbidade Administrativa: análise a partir dos dados do Conselho Nacional de Justiça. Nota técnica, 2024. Disponível em: <https://movimentopessoasafrente.org.br/wp-content/uploads/2024/07/balanco-sobre-a-alteracao-da-lei-de-improbidade-administrativa.pdf>. Acesso em: 22 set. 2024.

Com base em dados do DataJud, sistema do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o levantamento apontou que as ações judiciais caíram 42% desde a implementação da nova legislação.

A análise utilizou informações do Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade, abrangendo o período de 1995 até fevereiro de 2024. Durante esse intervalo, foram contabilizados 53.051 registros de condenação, dos quais 23.811 (44,9%) estão relacionados à improbidade administrativa.

Apesar da queda expressiva no número de ações, o relatório destacou que ainda é cedo para avaliar com precisão o efeito da nova lei sobre o desfecho das condenações e absolvições. Como a legislação está em vigor há pouco tempo, ainda não há dados suficientes para concluir se o número de condenações diminuirá de forma proporcional à queda das ações judiciais.

Essa redução nas ações pode ser explicada, em parte, pela nova exigência de comprovação de dolo para que se configure o ato de improbidade, o que torna mais criteriosa a abertura de processos. Contudo, os impactos concretos sobre condenações e absolvições só poderão ser avaliados com o passar do tempo.

6. CONCLUSÃO

A partir da presente abordagem, é possível compreender que as mudanças introduzidas a partir da vigência da Lei nº 14.230/21 foram significativas e apresentam impactos importantes na esfera jurisdicional.

A corrente majoritária compreende que as inovações foram implementadas com o objetivo de assegurar maior segurança jurídica nas decisões judiciais, evitando decisões arbitrárias e desarrazoadas, buscando maior eficácia e celeridade nas tramitações dos processos judiciais, ao passo que o enquadramento na Lei de Improbidade torna-se restrito às situações de nítida má-fé e efetivo dano ao erário, sem margem para interpretações fundamentalmente principiológicas.

Entretanto, uma perspectiva crítica emerge entre os juristas que veem essas mudanças como uma brecha para a impunidade, ao passo que a demonstração do elemento subjetivo pode se revelar uma tarefa complexa, aumentando a possibilidade de não responsabilização de atos que, embora causem lesão ao erário, não impliquem em imediata caracterização do elemento subjetivo (dolo).

Nesse cenário, considerando o pouco tempo de vigência da legislação, é provável que novos desdobramentos sobrevenham a medida que situações concretas sejam levadas ao judiciário.

O desafio no atual contexto consiste em equilibrar os mecanismos de controle e responsabilização por atos ímprobos, assegurando a proteção dos direitos individuais dos administradores, sem perder de vista o objetivo macro da administração pública atrelado a satisfação dos interesses da coletividade.

Por fim, ressalta-se que o presente artigo não pretende esgotar a temática relacionada as repercussões a partir da mudança da Lei de Improbidade Administrativa, mas contribuir para compreensão das principais modificações dentro do contexto social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO. Curso de Direito Administrativo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 jun. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 22 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 940.629/DF. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Turma, julgado em 26 ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 843989/PR. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Plenário, julgado em 18 ago. 2022. Repercussão Geral - Tema 1.199.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1453857 AgR/RJ. Relator: Min. Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em 21 fev. 2024. Publicação em 06 mar. 2024. Órgão julgador: Primeira Turma.

BISSOLI, Leonardo. Controle da corrupção e discricionariedade: os meios de accountability dos agentes públicos e as licitações e contratações públicas. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002890314>, Acesso em: 10 set. 2024.

CAPEZ, Fernando. Nova Lei de Improbidade Administrativa: Limites Constitucionais. 3. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023. Disponível em: Kindle. Acesso em: 10 set. 2024

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2022.

CAVALCANTE, Luiz Ricardo Mattos Teixeira. Ambiente de negócios, insegurança jurídica e investimentos: elementos para a formulação de políticas públicas no Brasil. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 12, n. 1, p. 82-96, jan./jun. 2021. Disponível em: [file:///C:/Users/alesk/Downloads/digitalpub,+a06.pdf. Acesso em: 10 set. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Zênite*. Publicado em 31 de agosto de 2020. Disponível em: <https://zenite.blog.br/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle/>. Acesso em: 20 set. 2024.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. Número 71, 2016. Disponível em: <http://www.Direito-doestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-Direitoadministrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 22 set. 2024.

DANTAS, B. O risco de infantilizar a gestão pública. *GGN*, 2018. Disponível em: <https://jornalgggn.com.br/gestao-publica/o-risco-de-infantilizar-a-gestao-publica-por-bruno-dantas/>. Acesso em 23 jan. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 89.

MENDONÇA, Matheus Santos; CARVALHO, Matheus Silva de. A nova lei de improbidade administrativa: reflexões a partir do fenômeno do chamado “apagão das canetas”. *Revista Avant*, v. 6, n. 1, 2022. ISSN 2526-9879. Florianópolis, SC.

MOVIMENTO PESSOAS À FRENTE. Balanço sobre a alteração da Lei de Improbidade Administrativa: análise a partir dos dados do Conselho Nacional de Justiça. Nota técnica, 2024. Disponível em: <https://movimentopessoasafrente.org.br/wp-content/uploads/2024/07/balanco-sobre-a-alteracao-da-lei-de-improbidade-administrativa.pdf>. Acesso em: 22 set. 2024.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à reforma da Lei de Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 03

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P.275-277.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

TOURINHO, Rita. O elemento subjetivo do tipo na nova Lei de Improbidade Administrativa: avanço ou retrocesso?. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 84, p. 147-169, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/171914>. Acesso em: 22 set. 2024.

Enviado em 23.09.2024.

Aprovado em 27.02.2025.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

A APLICABILIDADE, ÀS CONCESSÕES, DO PRAZO MÁXIMO DE CONTRATOS TRAZIDO PELA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Eduardo Felipe Heinemann Gassenferth²¹³

Resumo: O presente trabalho, conduzido a partir de uma metodologia dedutiva por meio de pesquisa exploratória na bibliografia e na legislação nacional, problematiza a interpretação da aplicabilidade, às concessões de serviços e obras públicas, do prazo máximo dos contratos trazido pela nova Lei de Licitações e seu potencial prejuízo à viabilidade de projetos de concessão. O estudo parte da análise das discussões legislativas prévias à sanção da Lei de Concessões e dos posicionamentos doutrinários. Ao final, o trabalho constata a incompatibilidade entre a legislação própria das licitações e contratos administrativos e a legislação específica de concessões de serviços e obras públicas.

Abstract: The present paper, conducted using a deductive methodology through exploratory research in the bibliography and national legislation, problematizes the interpretation of the applicability of the maximum term of agreements introduced by the new Law of Bidding to concessions of public services and public works and its potential harm to the viability of concession projects. The paper is based on the analysis of the legislative discussions prior to the sanction of the Concessions Law and the doctrinal positions. In the

²¹³ Advogado. Servidor Público do Município de Joinville. Trabalha com estruturação de projetos de concessões e PPPs na Prefeitura de Joinville. Possui a certificação internacional CP3P-F, emitida pela APMG. Membro da Comissão de Direito do Desenvolvimento e Infraestrutura da OAB/SC e da Comissão de Parcerias Público-Privadas da OAB/SC. E-mail: egassenferth@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0285521764598262>

end, the study finds the incompatibility between the legislation specific to public bidding and administrative contracts and the specific legislation on concessions of public services and public works.

Palavras-Chave: contratos de concessão; prazo máximo; poder público; lei de licitações.

Keywords: concession agreement; maximum term; public authority; law of bidding.

Sumário: 1. Introdução; 2. O objetivo do legislador na Lei de Concessões. 3. A posição doutrinária quanto ao prazo máximo de concessões; 4. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A sanção da Lei Federal nº 14.133/2021, que estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e que revoga a Lei Federal nº 8.666/1993, para alguns trouxe também uma dúvida: teria o seu artigo 110²¹⁴, eficácia no caso de concessões de serviços públicos e de obras públicas das permissões de serviços públicos, regidas pela Lei Federal nº 8.987/1995 (também conhecida como Lei de Concessões)? Afinal, tanto a Lei de Concessões não define qualquer tipo de prazo máximo das concessões, como da mesma forma a antiga legislação sobre licitações também não o previa. Dessa forma, a interpretação majoritária era da inexistência de prazo máximo definido em lei para os contratos de concessão.

A Lei de Concessões apenas determina que o poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato contendo o prazo da concessão

²¹⁴ Art. 110. Na contratação que gere receita e no contrato de eficiência que gere economia para a Administração, os prazos serão de: I - até 10 (dez) anos, nos contratos sem investimento; II - até 35 (trinta e cinco) anos, nos contratos com investimento, assim considerados aqueles que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente a expensas do contratado, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato (BRASIL, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em 17 ago. 2024).

ou permissão²¹⁵; que o edital de licitação conterá o prazo da concessão²¹⁶; e que é cláusula essencial do contrato de concessão, dentre outras, a relativa ao prazo da concessão²¹⁷. No entanto, não estipula prazo máximo.

Por outro lado, a Lei Federal nº 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios²¹⁸, estipula prazo máximo de 35 anos para os contratos de parceria público-privada²¹⁹.

²¹⁵ Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo. (BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em 17 ago. 2024).

²¹⁶ Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente: I - o objeto, metas e prazo da concessão; (BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em 17 ago. 2024).

²¹⁷ Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão; (BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em 17 ago. 2024).

²¹⁸ Por parceria público-privada entende-se o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa, nos termos do artigo 2º da referida lei. O §1º deste artigo acrescenta ainda que “concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”. A definição de concessão administrativa está no parágrafo seguinte: “§2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”. Por fim, o legislador optou por deixar bastante clara a diferença com relação à concessão comum, ao adicionar o §3º: “não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” (BRASIL, Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em 17 ago. 2024).

²¹⁹ Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: I – o

Com a entrada em vigor da nova Lei de Licitações, a similaridade da definição do artigo 110 com os contratos de concessão motivou que alguns juristas apontassem a sua semelhança²²⁰ - e por consequência uma possível aplicabilidade. Como a revogada Lei Federal nº 8.666/1993 não trazia dispositivo similar, que pudesse ser interpretado como prazo máximo nos contratos de concessão, esta inserção causou dúvidas que devem ser resolvidas. Esta interpretação pode ser bastante danosa à Administração, por limitar a execução de projetos que possivelmente seriam viáveis apenas com prazos maiores de concessão.

A fim de dirimir qualquer dúvida existente, o presente artigo analisa não apenas o posicionamento doutrinário e a interpretação literal da lei, mas também buscando decifrar a intenção do legislador ao omitir-se com relação ao prazo na Lei de Concessões e à inserção do disposto na nova Lei de Licitações.

2. O OBJETIVO DO LEGISLADOR NA LEI DE CONCESSÕES

O debate a respeito da criação da Lei de Concessões origina-se desde antes da promulgação da Constituição Federal de 1988. A Constituição Federal de 1967 já previa a criação de lei que disciplinasse as concessões de serviço público²²¹:

Art 160 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

I - obrigação de manter serviço adequado;

II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;

prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação; (BRASIL, Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em 17 ago. 2024).

²²⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes et al. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. p. 187. Disponível em: https://www.zeniteeventos.com.br/uploads/produtos/2aEdicao_NovaLeiLicitacoeseContratosAdministrativos_JoelMenezesNiebuhr.pdf. Acesso em: 17 ago. 2024.

²²¹ BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Brasília: Presidência da República, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 17 ago. 2024.

III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.

No entanto, a lei nunca foi criada na vigência da Constituição de 1967. Em 1988, a Constituição previu novamente a criação de lei específica para disciplinar a prestação de serviços públicos sob regime de concessão ou permissão, a fim de resguardar o interesse público. Desta vez, busca também evitar concessões outorgadas sem licitação, sem prazo contratual definido ou que, por serviços por vezes de baixa qualidade ou a preços não módicos, não atendiam a finalidade de boa prestação dos serviços públicos à população. Ainda deu lugar de destaque ao contrato de concessão²²²:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

- I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II - os direitos dos usuários;
- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado.

As inovações trazidas na Constituição motivaram cobranças da sociedade e da imprensa pela regulamentação dessas novidades²²³, e as concessões de serviço público não ficaram alheias a esta cobrança.

²²² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 ago. 2024.

²²³ “Já vem de muito o clamor nacional pelo aumento da eficiência na prestação de serviços públicos, quer com respeito àqueles executados diretamente por órgãos estatais, quer no que concerne aqueles cuja execução é transferida a particulares. Do mesmo modo, já é longa a história da insuficiência crônica de recursos públicos para atender as necessidades da população brasileira ou relatos e comprovações de má aplicação dos recursos arrecadados do sofrido contribuinte.

“Diante de tal quadro, a outorga de concessões de serviço, pelo Poder Público, a particulares, coloca-se como um meio eficaz de redirecionamento da aplicação de recursos públicos, ao mesmo tempo em que a Administração reserva a si o poder de regulamentar os serviços concedidos. Do mesmo modo se colocam as concessões de obras, através das quais o combalido

Em 18 de outubro de 1990 o então Senador Fernando Henrique Cardoso apresentou o Projeto de Lei do Senado nº 179, de 1990, que dispunha “sobre o regime de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, previsto no artigo 175 da Constituição, e regula a concessão de obra pública”²²⁴

O Projeto de Lei, em sua origem, também não trazia prazo máximo para as concessões de serviço público. Valorizava, como valorizava a norma constitucional, o poder do contrato de concessão, delegando a este a definição do prazo:

Art. 5º A concessão de serviço público será formalizada mediante contrato.

(...)

Art. 12. São cláusulas essenciais do contrato de concessão:

I - o objeto, a área e o prazo da concessão;

Estes artigos não sofreram alterações no Senado, e o projeto de lei foi enviado à Câmara dos Deputados, em sua versão final, em 11 de junho de 1992. Lá, tramitou como Projeto de Lei nº 202 de 1991.

Em paralelo ao Projeto de Lei nº 202, de 1991, outros projetos que versavam sobre concessões de serviços públicos foram apresentados, em diferentes níveis de complexidade e de diferentes setores. Todos, no entanto, foram apensados ao projeto aqui em debate. Um destes projetos era o Projeto de Lei nº 1.055, de 1991, do então Deputado Federal Irani Barbosa. Neste era previsto o prazo de 5 anos para a outorga de concessão ou permissão²²⁵, o que não foi inserido no projeto principal.

erário é substituído, no papel de financiador de obras públicas e no papel de receptor das tarifas ou preços gerados pelos serviços, por ágeis empreendedores privados.” (BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 179, de 18 de outubro de 1990. Dispõe sobre o regime de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, previsto no art. 175 da Constituição, e regula a concessão de obra pública. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/29077>. Acesso em: 17 ago. 2024. p. 18)

²²⁴ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 179, de 18 de outubro de 1990. Dispõe sobre o regime de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, previsto no art. 175 da Constituição, e regula a concessão de obra pública. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/29077>. Acesso em: 17 ago. 2024. p. 2-8.

²²⁵ Art. 6º - A concessão ou permissão deverá ser outorgada pelo prazo de 5 (cinco) anos. (BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 179, de 18 de outubro de 1990. Dispõe sobre o regime de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, previsto no art. 175 da Constituição,

O Deputado Federal José Carlos Aleluia, relator do projeto de lei na Câmara dos Deputados, apresentou em 21 de maio de 1992, o substitutivo da Câmara ao Projeto de Lei oriundo do Senado Federal²²⁶. Neste substitutivo, o artigo 5º assim previa:

Art. 5º. O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo, que não poderá ser superior a trinta anos.

É a primeira vez - salvo o projeto de lei apresentado pelo Deputado Federal Irani Barbosa - que é trazido ao debate prazo máximo para as concessões. O substitutivo complementa ainda:

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão, no que for aplicável, as relativas:

(...)

XII - às condições para prorrogação do contrato, que poderá ser feita por um único período, desde que prevista no edital de licitação e que o prazo total, incluindo a prorrogação, não exceda cinquenta anos;

A concessão teria como limite máximo então, naquela proposta, o prazo de 30 anos e admitindo prorrogação por mais 20 anos, totalizando 50 anos. Ainda que em seu relatório houvesse a devida justificativa a uma série de alterações no projeto de lei vindo do Senado, nada justificou o relator a respeito da inserção de prazo.

Ao substitutivo da Câmara foram apresentadas 140 emendas, na própria Câmara dos Deputados, algumas das quais dizem respeito ao prazo máximo das concessões. A primeira destas é a Emenda 4²²⁷, visando suprimir a expressão “por um único período” do inciso XII do artigo 23, com a seguinte justificativa:

e regula a concessão de obra pública. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/29077>. Acesso em: 17 ago. 2024. p. 98).

²²⁶ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 179, de 18 de outubro de 1990. Dispõe sobre o regime de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, previsto no art. 175 da Constituição, e regula a concessão de obra pública. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/29077>. Acesso em: 17 ago. 2024. p. 129.

²²⁷ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 179, de 18 de outubro de 1990. Dispõe sobre o regime de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, previsto no art. 175 da Constituição, e regula a concessão de obra pública. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/29077>.

A determinação na futura lei, de que a prorrogação só poderia acontecer por um único período não tem sentido, a de não ser que se pretende deixar o poder concedente se alternativa para melhor dispor do prazo máximo de 20 anos para prorrogar os contratos vincendos. Ora, se a concessão inicial não pode ser superior a 30 anos (Art. 5º) e a sua prorrogação maior do que 20 anos - porque o prazo total não pode exceder a 50 anos - está havendo uma preocupação exagerada e prejudicial ao interesse do Poder Concedente (público), pois sem dúvidas, haverá muitos casos em que ao poder público convirá mais, prorrogar parcela e sucessivamente o prazo limite de prorrogação que é de 20 anos.

Tal emenda foi rejeitada posteriormente, por ter redação similar à Emenda 42, que foi acolhida.

Versando sobre o mesmo inciso, a Emenda 30 mantinha o prazo máximo de 50 anos após a prorrogação por único período, mas excluía as concessões regulamentadas por legislação específica anterior à Lei das Concessões. Também foi rejeitada, pela mesma razão da emenda anterior: o acolhimento da Emenda 42.

Debate idêntico ao da Emenda 4 ocorreu na Emenda 42²²⁸, suprimindo a obrigação de que a renovação seja feita uma única vez, com a justificativa: “Nem sempre haverá conveniência do poder público em promover uma única prorrogação por um espaço de tempo tão elástico, o que lhe permite aferição da qualidade do serviço em menores períodos dependendo da característica do serviço concedido”.

Esta emenda foi admitida, acolhendo os argumentos apresentados.

A Emenda 62²²⁹, diferentemente das anteriores, visava suprimir no artigo 5º a expressão de que não poderá ser superior a trinta anos. A justificativa foi que:

www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/29077. Acesso em: 17 ago. 2024. p. 138.

²²⁸ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 179, de 18 de outubro de 1990. Dispõe sobre o regime de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, previsto no art. 175 da Constituição, e regula a concessão de obra pública. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/29077>. Acesso em: 17 ago. 2024. p. 147.

²²⁹ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 179, de 18 de outubro de 1990. Dispõe sobre o regime de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, previsto no art. 175 da Constituição,

A limitação a trinta anos do prazo máximo de uma concessão não se justifica. Serviços de vulto e obras de grandes proporções, que exigem investimento de grande capital, a serem prestados e executados sob regime de concessão, podem revelar-se incompatíveis com prazos de no máximo trinta anos. O prazo máximo deve ser fixado em edital de licitação, guardando proporcionalidade com o vulto do empreendimento, de sorte a assegurar a amortização plena do capital a ser investido e possibilidades de lucro razoável ao concessionário.

Merece destaque, contudo, por ser a primeira que visava remover o prazo máximo definido em lei, vinculando o prazo da concessão ao tempo necessário para amortização plena do capital investido e pelas possibilidades de lucro razoável ao concessionário - em outras palavras, a garantia de atratividade para que o privado invista o capital neste projeto em detrimento de outros investimentos.

Esta emenda foi posteriormente acolhida, corroborando com a justificativa apresentada, “de que cada tipo de serviço, precedido ou não de obra pública, deve ter fixado o prazo da concessão de acordo com o tempo necessário a amortização dos investimentos utilizados”.

A Emenda 70 visava alterar todo o texto do projeto de lei, e em seu artigo 4º trazia uma alteração importante em relação ao projeto de lei debatido na Câmara:

Art. 4º - Toda concessão dependerá de lei específica, que a autorize e lhe fixe os termos, e será instruída com justificativa de existência de interesse público para a outorga de concessão e de avaliação de seus impactos econômicos, sociais, jurídicos e ambientais.

Parágrafo 1º - A lei autorizativa da concessão caracterizará seu objeto, definirá o prazo da sua validade, estabelecerá as condições de execução, remuneração, fiscalização e extinção, assim como as diretrizes para o edital e para o regulamento do serviço e exploração de obra, a ser baixado pelo poder concedente.

(...)

Art. 14 - São cláusulas essenciais do contrato de concessão:

I - o objeto, a área e o prazo de concessão;

e regula a concessão de obra pública. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/29077>. Acesso em: 17 ago. 2024. p. 152.

Nos artigos citados a emenda deixaria o projeto bastante parecido com o projeto de lei na versão oriunda do Senado, bem como na redação atual da lei. Porém, esta emenda também foi rejeitada, mas em razão de ir contra o conceito de remuneração do serviço previsto no projeto de lei então em apreço.

Após a análise de todas as emendas, o relator emitiu seu parecer a respeito delas, explicando a busca por acolher ao máximo de emendas apresentadas que não fossem de encontro ao escopo da proposta original. Neste parecer, um trecho merece destaque²³⁰:

Pretendo fazer alguns comentários sobre o substitutivo. Mantém, como disse, as linhas gerais do substitutivo anterior. Portanto, estabelece as normas gerais para concessão de serviço público, concessão de serviço público precedida de obra pública e permissão de serviço público. Procuramos colocar muita ênfase na figura do contrato, na medida em que a prática brasileira neste particular é de não dar muito valor aos contratos. Se formos olhar não só na esfera do Governo Federal, mas nos Estados e, sobretudo, nos Municípios, é grande o número de concessões e permissões todas sem lei, sem contrato e sem instrumento que estabeleça as obrigações e os direitos entre as partes.

Ainda que no parecer o relator não tenha mencionado expressamente as alterações quanto ao prazo máximo instituído em lei, o novo substitutivo apresentado, que foi consolidado como a redação final do projeto de lei na Câmara, reforçou a importância do contrato e do edital de licitação, e retirou as definições de prazo máximo dos contratos de concessão, conforme se vê²³¹:

Art. 4º - A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que

²³⁰ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 179, de 18 de outubro de 1990. Dispõe sobre o regime de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, previsto no art. 175 da Constituição, e regula a concessão de obra pública. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/29077>. Acesso em: 17 ago. 2024. p. 179.

²³¹ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 179, de 18 de outubro de 1990. Dispõe sobre o regime de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, previsto no art. 175 da Constituição, e regula a concessão de obra pública. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/29077>. Acesso em: 17 ago. 2024. p. 193.

deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação.

Art. 5º - O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

(...)

Art. 18 - O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

I - os objetivos, metas e prazo da concessão;

(...)

Art. 23 - São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;

A redação final do projeto de lei na Câmara foi aprovada em Plenário na sessão de 10 de junho de 1992, e retornou ao Senado, onde novamente foram propostas uma série de emendas. Entretanto, as emendas propostas discutiam em sua maioria a inclusão das concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica na lei geral. Nenhuma das emendas visava definir em lei o prazo máximo das concessões. Após todos os debates, a redação final dos artigos acima citados se manteve a mesma, sendo a Lei então sancionada pelo Presidente da República.

Da leitura de todo o processo de discussão da lei, é evidente a vontade do legislador em não estipular em lei prazo máximo para a concessão de serviços públicos. Isto decorre, como visto, do maior valor dado ao contrato e ao edital de licitação, elaborados especificamente para cada projeto, e que trarão todas as diretrizes necessárias para a perfeita execução do objeto. Nestas diretrizes constará o prazo máximo da concessão, que guardarão proporcionalidade com o vulto do empreendimento e assegurarão tanto a amortização plena, durante a concessão, do capital a ser investido pelo privado como a atratividade do projeto ao investidor em detrimento de outros.

3. A POSIÇÃO DOUTRINÁRIA QUANTO AO PRAZO MÁXIMO DAS CONCESSÕES

A doutrina é dominante na tese de que não há prazo máximo definido em lei geral para as concessões de serviço público - porque de fato não há.

Contudo, não se argumenta em possível silêncio da lei, e sim no fato de que os investimentos realizados com capital privado devem ser amortizados ao longo da concessão, e por isso não é possível fixar um prazo máximo.

Carlos Oliveira Cruz e Joaquim Miranda Sarmento escrevem exatamente nesta linha²³²:

A definição do período da concessão resulta de um trade-off entre 1) garantir que a duração do contrato é suficiente para permitir a recuperação integral dos custos e 2) da remuneração adequada ajustada ao perfil de risco do projeto. Isto é, incorpora a perspectiva do setor privado de que é necessário assegurar o equilíbrio econômico do contrato, tendo tempo suficiente para recuperar o capital investido e atingir a rentabilidade esperada.

Por outro lado, não pode ser desnecessariamente longa, impedindo, por um período superior ao necessário, a concorrência e trazendo ganhos adicionais ao parceiro privado (e porventura considerados como “rendas excessivas” - ver capítulo 13). Tal significa que, recuperado o capital investido e atingida a rentabilidade esperada, o contrato deve terminar.

Na conceituada obra “Direito dos Serviços Públicos”, Alexandre Santos de Aragão²³³ adota o mesmo raciocínio, condenando também a inexistência de prazos contratuais de concessão, como era comum no passado:

A Lei nº 8.987/1995 não fixa prazo máximo para os contratos de concessão, mas eles devem ter prazos determinados, sendo inconstitucional a sua prorrogação diretamente por lei, e, ainda que feita pela Administração, exige-se que a prorrogação atenda a requisitos objetivos prefixados ou simplesmente seja instrumento de recomposição da equação econômico-financeira. “A perenização ou perpetuidade da concessão equivaleria a uma transferência não da prestação, mas do próprio serviço público objeto da concessão.”

Vejamos também o que escreve Egon Bockmann Moreira²³⁴:

²³² CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda. Manual de Parcerias Público-Privadas e concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 298.

²³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 552.

²³⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei 8.987/1995: (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010. p. 131.

Também prevista no inciso I do art. 2º da Lei 8.987/1995, a expressão “prazo determinado” dá tom fundamental às concessões comuns de serviço público. O contrato de concessão exige a estipulação prévia de marco inicial e termo: a outorga do serviço público mede-se em lapsos certos. Devido ao dispositivo legal em comento, no regime jurídico brasileiro não existem concessões de serviço público *ad aeternum* ou com prazo incerto (precárias). Mas há outro motivo: sem esses dados cronológicos não é possível fazer as projeções dos investimentos (amortização e rentabilidade), da execução dos serviços e da entrega dos bens reversíveis. Também por isso o prazo é determinado, pois a dúvida cronológica implicaria a precariedade do contrato. Isso, contudo, não importa dizer que esse prazo é inflexível ou imutável.

É possível verificar que este posicionamento é bastante sólido na doutrina. Para uma última leitura sobre este ponto, Flavio Amaral Garcia²³⁵ traz a mais completa das fundamentações²³⁶:

No entanto, um elemento se faz presente em todo e qualquer contrato de concessão, pondo-se como de especial relevância no contexto dos contratos duradouros e da sua intrínseca mutabilidade: o prazo. A definição da duração do contrato de concessão guarda direta relação com o equilíbrio econômico-financeiro e os aspectos concorrenciais, podendo, se equivocadamente dimensionada, vulnerar o direito subjetivo dos demais operadores econômicos e causar prejuízos ao atendimento do interesse público. Como já referido, delinear o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão é tarefa bem mais complexa do que nos demais contratos administrativos (obras, serviços, fornecimento), sendo muitas as variáveis que compõem a sua equação, a saber: o volume de investimentos, os riscos do negócio, os custos envolvidos (de oportunidade e administrativo), o fluxo de caixa do empreendimento e - no que interessa mais detidamente ao aprofundamento neste item - o prazo necessário para amortização dos aportes financeiros

²³⁵ GARCIA, Flavio Amaral. A mutabilidade nos contratos de concessão. 2. ed., rev., atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023. p. 254-255.

²³⁶ Flavio Amaral Garcia (p. 258) traz ainda um aspecto curioso no Direito Português, que corrobora com a tese: “a diretriz mais importante referente à fixação dos prazos é a sua correta correlação com a amortização dos investimentos, fato que conferente à entidade adjudicante liberdade na sua delimitação a partir dos encargos e investimentos que serão exigidos de operadores econômicos.”

alocados ao projeto. Por conseguinte, o prazo de cada contrato de concessão não se desvincula das demais variáveis que integram o núcleo do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, configurando elemento que pode variar significativamente, a depender da natureza do projeto, das escolhas públicas de ordem financeira, política, social e técnica, além das características intrínsecas de cada segmento econômico. Apenas após os estudos técnicos e as projeções econômicas realizadas em momento *ex ante* da contratação é que será possível definir, com exatidão, o prazo contratual suficiente que permita a viabilização econômica, técnica e financeira do projeto, com a fixação do lapso temporal necessário à amortização dos investimentos aportados pela sociedade empresária. O prazo nos contratos de concessão não pode ser fixado aleatoriamente ou, mesmo, orientado por critérios que se afastem da equação dinamizada pelos vetores dos investimentos e custos alocados no projeto e o tempo necessário para sua amortização. (...) A utilização da expressão “prazo suficiente” tem por objetivo sinalizar que o prazo precisa ser aquele estritamente necessário para assegurar o legítimo direito do concessionário na amortização dos seus investimentos e na percepção do lucro justo. A suficiência do prazo nos contratos de concessão é indispensável para afastar graves malefícios que possam decorrer de eventual equívoco ou imprecisão na sua fixação. Caso o prazo seja maior do que o estritamente necessário para a amortização dos investimentos, cria-se um privilégio injustificável para a sociedade empresária contratada, que passa a explorar o objeto com expectativas de obtenção de lucro que tornam o serviço ou a infraestrutura pública um veículo de maximização indevida dos seus ganhos. O dimensionamento alongado do prazo também presta um desserviço ao interesse público, impedindo à sociedade e aos usuários o acesso a um novo projeto e a competição entre novos operadores econômicos e entrantes no mercado. É evidente, nesse caso, a violação ao princípio da concorrência. Pouco importa se a sociedade empresária estava cumprindo, ou não, de forma eficiente o contrato. O prazo excessivo e descasado desproporcionalmente do volume de investimentos, estendendo além do razoável o vínculo com o concessionário, afeta o direito subjetivo dos demais operadores econômicos no acesso às contratações públicas. Não há dúvidas de que em casos como esses o maior equívoco é cometido pelo próprio poder concedente, porque é, afinal, responsável pelos estudos, pelas projeções e pela definição do prazo. Acarreta-se,

subsequentemente, um problema jurídico complexo no caso de posterior pretensão de desconstituição do vínculo: o contrato é um ato jurídico perfeito, e, portanto, gerador de um efeito estabilizador entre as partes.

Este recorte sela a discussão, evidenciando a impossibilidade de que lei geral fixe prazos máximos para as concessões, uma vez que estes prazos estão intimamente ligados com os estudos técnicos e projeções econômico-financeiras realizadas na modelagem do projeto. É comum que prazos de até trinta anos sejam suficientes na maioria das concessões, mas não se pode ignorar a possibilidade de que determinados projetos, que tragam necessidades elevadas de investimentos iniciais - a exemplo de projetos que envolvam restauro de edificações, construção de rodovias ou aumento significativo de sua capacidade, ou ainda que a demanda ou capacidade de pagamento dos usuários não seja tão elevada, como um estádio esportivo fora dos eixos tradicionais do esporte.

E a nova Lei de Licitações?

O número de publicações específicas da disciplina de concessões ainda é relativamente pequeno, e a maior parte das publicações é anterior à nova Lei de Licitações - que, como visto no capítulo introdutório, foi a partir da qual surgiram possibilidades de dúvidas com relação ao prazo máximo dos contratos. Além disso, a concessão de serviço público ou de obra pública é muitas vezes trabalhada por juristas diversos dos que trabalham com licitações e contratos administrativos *per se*. Assim, as especificidades daquele tema podem não ser levados em consideração pelos que aplicam e estudam apenas a Lei de Licitações.

Três autores trazem pistas importantes ao debate. O primeiro deles é Sidney Bitencourt²³⁷, que comenta em sua obra todos os artigos da nova Lei de Licitações. Quando comenta sobre os contratos que gerem receita, nos termos do artigo 110 da referida lei, assim escreve:

Há situações em que a contratação não gera dispêndio para a Administração, mas sim, receita. Vide, inclusive, que a alínea “e” do inc. II do art. 76 enquadra como licitação dispensada a hipótese

²³⁷ BITENCOURT, Sidney. Nova Lei de Licitações passo a passo: comentando, artigo por artigo, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

de venda de bens produzidos ou comercializados por entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades.

O autor não exemplifica o que são os contratos que geram receita para a Administração, mas exemplifica com o caso de venda de bens produzidos ou comercializados por entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades.

Um contrato de concessão não pode ser considerado necessariamente como um contrato que gere receita, pois esta não é a finalidade do contrato. Existem os contratos nos quais o poder concedente recebe, além do valor a título de outorga fixa²³⁸, um valor a título de outorga variável ou de compartilhamento de receitas. Neste caso, a função da outorga variável ou compartilhamento de receitas é principalmente para compensar o poder concedente em relação à exploração comercial de empreendimento de sua titularidade (e explorado pelo concessionário), e para servir de incentivo à prestação de serviço de excelência. Entretanto, como dito, a geração de receitas à Administração não é a finalidade principal do contrato de concessão, e sim uma externalidade.

A nova Lei de Licitações também dispõe, em seu artigo 112, que “os prazos contratuais previstos nesta Lei não excluem nem revogam os prazos contratuais previstos em lei especial”²³⁹. Como já visto, a Lei de Concessões não traz um prazo específico, e sim determina que os contratos disporão sobre. Desta leitura, é possível interpretar que, ainda que não haja um prazo único expresso em lei especial, há uma lógica prevista na lei especial: a da vinculação ao contrato - e por conseguinte ao projeto individualmente e seu respectivo equilíbrio econômico-financeiro. Não se trata de silêncio legal. Então, aplicando-se o raciocínio do artigo 112, de que não se exclui nem se revoga o prazo contratual previsto em lei especial, conclui-se que não foi o desejo do legislador aplicar o prazo do artigo 110 às concessões regidas pela Lei de Concessões. Ademais, se assim o fosse, teria ele expressamente alterado a Lei de Concessões, tal como o fez ao inserir a modalidade de

²³⁸ A outorga fixa em contratos de concessão tem como principais finalidades servir como critério de julgamento e seleção do licitante vencedor, bem como para balancear a Taxa Interna de Retorno do projeto a fim de não trazer vantagem excessiva ao privado.

²³⁹ BRASIL, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em 17 ago. 2024.

diálogo competitivo como possibilidade de modalidade de licitação para as concessões²⁴⁰.

Leandro Sarai²⁴¹ traz exemplos do que poderiam ser contratos que gerem receita, sem mencionar as concessões de serviço público - apenas as concessões de uso de bem público, que já não são regidas pela Lei de Concessões:

Com relação aos contratos que geram receitas, obviamente a Administração não precisará despende recursos para seu financiamento; ao revés, é a Administração que será remunerada pelo particular. Citem-se como exemplos os contratos para operacionalização de pagamentos a servidores públicos, no quais bancos remuneram a Administração pelo direito de operar o pagamento da folha de salários do órgão; ou os contratos de concessão de uso de espaço na sede do órgão público para instalação de um restaurante destinado aos seus servidores. Consequentemente, torna-se desnecessária qualquer previsão orçamentária para custear o contrato, já que não haverá nenhuma despesa a ser custeada. Em verdade, o contrato será fonte de recursos.

O mesmo autor evoca a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o Decreto-Lei nº 4.657/1942, para afastar a aplicação dos prazos da Lei de Licitações às demais normas sem que expressamente as tenha modificado ou revogado²⁴²:

²⁴⁰ Art. 179. Os incisos II e III do caput do art. 2º da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, passam a vigorar com a seguinte redação: “Art. 2º [...] II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegados pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado” (NR) (BRASIL, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em 17 ago. 2024).

²⁴¹ SARAI, Leandro. Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/21 Comentada por Advogados Públicos / organizado por Leandro Sarai. 4.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024. p. 1321.

²⁴² SARAI, Leandro. Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/21 Comentada por Advogados Públicos. 4.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024. p. 1325-1326.

O art. 12 da nova Lei de Licitações, ao estabelecer que os prazos nela previstos “não excluem nem revogam prazos contratuais previstos em lei especial”, padece de absoluta inutilidade. Ora, prazos específicos previstos em lei especial são regras, com o perdão pela redundância, especiais, as quais, nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, não são afetadas pela lei posterior. Em seus termos, “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. Assim, leis especiais, existentes ou que venham a ser editadas, permanecerão regendo seu objeto específico, inclusive quanto aos prazos. As leis cujos objetos foram inteiramente regulados pela nova Lei de Licitações foram por ela expressamente revogadas, como se lê em seu art. 193, II. Já as principais leis que se relacionam com o tema das licitações e contratos que não foram expressamente revogadas, mereceram previsão específica no sentido de que a nova Lei de Licitações a elas se aplicará apenas subsidiariamente, *ex vi* de seu art. 186, do que decorre que os prazos nelas previstos já não serão afetados pelas disposições da nova Lei.

O artigo 186 da Lei de Licitações que o autor comenta determina a aplicação subsidiária da Lei de Licitações à Lei de Concessões²⁴³. Todavia, como exposto, por não existir menção específica conclui-se pela não aplicabilidade do prazo da Lei de Licitações à Lei de Concessões.

O terceiro autor que traz também uma pista importante ao debate é Alexandre Santos de Aragão²⁴⁴:

Os prazos máximos gerais do art. 57 da Lei nº 8.666/1993 não são aplicáveis às concessões, já que o seu objetivo é evitar despesas sem previsão nas leis orçamentárias. Como as concessões via de regra não geram despesas, ao contrário, arrecadam valores de outorga, não se lhes aplicam. Todavia, as concessões que gerarem despesas ao poder público, ou serão regidas pela lei das PPPs, ou, de fato, não poderá ter descartada a aplicação do art. 57 da Lei nº 8.666/1993.

²⁴³ Art. 186. Aplicam-se as disposições desta Lei subsidiariamente à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, à Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e à Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010. (BRASIL, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em 17 ago. 2024).

²⁴⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 552.

Em ambas as hipóteses a Lei de Responsabilidade Fiscal também é, obviamente, aplicável.

O artigo citado, da revogada Lei Federal nº 8.666/1993 não tem relação direta com o artigo 110 da nova Lei de Licitações. Todavia, o destaque fica por conta de que a lei fixa prazo máximo dos contratos em razão de evitar despesas sem previsão orçamentária. E por não existir despesas à Administração num contrato de concessão comum, não há que se falar nessa fixação de prazo máximo em lei - não excluindo a lógica aqui apresentada, da necessidade de fixação de prazo máximo em contrato. Nas concessões onde há despesas pela Administração, chamadas de concessões administrativas e concessões patrocinadas (também conhecidas como parcerias público-privadas), há legislação própria e com prazo mínimo e máximo lá definidos na lei.

4. CONCLUSÃO

Ainda que a nova Lei de Licitações tenha causado dúvidas com relação à aplicabilidade do artigo 110 às concessões, o presente artigo demonstrou que não é possível aplicá-lo às concessões.

A Lei de Concessões tem uma lógica própria de definição de prazos de concessão: o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que permite a amortização dos investimentos necessários à concessão ao passo que dá uma remuneração justa ao concessionário. Esta remuneração não deve ser inferior ao que poderia se obter investindo o capital em outros projetos, somado a uma taxa de risco, nem excessiva a ponto de dá-lo vantagem excessiva em detrimento do interesse público. O prazo deve ser balanceado de modo a atingir esta finalidade. A Lei de Concessões também buscou garantir maior força e importância aos contratos, e por isso deu a estes o papel de regulamentar os direitos e obrigações das partes, bem como os aspectos fundamentais da execução do objeto - incluindo aí o prazo.

Cada projeto de concessão apresenta um cenário diferente. Enquanto em uns é possível de se prestar o serviço de forma adequada com um prazo de concessão de 10 ou 15 anos, em outros - ainda que mais raros - o prazo necessário pode ser superior a 35 ou a 50 anos. Desde que atendidos o interesse público por todo o tempo da concessão, não pode a Administração ser coibida de utilizar este instrumento caso os estudos de viabilidade demonstrem que esta somente será atingida em prazos contratuais maiores.

Como não há despesas públicas num projeto de concessão, diferentemente de parcerias público-privadas que são remuneradas por contraprestação ou aportes, não há qualquer dano ao erário em se fixar prazos maiores.

Não se deve ignorar, por fim, que independentemente de prazo, o interesse público deve ser sempre atingido nos contratos de concessão. A própria Lei de Concessões traz premissas necessárias para garantir o atingimento deste interesse público e da obtenção do serviço adequado. Para tanto, os estudos prévios à concessão devem ser cuidadosamente elaborados, garantindo também mecanismos de revisão ordinária e extraordinária dos contratos e indicadores de desempenho a serem perseguidos pelo concessionário. De qualquer forma, a fim de garantir uma maior segurança aos projetos de concessão, idealmente a Lei de Concessões deveria ser modificada no sentido de manter expressa a redação de que inexistem prazos máximos definidos em lei geral para as concessões as quais ela se refere, e que é a modelagem econômico-financeira do contrato que deverá determinar tais prazos. Da mesma forma, a Lei de Licitações deveria receber um parágrafo, em seu artigo 110, esclarecendo que os prazos neste artigo não são aplicáveis às concessões de serviço público regidas pela Lei de Concessões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BITENCOURT, Sidney. Nova Lei de Licitações passo a passo: comentando, artigo por artigo, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Brasília: Presidência da República, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 17 ago. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 ago. 2024.

BRASIL, Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato/2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em 17 ago. 2024.

BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição

Federal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/l eis/l8987cons.htm. Acesso em 17 ago. 2024.

BRASIL, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em 17 ago. 2024.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 179, de 18 de outubro de 1990. Dispõe sobre o regime de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, previsto no art. 175 da Constituição, e regula a concessão de obra pública. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/29077>. Acesso em: 17 ago. 2024.

CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda. Manual de Parcerias Público-Privadas e concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

GARCIA, Flavio Amaral. A mutabilidade nos contratos de concessão. 2. ed., rev., atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei 8.987/1995: (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010.

SARAI, Leandro. Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/21 Comentada por Advogados Públicos / organizado por Leandro Sarai. 4.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

Enviado em 19.08.2024.

Aprovado em 10.02.2025.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.