



Caderno de Estudos para a Administração Pública

Edição de Novembro/2015

Escolas e demais estabelecimentos de ensino deverão assegurar medidas de conscientização, prevenção, diagnose e combate à violência e à intimidação sistemática (Bullying)

A palavra “bullying” é um substantivo que deriva do verbo “bully”, que quer dizer ameaçar ou machucar pessoa mais fraca para obrigá-la a fazer algo que não deseja¹.

O “bullying” sempre existiu, mas somente recentemente a palavra passou a ser utilizada mundialmente para batizar as agressões físicas e psicológicas que determinadas pessoas, sozinhas ou em grupos, realizam com outras, inferiormente mas fracas que não conseguem se defender, com o intuito de exercer poder, para satisfazer um prazer doentio.

É extremamente comum, nas escolas, crianças e adolescentes que possuem pouca ou nenhuma educação e limites impostos pelo âmbito familiar, ou por possuírem psicopatias praticarem “bullying” contra crianças e adolescentes mais frágeis. É comum tais atitudes passarem despercebidas pelos profissionais da educação, que não veem ou muitas vezes ignoram os pedidos de ajuda das vítimas, até porque também costumam ser vítimas de agressões.

Porém, com o advento da Lei nº 13.185 de 06 de novembro de 2015, que institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying) em todo o território nacional, as escolas terão que adotar medidas de combate a essa prática danosa que causa prejuízo a milhares de pessoas.

A Lei define o conceito de “Bullying” no art. 1º, § 1º:

“considera-se intimidação sistemática (**bullying**) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas”.

¹

181.

Cambridge Advanced Learner's Dictionary. 3ª edição. Cambridge. Cambridge University Press. 2008. p.

Com o programa instituído nesta Lei, as ações do Ministério da Educação e das Secretarias Estaduais e Municipais de Educação, terão fundamento.

A Lei ainda lista as hipóteses de “bullying”, referindo que caracteriza-se quando há violência física ou psicológica em atos de intimidação, humilhação ou discriminação, tais como:

- I - ataques físicos;
- II - insultos pessoais;
- III - comentários sistemáticos e apelidos pejorativos;
- IV - ameaças por quaisquer meios;
- V - grafites depreciativos;
- VI - expressões preconceituosas;
- VII - isolamento social consciente e premeditado;
- VIII – pilhérias [graça ou deboche].

A Lei ainda refere que também é “bullying”, quando a intimidação sistemática se dá na rede mundial de computadores, denominado como “**cyberbullying**”, ou seja, quando são utilizados os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial.

O “**bullying**” ainda pode ser classificado, conforme enumera a lei, conforme as ações praticadas, tais como:

- I - verbal: insultar, xingar e apelidar pejorativamente;
- II - moral: difamar, caluniar, disseminar rumores;
- III - sexual: assediar, induzir e/ou abusar;
- IV - social: ignorar, isolar e excluir;
- V - psicológica: perseguir, amedrontar, aterrorizar, intimidar, dominar, manipular, chantagear e infernizar;
- VI - físico: socar, chutar, bater;
- VII - material: furtar, roubar, destruir pertences de outrem;
- VIII - virtual: depreciar, enviar mensagens intrusivas da intimidade, enviar ou adulterar fotos e dados pessoais que resultem em sofrimento ou com o intuito de criar meios de constrangimento psicológico e social.

Os objetivos do Programa são prevenir e combater a prática da intimidação sistemática em toda a sociedade, capacitando os docentes e as equipes pedagógicas para a implementação das ações de discussão, prevenção, orientação e solução do problema. Bem como, disseminar campanhas de educação, conscientização e informação, instituindo práticas de conduta e orientação de pais, familiares e responsáveis diante da identificação de vítimas e agressores. Bem como, dar assistência psicológica, social e jurídica às vítimas e aos agressores e, dentre outros, promover a cidadania, a capacidade empática e o respeito a terceiros, nos marcos de uma cultura de paz e tolerância mútua.

Logo, todos os estabelecimentos de ensino, não só a escola, bem como, os clubes, as agremiações recreativas deverão assegurar medidas de conscientização, prevenção, diagnose e combate à violência e à intimidação sistemática (**bullying**).

Conforme o artigo 5º, da Lei referida, os estabelecimentos de ensino deverão produzir relatórios a cada dois meses das possíveis ocorrências de bullying tanto nos Estados quanto nos Municípios, com o objetivo de melhor planejar as ações de combate ao bullying.

A Lei ainda prevê que os entes federados poderão firmar convênios e estabelecer parcerias para a implementação e a correta execução dos objetivos e diretrizes do Programa instituído pela Lei de prevenção e combate ao “bullying”.

Conclui-se que todos os estabelecimentos de ensino, bem como, os clubes, as agremiações recreativas deverão assegurar medidas de conscientização, prevenção, diagnose e combate à violência e à intimidação sistemática (**bullying**) bem como, os estabelecimentos de ensino deverão produzir relatórios a cada dois meses das possíveis ocorrências de bullying tanto nos Estados quanto nos Municípios, com o objetivo de melhor planejar as ações de combate ao bullying. Ou seja, as escolas terão que adotar medidas de combate a essa prática danosa, bem como o programa referido fundamentará as ações do Ministério da Educação e das Secretarias Estaduais e Municipais de Educação.

Possibilidade de abertura de diligência em processo licitatório para suprir irregularidades formais nas propostas

O procedimento licitatório destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública, bem como a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

O art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal rege que o processo licitatório deve assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes, permitindo apenas exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Senão vejamos:

art. 37 [...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Bem como, o art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93, prevê vedação aos agentes públicos de incluir cláusulas que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo e criem preferências ou distinções em razão de circunstâncias dos licitantes. Senão vejamos:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional **da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa** para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Neste sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PLANILHA DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇO. CORREÇÃO DE IRREGULARIDADE. VALOR DA PROPOSTA NÃO ATINGIDO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO. - O deferimento de medida liminar em mandado de segurança exige a presença dos requisitos do inciso III do art. 7º da Lei nº 12.016/2009, com as ressalvas do § 2º. - O equívoco constante da planilha de custos e formação de preço não interferiu na proposta, nem causou prejuízo à administração ou aos demais licitantes. - Observância do princípio do formalismo moderado, considerando a inexistência de irregularidade que macule as condições de habilitação da impetrante. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO, DE PLANO. (Agravado de Instrumento Nº 70062996012, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 12/12/2014)

Porém a própria Lei de licitações prevê no art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93 dispositivo que afasta o apego ao formalismo excessivo. Ou seja, não existe impedimento à habilitação ou nulidade no procedimento em virtude de mera irregularidade, quando existentes outros elementos verificados no procedimento.

Portanto é possível que seja aberta diligência com a finalidade de esclarecer ou complementar a instrução do processo, desde que não caracterize juntada de documento novo ou informação nova que deveria constar desde o início, na proposta. Senão vejamos:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

Por exemplo, um simples erro de digitação em uma planilha de valores, sendo que a alteração não modifica em nada o preço global da proposta, pode muito bem ser esclarecido na diligência, garantindo assim a proposta mais vantajosa à Administração. Ou seja, corrigi-se o erro material e não simplesmente desabilita proposta que era mais vantajosa para a administração. Senão vejamos:

Ementa: APELAÇÃO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. INABILITAÇÃO. **FORMALISMO EXCESSIVO. DILIGÊNCIA DESTINADA A ESCLARECER OU COMPLEMENTAR A INSTRUÇÃO DO PROCEDIMENTO.** INDEFERIMENTO DA INICIAL. EXAME DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. **O procedimento de licitação, em nome do interesse público, deve proporcionar a participação do maior número possível de licitantes, para tanto devendo ser afastadas formalidades excessivas. Erro na planilha de custos e formação de preços constitui mera irregularidade e, superada posteriormente, sem alteração do preço global, não impede a habilitação, mormente quando o art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93, prevê a possibilidade de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do procedimento.** Não é possível, em decisão que indefere a petição inicial de mandado de segurança, adentrar no mérito da causa. Precedentes do TJRS e STJ. Apelação provida liminarmente. Sentença desconstituída. (Apelação Cível Nº 70067393330, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 24/11/2015)

Quanto ao tema, vejamos a lição de Hely Lopes Meirelles:

Procedimento formal, entretanto, não se confunde com 'formalismo', que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias. Por isso mesmo, não se anula o procedimento diante de meras omissões ou irregularidades formais na documentação ou nas propostas, desde que, por sua irrelevância, não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes. A regra é a dominante nos processos judiciais: não se decreta a nulidade onde não houver dano para qualquer das partes².

Ou seja, não é adequado exigir um formalismo exagerado nas licitações por meras irregularidades formais nas documentações, desde que não causem prejuízo para as partes envolvidas, com base na competitividade e

² Hely Lopes Meirelles, em *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 261-262, 27ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

interesse público. Eis que quanto menor o número de licitantes no certame, menor será a oferta para a Administração, podendo, ocasionar a contratação por valores mais altos. Senão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. PREGÃO. SERVIÇOS DE INFORMÁTICA. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO PRÁTICA DAS FUNCIONALIDADES DOS SISTEMAS. MOMENTO. DOCUMENTAÇÃO. IRREGULARIDADE SUPERADA. **FALTA DE ASSINATURA NA PROPOSTA. PRESENÇA DE REPRESENTANTE DA EMPRESA NA ABERTURA DO PREGÃO PRESENCIAL. CLASSIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE.** A Lei nº 10.520/02 prevê, de modo amplo, que bens e serviços comuns podem ser licitados por meio de pregão, sem restrição para adoção da modalidade na contratação de bens e serviços de informática. Prevendo o edital que aceita a proposta de menor preço se anunciaria momento para demonstração prática das funcionalidades dos sistemas da licitante, não consignando que o ato seria realizado na abertura do pregão, a providência é determinada em momento oportuno pela Comissão de Licitações. **O procedimento de licitação, em nome do interesse público, deve proporcionar a participação do maior número possível de licitantes, para tanto devendo ser afastadas formalidades excessivas. A ocorrência de mera irregularidade referente à documentação, superada à vista de outros elementos verificados no procedimento, não impede a classificação. Falta de assinatura do representante legal da empresa na proposta de preço que restou suprida pela presença de representante na abertura do Pregão.** Precedentes do TJRGS e STJ. Agravo de instrumento provido liminarmente.

Conclui-se que a Lei de licitações prevê no art. 43, § 3º, dispositivo que afasta o apego ao formalismo excessivo. Ou seja, não existe impedimento à habilitação ou nulidade no procedimento em virtude de mera irregularidade, quando existentes outros elementos verificados no procedimento. Portanto, sendo possível que seja aberta diligência com a finalidade de esclarecer ou complementar a instrução do processo, desde que não caracterize juntada de documento novo ou informação nova que deveria constar desde o início, na proposta.

Município pode redirecionar ação de execução por dívida de IPTU contra o espólio ou sucessão do devedor

O art. 32 do Código Tributário Nacional estabelece que o IPTU, de competência dos Municípios, apresenta como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse do bem imóvel por natureza ou por acessão física, localizado na zona urbana. Vejamos:

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

O art. 130 do CTN ainda refere que os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis passam a ser de responsabilidade do adquirente, salvo quando tenha no título prova da quitação dos mesmos. Senão vejamos:

Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.

Ou seja, o Município pode cobrar o IPTU em face do adquirente do imóvel, sendo este responsável pelo pagamento dos tributos decorrentes do imóvel, tanto quando verificada a alteração da propriedade ou somente alteração da posse.

O Município lança o IPTU de acordo com as informações existentes no cadastro imobiliário, conforme fornecido pelo possuidor do imóvel que mantém o cadastro atualizado, caso contrário o Município não saberá da troca de titularidade do imóvel.

O contribuinte do IPTU é notificado do lançamento através do envio do carnê de IPTU ao seu endereço, anualmente, existindo até a Súmula 397 do STJ, a respeito, o qual diz que com o recebimento do carnê tem-se por notificado do débito o novo proprietário.

Quando a troca de titularidade do imóvel se dá pelo falecimento do contribuinte a responsabilidade pelos débitos tributários passa a recair sobre a sucessão ou sobre o espólio, conforme prevê o art. 131 do CTN. Senão vejamos:

Art. 131. São pessoalmente responsáveis:

[...]

II - o sucessor a qualquer título e o cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão do legado ou da meação;

III - o espólio, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da abertura da sucessão

Ressalta-se, para bem entender o dispositivo acima, que no decorrer do processo de inventário, o espólio representa o conjunto de direitos e obrigações da sucessão. No momento em que o inventário é concluído, com a partilha ou adjudicação, deixa de existir o espólio, passando a responsabilidade para os sucessores, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão do legado ou da meação, pelos créditos tributários devidos pelo autor da herança ou pelo espólio, durante o trâmite do inventário.

Os inventários, somente passam para a partilha ou adjudicação após a juntada das certidões negativas fiscais federal, estadual e municipal o que pressupõe que os tributos estejam pagos. Porém, é possível que algum crédito tributário possa ser apurado só posteriormente. Senão vejamos:

CPC

Art. 1.026. Pago o imposto de transmissão a título de morte, e junta aos autos certidão ou informação negativa de dívida para com a Fazenda Pública, o juiz julgará por sentença a partilha.

[...]

Art. 1.031. A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos do art. 2.015 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, será homologada de plano pelo juiz, mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, com observância dos arts. 1.032 a 1.035 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.441, de 2007).

Dessa forma, ocorrendo o falecimento da pessoa executada em processo de execução fiscal pelo Município, os débitos tributários recaem sobre o espólio, até o momento que encerrar o inventário, quando a responsabilidade passa aos sucessores e no limite da proporção de seus quinhões.

Logo, a execução deve ser redirecionada contra o espólio ou a sucessão, até o limite dos bens deixados pelo falecido. Isso porque, o ajuizamento de nova ação iria de encontro com o princípio constitucional da efetividade do processo, e dos princípios da economia processual e da celeridade. Senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. REDIRECIONAMENTO. POSSIBILIDADE. Constatada alteração da propriedade do imóvel (ante o falecimento do contribuinte), o adquirente (espólio) responde pelo crédito tributário do IPTU, conforme art. 130, do CTN, bem como art. 131, III, não sendo caso de extinção do processo de execução, mas simples redirecionamento contra o espólio. A exigência de nova CDA e nova execução fiscal esvazia por completo o conteúdo do princípio da economia processual. MANTIDO O PROVIMENTO DO RECURSO, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO. (Apelação Cível Nº 70056781453, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 20/08/2014)l.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTOS. IPTU. EXECUÇÃO FISCAL. FALECIMENTO DO DEVEDOR. REDIRECIONAMENTO. POSSIBILIDADE. Tendo em vista o entendimento desta Primeira Câmara Cível, que considera viável o prosseguimento da execução fiscal em face da sucessão ou do espólio, ante os princípios da razoabilidade, da economia e da instrumentalidade processual, bem como em atenção ao excessivo ônus a ser imputado ao Fisco em se certificar quanto ao óbito dos contribuintes, filio-me ao entendimento do colegiado para o fim de manter o redirecionamento da execução fiscal. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70059934976, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em 06/08/2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. MUNICÍPIO. IPTU. AJUIZAMENTO CONTRA CONTRIBUINTE FALECIDO. FATO SÓ CONHECIDO PELO EXEQUENTE APÓS AJUIZADA A EXECUÇÃO. REDIRECIONAMENTO QUANTO AO ATUAL PROPRIETÁRIO. POSSIBILIDADE. 1. Quando mais não seja por medida de economia processual, e inclusive porque o exequente só teve a informação do óbito após o ajuizamento, descabe extinguir a execução sob o argumento de não ser viável substituir a CDA. Tratando-se de responsável tributário (CTN, art. 131, III), e não de contribuinte, não é imprescindível constar o nome na CDA, salvo quando incluído no auto de lançamento e na inscrição em dívida ativa. Não é o caso do IPTU, cujo lançamento é automático ope legis na virada do ano civil, em nome de quem o imóvel está cadastrado. 2. Assim, in casu, resolve-se pelo redirecionamento. Não se aplica a Súm. 392 tampouco o REsp. 107394-RJ do STJ, o qual versou a respeito de lançamento de Imposto de Renda contra o Espólio, mas a CDA, por equívoco, foi extraída com o nome do de cujus, gerando a

extinção por não ser caso de sua substituição do título. 3. Recurso provido (CPC, art. 557, caput, c/c § 1º-A). (Agravo de Instrumento Nº 70057948697, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 16/12/2013).

A Fazenda Pública tem a faculdade de impulsionar a abertura de inventário do devedor, eis que possui legitimidade concorrente, eis que o espólio, responde pelos tributos devidos pelo “de cujus” até a data da abertura da sucessão conforme prevê, os artigos 988 do CPC c/c com o artigo 131, III, do Código Tributário Nacional. Senão vejamos:

Art. 988. Tem, contudo, legitimidade concorrente:

[...]

VI - o credor do herdeiro, do legatário ou do autor da herança;

[...]

IX - a Fazenda Pública, quando tiver interesse.

Art. 131. São pessoalmente responsáveis:

(...)

III – o espólio, pelos tributos devidos pelo “de cujus” até a data da abertura da sucessão.

Ressalta-se que a abertura do inventário do devedor pelo fisco é mera faculdade do fisco, eis que o mesmo pode ajuizar a execução fiscal contra o espólio, ou simplesmente redirecionar o processo de execução contra os herdeiros, conforme dispõe o artigo 4º, incisos III e VI, da Lei nº 6.830/80. Senão vejamos:

Art. 4º. A execução fiscal poderá ser promovida contra:

(...)

III – o espólio;

(...)

VI – o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; e

Portanto, a abertura de inventário é mera faculdade da fazenda pública não sendo um dever do fisco o qual pode ajuizar a execução em face do espólio, independentemente da abertura do inventário, bastando pedir a citação do herdeiro administrador dos bens. Senão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. IPTU. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DO ESPÓLIO. ABERTURA DE INVENTÁRIO. FACULDADE DA FAZENDA PÚBLICA. A abertura de inventário prevista no art. 988, IX, CPC é faculdade da Fazenda Pública, não um dever. Possível o ajuizamento da execução em face do espólio, independentemente da abertura do inventário, com a citação do herdeiro administrador dos bens. Interpretação conjugada dos artigos 131, III, do CTN, 4º da Lei n.º 6.830 e 988, IX, do CPC. Precedentes do TJRS. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA. (Agravado de Instrumento Nº 70058943754, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 18/03/2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DETERMINAÇÃO JUDICIAL PARA QUE O CREDOR INSTAURE PROCESSO DE INVENTÁRIO DOS BENS DO DE CUJUS. PROCEDER FACULTATIVO AO MUNICÍPIO. A conjugação dos artigos 988, IX, do CPC e 131, III, do CTN, leva à conclusão de que é uma faculdade, e não um dever, da Fazenda Pública, a abertura de processo de inventário dos bens do de cujus. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70046653283, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 21/03/2012).

Conclui-se que o fisco poderá proceder na abertura de inventário do devedor de tributos municipais, se quiser, ou simplesmente ajuizar a execução em face do espólio, ou redirecionar a execução contra o espólio ou a sucessão, bastando pedir a citação do herdeiro administrador dos bens, o que parece ser a última opção bem mais célere e vantajosa para a administração.

Municípios devem disponibilizar vagas para as crianças de zero a cinco anos em creches e pré-escolas, na rede pública ou privada a suas expensas

Os municípios no Rio grande do Sul enfrentam problemas relacionados à educação infantil e costumam querer eximir-se da obrigação de disponibilizar vagas em creches defendendo não ter a obrigação de fazê-lo e não esforçando-se para que o direito à educação seja garantido às crianças, levando a população de ter que buscar a tutela do Poder Judiciário.

Ocorre que o direito à educação infantil é direito fundamental social, o qual deve ser assegurado pelos Municípios, garantindo-se o atendimento em creche ou pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, conforme dispõe os arts. 208, IV, da CF, e art. 54, IV, do ECA. Senão vejamos:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006](#))

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

[...]

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

A Constituição Federal, ainda prevê no art. 23, que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência, dispondo ainda que o dever do Estado com educação será efetivado mediante garantia de educação infantil, em creche ou pré-escola para as crianças de até cinco anos de idade, elevando o acesso gratuito obrigatório à categoria de direito público subjetivo, conforme o art. 208, § 1º, da CF. Senão vejamos:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

O Estatuto da criança e do adolescente ainda prevê em seu art. 53, caput e incisos I a V, que:

Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - direito de ser respeitado por seus educadores;

III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;

IV - direito de organização e participação em entidades estudantis;

V - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.

A educação básica é direito de todos, sendo que a primeira etapa é a própria educação infantil, que tem por objetivo o desenvolvimento e crescimento da criança nos aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade, conforme prevê o art. 29 da LDB. Senão vejamos:

Art. 29º. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.

A LDB prevê que a educação infantil deve ser oferecida em creches ou entidades equivalentes para crianças de até três anos e em pré-escolas para crianças de quatro a seis anos de idade. Senão vejamos:

Art. 30º. A educação infantil será oferecida em:

I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;

II - pré-escolas, para as crianças de quatro a seis anos de idade.

Ou seja, é assegurado a todas as crianças, por parte do Poder Público, com absoluta prioridade, a assistência integral à educação, que se dá pela garantia de acesso à creche e pré-escola, devendo todos os Municípios

realizarem as providências necessárias para a efetivação do direito previsto na Constituição, sendo vedada a negativa do Poder Público aos pleitos de alocação das crianças.

Ressalta-se que as regras previstas na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação tem por objetivo garantir a educação, sendo ações de responsabilidade dos Municípios, necessárias, a serem obedecidas por parte dos mesmos, sendo obrigatório o seu cumprimento sob pena de tutela jurisdicional, garantindo de forma coercitiva a efetividade dos direitos lesados. Portanto, inquestionável a responsabilidade do Município de atender a determinação judicial. Senão vejamos:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. MUNICÍPIO DE CANOAS. VAGA EM CRECHE. ASSEGURADA À CRIANÇA O DIREITO À CRECHE, NOS TERMOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PRESENTES OS REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC. 1. A antecipação de tutela consiste na concessão imediata da tutela reclamada na petição inicial, desde que haja prova inequívoca capaz de convencer da verossimilhança da alegação e, ainda, que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, o que vem demonstrado nos autos. Inteligência do art. 273 do CPC. 2. **Constitui dever do município assegurar às crianças o acesso à educação, cabendo-lhe garantir vaga na rede pública ou, então, na rede privada, às suas expensas, em turno integral.** NEGADO SEGUIMENTO. (Agravado de Instrumento Nº 70067478891, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 28/11/2015)

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. EDUCAÇÃO. ENSINO INFANTIL. VAGA. DIREITO À EDUCAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO EM FAVOR DO FADEP. IMPOSSIBILIDADE. 1. A Constituição Federal, em seu art. 208, inc. IV, assegura atendimento a crianças de zero a seis anos em... Ver íntegra da ementa creche ou pré-escola, cuja competência foi cometida ao município pela lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9394/96). No mesmo sentido, são as diretrizes estabelecidas pelo ECA, em seu art. 54, IV. 2. Indevido o pagamento de verba honorária pelo Município em favor da Defensoria Pública, tendo em vista o entendimento pacífico nesta Câmara. APELO PROVIDO EM PARTE. (Apelação Cível Nº 70047872023, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 19/04/2012).

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA. **VAGA PARA EDUCAÇÃO INFANTIL - CRECHE. DIREITO À EDUCAÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL. DIREITO SOCIAL. OBRIGAÇÃO DO MUNICÍPIO EM SENTIDO AMPLO.** ARTS. 6º E 208 DA CONSTITUIÇÃO... Ver íntegra da ementa FEDERAL. ART.

54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. 1 - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é um direito público subjetivo (art. 208, §1º, da CF), **sendo que os Municípios devem garantir atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade** (art. 208, IV, da CF e art. 54, IV, do ECA, e arts. 4º, IV, e 11, ambos da Lei nº 9.394/96). RECURSO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70046688198, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 17/04/2012).

ECA. APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA. **VAGA EM CRECHE. DEVER DO MUNICÍPIO. O Município tem a obrigação de assegurar o acesso da criança à educação, cumprindo-lhe garantir vagas na rede pública, e, na falta destas, deve proporcionar esse direito na rede privada, às suas expensas....** Ver íntegra da ementa Recurso desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70047158498, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 28/03/2012).

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. EDUCAÇÃO. **ENSINO INFANTIL. VAGA. DIREITO À EDUCAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO.** A Constituição Federal, em seu art. 208, inc. IV, assegura atendimento a crianças de zero a seis anos em creche ou pré-escola, cuja competência foi cometida ao... Ver íntegra da ementa município pela lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9394/96). No mesmo norte, são as diretrizes estabelecidas pelo ECA, em seu art. 54, IV. 2. Assim, sendo direito constitucionalmente assegurado, **descabe a argumentação genérica do Município de escassez de recursos.** 3. Caso em que o Município apelante não comprova destinação do percentual orçamentário mínimo à educação. NEGARAM PROVIMENTO. UNANIME. (Apelação Cível Nº 70046607420, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 15/03/2012).

Ou seja, os Municípios devem garantir vagas para todas as crianças em creches públicas ou pagar por creches particulares, não podendo esquivar-se com alegação genérica de falta de recursos.

Conclui-se que o direito à educação infantil é direito fundamental social, o qual deve ser assegurado pelos Municípios, garantindo-se o atendimento em creche ou pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, conforme dispõe os arts. 208, IV, da CF, e art. 54, IV, do ECA.

O Município não pode computar na base de cálculo do ISS o valor do material de construção utilizado na prestação de serviços

A Lei Complementar 116 de 31 de julho de 2003 que trata do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal prevê no art. 7º que a base de cálculo do imposto é o preço do serviço. Senão vejamos:

Art. 7º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 1º Quando os serviços descritos pelo subitem 3.04 da lista anexa forem prestados no território de mais de um Município, a base de cálculo será proporcional, conforme o caso, à extensão da ferrovia, rodovia, dutos e condutos de qualquer natureza, cabos de qualquer natureza, ou ao número de postes, existentes em cada Município.

O dispositivo citado traz a exceção que refere não se incluir na base de cálculo do ISS o valor dos materiais fornecidos pelo prestador de serviços constantes nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa. Senão vejamos:

Art. 7º

[...]

§ 2º **Não se incluem na base de cálculo** do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza:

I - o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta Lei Complementar;

Ressalta-se que o item 7 da lista de serviços anexa é aquela relativa aos serviços de engenharia, arquitetura, geologia, urbanismo, construção civil, manutenção, limpeza, meio ambiente, saneamento e congêneres. Senão vejamos:

7 – Serviços relativos a engenharia, arquitetura, geologia, urbanismo, construção civil, manutenção, limpeza, meio ambiente, saneamento e congêneres.

[...]

7.02 – Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o

fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

[...]

7.05 – Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

Portanto o art. 7º da LC 116/03, estabeleceu exceção quanto à base de cálculo do ISS, excluindo o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços, quando na execução das obras previstas nos itens 7.2 e 7.5.

Ressalta-se que quando os materiais fornecidos pelo prestador dos serviços, são também por ele produzidos, o valor, da mesma forma, não integrará a base de cálculo do ISS, eis que a operação de compra e venda de material (como operação autônoma), fica sujeita ao ICMS e não ISS.

Portanto, a base de cálculo do ISS é o preço do serviço, excluído o valor dos materiais fornecidos pelo contratado. E na hipótese de quando além de fornecer os materiais também os produz, sobre esta operação de compra e venda empresarial, para o contratante, dono da obra, incidirá ICMS.

O STF já se manifestou sobre o tema reconhecendo a repercussão geral, no RE 6034970:

“Tributário. Imposto Sobre Serviços – ISS. Definição da base de cálculo. Dedução dos gastos com materiais empregados na construção civil. Recepção do art. 9º, § 2º, b, do DL 406/68 pela CF/88. Ratificação da jurisprudência firmada por esta Corte. Existência de repercussão geral.”

No mesmo sentido é o entendimento do STJ. Senão vejamos:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. BASE DE CÁLCULO. ABATIMENTO DOS MATERIAIS EMPREGADOS E DAS SUBEMPREITADAS. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. O STF, por ocasião do julgamento do RE 603.497-MG, Relª Minª Ellen Gracie, DJ de 16-9-2010, reconheceu a repercussão geral sobre

o tema, consoante regra do art. 543-B, do CPC, e firmou entendimento no sentido da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil.

2. No mesmo sentido, o Min. Carlos Ayres Britto, no Agravo Regimental no RE 599582-RJ, DJ de 29-6-2011, assentou: "A jurisprudência do STF é firme no sentido de que o art. 9º do DL 406/68 foi recepcionado pela CF/88. Pelo que é possível a dedução da base de cálculo do ISS dos valores dos materiais utilizados em construção civil e das subempreitadas."

3. Este Tribunal já emitiu pronunciamento respaldado na linha de pensar adotada pela Corte Suprema. Confira-se: REsp. 976486-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10-8-11, e AgRg no AgRg no REsp 1228-MG, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 1º-9-11.

4. Agravo regimental não provido.

(STJ, 1ª Turma, AgRg no AgRg no Ag 1410608-RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 21-10-11).

Não diferente é o entendimento do Tribunal de Justiça Gaúcho que decide no sentido de que o valor do material de construção deve ser excluído da base de cálculo do ISS, fulcro art. 9º, § 2º, do dl 406/68, e ao art. 7º, § 2º, da LC 116/03, à luz do art. 146, III, "a", da Constituição Federal. Senão vejamos:

Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO. TRIBUTÁRIO MUNICIPAL. ISS. BASE DE CÁLCULO. CUSTO DO MATERIAL DE CONSTRUÇÃO. EXCLUSÃO. TRIBUTAÇÃO COMUM. RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. 1. ISS SOBRE O MATERIAL DE CONSTRUÇÃO. Descabe incluir o custo do material de construção na base de cálculo do ISS. Exegese dada pelo STF ao art. 9º, § 2º, do dl 406/68, e ao art. 7º, § 2º, da LC 116/03, à luz do art. 146, III, "a", da CF, o fazendo pelo sistema de repercussão geral (RE 603497-MG), no sentido da exclusão da base de cálculo do ISS tanto do material fornecido quanto do produzido pelo contratado ou prestador do serviço. 2. RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO O ISS cobrado na forma comum é tributo indireto; logo, depende de prova de que o contribuinte suportou o encargo financeiro ou de que está autorizado pelo tomador do serviço a postular a restituição (CTN, art. 166), prova essa no caso inexistente. Orientação do STJ. 3. SUCUMBÊNCIA Redefinição para estabelecê-la meio a meio, com compensação dos honorários (STJ, Súm. 306). 4. DISPOSITIVO Apelação do Município provida em parte, prejudicada a da autora e no mais sentença confirmada em reexame necessário. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70063238745, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 24/11/2015)

Conclui-se que o valor do material de construção utilizado na prestação de serviços, aqueles descritos nos itens 7.2 e 7.5, da lista em anexo da LC 116/03, deve ser excluído da base de cálculo do ISS, fulcro art. 9º, § 2º,



do dl 406/68, e ao art. 7º, § 2º, da LC 116/03, à luz do art. 146, III, "a", da Constituição Federal.