

DIREITO PÚBLICO:

DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Organizadores
Emerson Moura
Eduardo Val
Maurício Mota
Patrícia Baptista

DIREITO PÚBLICO: DESAFIOS E PERSPECTIVAS



EDITORA MULTIFOCO

Rio de Janeiro, 2017

EDITORA MULTIFOCO

Simmer & Amorim Edição e Comunicação Ltda.

Av. Mem de Sá, 126, Lapa

Rio de Janeiro - RJ

CEP 20230-152

CONSELHO EDITORIAL

Presidência:

Felipe Dutra Asensi

Marcio Caldas de Oliveira

Conselheiros:

André Guasti (TJES, Vitória)

Bruno Zanotti (PCES, Vitória)

Camilo Zufelato (USP, São Paulo)

Daniel Giotti (Intejur, Juiz de Fora)

Eduardo Val (UFF)

Gustavo Senges (Coursis, Rio de Janeiro)

Jeverson Quinteiro (TJMT, Cuiabá)

José Maria Gomes (FEMPERJ, Rio de Janeiro)

Luiz Alberto Pereira Filho (FBT-INEJE, Porto Alegre)

Paula Arevalo (Colômbia)

Paulo Ferreira da Cunha (Portugal)

Pedro Ivo (MPES, Vitória)

Ramiro Santanna (DPDFT, Brasília)

Raphael Carvalho (Mercosul, Uruguai)

Rogério Borba (UNESA, Rio de Janeiro)

Santiago Polop (Argentina)

Tatyane Oliveira (UFPB, João Pessoa)

Thiago Pereira (UFF, Rio de Janeiro)

Victor Bartres (Guatemala)

Yolanda Tito (Peru)

Vinicius Scarpi (UNESA, Rio de Janeiro)

REVISADO PELA COORDENAÇÃO DO SELO ÁGORA 21

Direito Público: Desafios e Perspectivas

MOURA, Emerson

VAL, Eduardo

MOTA, Maurício

BAPTISTA, Patrícia

1ª Edição

Fevereiro de 2017

ISBN: 978-85-5996-417-2

Todos os direitos reservados.

É proibida a reprodução deste livro com fins comerciais sem
prévia autorização do autor e da Editora Multifoco.

CONSELHO DO CAED-JUS

Adriano Rosa (USU)

Antonio Santoro (UFRJ/UCP)

Bruno Zanotti (PCES)

Claudia Nunes (UVA)

Daniel Giotti (PFN)

Denise Salles (UCP)

Edgar Fuentes (Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia)

Eduardo Val (UFF/UNESA)

Felipe Asensi (UERJ/USU/UCP)

Fernando Bentes (UFRRJ)

Glauca Ribeiro (UEA)

Gunter Frankenberg (Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha)

João Mendes (Universidade de Coimbra, Portugal)

Jose Buzanello (UNIRIO)

Klever Filpo (UCP)

Luciana Souza (FMC)

Marcello Mello (UFF)

Nikolas Rose (King's College London, Reino Unido)

Oton Vasconcelos (UPE/ALBCJ)

Paula Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia)

Pedro Ivo Sousa (MPES)

Santiago Polop (Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)

Saul Tourinho Leal (UNICEUB/IDP)

Sergio Salles (UCP)

Susanna Pozzolo (Università degli Studi di Brescia, Itália)

Thiago Pereira (UERJ/UCP)

Tiago Gagliano (ILAAJ)

SOBRE O CAED-Jus

O **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa de uma rede de acadêmicos brasileiros e internacionais para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se exclusivamente de maneira virtual, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. Com a sua criação, o **CAED-Jus** torna-se um dos principais congressos da América Latina com os seguintes diferenciais:

- ❖ Democratização da divulgação e produção científica
- ❖ Publicação dos artigos em livro impresso a ser enviado aos participantes
- ❖ Hall of fame com os premiados de cada edição
- ❖ Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas online
- ❖ Diversidade de eventos acadêmicos no **CAED-Jus** (hangouts, palestras, minicursos, etc)
- ❖ Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- ❖ Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional

e internacional, tendo membros do Brasil, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido e Alemanha.

Em 2016, o evento ocorreu entre os dias 23 a 25 de novembro e contou com 44 Grupos de Trabalho e mais de 400 participantes. A seleção dos coordenadores de GTs e dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review*, o que resultou na publicação dos cinco livros do evento:

- Direito público: desafios e perspectivas
- Efetividade dos direitos humanos e direito internacional
- Direito, sociedade e solução de conflitos
- Novos direitos e transformação social
- Direitos fundamentais e efetivação

Os coordenadores de GTs indicaram trabalhos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2016. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Eduardo Manuel Val (UFF/UNESA), Mario Luis Gambacorta (UBA, Argentina) e Deraldo Dias (UCS). O trabalho premiado foi de autoria de Tatiana Lourenço Emmerich de Souza sob o título “O crime de lavagem de dinheiro por meio da internet: perspectivas e dificuldades da legislação brasileira”.

SUMÁRIO

TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO15

O ESTADO GERENCIAL BRASILEIRO E A GESTÃO DOS INTERESSES PÚBLICOS: A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS. 17

Amanda Pinheiro Nascimento

ASPECTOS LEGAIS CONTROVERSOS DO PRAZO PRESCRICIONAL DO RESSARCIMENTO AO SUS PELAS OPERADORAS DE SAÚDE.....33

Bruno Teixeira Marcelos

GESTÃO DE COMPRAS PÚBLICAS E MICRO E PEQUENAS EMPRESAS: O IMPACTO DA NOVA LEI COMPLEMENTAR Nº 147/2014..... 57

Carla Silva Julião E Felipe Asensi

SERVIÇO PÚBLICO OU ATIVIDADE ECONÔMICA? NATUREZA JURÍDICA DO UBER.....87

Daniela Batista Etiene e Thaynah Pimentel Souza

MEIO AMBIENTE E PODER DE POLÍCIA.....111

Davi Vazquez Barreira Ranzeiro de Bragança

DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL PARTICULAR
- PERDA DA PROPRIEDADE POR INICIATIVA
PRIVADA..... 129

Frederico Fernandes dos Santos

PODER DE POLÍCIA E INTERESSE PÚBLICO:
UMA ANÁLISE À LUZ DAS MANIFESTAÇÕES
DE JUNHO DE 2013..... 147

Maria Eduarda Mureb Sobrino Porto

O APLICATIVO UBER: UM ESTUDO DE CASO
BASEADO NOS PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS
DA ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 88167

Paulo Samico Junior

O TRIBUNAL DE CONTAS COMO ÓRGÃO
INDUTOR DA GOVERNANÇA PÚBLICA NOS
MUNICÍPIOS: COROLÁRIO DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA..... 185

Ronaldo Nascimento de Sant'Anna

OBSERVATÓRIO SOCIAL: UM ESTUDO
SOBRE OBSERVATÓRIOS QUE COMBATEM
AS FRAUDES EM LICITAÇÃO 201

Rosalva Rosa do Bomfim e Felipe Asensi

O PODER NORMATIVO DA ANATEL E A
FUNÇÃO DE PROTEÇÃO DOS INTERESSES
LEGÍTIMOS: ANÁLISE DO REGULAMENTO

GERAL DE DIREITOS DO CONSUMIDOR DE
SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES221

Sinara Fernandes

A LEGITIMIDADE DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA BRASILEIRA: PASSADO, PRESENTE
E FUTURO..... 239

Ugo Gabriel Barboza Garcia

O FATO DE TERCEIRO COMO POSSIBILIDADE
DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE
CIVIL DO ESTADO NO CASO DE HOMICÍDIO
COMETIDO POR PRESO NO INTERIOR DE
UNIDADE PRISIONAL: ANÁLISE DOUTRINÁRIA
E JURISPRUDENCIAL 255

Vinicius Pires Vaz de Azevedo

FINANÇAS, TRIBUTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO.....275

REPATRIAÇÃO DE CAPITAIS: A REAL
SOLUÇÃO PARA O PROBLEMA DA
SONEGAÇÃO FISCAL?.....277

Ivinna Nunes de Sousa

DIREITOS E CIDADES 293

A CONCESSÃO DE USO ESPECIAL COMO
INSTRUMENTO DE GARANTIA DO DIREITO
À MORADIA 295

Alice Nohl Vianna

INTERAÇÕES ENTRE DIREITO E ECONOMIA
NA PRODUÇÃO DO ESPAÇO CONSTRUÍDO

NA EXPANSÃO URBANA RUMO À BARRA
DA TIJUCA.....317

Álvaro Carlos Ramos Barbosa

DIREITO À MORADIA: UMA VISÃO
PANORÂMICA..... 335

Álvaro Carlos Ramos Barbosa

LICENCIAMENTO URBANÍSTICO-AMBIENTAL NA
REGULARIZAÇÃO URBANÍSTICA NO CONTEXTO
DO PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA: OS
INSTITUTOS DA DEMARCAÇÃO URBANÍSTICA
E LEGITIMAÇÃO DE POSSE 349

Árcia Fernandes Correia

REGULARIZAÇÃO URBANÍSTICA
SUSTENTÁVEL: A POSSIBILIDADE DE FOMENTO
LOCAL AO USO DE ENERGIA SOLAR EM
ASSENTAMENTOS PRECÁRIOS 365

Árcia Fernandes Correia

REVOLUÇÃO URBANA: CIDADES
SUSTENTÁVEIS E UM NOVO MODELO DE
DESENVOLVIMENTO 385

Bárbara Beatriz Rodrigues Afonso Chiste

OMISSÃO ESTATAL NO EXERCÍCIO DO PODER
DE POLÍCIA EM MATÉRIA AMBIENTAL405

Davi Vazquez Barreira Ranzeiro de Bragança

CIDADES, DIREITOS HUMANOS E VIOLÊNCIA:
INSEGURANÇA NUMA ÉPOCA DE INCERTEZAS
GERAIS 423

Emilio E. Dellasoppat

DIREITO DE PROPRIEDADE E FUNÇÃO
SOCIAL DA CIDADE: ANÁLISE DOS INSTITUTOS
TRIBUTÁRIOS APLICÁVEIS NA PROTEÇÃO
DO MEIO AMBIENTE. 441

Ícaro Lima da Costa Falcão

O DIREITO AO SANEAMENTO BÁSICO E
AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SANEAMENTO
BÁSICO NO MUNICÍPIO DO RIO DE
JANEIRO 459

Juliane dos Santos Julio

O ATUAL CENÁRIO DA POLÍTICA NACIONAL
DE RESÍDUOS SÓLIDOS: EM BUSCA DE UMA
EFETIVA INCLUSÃO SOCIAL DOS CATADORES
DE MATERIAIS RECICLÁVEIS 477

Marconi do Ó Catão e Marconi Gomes do Ó Catão

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À
MORADIA E AS POLÍTICAS HABITACIONAIS
BRASILEIRAS. 495

Mateus Fernandes Vilela Lima

PRODUÇÃO DO ESPAÇO URBANO: O
DIREITO À CIDADE EM BARCELONA 1992 E
RIO DE JANEIRO 2016..... 513

Vitor Fraga da Cunha

TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O ESTADO GERENCIAL BRASILEIRO E A GESTÃO DOS INTERESSES PÚBLICOS: A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.

Amanda Pinheiro Nascimento ¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende trazer à lume a discussão acerca da função do Estado na sociedade, tendo em vista as diversas facetas já assumidas por este poder soberano em território nacional, como também, frente às políticas sociais e econômicas globalizadas.

Os contornos da ingerência do Estado no corpo social são frequentemente analisados, não sendo uma tarefa simples, como querem alguns ideólogos, conquanto este fato seja de ordem política, social, econômica, geográfica, ambiental, histórica, moral, dentre outros campos epistêmicos que em conjunto delimitam mais eficazmente o objeto de análise.

Reconhecendo a infinidade de ferramentas necessárias para o estudo do papel estatal no cenário interno e global, o presente trabalho busca elucidar questões sobre o âmbito de intervenção econômica e da gestão de interesses públicos à luz da carta magna de 1988 por intermédio principal do Direito Administrativo.

1. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense e membro do Laboratório de Estudos de Direito Administrativo Comparado (LEDAC/UFF). Email: amandapinheiro.uff@gmail.com.

NASCIMENTO, Amanda Pinheiro. *O Estado Gerencial Brasileiro e a gestão dos interesses públicos: a participação da sociedade civil na gestão dos interesses públicos*.

Sendo assim, apontamos a opção de intervenção estatal que consideramos mais adequada para a esfera econômica, assim como para a gestão dos interesses públicos, a saber o Estado Gerencial, bem como demonstrar que o gerencialismo na administração pública carece de maior execução, uma vez que convive com lastros do patrimonialismo e da visão burocrática de gestão.

Utilizando o método de pesquisa dedutivo, pretende-se demonstrar que o Estado Gerencial é o modelo mais adequado para o contorno atual das sociedades contemporâneas. Ainda, sobre a metodologia, importa destacar que nos reportaremos à visão do economista Bresser Pereira, Ministro da Fazenda durante o governo Fernando Henrique Cardoso nos anos 90, no tocante, às questões do âmbito da economia política.

A fim de explorar o tema, no capítulo 1 trataremos do Estado Gerencial brasileiro demonstrando seus ciclos de desenvolvimento, por intermédio da historiografia nacional, no capítulo 2 exporemos o modelo mínimo de Estado, que é tido como o mais adequado para a instalação do modelo gerencial da administração pública, todavia, demonstrando a ressalva dessa conceituação com os preceitos constitucionais pátrios e por fim, no capítulo 3 deste artigo, falaremos da importante atuação da sociedade civil, no modelo de administração gerencial, como promotora eficaz da gestão dos interesses públicos.

I - ESTADO GERENCIAL BRASILEIRO:

Convergir um serviço público de qualidade com os interesses econômicos do Estado e do setor privado nunca fora tarefa simples, no entanto, esse parece ser um dos maiores desafios do Estado na atualidade de um mundo complexo em termos de atores e mercado. (TÁCIO, 1999, p 2-37)

Na esteira que nos leva ao desenvolvimento da administração pública no Brasil, começa no século XX a estruturação e organização de ferramentas estatais que servissem aos interesses oligárqui-

cos. Neste período, o serviço público identificava-se com o patrimonialismo e clientelismo. A máxima era a de um Estado seletivo e que mantivesse a sociedade em estamentos. (HOLANDA, 2010)

Todavia, urge a necessidade de substituir um governo de alto nepotismo e pessoalidade, por uma forma mais impessoal e técnica, surgindo assim o Estado de administração pública burocrática, imbuído no combate aos casos de corrupção e privilégios classistas.

O modelo burocrático que surge, inicialmente, no Brasil, é aquele clássico Weberiano: racionalidade, impessoalidade, formalidade e meritocracia. Marco importante fora a criação, em 1936, do DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público). (COSTA, 2008)

Já nos anos 50 e 60 o monopólio do Estado em setores específicos da economia e no oferecimento dos serviços públicos se vê forçado a recuar. O governo ditatorial, então instaurado no Brasil, tenta implantar pequenos mecanismos de “modernização” do modelo burocrático, apreendendo técnicas das empresas privadas. (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 45-95)

O Decreto-Lei nº 200, de 1967 inaugura uma nova reforma da administração pública de maneira sistêmica, definindo a organização e funcionamento da máquina administrativa, fixando a distinção entre a administração direta e a indireta.

Antes de adentrarmos o período de redemocratização, pós ditadura militar, é imperioso falar dos movimentos de reforma ocorridos ainda sobre a égide dos governos militares, que em 1979 culminaram no Decreto-Lei no 83.740 de 18 de julho que foi uma tentativa de desburocratização e desestatização do serviço público. (BRESSER-PEREIRA, 1998, p.50)

No período de redemocratização da política do país, a grave crise econômica, que fora identificada como a crise do Estado Burocrático, mostrara a fragilidade da pretensão estatal em assegurar a prestação direta dos serviços públicos.

Dados referentes à época dizem que a carga tributária que era de 5 % no início do século passou a 30% e 60% do produto interno bruto. O significado desse cenário só poderia ser o de colapso e imobilidade de um Estado inchado, sobrecarregado e ineficiente. (BRESSER-PEREIRA, 1988, p.55)

Especialistas, então, se puseram a redefinir o poder regulatório do Estado, a recuperar a governança, então enfraquecida pela incapacidade financeira, e a gerir sobre novas bases as políticas públicas.

Ora, não fora a eliminação total da administração burocrática, mesmo porque reputamos como impossível a aniquilação por completo das ferramentas anteriores de atuação, visto que não ignoramos os vícios adquiridos pelos funcionários públicos e os interesses políticos envolvidos.

Mesmo já na posição reformista, o governo Sarney de 1985, demonstra a timidez e a marcha lenta de expansão do regime gerencial. Seu governo promoveu o fortalecimento da administração direta pela crença de que ela havia sido desprestigiada em relação a administração indireta. Tendo elaborado uma primeira versão da Lei Orgânica da Administração Pública Federal, que sucederia o Decreto-Lei nº 200/67.

Na década de 90, como resposta ao desencadear da perturbação econômica e da falta de credibilidade do governo frente a sociedade, Bresser Pereira, então Ministro da Fazenda, no governo Fernando Henrique Cardoso, lança um plano que tem por fim promover o Estado gerencial no Brasil. (TÁCIO, 1999)

Em decorrência de uma visão gerencial do Estado, a constituição fora alterada pela Emenda constitucional nº 19/1998 que propunha a racionalização da administração pública prestigiando a descentralização das atribuições do Estado e sua maior eficiência, modificando o regime da administração e dispondo sobre seus princípios e normas. (BORGES, 2010)

Dentre as mudanças mais significativas estão, a extinção do regime jurídico único para servidores públicos, bem como a mudança

nos aspectos de gestão da máquina pública. Além disso, tanto o servidor público, quanto o cidadão comum passaram a ter acesso à informação sobre os atos de governo e a reclamar contra o mal funcionamento dos serviços públicos. (COSTA,2008)

Merece destaque, também, a redação dada para a implementação das agências reguladoras e as organizações sociais do terceiro setor, que permitiriam maior flexibilidade e publicização da administração estatal, como veremos adiante.

II. O MODELO DE ESTADO MÍNIMO

O Estado que se compromete com uma administração pública gerencial, precisa se cercar também dos aparatos formais que permitam a adequada execução deste regime. Dentro desta consideração cabe delinear qual seja a configuração do Estado desejável para tais fins. (CARVALHO FILHO, 2011, p 89-109)

Nas reformas administrativas da década de 90, que se concretizaram com o advento da Emenda Constitucional 19 de 1998, está a proposta de limitação do Estado, que até então se imbuira como salvaguarda e executor direto dos diversos serviços públicos e direitos sociais, mesmo após algumas tentativas de realização de dispensa de controle centralizado. (BRESSER-PEREIRA, 1988)

O modelo de Estado Mínimo entendemos como sendo aquele que prevê um enxugamento das atribuições de intervenção direta do Estado em atividades ditas não exclusivas do Estado. Retirando assim a ingerência no âmbito dos interesses individuais e favorecendo o livre mercado. (BOBBIO, 2000)

No que comporta ao Estado Brasileiro, não se pode negligenciar que a constituição da república de 1988 é uma barreira importante para o estabelecimento rígido de um Estado Mínimo, visto que tal padrão é incompatível com a carta constitucional programática que evoca em diversos momentos a intervenção do Estado em variados setores, mesmo no livre mercado.

Todavia, tal restrição imposta pela carta magna não importa na anulação em apreender o modelo de Estado Mínimo vital para a administração gerencial da máquina pública, ainda que se apresente um Estado Mínimo “ala brasileira” traduzido na desestatização do poder público, submetida à trava dos preceitos constitucionais.

Superadas essas considerações iniciais, passaremos a expor os programas e os aparatos jurídicos que proporcionam a existência do modelo mínimo de Estado, na perspectiva gerencial, a saber: privatização, concessões, terceirizações e regulação. (SOUTO, 2001)

A Lei nº 9.491, de 09.09.97 designou as normas definitivas ao processo de desestatização criando o Programa Nacional de Desestatização (PND). A lei definira os objetivos a serem perseguidos dentro da nova visão do papel estatal, criando critérios sobre os setores que deveriam ser desestatizados e limitando a conduta dos administradores públicos quanto à finalidade dos seus atos. (CARVALHO FILHO, 2011)

A lei 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.

Assim como as concessões e permissões a terceirização vem como mais uma alternativa para desvincular o Estado de atividades que não necessitem de sua intervenção direta. Assim, a administração fora enxugando seus quadros e dinamizando a execução de suas atividades através da contratação de terceiros.

A terceirização ou locação de serviços, na Administração Pública é regrada pela Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública), muito embora já tenha sido prevista no Decreto-Lei nº 200 de 1967 que tratava da matéria no seu art. 10, § 1º, alínea c, c/c § 7º, em um contexto autoritário e demasiadamente burocrático. (SOUTO, 2001)

Já as Agências Reguladoras são criadas através de leis específicas de cada setor e tem natureza de autarquia com regime jurídico especial e integram a administração pública indireta, fiscalizando e

regulando as atividades de serviços públicos executados por empresas privadas, mediante prévia concessão, permissão ou autorização.

Urge destacar sua autonomia político-administrativa e seu poder de discricionariedade, permitidos pelo seu formato de autarquia de regime especial. Tal característica faz-se de extremo relevo, haja vista, lidar com matérias que envolvem valoração política. Suas resoluções devem privilegiar o máximo rigor técnico para os adequados fins do setor que regula.

Portanto, concluímos que a independência política, normativa e técnica das agências reguladoras é imprescindível para o seu bom funcionamento, não obstante tais considerações, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado (CCJ) aprovou, na quarta-feira (30/09/2015), o projeto da Lei Geral das Agências Reguladoras (PLS) 52/2013. A proposta, que faz parte da Agenda Brasil, estabelece regras relativas à gestão, organização e mecanismos de controle social das agências reguladoras federais e promove ainda ajustes nas leis específicas de criação de cada uma delas.

Segundo as palavras do relator na CCJ, senador Walter Pinheiro (PT-BA) a proposta tem objetivo de afastar uma das principais distorções no modelo vigente, “que é o exercício de competências de governo pelas agências reguladoras, como a absorção da atividade de formulação de políticas públicas e do poder de outorgar e conceder serviços públicos”.

Segundo tal projeto, ainda em curso, e de autoria do senador Eunício Lopes de Oliveira (PMDB - CE), há o objetivo de frear parte da autonomia e discricionariedade das agências reguladoras, submetendo-as a um controle mais rígido e centralizado do executivo. Para tal procedimento, criar-se-á novo aparato burocrático em uma ferramenta, tipicamente, identificada com a administração gerencial.

Por este prisma, da convivência recorrente entre aparatos burocráticos e gerenciais na administração pública atual, mister se faz

observar a nova lei de licitações 13.303 que foi sancionada em 30 de junho de 2016 estabelecendo o estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias.

Chama-se atenção para a incorporação do RDC (regime diferencial de contratação) aspecto da lei que nos parece, diferente do projeto de lei 53 das agências reguladoras, suso mencionado, privilegiar a autonomia e certo grau de discricionariedade das empresas prestadoras de serviço público em nome da competitividade e especificidade das matérias tratadas por elas.

Retornando aos instrumentos de desestatização da administração pública tem-se a PPP (Parceria Pública e Privada). A lei 11.079 de 2004 estabelece normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, o Art. 2º estabelece que a “Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.”

Por último, trataremos do terceiro setor que é formado pelas entidades privadas que prestam atividade de utilidade pública, sem finalidade lucrativa.

As organizações sociais (OS) são reguladas pela Lei 9.637 de 1998 e se constituem mediante inscrição no registro civil de pessoas jurídicas (Art. 45 CC e Art.114 Lei 6.015/73). Sua atuação é mediante ato administrativo discricionário, destaca-se aqui seu poder de autonomia, mas também, de ato administrativo vinculado, uma vez que deve preencher certos requisitos e cumprir obrigações previstas no Art. 2 II, Art. I e 16 da Lei.

Essa entidade está ligada ao Poder Executivo, Ministro ou Titular do Órgão do seu Objeto Social ou do Estado de Administração, Art. 2 II, e deve atender ao interesse público ao celebrar os contratos de gestão.

As OSs possuem obrigatória publicação no diário oficial da União do relatório financeiro. A Lei 9.637 de 1998, ainda, estatui limites e critérios da remuneração de dirigentes, empregados, a exe-

cução com análise do relatório de forma periódica por comissão de avaliação e verificação de irregularidade com consecutivo requerimento ao Ministério Público, Advocacia Geral da União ou Procuradoria a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e sequestro dos bens de dirigentes ou terceiros.

Já as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) são regradas pela Lei 9.790 de 1999 e tem sua constituição realizada, assim como a OS, pela inscrição no registro civil de pessoas jurídicas (Art. 45 CC e Art.114 Lei 6.015/73). Agem, diferentemente das OSs, somente, por atos administrativos vinculados (Preenchimento dos Requisitos - Art. 1 §2 e 6 §3).

Sua competência está ligada ao Poder Executivo, Ministério da Justiça, para fins de Certificado de Qualificação e habilitação para celebrar termo de parceria com poder público. A OSCIP está obrigada a ter Estatuto Registrado, Ata da Eleição da Diretoria, Balanço Patrimonial, Declaração de Isento IR e Inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes (Art. 5).

Para haver outorga de qualificação como OSCIP, a organização deve possuir finalidade não-lucrativa, além de não ser vedado pelo Art 2º da lei como é o caso dos sindicatos e Instituições religiosas, por exemplo.

Seu estatuto social prevê a observância dos princípios do Art. 37 da CRFB, referentes à administração pública, normas de prestação de contas, conselho fiscal ou órgão equivalente, remuneração para atuação efetiva ou específica dentro dos valores de mercado. Todavia, não exige participação de agente público no conselho de administração.

Quanto a fiscalização de suas atribuições cabe ao órgão do poder público e conselho de políticas públicas a fiscalização da execução com análise do relatório de forma periódica por comissão de avaliação e verificando irregularidade requerer ao Ministério Público ou Procuradoria a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e sequestro dos bens de dirigentes ou terceiro. (LEITE, 2003)

III - SOCIEDADE CIVIL E A GESTÃO DOS INTERESSES PÚBLICOS

O terceiro setor é identificado hodiernamente pelas Organizações Sociais e pelas Organizações Sociais da Sociedade Civil de Interesse Público é a parte da administração pública que melhor comporta a participação popular, uma vez que se configura pela iniciativa privada sem fins lucrativos, cujo objeto está intimamente ligado ao atendimento de direitos básicos da cidadania. (CARVALHO, 2002)

Sobre estas organizações sociais que prestam atividade de interesse público recaem título jurídico específico, que as qualificam para receberem financiamento estatal e estarem sujeitas a rigoroso regime de obrigações, que também, já, destacamos no tópico anterior. Todavia, cabe frisar que as leis que regulam essas organizações do terceiro setor, vem como resposta a frouxidão que se instaurou em relação às instituições que recebiam título jurídico de atividade de interesse público e por conseguinte fomento financeiro estatal. Elas foram usadas e manipuladas por um longo período de tempo por parlamentares, que desviaram vultosas somas de dinheiro público em nome de atividades sociais.

Contudo, o regramento mais rígido e austero que receberam as organizações da sociedade civil para que pudessem se qualificar e receber o título jurídico, não parecem ter colocado fim aos interesses pífidos e patrimonialistas que persistem em aparecer no âmbito dessas entidades, inclusive, interesses políticos partidários. (TOURINHO,2010)

Cumpre-nos fazer uma avaliação mais crítica então, visto que, o maior rigor técnico e legal não fora capaz de barrar a utilização do terceiro setor para fraudes e interesses políticos partidários. Assim, muito embora, uma legislação mais precisa como foi o caso das leis das OSs e OSCIPs seja importante, contudo, não prescinde de uma atuação estatal maior e severa no tocante à coercitividade, à repressão e à fiscalização das irregularidades.

Não obstante, ao que ora afirmamos, a nova lei de licitações (Lei 13.303/2016) preocupada com a corrupção e fraudes no terceiro setor preceitua que as organizações não governamentais (ONGs) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs) que recebam recursos orçamentários deverão ser obrigadas a realizar licitações para compras e contratação de serviços.

A decisão de recrudescer o regime de controle do terceiro setor, através da lei de licitações, demonstra a predileção do governo por técnicas que configuram a gestão burocrática da administração pública. A autonomia funcional do terceiro setor fora reduzida, a medida em que foi comparado com as atividades do segundo setor, com empresas privadas prestadoras de serviço público. (COSTA, 2008)

Ainda, a excessiva padronização e sujeição à normas gerais, no caso das atividades de terceiro setor que são bastante diversificadas (saúde, educação, infraestrutura, dentre outros) pode causar danos a sua eficiência, qualidade e resultado. (MODESTO, 1997, p. 195-212)

Agora, por derradeiro, chamaremos atenção para um importante papel do terceiro setor, que é o de comportar a atuação engajada da sociedade civil em termos de solidariedade social. Quando nos reportamos a este termo, queremos dizer acerca da matéria tratada pelas organizações sociais de interesse público, a saber, objetivos ligados à saúde, educação, esporte, saneamento básico, infraestrutura, cultura, meio ambiente, dentre outras áreas sensivelmente ligadas à promoção da cidadania.

Percebemos, então, que as atividades do terceiro setor estão intimamente ligadas com os objetivos constitucionais, inclusive, através da preceituação dos seus princípios fundamentais. Neste aspecto, a sociedade civil atua como salvaguarda do cumprimento das normas constitucionais, caso atue ativamente no fomento de políticas públicas voltadas para a coletividade.

Sendo assim, o terceiro setor apresenta-se como um espaço de conversa e conhecimento. A sociedade se instrui acerca do funciona-

mento do Estado e sobre a própria participação, atribuindo-se também da responsabilidade dos assuntos de interesse coletivo. Já o poder estatal aprende a ser mais sensível e assertivo no reconhecimento de demandas e a adaptar mecanismos burocráticos para a interlocução.

Tal intercâmbio, promove resultados mais eficazes em termos de políticas públicas, como também obtém resultados cívicos (reconhecimento e legitimidade de atores, das demandas e decisões geradas, com compromissos recíprocos na esfera pública). (CARVALHO, 2002)

Dentre as maneiras do cidadão comum participar das atividades do terceiro setor estão: palestras, conselhos e conferências promovidas pelas organizações sociais sem fins lucrativos, famosas são as conferências na área da saúde. Também, há a opção do voluntariado junto a estas entidades, bem como a qualificação de nova entidade, que atendendo aos requisitos legais, poderá tentar sua habilitação como OS ou OSCIP.

IV - CONCLUSÃO

O tema nos reporta à conceituação e à problematização de qual seja a configuração do Estado mais adequada para gerir os interesses públicos. Cientes de que a defesa do Estado Gerencial e dos aparatos jurídicos para a sua implementação esbarra em interesses políticos, econômicos, na interação dos mercados mundiais e, no caso brasileiro, na constituição federal embebida pela positivação de direitos sociais, a pretensão fora a de apontar o Estado Gerencial não como um modelo perfeito e inerrante, mas, antes, como um modelo conciliatório frente aos diversos interesses antagônicos em comento e mais adequado aos atores sociais emergentes da contemporaneidade.

O Estado brasileiro, como buscamos demonstrar, tem uma predileção, ao menos histórica, de centralizador funções, cargos e a execução de tarefas. Seja para manter o interesse de classes, como na administração patrimonialista, seja para perpetuação de

poder, na administração burocrática. Todavia, as crescentes demandas sociais e o avanço do Direito positivado fizeram ruir parte do paternalismo estatal, que se viu obrigado a implementar, em marcha lenta, mecanismos de desconcentração e desestatização da administração. Fato que se pôde notar, inclusive, em governos ditatoriais e de tendência centralizadora.

O ciclo “burocracia-gerencialismo” fora arrastado até os anos 90, quando, então, o governo se viu forçado (crise fiscal e de governança) a pôr em curso definitivo o modelo gerencial de administração pública, marcado por diversas privatizações, concessões, dentre outros contratos de parceria com a iniciativa privada.

Reportamos a mudança forçada, haja vista, ser resultado direto de uma onda mundial de transformação na gestão pública. O modelo burocrático, entretanto, não fora totalmente substituído e convive, ainda, hoje, com o gerencial. O motivo, por certo, se deve ao fato da burocracia estatal estar ligada aos privilégios políticos, que tem como corolário centralização, uniformização, padronização e paternalismo, tudo, a fim de garantir planos de perpetuação no poder.

Por fim, demonstramos que o modelo gerencial privilegia a sociedade civil na gestão dos interesses públicos, a saber, como prestadora de serviços públicos.

Nos pareceu adequado dizer que dado à natureza da matéria tratada pelo terceiro setor, a interação social é fundamental e salutar, além de contar com a *expertise* propiciada pela junção de profissionais de diversas áreas. Ressaltando, assim, a maneira de criação, qualificação e desqualificação das organizações do terceiro setor, que contam com importante participação popular e com um regime jurídico específico quanto à publicização de seus atos.

Resta, por derradeiro, nossa defesa por uma administração pública dos interesses públicos socializada, desburocratizada e mais autônoma, sem prescindir do rigor fiscalizatório do Estado.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BORGES, Alice Gonzalez. *A implantação da administração pública gerencial na Emenda Constitucional 19/98*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 24, out./dez.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismo de controle*. Lua Nova Revista de Cultura e Política, n.º. 45, 1998.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Uma reforma gerencial da administração pública no Brasil*. Revista do Serviço Público, n.º. 1, Jan-Mar 1998 49.
- CARVALHO, Débora Nacif de. *Terceiro Setor: a sociedade por ela própria*. Revista Brasileira de Administração. Ano XII, n. 38. set. 2002.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Estado mínimo x Estado máximo: o dilema*. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 89-109, jan./dez. 2011.
- COSTA, Frederico Lustosa. *Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas*. Revista de Administração Pública – FGV, Rio de Janeiro, maio. 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *500 anos de Direito Administrativo Brasileiro*. Revista eletrônica de direito do Estado, n. 5, 2006. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br> > . Acesso em: 17 de julho de 2016.

- HOLANDA, Sérgio Buarque de., *Raízes do Brasil*. 2. Ed., revista e ampliada. Rio de Janeiro, José Olympio.
- LEITE, Marco Antônio S. (2003) *O terceiro setor e as organizações da sociedade civil de interesse público OSCIPs*. Disponível em:<http://tupi.fisica.ufmg.br/~michel/docs/Artigos>. Acesso em: 14 de julho de 2016.
- MODESTO, Paulo. (1997), *Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil: As dúvidas dos juristas sobre o Modelo das Organizações Sociais*, In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 210, out./dez., pp.195-212; Revista do Serviço Público, Brasília, ano 48, n. 2, maio/ago., pp. 27-57.
- SANTOS, Boaventura de S. & AVRITZER, Leonardo. Introdução – Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de S. (org.). *Democratizar a Democracia: Os caminhos da democracia participativa*. Coleção Reinventar a Emancipação Social: Para novos manifestos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulações*. 4. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: lumen Juris, 2001.
- TÁCITO, Caio. *A reforma do Estado e a modernidade administrativa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 215, jan./mar. 1999
- TOURINHO, Rita. *Terceiro Setor no ordenamento jurídico brasileiro: constatações e expectativas*. Revista Brasileira de Direito Público, v 8, n 30, p. 117-138, jul./set. 2010.

ASPECTOS LEGAIS CONTROVERSOS DO PRAZO PRESCRICIONAL DO RESSARCIMENTO AO SUS PELAS OPERADORAS DE SAÚDE.

Bruno Teixeira Marcelos²

Introdução

Desde a sua elaboração, a Lei 9.656 de 03 de junho de 1998, a qual dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, vem sendo objeto de questionamentos, já que a lei que deveria regulamentar um setor complexo, trouxe consigo uma série de divergências que estão sendo combatidas ao longo dos anos.

Dentre os diversos institutos questionados na referida lei, o que será objeto do presente artigo é o instituto conhecido como “Ressarcimento ao SUS”, o qual está devidamente descrito no art. 32³:

O Ressarcimento ao SUS, inicialmente regulamentado pela Resolução Normativa (RN) ANS nº 185 de 30 de dezembro de 2008 e substituído pela RN nº 358 de 27 de Novembro de 2014, foi definido pela Agência Reguladora (AGENCIA. 2015), como a obrigação legal dos planos de saúde em restituir as despesas do SUS no atendimento aos beneficiários de contratos privados.

2. Graduado pela Universidade Candido Mendes. Advogado. Pós-graduado em responsabilidade civil e direitos do consumidor pela Universidade Candido Mendes. Pós-graduado em direito médico pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduando em direito administrativo pela Escola da Magistratura do Rio de Janeiro.

3. Art. 32 Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS

Ainda neste enfoque de compreensão do instituto, Henrique Freire de Oliveira Souza (SOUZA, 2012, P 499), acrescenta que a figura do ressarcimento poderia ser entendida de três formas distintas:

(i) de uma política pública, a um tributo, até a uma obrigação decorrente de um ilícito; (ii) de uma maneira a se evitar o enriquecimento sem causa de uma OPS, até uma forma de se onerar ainda mais o consumidor/cidadão/beneficiário, privado de ter acesso gratuito ao SUS (ainda que de maneira indireta); (iii) de maneira a ressarcir, até uma forma de punição à OPS (na medida em que o “ressarcimento” poderá ser superior ao eventual dano provocado ao SUS).

Da leitura do artigo da lei, e das definições mencionadas, é possível se denotar a diversidade de questionamentos possíveis ao instituto, os quais vão desde sua constitucionalidade até a forma como se procede a efetiva cobrança do ressarcimento.

No presente trabalho, o direcionamento será dado pela necessária análise da natureza jurídica do instituto, imprescindível para que se possam compreender as teses relativas à prescrição que são defendidas pela ANS em contraposição às teorias das Operadoras de Planos de Saúde – OPS.

A Natureza Jurídica do Ressarcimento ao SUS

Como o já visto anteriormente, a grande controvérsia relacionada ao instituto do ressarcimento SUS gira em torno de sua natureza jurídica. A resolução desta discussão será capaz de encerrar os embates doutrinários a respeito do tema, que possui diversos contornos válidos e bem fundamentados.

O estudo da natureza jurídica do ressarcimento SUS ganha contornos relevantes neste momento. Isto porque, para a compre-

ensão das teses relativas à prescrição, será necessário o enquadramento do instituto em alguma das teorias sobre sua natureza jurídica. Assim, será possível a identificação da tese relacionada à prescrição que terá validade.

Desta forma, podemos identificar algumas teorias que explicariam a natureza jurídica do instituto, as quais, para fins de melhor compreensão serão tratadas individualmente.

A natureza jurídica de tributo

A primeira teoria a ser estudada informa que o ressarcimento SUS seria uma espécie de tributo. Esta tese foi a primeira a ser aduzida quando houve a criação do instituto e, apesar da jurisprudência não mais acatá-la, não se pode afirmar que está superada, tendo em vista que ainda não ocorreu o julgamento definitivo da ADI 1.931/DF.

Defensores desta tese informam que o ressarcimento SUS estaria apoiado no preconizado pelo Art. 3º do Código Tributário Nacional que dispõe que *“Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”*.

E isto porque, o instituto se trataria de prestação pecuniária legal, visto que está devidamente estatuída em lei, é compulsória, uma vez que as Operadoras de Saúde estão obrigadas a pagar ao Estado pelos atendimentos prestados e, está relacionada à atividade administrativa vinculada, posto que o atendimento de saúde é obrigação do Estado.

Neste sentido, Walter Alexandre Bussamara (BUSSAMARA, 2003, P 69), informa:

No caso sob estudo, reitere-se a referida cobrança esquadra-se *justamente (e somente!)* naquela categoria exterizadora de tributo: não é sanção de qualquer ato ilícito praticado pelas operadoras de planos de saúde (o que caracterizaria uma multa);

não nasce de qualquer manifestação volitiva das partes (o que caracterizaria uma obrigação convencional) e não é reparação patrimonial (o que caracterizaria uma obrigação por dano).

Posição esta que está em acordo com o disposto, até então, pelo Supremo Tribunal Federal, que não reconheceu no instituto do ressarcimento ao SUS a natureza jurídica de tributo.

A natureza jurídica de responsabilidade civil

Com as primeiras decisões nos tribunais a respeito do tema, outra tese surgiu naquela oportunidade, dando conta da natureza não tributária do instituto e tratando da questão como forma de indenização ao Estado pelo atendimento prestado ao beneficiário de planos de saúde.

A leitura do termo “indenização” remeteu parte da doutrina ao instituto da responsabilidade civil. Para eles, o ressarcimento deveria atender aos requisitos deste instituto civil, a saber: culpa,nexo de causalidade e dano.

Para a melhor compreensão desta teoria, faz-se necessário esclarecer alguns aspectos dos requisitos da responsabilidade civil.

Inicialmente, a responsabilidade civil encontra-se devidamente prevista no Código Civil Brasileiro no Art. 927, onde estão delimitadas suas hipóteses, determinando o caput do artigo a responsabilidade civil subjetiva e o parágrafo, a objetiva.

Pode-se afirmar, antecipadamente, que o instituto do Ressarcimento ao SUS não guarda qualquer relação com o instituto da responsabilidade civil.

Primeiramente, se analisado sob o prisma da responsabilidade civil subjetiva, é pacífico na jurisprudência (que será mais analisada adiante) que o ressarcimento ao SUS não figura na teoria dos atos ilícitos. Isto porque, a Operadora de Saúde não age com imprudência, imperícia ou negligência, na medida em que o direito do cidadão em procurar a saúde pública para seu atendimento é constitucionalmen-

te assegurado, razão pela qual, não há qualquer ilícito no atendimento do beneficiário de plano de saúde privado pelo Estado.

Ressaltamos que, apesar de não estar presente o requisito culpa, este poderia se verificar na hipótese da injusta negativa da OPS em atender seu beneficiário, que por falta de opção busca o serviço público de saúde. Nesta hipótese estaria configurado o abuso de direito, por violação a boa-fé objetiva contratual, no entanto, a vítima não seria o Estado, mas sim o cidadão, posto que haveria descumprimento de cláusula contratual de atendimento.

Mesmo deixando de lado o elemento culpa e admitindo a responsabilidade civil objetiva, torna-se imperiosa análise dos demais elementos definidores da responsabilidade civil. No que concerne a relação de causa e efeito preconizados pela teoria do nexo de causalidade direto e imediato, o mesmo resta devidamente configurado, na medida em que o dito dano sofrido pelo Estado, nos termos do Art. 32, da Lei 9.656/99, reside no atendimento realizado ao cidadão e que deveria ter sido prestado pela OPS.

Desta forma, a questão remanesceria no dano, na medida em que, conforme o já afirmado, o cidadão possui direito subjetivo à saúde prestado pelo Estado de forma gratuita. Logo, o atendimento dele pela rede pública de saúde não se afiguraria como dano ao patrimônio público, já que há previsão de despesas para isto.

Portanto, não estão presentes os requisitos para se configurar as hipóteses de responsabilidade civil, posto que não haveria que se falar em culpa, tampouco em dano.

A natureza jurídica de obrigação civil e a teoria do enriquecimento sem causa

Parte da doutrina, da jurisprudência e, principalmente, as Operadoras de Planos de Saúde, defendem a ideia de que o instituto teria cunho indenizatório, sendo verdadeira obrigação civil, e por isto, direcionada a vedação do enriquecimento sem causa das Operadoras.

Sobre a definição de indenização, o saudoso Silvio Rodrigues (RODRIGUES, 2002, P 185), assim lecionava: “*Indenizar significa ressarcir o prejuízo, ou seja, tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado.*”

Muito se discutiu na doutrina sobre a possibilidade de indenização sem culpa, questão que mesmo antes do atual Código Civil, já era pacífica sobre sua possibilidade.

Nesta esteira, o atual *Codex* trouxe solução para a questão do ressarcimento sem culpa ou ilícito em diversos momentos para o caso em tela. Ou seja, nas hipóteses de enriquecimento sem causa, assim restou consignado na Lei: “*Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.*”

Sobre o enriquecimento sem causa, Arthur Mendes Lobo (LOBO, 2010,P 140), em seu artigo, assim o define:

O Código Civil brasileiro deixa claro que ocorre enriquecimento sem causa quando uma das partes contratantes tem um acréscimo em seu patrimônio à custa da parte contrária por um fato ilícito (age contrariamente aos preceitos legais, em abuso de direito ou pratica qualquer ato injustificável). E também quando tal enriquecimento se dá porque uma das partes invoca um motivo que, embora fosse lícito em um primeiro momento, deixou de sê-lo por uma norma ou interpretação jurídica posterior.

Desta monta, denota-se que o ressarcimento ao SUS tem por objetivo a cobrança realizada para ressarcir as despesas decorrentes de tratamento de saúde prestado ao consumidor, que já havia contratado o mesmo serviço com a operadora, possibilitando a OPS

um enriquecimento sem causa, na medida em que o tratamento foi custeado pelo poder público.

E tal circunstância fica evidenciada tanto que em sua redação original como naquela modificada pela Medida Provisória 2177-44/2001, o Art. 32, da Lei 9.656/98 preceitua que as operadoras de planos de saúde deverão **ressarcir** a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) pela utilização do Sistema Único de Saúde (SUS) por conveniados.

Da análise do artigo supracitado infere-se que o ressarcimento será devido sempre que (1) um consumidor de plano de saúde ou seus dependentes (2) forem atendidos pelo SUS (3) e os serviços prestados pelo Sistema Público constarem dos respectivos contratos particulares.

Dessa forma, o objetivo do ressarcimento é restituir os gastos realizados pela rede pública com o tratamento de pessoas filiadas a planos privados de assistência á saúde, haja visto que o tratamento é coberto pelo contrato do plano de saúde. Os tratamentos prestados pelo SUS, que não constem do contrato privado, por ser óbvio, não são objeto do ressarcimento.

Apesar do pequeno consenso jurisprudencial a respeito da natureza jurídica do ressarcimento ao SUS no sentido do empregado até aqui, nota-se o dissenso entre a natureza jurídica aceita e os prazos prescricionais acatados, questão esta que será objeto de tópico próprio.

Na doutrina, em parecer encomendado pela Associação Brasileira de Medicina de Grupo – ABRAMGE e outros, ao ex-ministro Carlos Mario da Silva Velloso (VELLOSO, 2010), denota-se posição no sentido da tese exposta:

E é exatamente aí, no enriquecimento sem causa, que reside a justificativa para o ressarcimento previsto no art. 32 da lei 9.656/98 o ato lícito do segurado que procura, para atendimento na rede pública de assistência médica, inegavelmente causa, em detrimento do poder público, enriquecimento sem causa da operadora de plano de saúde, que

economizará, fazendo crescer seu patrimônio, o que seria dispendido pela rede hospitalar particular.

Nos parece que a tese que melhor explicaria sua natureza jurídica seria esta, na medida em que o ressarcimento, pacificamente, tem por objetivo a recomposição dos valores pagos pelo Estado no atendimento prestado aos beneficiários de planos de saúde.

A presente teoria merece críticas com base na tese da inconstitucionalidade do instituto, na medida em que para a sua configuração é preciso se inverter a lógica do ressarcimento, ou seja, deve-se admitir que incumbe primariamente as Operadoras o tratamento de cidadãos beneficiários de planos de saúde privados, sendo apenas subsidiário o atendimento prestado pelo Estado, em verdadeira afronta ao Art. 196, da Carta Magna.

A natureza jurídica relacionada ao conceito de externalidades.

A presente tese sobre a natureza jurídica relacionada ao conceito de externalidades, conjugada com a aplicação do princípio do usuário pagador, conceitos estes bem delineados e consagrados no direito ambiental, foi trazida pelo procurador federal Dalton Robert Tibúrcio em artigo dirigido sobre o ressarcimento ao SUS, como resposta as teses formuladas pelo ex-ministro Carlos Mário da Silva Velloso, em parecer requerido por Operadoras de Saúde (exposto no item anterior).

O procurador (DALTON, 2011) critica a tese da vedação do enriquecimento sem causa informando que esta seria apenas um dos fundamentos da obrigação do ressarcimento, acrescentando que:

A vedação ao enriquecimento sem causa consiste no princípio que inspira e legitima a obrigação estabelecida no art. 32, da Lei nº 9.656/98, assim como também o é o princípio da solidariedade

(CF, art. 3º, I), além de razões regulatórias de desestímulo a práticas mercadológicas viciadas.

Isto porque, segundo o autor, haveria uma confusão entre fonte e fundamento da obrigação, onde equivocadamente se enquadraria a vedação ao enriquecimento sem causa como fonte da obrigação, sendo que para ele, a vedação estaria no campo do fundamento.

A fonte da obrigação seria, portanto, o Art. 32, da Lei 9.656/98, asseverando:

O fato humano eleito pela lei como idôneo a fazer nascer a obrigação de ressarcimento ao SUS é a prestação de serviços de atendimento à saúde em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde-SUS, prestados aos consumidores e respectivos dependentes das operadoras de planos privados de assistência à saúde. Uma vez ocorrido este fato da vida, incide a previsão do art. 32, da Lei nº 9.656/98, fazendo nascer a obrigação de ressarcimento ao SUS.

A vedação ao enriquecimento sem causa assumiria vertente de princípio de direito, sendo um dos fundamentos da obrigação, mas não podendo ser vista como fonte do direito, posto que este princípio, no caso, não seria fonte.

Em continuação, o autor informa que o instituo seria mais bem compreendido se analisado sob o prisma da teoria das externalidades, mas especificamente das externalidades negativas, esta muito festejada no direito ambiental, mas com pouca aplicação concreta no direito brasileiro.

Segundo Bradson Camelo (CAMELO, 2010, P 58), assim se conceitua a teoria das externalidades:

As externalidades são efeitos originados pelo consumo ou pela produção que se refletem em outros agentes (sejam consumidores ou produtores) sem ser pelo mecanismo de mercado, ou seja, nem todos os custos e benefícios são ponderados (“pre-cificados”) pelo mercado.

Em outras palavras, ocorre externalidade quando há um impacto (positivo ou negativo) sem ser por uma transação negocial. Um dos exemplos mais famosos é o do fumante e do não fumante, em que o agente que fuma causa um impacto negativo para o não fumante por causa da fumaça e não compensa de nenhuma outra forma por este mal-estar.

Com base no conceito, infere-se que as externalidades negativas estão relacionadas ao excesso de custo social da produção, ou seja, o custo para a produção do bem ou do serviço é socialmente maior do que o seu valor social.

Segundo os ambientalistas, a solução para a questão seria “internalizar” as externalidades, ou seja, fazer com o que as empresas tragam este custo marginal para dentro da produção. Nesta esteira duas teorias surgiram, o *Teorema de Coase* e o *Imposto de Pigou*.

Com a finalidade de não estendermos desnecessariamente nestas teses, em suma, os autores informam que a internalização deveria ser feita através da avaliação dos custos marginais, sendo estes custos incluídos na produção, resolvendo-se a questão na esfera privada através da negociação (*Teorema de Coase*); ou ainda, o Estado deve avaliar o mercado e os custos da produção e implementar impostos e subsídios a serem pagos pelos poluidores como medida compensatória (*Imposto de Pigou*).

Trazendo as teorias supra identificadas para o ressarcimento ao SUS, concluímos que o Estado (unidade de produção), ao atender

o paciente beneficiário de plano de saúde, está beneficiando a terceiros (operadoras de saúde) que passam a aferir vantagem deste atendimento em verdadeira situação descrita como externalidade negativa, posto que o custo social foi dividido por toda a sociedade, e a OPS beneficiou-se marginalmente disto.

Por fim, DALTON (2011) conclui informando em seu artigo o seguinte:

Por fim, deve-se destacar que a ausência de perfeito enquadramento da obrigação nas categorias da responsabilidade civil não induz a inconstitucionalidade do art. 32 da Lei nº 9.656/98. A obrigação legal de ressarcimento ao SUS possui fundamento constitucional tanto no princípio da solidariedade (art. 3º, inciso I e III; e arts. 194, 195, 198, §1º e 203, todos da Constituição), como no princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição) e na função regulatória do Estado sobre a atividade privada de saúde suplementar (art. 197 da Constituição). Em síntese, conforme trecho do já citado precedente do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 866393/RJ): “não se pode perder de vista que a lei pode criar novos institutos, desde que não seja afrontada a Constituição. Não é necessário, sempre, enquadrá-los em categorias jurídicas já existentes”

A presente teoria é uma das teses de eleição da ANS para justificar a natureza jurídica do instituto, no entanto, há uma relevante questão que deve ser considerada, e que ainda não foi respondida pela doutrina ou pela jurisprudência. Em se considerando a tese exposta como válida, levando em conta a aplicação da tese da externalidade negativa, é possível enxergar o valor pago pelos bene-

ficiários as Operadoras como sendo ato negocial de controle destas externalidades, em perfeita compatibilidade com a Teoria de Coase.

Isto porque, para a fixação dos valores de pagamento das mensalidades, as Operadoras consideram: os valores dos concorrentes, os custos do atendimento, e principalmente, suas taxas de sinistralidade, ou seja, a percentual de vezes que deverá custear o tratamento dos beneficiários.

Logo, considerando a atuação subsidiária do mercado privado de atenção a saúde, o aspecto da formação do preço que passa pelo atendimento de requisitos de mercado, e dos atendimentos que são prestados pelo próprio Estado, denota-se que o custo marginal já está abrangido.

As OPS quando retiram o paciente do SUS agem de acordo com sua função social, asseverando-se que preço pago pelo beneficiário considera os repasses que são feitos pela OPS ao Estado, na forma de tributos e demais obrigações. Com isto, a Operadora já “internaliza” o custo social do Ressarcimento ao SUS quando da formação do preço (desoneração do Estado no atendimento do paciente) e no pagamento de tributos e demais obrigações ao Estado.

As teorias jurídicas a respeito da prescrição

Com base nas teses jurídicas expostas relativas à natureza jurídica do ressarcimento ao SUS, adentramos a questão chave deste artigo: a divergência existente sobre o prazo prescricional aplicável para a hipótese.

Segundo a doutrina e a jurisprudência existem três teses jurídicas a este respeito: i) informa que o ressarcimento ao SUS é imprescritível; ii) diz que com base na Lei 9.873/99 ou no Decreto 20.910/30, o prazo seria de cinco anos; e iii) a prescrição seria trienal, seguindo o preconizado no Art. 206, §3º, inc. IV, do CC/02.

O tema não é pacífico, e a intenção deste trabalho é a de expor a controvérsia, delimitando o tema apenas à questão da prescrição.

A prescrição quinquenal

A tese até então defendida pela ANS considerava que o ressarcimento ao SUS tem seu prazo prescricional previsto em duas legislações, ambas que apontam para a prescrição quinquenal do instituto: a Lei 9.873/99, ou o Decreto 20.910/30.

A afirmativa de que a tese ainda é a defendida pela ANS se justifica, na medida em que não há qualquer ato decisório, administrativo ou judicial, onde a Procuradoria da Agência tenha defendido a nova posição exposta no item anterior.

A lei 9.873/99 trata do prazo prescricional para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e determina:

Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

Já o Decreto 20.910/30 dispõe sobre o prazo de prescrição das dívidas passivas da União, ou seja, nas demandas em que a União é devedora, determinando:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Com base na legislação mencionada, entendem os defensores desta teoria que o ressarcimento ao SUS advém de crédito rela-

cionado ao direito administrativo, com base na natureza jurídica defendida por DALTON ROBERTO TIBÚRCIO, e como tal, deve ser regulado por normas atinentes a ele. E por não haver regulamentação específica no sentido da prescrição deste crédito, aplicar-se-ia a prescrição nos termos da legislação mencionada.

Neste sentido, observam-se algumas decisões dos Tribunais Federais, primeiramente tratando do Decreto 20.910/30:

TRF4. Processo: 5011052-85.2012.404.7000. APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. RESSARCIMENTO AO SUS. PRESCRIÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ARTIGO 32, PARÁGRAFO 8º, DA LEI 9.656/98. CONSTITUCIONALIDADE. TUNEP. LEGALIDADE.1. A exigência judicial pela ANS dos valores devidos ao SUS com base no artigo 32 da Lei n.º 9.656/98 sujeita-se ao **prazo prescricional quinquenal do Decreto n.º 20.910/32**, por ser este o diploma específico aplicável à prescrição das ações pessoais sem caráter punitivo que envolvam as pessoas jurídicas de direito público da Administração. 2. O artigo 32 da Lei n.º 9.656/98 - e, por óbvio, também parágrafo 8º que o integra - já teve a sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1931, devendo ser observada a decisão liminar proferida naquela oportunidade. 3. Não há nenhuma ilegalidade na Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP), tampouco enriquecimento sem causa do Estado, porquanto os valores nela fixados não representam qualquer violação aos limites mínimos e máximos trazidos pelo parágrafo 8º do artigo 32 da Lei n.º 9.656/98. (grifo nosso)

No que concerne a Lei 9.873/99, alguns julgados tem se manifestado da seguinte forma:

TRF 1. Numeração Única: AG 0007609-49.2012.4.01.0000 / MG; AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - EXECUÇÃO FISCAL EM VARA FEDERAL - PRESCRIÇÃO - CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO (RESSARCIMENTO AO SUS - ART. 1º, I, §1º C/C ART. 32, AMBOS DA LEI N.º 9.656/1998) - **CINCO ANOS DA CONSTITUIÇÃO (ART. 1º-A DA LEI N.º 9.873/1999)** - AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO. 1.O prazo para cobrar crédito decorrente de ausência de ressarcimento de Autorizações de Internação Hospitalar é de cinco anos do vencimento do crédito, consoante artigos 1º-A da Lei n.º 9.873/1999 e art. 47 da lei n.º 9.636/1999. 2.Vencido o prazo para ressarcimento das Autorizações de Internação hospitalar em 03 MAI 2006, está prescrita a EF ajuizada em 23 MAI 2011, pois transcorridos cinco anos entre a constituição e o ajuizamento da EF. 3.Agravo de instrumento não provido. 4.Peças liberadas pelo Relator, em Brasília, 8 de maio de 2012., para publicação do acórdão.

A crítica que é feita a esta posição considera que há dissenso entre a natureza jurídica presente nos julgados e a eleição do prazo de prescrição. Isto porque, a jurisprudência é quase uníssona em informar que a natureza jurídica do instituto é indenizatória, de dívida não tributária, com o objetivo de recompor o que fora dispendido pelo SUS, e por isto, evitar o enriquecimento sem causa das Operadoras. No entanto, no momento da aplicação da

Legislação, a jurisprudência tende a acompanhar o exposto pela ANS quando informa ser o prazo de prescrição quinquenal.

Passemos a análise da legislação e, conforme o informado, o Decreto 20.910/30 trata do prazo prescricional relativo às dívidas passivas da União, informando que quando a União for devedora, o prazo para a cobrança destas dívidas será de cinco anos. Ocorre que, considerando a natureza jurídica presente nos próprios julgados, dever-se-ia aplicar o disposto no Art. 10, do mesmo Decreto, que dispõe: *Art. 10. O disposto nos artigos anteriores não altera as prescrições de menor prazo, constantes das leis e regulamentos, as quais ficam subordinadas às mesmas regras.*

Logo, o decreto se mostraria inadequado para a hipótese: a uma porque não há qualquer similaridade entre o prazo prescricional nele fixado (dívidas passivas da União), com o crédito de ressarcimento ao SUS e, a duas, porque o Art. 10 remete para lei que determina prescrição em menor prazo, no caso, o Código Civil, este que será objeto do próximo tópico.

No que tange a Lei 9.873/99, a discussão remete unicamente a questão da natureza jurídica, isto porque, apesar de controvertidas as teses relativas a ela, são pacíficas na doutrina e na jurisprudência que o ressarcimento não decorre de ato ilícito, não havendo compatibilidade entre o instituto do ressarcimento ao SUS e o preconizado pela Lei 9.873/99, que trata do prazo prescricional para a prática de atos ilícitos, não se podendo falar, por isto, em aplicação de analogia para o caso.

A prescrição trienal

A tese defendida pelo ex-ministro Carlos Mario da Silva Velloso (2010), em consonância com as teses jurídicas das Operadoras e com os julgados de alguns tribunais, informa que o ressarcimento ao SUS tem prazo de prescrição trienal.

Para tanto, os defensores desta tese iniciam sua colocação informando que a natureza jurídica do instituto é de obrigação civil, voltada a vedação do enriquecimento sem causa das operadoras de saúde. Obrigação civil consagrada no atual Código Civil ao Art. 884, conforme tese exposta em capítulo próprio.

Assim, o mencionado artigo do *Codex* remeteria ao prazo de prescrição previsto no Art. 206, §3º, inc. IV, do CC/02, que prevê o prazo prescricional em três anos.

Como fundamento de ligação entre o enriquecimento sem causa e a prescrição trienal, podemos observar a posição de Flavio Tartuce (TARTUCE, 2012, P 207), que em obra que trata de artigo por artigo do Código Civil, e assim escreveu sobre o Art. 206.

O enriquecimento sem causa, ato unilateral vedado expressamente pelo art. 884 da codificação [CC/02], também recebe ser ressarcimento um prazo específico, de três anos, contados da data na qual surge o direito subjetivo por parte do prejudicado.

Com vistas na doutrina e considerando a natureza jurídica do instituto do ressarcimento ao SUS, torna-se inegável a ligação entre o instituto da vedação ao enriquecimento sem causa e sua prescrição em três anos. E é esta a base legal do ressarcimento, razão pela qual, para os defensores desta tese, não haveria que se falar em analogia a outra legislação, como o mencionado no tópico anterior, já que existiria legislação própria.

No sentido do até aqui exposto, podemos identificar algumas sentenças de primeira instância, conforme se observa:

6ª Vara Federal de São Paulo. Processo nº 0014298-25.2011.4.03.6100. (...) O ressarcimento ao SUS impede o enriquecimento sem causa que a

operadora do plano de saúde experimental caso não houvesse o ressarcimento, pois o serviço a que se obrigou contratualmente foi prestado pelo poder público. Logo, não há como se negar que o caso em análise trata do ressarcimento pelo enriquecimento sem causa das operadoras dos planos de saúde, o que se subsume perfeitamente à hipótese prevista no artigo 206, parágrafo 3º, inciso IV, do Código Civil, que estabelece o prazo prescricional de três anos. (...)

5ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Processo nº 0008950-43.2011.4.02.5101. (...) No presente caso, tem aplicação o disposto no art. 206, § 3º, V do Código Civil, em razão da natureza jurídica civil-reparatória do ressarcimento ao SUS, *verbis*:

“Art. 206. Prescreve:

(...)

§ Em três anos:

(...)

V – a pretensão de reparação civil;”

Então, verifica-se que, tendo decorrido um lapso temporal superior a três anos desde a ocorrência dos fatos que geraram os débitos que deram ensejo ao ressarcimento ao SUS e a instauração dos processos de cobrança da dívida, conclui-se estar a mesma fulminada pela prescrição. (...)

18ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Processo nº 0012930-95.2011.4.02.5101. (...) Logo, como a Lei 9.656/98 não tratou da questão, deve ser aplicada a regra geral existente do Código Civil, qual seja o prazo de três anos previsto no art. 206, §

3º, inciso IV, relativo à pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa. (...)

Pela leitura do texto, é possível perceber que o tema é controvertido, e tem seu escopo fundamental identificar a natureza jurídica do instituto, que a nosso entender, teria sua natureza jurídica apoiada no instituto da vedação ao enriquecimento sem causa e, por isto, com prescrição em três anos.

As críticas que são feitas a esta teoria remontam a sua natureza jurídica, mas principalmente, apoiam-se na equivocada ideia do ressarcimento ao SUS como ressarcimento ao erário, crendo-se na lógica do Estado como prestador subsidiário da saúde ao cidadão que possua algum tipo de convênio privado.

Conclusão

O ressarcimento ao SUS, criado pela Lei 9.656/98, foi pensado como forma de indenizar o erário pelos atendimentos de saúde prestados a beneficiários de planos de saúde privados.

Expomos sinteticamente o processo administrativo instaurado pela ANS para o ressarcimento, já demonstrando que existem diversas falhas procedimentais, como por exemplo, a imposição de forma para apresentação da defesa administrativa, havendo verdadeiro cerceamento de defesa.

Em continuação, é possível notar que toda a controvérsia sobre o prazo prescricional remonta a tese relativa à natureza jurídica do ressarcimento ao SUS. E para um instituto pequeno como este, notamos a diversidade de teorias para explicá-lo, que partem do que seria mais óbvio, ou seja, de sua possível natureza tributária, passando por institutos de direito administrativo, ambiental e civil.

Em qualquer das teses expostas, verificamos severas críticas capazes de fulminar as teorias mencionadas, o que torna a compreensão do instituto ainda mais complexa, senão vejamos: sobre

a vertente tributária, não foi possível identificar as características legais necessárias para a sua constituição como tributo.

Também não se vislumbrou forma de adequá-lo a tese relativa à responsabilidade civil, em razão da falta de conduta ilícita ou ainda de dano ao erário; com a aplicação da tese das externalidades, identificamos que a OPS já internaliza seu custo social, sendo parte da teoria que justifica o princípio do poluidor pagador do direito ambiental.

A teoria que nos pareceu mais coerente, trata do instituto como uma obrigação civil, relacionada à vedação do enriquecimento sem causa da OPS. Desta forma, acompanhando os ensinamentos do ex-ministro Carlos Velloso, denota-se que o prazo de prescrição seria o trienal, com fulcro no Art. 206, §3º, inc. IV, do CC/02.

Ainda assim, é importante mencionar que a jurisprudência, apesar do dissenso entre a natureza jurídica e o prazo prescricional aplicado, vem acolhendo a tese preconizada pela ANS, ou seja, a prescrição quinquenal, conforme Lei 9.873/99 ou Decreto 20.910/30.

Referências bibliográficas

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. **Ressarcimento ao SUS.**

Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/index.php/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-da-operadora/263-ressarcimento-ao-sus> >. Acesso em 16 de novembro de 2015.

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa**

nº 358 de 27 de novembro de 2014. Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view>

= legislacao&task = TextoLei&format = raw&id = MjgyNw = = > .

Acesso em 16/11/2015

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. **Instrução Normativa**

nº 54 de 27 de novembro de 2014. Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view = legislacao&task = instrucao>

k = TextoLei&format = raw&id = MjgyOA = = > Consulta realizada em 16/11/2014

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Edição eletrônica. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm > Acesso em: 16/11/2015

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**, 2ª Ed., São Paulo, 1955.

BUSSAMARA, Walter Alexandre. Natureza tributária do “Ressarcimento ao SUS” pela prestação de serviços públicos de assistência à saúde (Lei 9.656/98). Suas inconstitucionalidades. **Revista tributária e de finanças públicas**. São Paulo, ano 11, nº 50, 2003.

CAMELO, Bradson. Algumas soluções para externalidades no direito ambiental. *In revista brasileira de direito ambiental*, Ano 06, Vol. 23, jul/set 2010.

DUARTE, Nestor. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. PELUSO, Cesar (Org.). 5ª Ed., São Paulo, 2011.

LOBO, Arthur Mendes. A prescrição da pretensão fundada no enriquecimento sem causa e sua aplicação nas ações revisionais de contrato com pedido de repetição de indébito. *In Revista IOB de direito civil e processual civil*. São Paulo, V. 11, nº 63, jan/fev 2010.

OMETTO, Rosália T. V. *in* MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (org.). **Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 5ª ed. São Paulo, 2012.

REIS, Otávia Míriam Lima Santiago. O ressarcimento ao SUS pelas operadoras de planos de saúde: uma abordagem acerca do fun-

damento jurídico da cobrança. Monografia. Departamento de Direito. **Universidade Federal de Viçosa**. Minas Gerais. Disponível em: <http://www.saudesuplementar.gov.br/portal/upload/biblioteca/Mono_Ressarcimento%20otica%20juridica%20-%20Otavia_Reis.pdf> . Acesso em 02/08/2013

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil Responsabilidade Civil**. Vol. 4. 19ª Ed. São Paulo, 2002.

SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. O ressarcimento ao SUS e a responsabilidade civil das operadoras. *in* MARTINS, Guilherme Magalhães (coord). **Temas de responsabilidade civil**, Rio de Janeiro, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. MACHADO, Costa (Org.). 5ª Ed., São Paulo, 2012.

TIBÚRCIO, Dalton Robert. Ressarcimento ao SUS: uma proposta de delimitação da fonte e do fundamento da obrigação constante do art. 32 da Lei nº 9.656/98. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9879> Acesso em: 16/11/2015

TRIBUNAL DE CONTAS da União. **Parecer TC-023.181/2008-0 – Fiscalis nº 401/2008**. Ata nº 11/2009, Plenário, Sessão 25/03/2009 ordinária, Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight;jsessionid=A562F72A56712FA9BA8B80F1D3C9FCD7?key=ACORDAO-LEGADO-76619&texto=50524f43253341323331383132303038>

302a&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-

-RELACAO-LEGADO;&highlight = &posicao
oDocumento = 0 > Acesso em 16/11/2015

TRIBUNAL Regional Federal da Primeira Região. **Código Tributário Nacional à luz da jurisprudência**. Ed. 2^a. Brasília, 2008. P. 60

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Sistema Único de Saúde – SUS. **Planos de saúde: ressarcimento. Lei nº 9.656/98. Natureza jurídica do ressarcimento, valor e prazo prescricional**. Parecer, 2010. Disponível em: <<http://www1.unimed.com.br/nacional/ans/20120328/parecer.pdf>> Acesso em: 16/11/2015

GESTÃO DE COMPRAS PÚBLICAS
E MICRO E PEQUENAS EMPRESAS:
O IMPACTO DA NOVA LEI
COMPLEMENTAR Nº 147/2014
Carla Silva Julião⁴ E FELIPE ASENSI⁵

1) INTRODUÇÃO

Segundo dados do Portal Brasil, as micro e pequenas empresas correspondem a 97% das empresas em atividade no ano de 2015. Em um país com o sistema de tributação tão complexo, qualificado pela inércia dos governos em promover as necessárias reformas aos modelos instituídos, torna-se imperioso a criação de medidas para

4. Graduada em Direito pela Faculdade Brasileira de Ciência Jurídica. Pós- Graduada - MBA Executivo em Direito Público pela Fundação Getúlio Vargas. Advogada. Atua em Comissão de Licitação da Secretaria Municipal da Casa Civil. Atua como Pregoeira da Secretaria Municipal da Casa Civil. Participante da Comissão de Fiscalização da Concessão Pública dos Cemitérios Públicos Municipais.

5. Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP/UERJ). Mestre em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Advogado formado pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Cientista Social formado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Aperfeiçoamento em Direitos Fundamentais pela Universidad Complutense de Madrid (UCM), em Empreendedorismo pela University of Maryland (UM) e em Coaching pela University of Cambridge (UCA). Professor visitante da Fundación Universitaria Los Libertadores (FUL). Foi Visiting Scholar da Universidade de Coimbra (UC). Membro da Comissão Tutorial do Programa Internacional Erasmus Mundus (União Européia). Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Senior Member da Inter-American Bar Association (IABA). Membro Benemérito do Instituto Latino-Americano de Argumentação Jurídica (ILAAJ). Membro do Comitê Consultivo Nacional da Biblioteca Virtual de Saúde (BVS-Integralidade). Membro Titular da Red Iberoamericana de Derecho Sanitario (RIDS). Membro do Conselho Curador do PenseSUS (Fiocruz). Membro da Asociación Latinoamericana de Sociología (ALAS). Professor Adjunto da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), da Universidade Santa Úrsula (USU) e da Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Professor convidado da FGV, PUC e IBMEC. Diretor do Grupo Brazil Thinking (Instituto Diálogo, Editora Ágora21, Games Acadêmicos, BT Consultoria). Diretor administrativo do Centro de Estudos e Pesquisa em Saúde Coletiva (CEPESC). Email: felipedml@yahoo.com.br

alavancar a economia com a desoneração dos pequenos empreendedores. Tais medidas podem contribuir com a redução do mercado informal, a criação de empregos formais e a geração de divisas.

O movimento de valorização do pequeno empresário ganhou evidência no Brasil com a edição da Lei 7.256/1984 (Estatuto da Microempresa). Além disso, com a Constituição de 1988, os artigos 170 e 179 preceituaram que os entes federados deveriam conferir às microempresas e empresas de pequeno porte um tratamento diferenciado. A ideia seria de promover o incentivo pela simplificação, eliminação ou redução de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias.

Os dispositivos constitucionais mencionados ganharam regulamentação com a edição da Lei 9.317/1996 e Lei 9.841/1999, sendo que esta última revogou a Lei 7.256/84. Estas leis introduziram respectivamente no Brasil o Simples Federal e o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno. Como os Estados adotaram modelos próprios e nem todos os Municípios adaptaram sua estrutura para promover os benefícios, este modelo resultou não alcançou grandes resultados iniciais.

Nos anos 2000 em diante, foram realizados importantes estudos pelo Movimento Nacional das Micro e Pequenas Empresas (Monampe) e o Sebrae, que foram consolidados em uma Oficina de Trabalho em Brasília com participação de diversos segmentos da sociedade, em especial micro e pequenos empreendedores e parlamentares. Isto resultou em um artigo com o título “Justiça Fiscal às Micro e Pequenas Empresas” e serviu de fundamento para a alteração do artigo 146 da CRFB, exigindo o coro qualificado de 2/3 para tratar de normas tributárias.

Em 2006, foi sancionada a Lei Complementar n.º 123, que estabeleceu tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas com a criação de um regime tributário de menor complexidade, denominado de Simples Nacional.

Em 2014, com a Lei Complementar nº 147, houve uma mudança de critério para adesão ao Simples Nacional, passando a não mais importar a atividade desempenhada pela empresa, e sim o limite de faturamento anual. Houve também o regramento da substituição tributária e a proteção ao microempreendedor individual, além da obrigatoriedade de tratamento diferenciado com relação às compras públicas.

Este artigo busca refletir sobre como a Lei Complementar n. 147/2014 produz novos avanços e desafios na questão do tratamento diferenciado para micro e pequenas empresas no Brasil. Mais precisamente, busca-se analisar as transformações e o impacto que as alterações legislativas trouxeram para Administração Pública no que se refere às compras e em que medida as micro e pequenas empresas passam a ter efetivamente diferenciais de tratamento. O artigo ainda busca apresentar um roteiro de compras públicas com base na Lei Complementar n. 147/2014, que vise consolidar uma verdadeira política pública de participação das micro e pequenas empresas no cotidiano econômico do Estado.

Para tal, no próximo capítulo será apresentado o panorama econômico e jurídico das micro e pequenas empresas no Brasil, com foco especial no regramento previsto na Lei Complementar 123/2006. No capítulo seguinte, serão apresentadas as transformações advindas na regulamentação das licitações de micro e pequenas empresas com a Lei Complementar 147/2014, além de também ser proposto um roteiro de formulação de editais com base nos novos requisitos legais. Por fim, a título de considerações finais, serão sintetizados os principais elementos do artigo, especialmente no que concerne ao novo horizonte de oportunidades que surgem às pequenas empresas no Brasil com a mudança legislativa.

II) PANORAMA DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NO BRASIL

2.1. Aspectos formais da LC 123/2006

Como já salientado, as micro e pequenas empresas correspondem a 97% das empresas atualmente em atividade. Sob esta perspectiva, o governo adotou várias medidas para fomentar este segmento em especial tratamento diferenciado na forma de contratar com o poder público.

No espírito de dar maior abrangência para o enquadramento das empresas no tratamento diferenciado, o critério adotado pelo legislador encontra previsão no artigo 3º, da LC 123/2006. Em síntese, significa dizer que o legislador definiu como critério o faturamento em detrimento da atividade exercida. Desta forma, estão enquadradas nesta modalidade as microempresas com faturamento de até R\$ 240 mil ao ano e empresas de pequeno porte com faturamento anual de até R\$ 2,4 milhões. Vale dizer que, desde janeiro de 2012, estes limites foram alterados, sendo a receita bruta: a) até 360 mil para microempresa; b) de 360 mil a 3,6 milhões para pequenas empresas; c) até 60 mil para os empreendedores individuais.

No que concerne à questão tributária, a Lei instituiu o regime tributário especial para os pequenos negócios, o chamado Simples Nacional - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, tendo como critério único o teto de 3,6 milhões. O Simples Nacional é uma forma simplificada e unificada de recolhimento de tributos, com percentuais favorecidos e progressivos, incidentes sobre a receita bruta. Neste sentido, considera-se: a) como Microempresa (ME) a pessoa jurídica que tenha auferido receita bruta igual ou inferior a R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais); b) como Empresa de Pequeno Porte (EPP) a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais) e igual ou inferior a R\$1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais). Vale dizer que, ao optar pelo Simples, a empresa passa a ter alguns benefícios, tais como: recolhimento unificado de impostos e contribuições federais; cálculos simplificados do valor a

ser recolhido, apurado na aplicação de alíquotas unificadas e progressivas; dispensa da escrituração comercial para fins fiscais, etc.

No que concerne à participação em licitações, o texto original da LC 123/2006 trouxe uma série de regras especiais, destacando as empresas de pequeno porte e microempresas das demais através de: a) critérios de desempate sendo condição de preferência na contratação; b) extensão de prazo para comprovação de regularidade fiscal com possibilidade de prorrogação; c) condição de participação e até mesmo a contratação direta nos casos de licitação dispensável; d) possibilidade da empresa emitir a cédula de crédito microempresarial, decorrente de direitos creditórios advindos dos empenhos liquidados e não pagos decorridos 30 dias do ato da liquidação.

A Lei Complementar n. 123/2006 também trata da igualdade de condição dos participantes da licitação. Assim, os entes da federação estão obrigados por lei ao tratamento diferenciado para as ME's e EPP's, principalmente para fomentar o desenvolvimento econômico social, eficiência de políticas públicas, inovação tecnológica.

2.2. Aplicação e regulamentação da LC 123/2006

Analisando o comando contido no artigo 47⁶ da Lei Complementar 123, com a redação alterada pela Lei Complementar 147, e passando por uma interpretação restritiva, observa-se que o legislador restringiu o tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte apenas para a Administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal. Pela redação do artigo, excluiu os Poderes Legislativo e Judiciário,

6. Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

restringindo a aplicação do dispositivo apenas à norma conceitual contida no Decreto-Lei nº 200/67, que afirma em seu Art. 4:

Art. 4º A Administração Federal compreende:
I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

Esta exclusão dos demais Poderes reduziu o âmbito de aplicação da lei. Isto porque, os demais Poderes são dotados de recursos orçamentários próprios e executam atos administrativos, em especial, quando licitam e contratam bens e serviços como meio de fomentar suas atividades.

No que concerne à regulamentação do tratamento diferenciado nos casos omissos, vale ressaltar que os atos regulamentares não podem inovar no ordenamento jurídico. Assim, a atividade de regulamentar é secundária e subordinada, tendo seu limite de aplicação no âmbito do ente responsável por sua edição. As limitações podem ser de ordem formal ou material, sendo aquelas ligadas a autoridade responsável pela edição do regulamento, do decreto regulamentador e da publicidade, e estas referem-se a normas que podem ser regulamentadas.

Neste sentido, a própria LC 123/2006, na redação do parágrafo único do artigo 47, trouxe a solução para os casos onde os entes federativos não venham a criar regulamentos para viabilizar a aplicação da lei.

Art. 47....

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.” (grifo nosso)

Desta forma, o Legislador garante a aplicabilidade da lei independente de regulamento.

2.3. Benefícios legais na licitação

Com a publicação da Lei Complementar nº 123/2006, foram estabelecidas algumas prerrogativas sobre o tratamento diferenciado e favorecido dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito da Administração Direta. Como visto, o objetivo da Lei está centrado na necessidade de uma política pública que assegure os benefícios às pequenas empresas, reduzindo a desigualdade existente em relação às demais empresas. Os benefícios estão relacionados: a) ao recolhimento de impostos e contribuições; b) às obrigações trabalhistas e previdenciárias; c) às obrigações acessórias; d) ao acesso ao crédito e ao mercado; e) à aquisição de bens e serviços pela Administração Pública.

Uma **primeira questão** importante refere-se à regularidade fiscal. A Constituição de 1988, estabeleceu a obrigatoriedade de submissão à licitação pública, mas permitiu o estabelecimento de requisitos fiscais na lei e no edital, sob pena de desclassificação ou inabilitação no certame. Se comparado ao Direito Civil, podemos dizer que tais requisitos figuram como requisitos de admissibilidade do processo, e que se não atendidos, a análise do mérito pela Comissão de Licitação estaria prejudicada. Tais requisitos referem-se à documentação relativa à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7^o da Constituição de 1988. Este é o rol taxativo do artigo 27 da Lei 8.666/93.

Inclusive, a Administração pode exigir a Regularidade Fiscal perante os três entes da federação ou somente perante o ente li-

7. XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

citante. A regularidade com a Fazenda Federal compreende: Certidão Negativa de Débitos de Tributos e Contribuições Federais expedida pela Secretaria da Receita Federal e a Certidão quanto a Dívida Ativa da União, expedida pela Procuradoria da Fazenda Nacional. Vale dizer que o artigo 42⁸ da Lei 123/2006 trouxe a possibilidade da ME e EPP apresentar a comprovação de sua regularidade fiscal somente para efeito de assinatura do contrato.

Porém, as ME's e EPP's não estão isentas da apresentação de sua regularidade nos certames licitatórios, devem apresentar toda a documentação exigida, mesmo que com restrição. O §1^o do artigo 42, assegura o prazo de 05 (cinco) dias úteis para a comprovação a contar da declaração de vencedor do certame.

Conclui-se por mais uma exceção a regra em favor das ME's e EPP's, pois para as demais licitantes prevalece a regra de que somente poderão participar do certame os interessados que demonstrem encontrar-se em condições de regularidade fiscal, sob pena de sua inabilitação (arts. 27, 29 e 43, II, da Lei 8.666/93 e art. 4, XIII, da Lei 10.520/04).

Uma **segunda questão** importante refere-se ao empate ficto. O artigo 44¹⁰ da LC 123/2006 assegura como critério de desempate a preferência de contratação para as ME's e EPP's. Assim, é a faculdade que as ME's e EPP's possuem num certame licitatório de apresentar uma nova proposta, após o encerramento da disputa, caso a proposta destas sejam iguais ou até 10 % (ou 5 % para pregões) superiores a proposta da licitante melhor classificada.

Sobre isso, uma vantagem é o empate ficto. É chamado de empate ficto, porque o empate é diferente do empate real, seria, por exem-

8. Art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.

9. § 1o Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 5 (cinco) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

10. Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

plo, melhor proposta R\$ 1.000,00 empatada com a proposta de uma ME ou EPP no valor de R\$ 1.100. De fato, o que se verifica é a proposta superior da ME ou EPP e a proposta inferior da grande empresa. Se a primeira estiver dentro da margem de preferência, a micro ou pequena empresa será chamada para apresentar nova proposta, de valor inferior à proposta vencedora e terá prioridade de contratação.

Uma **terceira questão** importante refere-se à exclusividade das ME e EPP em licitações. A Lei Complementar 123/2006, em seu artigo 48, I, possibilita a realização de processo licitatório destinado exclusivamente à participação de MEs e EPPs nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), desde que o valor licitado não excedesse a 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil.

Porém, com a nova Lei Complementar 147/2014, a redação o artigo 48, I, deixou de ser uma possibilidade e passou a ser uma obrigação da Administração Pública.

Art. 48. [...]

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

Assim, não restam dúvidas de que a medida adotada contribui com mais vantagens para as MEs e EPPs em licitações e para a ocorrência de mais licitações exclusivas por itens.

3) AS TRANSFORMAÇÕES COM A LC 147/2014

3.1. Comparando a LC 123/2006 e a LC 147/2014

As inovações trazidas pela LC 147/2014 são significativas, pois ampliam o acesso das ME's e EPP's às licitações. Esta Lei busca

valorizar o poder de compra governamental como ferramenta para desenvolvimento da sociedade e, a partir daí, gerar uma amplitude de benefícios sócio-econômicos.

Com as alterações desta Lei, é possível que mais da metade das licitações sejam direcionadas para as ME's e EPP's, seja pelo benefício da exclusividade (até R\$ 80.000,00) ou por reserva de cota (fornecimento de bens de natureza divisível). Neste sentido, ganha relevo a importância de se constituir novos requisitos para os editais de licitações.

Neste sentido, vejamos os principais pontos de comparação entre a LC 123/2006 e a LC 147/2014 no que concerne às licitações deste tipo:

LC 123/2006	LC 147/2014
Art. 43,§ 1º - Habilitação tardia. Assegurado prazo de 02 (dois) dias úteis, contados a partir da declaração de vencedor.	Este prazo foi dilatado para 05 (cinco) dias úteis.
Art. 47 - Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, <u>poderá</u> ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.	Com a nova disposição o tratamento diferenciado nas contratações públicas passa a ser uma obrigatoriedade. <u>Deverá</u> ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

<p>Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório:</p> <p>I - destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);</p> <p>I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);</p> <p>II - em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;</p> <p>III - em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.</p>	<p>I – Deverá realizar procedimento licitatório.</p> <p>A obrigatoriedade do Administrador.</p> <p>II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;</p> <p>III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.</p> <p>Temos aqui a garantia da participação exclusiva da ME ou EPP nas contratações até R\$ 80.000,00.</p> <p>Quanto a subcontratação do inciso II o legislador manteve a faculdade do Administrador.</p> <p>E no inciso III determinou a obrigatoriedade da cota de 25% para contratação de ME e EPP em aquisição de bens e serviços divisível.</p>
	<p>Art. 48, § 3º - Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.</p> <p>Este parágrafo foi inserido para dinamizar as economias regionais, impulsionando o crescimento local.</p>

<p>Art. 49 - Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:</p> <p>I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;</p> <p>(...)</p> <p>IV- a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.</p>	<p>I – Revogado.</p> <p>IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.</p> <p>A revogação do inciso I, impõe a obrigatoriedade de tratamento diferenciado as ME's e EPP's independentemente de regulamentação.</p> <p>O inciso IV determina que quando se tratar de licitação dispensada as ME's e EPP's terão a preferência.</p>
	<p>Art. 74-A - O Poder Judiciário, especialmente por meio do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, e o Ministério da Justiça implementarão medidas para disseminar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte em suas respectivas áreas de competência.</p> <p>O Poder Judiciário tem a obrigação de implementar medidas que visem a efetivação dos benefícios previstos pela LC 123/06 e LC 147/14.</p> <p>Claro está o fomento da participação das ME's e EPP's nas licitações.</p>

	<p>Inseriu na lei 8.666/93 o Art. 3º, §§ 14 e 15.</p> <p>A Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com as seguintes alterações:</p> <p>“Art. 3o</p> <p>(...)</p> <p>§ 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.</p> <p>§ 15. As preferências dispostas neste artigo prevalecem sobre as demais preferências previstas na legislação quando estas forem aplicadas sobre produtos ou serviços estrangeiros.”</p> <p>A inclusão destes parágrafos na Lei 8.666/93 evidencia a obrigatoriedade do tratamento favorecido as ME’s e EPP’s.</p>
--	---

Em suma, a LC 123/2006 regula normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Por ser norma geral, mostrou-se carente de efetividade, tendo em vista as inúmeras unidades administrativas distribuídas pelos entes federativos, seja por cunho político ou até por desconhecimento das políticas públicas trazidas pelo Estatuto das ME’s e EPP’s.

De todo modo, a LC 123/2006 criou benefícios procedimentais, tais como: a) habilitação tardia, o que permite que, se vencedor da

licitação, apresente sua regularidade fiscal dentro de dois dias úteis; b) empate ficto, pois a ME ou EPP tem o direito de oferecer nova proposta, após o encerramento da disputa, caso sua proposta seja igual ou até 10% ou 5% (pregão) superior ao da melhor proposta classificada e que não seja ME ou EPP. Também foram criados benefícios materiais, tais como: a) compras exclusivas de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) são exclusivas para ME e EPP; b) subcontratação compulsória de até 30% (trinta por cento) do valor contratado.

Com a edição da LC 147/2014, houve uma mudança que tende a uma maior efetividade. Ocorreu, por exemplo, a imperatividade dos benefícios e do tratamento diferenciado as ME's e EPP's, não deixando qualquer resquício de dúvida quanto a aplicabilidade de tais benefícios, como ocorria na LC 123/2006.

3.2. Cláusulas e requisitos do edital

O edital é considerado a lei que regerá a pretensa contratação, pois subordina os administradores e administrados às regras que estabelece. O art. 40 da Lei 8.666/93 determina normas e condições que deveram constar em todos os editais. Assim, devem constar no edital objeto da licitação, preço, condições de reajuste, prazo, critérios de julgamento, sanções, etc.

O edital deve ser elaborado em consonância com a Lei 8.666/93. A parte introdutória do edital deve conter:

- Data, horário e local de abertura do certame, número de ordem para a modalidade, regime de execução: o edital deve conter o completo endereço, que poderá ser eletrônico. É necessário existir um edital impresso e assinado pela autoridade competente, para consulta física pelos interessados. Um número que identifique a modalidade do certame, o tipo de regime de execução, se obra ou serviço¹¹;

11. VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do ser-

- Objeto: descrever de forma clara e resumida o objeto, e remeter para a descrição detalhada nos anexos do edital, mais especificamente no Termo de Referência ou Plano de Trabalho;

- Tipo da licitação: refere-se ao critério de seleção da proposta¹².

- Prazo de execução: indicar o prazo de execução ou de entrega do objeto, devendo ser estimativo esse prazo no caso de obras, serviços e fornecimentos.

A habilitação é a fase em que a Administração verifica a capacidade do licitante para a futura contratação, não sendo lícito fazer exigências incompatíveis ou indevidas. A Constituição de 1988 determina que “somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”¹³. A habilitação se divide em cinco aspectos: habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e cumprimento do inciso XXXIII do art. 7º da Constituição de 1988.¹⁴

- Habilitação jurídica contempla a regularidade formal, sua personalidade jurídica;

- Qualificação técnica significa a comprovação da aptidão para desempenho de atividade compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação;

viço por preço certo e total;

b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;

12.

a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso

13. 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.

14. proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

- Qualificação econômico-financeira refere-se aos seguintes documentos: balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício financeiro exigível, certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física, garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no “caput” e § 1º do art. 56 da Lei 8.666/93, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação;

- Regularidade fiscal e trabalhista, art. 29, I a IV da Lei 8.666/93 é a prova de que o licitante está regular com suas obrigações fiscais federais, estaduais e municipais. Deve comprovar sua inscrição nos cadastros fazendários e provar a regularidade referente à segurança social e ao fundo de garantia. A regularidade não basta somente no momento da habilitação licitatória, mas também no decorrer da contratação. Segundo Carvalho Filho, “será necessário que, durante todo o curso do contrato, a Administração verifique se o contratado está recolhendo regularmente as contribuições previdenciárias”¹⁵;

- Cumprimento do inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal se refere a uma declaração emitida pela licitante que não emprega menor de 18 (dezoito) anos, em trabalho noturno, perigoso ou insalubre e não emprega menor de 16 (dezesseis) anos, bem como comunicará a Administração qualquer fato ou evento superveniente que altere a atual situação.

3.3. Requisitos do edital previstos na LC 147/2014

O pressuposto deste tópico é que a Administração Pública tem a obrigatoriedade de materializar os benefícios concedidos as ME`s e EPP`s. Assim, como marco de qualquer procedimento licitatório, a Administração deve realizar a pesquisa de mercado

15. JOSE DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “Manual de Direito Administrativo, ob. cit., p. 225.

para valorar o objeto da licitação. Um aspecto relevante é o valor da contratação, pois o art. 48, I da LC 147/2014 determina que, se a contratação for de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), haverá necessidade de compra exclusiva.

Concluindo-se pelo certame exclusivo para ME e EPP, é prudente que a estimativa alcançada envolva preços fornecidos por ME e EPP. Isto porque a ampliação da pesquisa de preços para as grandes empresas pode gerar uma estimativa incompatível com as propostas que serão oferecidas no certame exclusivo. Em se tratando de licitação para obras ou serviços, poderá a Administração Pública exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte. Quanto à aquisição de bens de natureza divisível, a Administração deve estabelecer a cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. Uma exceção a esta regra está imposta pelo artigo 49, II e III da LC 147/14 caso não haja um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório¹⁶ ou quando a contratação exclusiva não seja vantajosa ou representar prejuízo para a Administração¹⁷.

Quanto à documentação de habilitação, no que tange a regularidade fiscal, foi ampliado para ME e EPP o prazo para regularização com alguma pendência para 05 (cinco) dias úteis.

Também recebe destaque o empate ficto, que consiste no direito oferecido as ME's e EPP's de apresentarem nova proposta, após o encerramento da disputa, caso sua proposta seja igual ou até 10%

16. I - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

17. III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

ou 5%, em se tratando de pregão, superior à proposta do melhor classificado, e que não tenha a qualificação de ME ou EPP.

Vale também destacar o art. 48, § 3º, que estabelecem, desde que justificado, a prioridade de contratação de até 10% (dez por cento) do melhor preço válido para contratação de ME's ou EPP's sediadas local ou regionalmente.

E quando de tratar de licitação dispensável, nos termos dos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24, a Lei também trouxe benefício, pois a compra deverá ser feita preferencialmente com microempresas e empresas de pequeno porte.

3.4. Proposta de roteiro para elaboração de edital cumprindo a LC 147/2014

A proposta deste item é a criação de um roteiro para a Administração Pública, no procedimento licitatório e elaborado dentro dos parâmetros da LC 147/2014, qual seja:

PREÂMBULO DO EDITAL	Legislação	S/N	OBS
Consta o número anual do certame?	L 8666/93, 40		
Consta o nome do órgão?	L 8666/93, 40		
Consta a modalidade de licitação?	L 8666/93, 40		
Consta o regime de execução?	L 8666/93, 40		
Consta o tipo da licitação?	L 8666/93, 40		
Consta a menção de que o procedimento será regido pela Lei n.º 8.666/93?	L 8666/93, 40		
Consta o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta?	L 8666/93, 40		
Consta a data do início da abertura dos envelopes?	L 8666/93, 40		
OBJETO			

Objeto da licitação foi descrito de forma clara e sucinta?	L 8666/93, 40, I		
Qual a modalidade utilizada?	L 8666/93, 22 L123/06 L 10.520/02		
CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO			
Consta no edital a exclusividade de ME e EPP tendo em vista o valor estimado da licitação	LC 123/06, 48, I		
Consta que o licitante deverá possuir as condições elencadas dos arts. 37 a 31 da 8.666/93?	LC 123/06, 40,VI		
Constam as vedações previstas no art. 9º da Lei 8.666/93?	L 8666/93, art. 9º		
Consta no edital, em se tratando de aquisição de obras e serviços, a exigência de subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte?	LC 123/06, 48,II		
Consta no edital, em se tratando, aquisição de bens de natureza divisível, a cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte	LC 123/06, 48, III		
Consta do edital, em tratando da hipótese do inciso II do art. 48 da LC 123/06, que os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.	LC 123/06, §2º		
Consta no edital, que os benefícios referidos no art. 48 da LC 123/06 poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido?	LC 123/06, §3º		

DA PUBLICIDADE			
Há previsão dos locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto?	L 8666/93, 40, VIII		
Foi observado o prazo mínimo entre a publicação e a data de recebimento das propostas?	L 8666/93, art. 21		
DOS ENVELOPES A E B			
Consta a forma de apresentação das propostas?	L 8666/93, 40, VI		
Exige a necessidade de apresentação da documentação de habilitação e da proposta de preço do licitante em envelopes separados?	L 8666/93, art. 40 VI c/c art. 43, I e III		
Em se tratando da modalidade de pregão, foi prevista a entrega da declaração de que o licitante cumpre os requisitos de habilitação?	L 10.520/02, art. 4o, inc. VII		
DOCUMENTAÇÃO			
Há previsão de que os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por cópia autenticada por cartório ou por servidor da administração, ou por publicação no Diário Oficial?	L 8666/93, art. 40, VI c/c art. 32		
HABILITAÇÃO JURÍDICA			
Há previsão de que os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por cópia autenticada por cartório ou por servidor da administração, ou por publicação no Diário Oficial?	L 8666/93, art. 40, VI c/c art. 32		

Exige cédula de identidade?	L 8666/93, art. 40, VI c/c art. 28, I		
Exige registro comercial no caso de empresa individual?	L 8666/93, art. 40, VI c/c art. 28, II		
Exige registro do ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor da sociedade comercial, acrescido, no caso de sociedades por ações, dos documentos de eleição de seus administradores?	L 8666/93, art. 40, VI c/c art. 28, III		
Exige inscrição do ato constitutivo e prova de diretoria em exercício, no caso de sociedade civil?	L 8666/93, art. 40, VI c/c art. 28, IV		
Exige o decreto de autorização em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País?	L 8666/93, art. 28, V, in limine		
Exige ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País?.	L 8666/93, art. 28, V, in fine		
Exige nas modalidades previstas na Lei n.º 8.666/93, a declaração de que, ao empregar menores de idade, cumpre-se as condições	CF, art. 7º, XXXIII		
Exige inscrição do ato constitutivo e prova de diretoria em exercício, no caso de sociedade civil ?	L 8666/93, art. 40, VI c/c art. 28, IV		
Exige o decreto de autorização em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País?	L 8666/93, art. 28, V, in limine		

Exige ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País?.	L 8666/93, art. 28, V		
Exige nas modalidades previstas na Lei n.º 8.666/93, a declaração de que, ao empregar menores de idade, cumpre-se as condições determinadas em lei?	CF, art. 7º, XXXIII, c/c L 8666/93, art. 27, inc. V		
REGULARIDADE FISCAL			
Exige a inscrição no CPF ou CNPJ ?	L 8666/93, art. 40, VI c/c art. 29, I		
Exige prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual, municipal ou distrital do domicílio ou sede do licitante, segundo seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual?	L 8666/93, art. 40, VI c/c art. 29, II		
Exige prova de regularidade fiscal pertinente à atividade contratada?	L 8666/93, art. 40, VI c/c art. 29, III		
Exige prova de regularidade para com o INSS pelos licitantes?	L 8666/93, art. 40, VI c/c art. 29, IV		
Exige prova de regularidade para com o FGTS?	L 8666/93, art. 40, VI c/c art. 29, IV		
QUALIFICAÇÃO TÉCNICA			
Exige o registro ou inscrição na entidade profissional competente, em se tratando de atividade regulamentada?	L 8666/93, art. 40, VI c/c art. 30, I		
A exigência de comprovação de aptidão para desempenho de atividade é pertinente e compatível com o objeto da licitação?	L 8666/93, art. 40, VI c/c art. 30, II		

Ao exigir a comprovação de aptidão, nas licitações para fornecimento de bens, exige que a mesma seja atestada por pessoa jurídica de direito público ou privado?	L 8666/93, art. 40, VI c/c art. 30, II e § 4º		
Há restrição do caráter competitivo da licitação, exigindo comprovação de atividade ou de aptidão, estabelecendo que a mesma deve ter sido em determinado tempo, época ou local?	L 8666/93, art. 40, VI c/c art. 30, II e § 5º e art. 3º, § 1º, I		
Há a exigência de o licitante possuir, em seu quadro permanente, profissional detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes às parcelas de maior relevância técnica ou de valor significativo do objeto da licitação?	L 8666/93, art. 40, VI c/c art. 30, § 1º, I		
Há definição sobre as parcelas de maior relevância técnica ou sobre o valor significativo do objeto da licitação para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional?	L 8666/93, art. 40, VI c/c art. 30, § 2º		
Exige a indicação das instalações, aparelhamento e pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto?	L 8666/93, art. 40, VI c/c art. 30, II		
Exige a indicação da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos?	L 8666/93, art. 40, VI c/c art. 30, II		
Exige que o licitante declare que recebeu os documentos e conheceu todas as informações e condições do objeto da licitação?	L 8666/93, art. 40, VI c/c art. 30, III		
QUALIFICAÇÃO ECONOMICO-FINAN- CEIRA			
Exige o balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social?	L 8666/93, art. 40, VI c/c art. 31, I		

Exige a apresentação de certidão negativa de falência ou concordata para pessoa jurídica, ou de execução patrimonial para pessoa física?	L 8666/93, art. 40, VI c/c art. 31, II		
Fixa garantia limitada a 1% do valor estimado do objeto da contratação?	L 8666/93, art. 40, VI c/c art. 31, III		
Há a observação de que a exigência de indicadores deve ficar limitada à demonstração da capacidade financeira do licitante, tendo em conta os compromissos que terá de assumir em caso de adjudicação do contrato, e a vedação de exigir valores mínimos de faturamento anterior e de índices de rentabilidade ou lucratividade?	L 8666/93, art. 40, VI c/c art. 31, § 1º		
Há a observação de que a comprovação da boa situação financeira da empresa seja feita de forma objetiva, mediante a previsão de índices usualmente adotados para a avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação?	L 8666/93, art. 40, VI c/c art. 31, § 5º		
PROPOSTA DE PREÇOS			
Há a estipulação de que, no caso de a licitação ser do tipo menor preço, o vencedor será aquele que apresentar a proposta nas especificações do edital e ofertar o menor preço?	L 8666/93, art. 40, VII c/c art. 45, §1ª, I		
Prevê que, em caso de empate entre duas ou mais propostas, será efetuado sorteio em ato público?	L 8666/93, art. 40, VII c/c art. 45, § 2º, 15, § 4º		
Prevê o empate ficto, se houver ME e EPP?	LC 123/06, 44		

Há previsão, no caso de a licitação ser do tipo melhor técnica, de critérios que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a execução dos trabalhos?	L 8666/93, art. 40, VII c/c art. 46, § 1º, I		
Prevê que, no caso de a licitação ser do tipo técnica e preço, o vencedor será aquele que apresentar a melhor pontuação ponderada para a proposta técnica e de preço, de acordo com os critérios objetivos do edital?	L 8666/93, art. 40, VII c/c art. 46, § 2º, I e II		
Prevê que serão desclassificadas as propostas que não atenderem às exigências contidas no ato convocatório?	L 8666/93, art. 40, VII c/c, art. 48, I		
Prevê que serão desclassificadas as propostas que apresentarem preços excessivos ou manifestamente inexequíveis?	L 8666/93, art. 40, VII c/c art. 48, II		
Prevê que serão desclassificadas as propostas que apresentarem preços baseados em cotações de outro licitante?	L 8666/93, art. 40, VII c/c art. 44, §2,		
Na fixação dos critérios de aceitabilidade dos preços, há a indicação se a proposta deverá apresentar apenas preço global ou se também preços unitários?	L 8666/93, art. 40, X,		
Na fixação dos critérios de aceitabilidade dos preços, há a observação da vedação de fixação de preços mínimos, critérios estatísticos e faixas de variação em relação a preços de referência?	L 8666/93, art., 40, X,		
Na fixação dos critérios de aceitabilidade dos preços, há a observação da vedação de fixação de preços mínimos, critérios estatísticos e faixas de variação em relação a preços de referência?	L 8666/93, art., 40, X,		

RECURSOS

<p>Há previsão de que os recursos devem ser interpostos no prazo de 5 dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata?</p> <p>Obs. 1: No caso de pregão, o recurso é imediato e restrito aos licitantes presentes no momento da declaração do vencedor, sendo dispensável a notificação ou publicação. O prazo para apresentação das razões do recurso será de 3 (três) dias.</p>	<p>L 8666/93, art. 40, XV c/c art. 109, I</p> <p>L 10.520/02, art. 4º, XVIII</p>		
<p>Prevê que as representações, quando não caibam recursos, devem ser interpostas no prazo de cinco dias úteis da intimação da decisão?</p>	<p>L 8666/93, art. 40, XV c/c art. 109, II</p>		
<p>Prevê que os pedidos de reconsideração de decisão do Secretário Distrital devem ser interpostos no prazo de dez dias úteis da intimação do ato</p>	<p>L 8666/93, art. 40, XV c/c art. 109, III</p>		
<p>Prevê que o recurso, nos casos de habilitação ou inabilitação do licitante e julgamento das propostas, tem efeito suspensivo?</p>	<p>L 8666/93, art. 40, XV c/c art. 109, §2º</p>		
<p>Prevê que a impugnação do recurso poderá ser feita no prazo de 5 (cinco) dias úteis de sua comunicação?</p> <p>(obs. No caso do pregão, o prazo é de 3 (três) dias úteis para apresentação das contra-razões)</p>	<p>L 8666/93, art. 40, XV c/c art. 109, §3º.</p> <p>LP, art. 4º, XVIII,</p>		
<p>Prevê que o recurso será dirigido à autoridade superior por intermédio de quem praticou o ato recorrido?</p>	<p>L 8666/93, art. 40, XV c/c art. 109, §4º, in</p>		
<p>Prevê que o recurso será julgado pela autoridade superior no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar do seu recebimento?</p>	<p>L 8666/93, art. 40, XV c/c art. 109, §4º</p>		

PENALIDADES			
Há previsão de sanções no caso de atraso injustificado ou inexecução total ou parcial do compromisso assumido?	L 8666/93, art. 40, III c/c arts. 86 e 87		
ANEXOS			
Consta o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos e especificações?	L 8666/93, art. 40, § 2º, I c/c art. 6º, IX, “a” a “f”, X		
Consta orçamento detalhado em planilhas de quantitativos com todos os custos, inclusive unitários no caso de obras e serviços de engenharia?	L 8666/93, art. 40, § 2º, II c/c art. 7, §2º, II		
Consta a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor?	L 8666/93, art. 40, §2º, III		
L = Lei LC = Lei Complementar			

Como se pode observar, a proposta acima busca contemplar todos os requisitos para a formulação e desenvolvimento regular de licitações que envolvam a participação de ME’s e EPP’s, de acordo com a LC 147/2014.

IV) CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Complementar 147/2014 alterou consideravelmente a redação da Lei Complementar 123/2006 e trouxe a obrigatoriedade da participação de ME’s e EPP’s nas compras públicas. O tratamento diferenciado a essas duas categorias de empresas já estava previsto na Constituição Federal. Porém, em muitos Estados e municípios, houve problemas de efetivação, pois o texto anterior da Lei Complementar 123/2006 possuía uma interpretação duvidosa quanto a concessão dos benefícios.

Dentre outras, as principais medidas legislativas de fomento ao modelo foram: a) a criação de um boleto único de arrecadação englobando seis tributos federais, mais o ICMS e ISS de competência estadual e municipal respectivamente; b) a facilidade para obtenção de alvará de funcionamento para empresas cuja atividade não represente risco, estabelecendo-se prazo para o licenciamento do imóvel onde a atividade será desempenhada; c) a informatização dos cadastros, que vai acelerar o processo de abertura e fechamento de empresas; d) o tratamento diferenciado na forma de contratar com o poder público.

Com a edição da nova LC 147/2014, não subsiste qualquer dúvida quanto à concessão do tratamento diferenciado as ME's e EPP's, como configurado nos artigos 43 e artigo 47 parágrafo único da LC 123/2006. Mesmo não havendo legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.

De fato, a mudança mais impactante para as compras públicas é a obrigatoriedade imposta a Administração Pública. O novo comando legal objetiva a promoção e desenvolvimento econômico e social no âmbito regional e a ampliação da eficiência das políticas públicas. Por essa razão, podemos afirmar que boa parte das licitações públicas a competição terá a participação de ME's e EPP's.

V) referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Acesso em 21/07/2015.

BRASIL. Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm.

Acesso em 20/07/2015.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm.

Acesso em 20/07/2015.

BRASIL. Lei Complementar n. 147, de 7 de agosto de 2014. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp147.htm.

Acesso em 21/07/2015.

BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm.

Acesso em 20/07/2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 10^a Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, RJ, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. Malheiros: São Paulo, 2013.

SERVIÇO PÚBLICO OU ATIVIDADE ECONÔMICA? NATUREZA JURÍDICA DO UBER

Daniela Batista Etiene e Thaynah Pimentel Souza

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No presente artigo procuraremos analisar o que seja serviço público como parte da construção de um entendimento que nos permita analisar a atividade econômica prestada pelo aplicativo Uber, em contraposição, por óbvio, à atividade prestada pelo táxi, assunto que nos últimos anos têm ganhado bastante destaque no Brasil, devido à própria natureza da atividade prestada pelo táxi.

Deste modo, nossa abordagem envolverá três momentos. Inicialmente buscaremos delimitar o conceito de serviço público, tarefa que desde já afirmamos ser pretenciosa, dado o enorme debate que encontra-se por detrás de tal conceituação. Em um segundo momento buscaremos contextualizar as atividades prestadas tanto pelo táxi quanto pelo Uber para estabelecer uma melhor compreensão e contextualização da problemática que aqui encaramos.

Por último buscaremos expor as crises nos requisitos que caracterizam o conceito de serviço público comparadas a própria atividade econômica em sentido amplo e de que maneira essa crise conceitual, uma vez que os requisitos que caracterizam determinado serviço como público tem sofrido uma ruptura de legitimidade colocando em cheque as defesas doutrinárias a respeito da caracte-

rização do serviço público, o que interfere diretamente na legalidade ou não do serviço prestado pela empresa Uber. Faremos menção aos pareceres jurídicos dados por Daniel Sarmento, José Joaquim Gomes Canotilho e Eros Grau para embasarmos nossa defesa do que realmente pode considerar de natureza pública um serviço.

Teremos no decorrer desse artigo sempre a percepção voltada ao que realmente nos é de interesse, ou seja, a quem de fato faz uso do serviço e a demanda da qual o mesmo exige. Abordaremos sob um novo olhar, não mais por critérios objetivos, subjetivos ou formais a ideia de serviço público partindo do transporte oferecido pela empresa Uber e pelas repercussões decorrentes pelos motoristas taxistas.

1. SERVIÇO PÚBLICO

Consideramos por bem começar a explanação que aqui se objetiva dando enfoque a algo que Alexandre Aragão, autor que será bastante utilizado no decorrer da empreitada aqui empreendida, aponta. Aragão afirma que há um inegável *papel dos conceitos jurídicos, naturezas jurídicas e classificações para a sistematização da ciência jurídica, principalmente para fins didáticos* (ARAGÃO, p. 2, 2009). É por este motivo que iniciamos de tal forma, tentando buscar uma definição do que seja serviço público para que, de forma mais didática e fluida possamos abordar o assunto que aqui propomos.

É preciso, contudo, observar o restante da colocação feita pelo autor ora em comento, que aponta que essa importância dada aos conceitos jurídicos deve ser um tanto quanto limitada, pois é necessário entender que tais conceitos encontram limites na própria realidade. É, pois, importante observar que não se deve admitir arbitrariamente um conceito fechado em si mesmo, sem que se observe a realidade e as discussões que comporta, sem que se leve a sério as questões que suscita. É justamente por este motivo que voltamos a reafirmar que a atividade aqui compreendida, de delimi-

tar o conceito de serviço público, é uma tarefa pretensiosa. Porém não deixaremos de lançar luz à discussão.

Ao se propor a trabalhar o conceito de serviço público, Aragão deixa claro que há uma espécie de *evolução do direito administrativo* (ARAGÃO, p. 4, 2009) e que por este motivo faz-se necessária a revisão de vários dos conceitos utilizados anteriormente, conceitos estes que o autor chama de tradicionais do Direito Administrativo. Esses conceitos tradicionais, como o de serviço público, tinham por base a ideia da supremacia da Administração Pública, relegando ao particular o simples papel de administrado, e não de cidadão que procura na Administração a efetivação e proteção dos seus direitos. As ideias dessa base de pensamento ainda hoje encontra certa força em determinados discursos, mas são questões que veem sendo trabalhadas no decorrer desse processo de evolução do Direito Administrativo.

Embora Aragão afirme que *a determinação do conceito e da classificação das atividades estatais, entre elas os serviços públicos, deve se dar pela técnica jurídica por elas utilizadas e não por suas respectivas finalidades ou fundamentos político-sociais* (ARAGÃO, p. 6, 2009), entende que deve ser delimitado até que ponto determinado conceito deve abranger técnicas e fenômenos jurídicos distintos (ARAGÃO, p 6, 2009). Desta forma ele dispõe dois fatores que deveriam guiar o jurista quando na elaboração de algum conceito jurídico, sendo o primeiro deles entender a *operacionalidade do conceito a ser alcançado* bem como o *atendimento aos objetivos metodológicos visados pelo seu autor* (ARAGÃO, p. 7, 2009). O primeiro é necessário para o que o conceito que se visa estabelecer possa demarcar ou abarcar um conjunto mínimo de situações, ou seja, que o conceito delimitado sirva como base, mesmo que mínima, para o estabelecimento de situações que possam se caracterizar enquanto tal, sob pena de se o contrário ocorrer, o conceito será tão abrangente que não delimitará absolutamente

nada, tornando-se inútil. Já o segundo fator teria por função guiar a pesquisa empreendida pelo seu autor, para que lhe sirva como base para responder as questões venha suscitar.

Feitas todas essas considerações prévias sobre o que entendemos ser uma tarefa complicada, achamos por bem adentrarmos às discussões que surgem quando no estabelecimento de uma definição de serviço público.

O que se tem é que por muito tempo a definição de serviço público era utilizada a partir de uma perspectiva ampla. Essa perspectiva ampla conceituava o serviço público como todas as atividades estatais, ou seja, toda e qualquer atividade empreendida pelo Estado. Embora haja muito debate em torno de tal conceituação, certo é que a definição de serviço público sempre está associada a tal perspectiva (de ser uma atividade estatal), muito embora existam graus variados, a depender da amplitude que a conceituação abrange, se menor ou maior.

Aragão, pois, entende que o que se deve levar em conta quando na demarcação do que seja serviço público é o regime jurídico que o envolve. Muito mais do que a atividade em si o que delimitaria o assunto e encerraria o debate seria o regime jurídico utilizado na prestação de determinada atividade, isso porque deveria *haver algo quantitativa ou qualitativamente comum aos regimes jurídicos dessas diversas atividades que justifique a colocação de todas elas sob o mesmo conceito geral* (ARAGÃO, p. 9, 2009). Seria por esta delimitação que, pela diversidade dos regimes jurídicos atribuídos às atividades legislativas e jurisdicionais, que Aragão entende que tais atividades não poderiam ser consideradas como serviço público.

Uma delimitação mais contida também é defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello ao escrever que

“para a formulação de um conceito de serviço público [...] apresentaria um préstimo jurídico muito reduzido ou mesmo nulo se com ela pretender-se abranger toda e qualquer atividade administrativa do Estado, pois, dessarte, não se estaria isolando nada, mas sim simplesmente duplicando palavras para referir um mesmo objeto” (MELLO, p. 41)

Explicando melhor o que foi dito acima, é necessário, para Mello, que se estabeleça parâmetros para que se admita apenas como serviço público uma *certa e específica atividade e não toda e qualquer atividade administrativa* (MELLO, p. 41). O que possui alguma semelhança com o entendimento de Aragão abordado anteriormente.

Segundo Mello o processo de qualificação de algumas atividades como serviço público ocorre quando determinadas atividades, destinadas à satisfação dos interesses da coletividade, o Estado entenda que *não convém relega-las simplesmente à livre iniciativa; ou seja, que não é socialmente desejável [que] fiquem tão só assujeitadas à fiscalização e controles que exerce sobre a generalidade das atividades privadas* (MELLO, p. 42, 2009). A fiscalização e o controle que seria empregado pelo Estado constituiriam o Poder de Polícia, segundo o autor. Tal situação ocorreria pela importância da prestação de determinado serviço.

Ao utilizarmos a ideia de serviço público para Mello, é pertinente observar que este autor faz uso do que Aragão denominou como sendo um dos dois fatores que devem guiar o jurista quando na elaboração de algum conceito, qual seja, o segundo fator apresentado por Aragão em seu texto em uso nessa explanação, o de *atendimento aos objetivos metodológicos visados pelo seu autor*, como já citado anteriormente neste artigo. Isso porque, antes mesmo de justificar o que se contém nas suas afirmações sobre o serviço público, considera como tal apenas aqueles serviços e atividades que conteriam, cumulativamente, certos requisitos, quais sejam:

“(a) tratar-se de uma prestação de atividade singularmente fruível pelos usuários; (b) consistir em atividade material; (c) destinar-se à satisfação da coletividade em geral; (d) ser reputada pelo Estado como particularmente importante para a satisfação dos interesses da Sociedade (e) ter sido havida como insuscetível de ser relegada tão só aos empreendimentos da livre iniciativa, razão porque a assume como pertinente a si próprio (ainda que nem sempre com exclusividade) e (f) submetê-la a uma específica disciplina de direito público” (MELLO, p.43).

Com esses requisitos utilizados para a definição do que considera serviço público, Mello parece concordar com Aragão quando afirma ser indispensável submeter a atividade considerada serviço público à *uma específica disciplina de direito público*, ou seja, Mello também dá enfoque ao regime jurídico para a conceituação do instituto em comento. Isso não significa nada além do que a atividade deve ser regida por um *elemento formal*¹⁸ próprio.

Analisemos a Constituição Federal por um momento. A nossa Constituição atual não é indiferente às necessidades sociais, muito pelo contrário, no próprio preâmbulo reafirma que está destinada a assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, bem como o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. É, por isso, que

“pressupõe que seja, diretamente ou através da iniciativa privada, um Estado garantidor de determinadas prestações necessárias à realização desses desideratos, radicados, sobretudo, na dignidade da

18. MELLO, p. 43

peessoa humana e na redução das desigualdades sociais (art. 1º e 3º,CF)”(ARAGÃO, p. 11, 2009).

É exatamente por este motivo, porque a Constituição Federal reafirma que o Estado, de forma direta ou indireta (através da iniciativa privada), deva ser garantidor de determinadas prestações necessárias, é que propomos, aqui, um entendimento diferente da conceituação até aqui abordada sobre o serviço público, assumindo a possibilidade de uma conceituação amplíssima. Isso se deve ao fato de mudarmos o foco do regime jurídico ou da atividade prestada exclusivamente pelo Estado para lançarmos luz a quem realmente importa a prestação do serviço: à população. Tudo poderia, desta feita, ser admitido enquanto serviço público na medida em que a atividade que se desenvolve é destinado à população. Voltemos.

Como o próprio Aragão afirma, a Constituição Federal embora possua muitas regras específicas sobre os serviços públicos *não chega a ser precisa na utilização da nomenclatura* (p. 20, 2009). Frente a esta situação, ele oferece algumas concepções sobre serviço público que a Constituição de 1988 poderia contemplar. Focarei na que se aproxima (mesmo que muito limitadamente) com a posição que anteriormente afirmamos, qual seja, a concepção amplíssima de serviço público. Digo que é a que mais se aproxima porque ainda se encontra restrita à atividade prestada apenas pelo Estado, pela Administração Pública, em alguns casos, ainda, limitando-se às atividades que envolvam o direito público exclusivamente, coisa pretendemos refutar.

A concepção amplíssima *advém da escola clássica do serviço público de LÉON DUGUIT* (ARAGÃO, p. 20, 2009), e entende o serviço público como toda e qualquer atividade exercida pelo Estado, sejam elas *externas ou internas, inerentes ou não à soberania, econômicas/potencialmente lucrativas ou não, prestacionais, de polícia administrativa ou de fomento* (p. 20, 2009). Há ramificações de tal

entendimento, admitindo, por exemplo, como serviço público todas as atividades prestadas pelo Estado e regidas pelo Direito Público.

Optamos por uma configuração ainda mais ampla de serviço público, pois admitimos a mudança de foco da conceituação do prestador do serviço e do regime jurídico para quem efetivamente utiliza-se do serviço prestado. Admitimos, dessa feita, que a existência de uma demanda (legal) por si só configuraria a existência de um serviço público sem que tal conceituação levasse à uma inutilidade ou nulidade do conceito por ser demasiado amplo. Há bons argumentos que corroboram com tal posição. Vejamos uma situação que exemplifica bem e que mais tarde será novamente utilizada: os serviços de táxi. São tidos como serviço público, porém não são raras as vezes em que *nos deparamos com normas e decisões judiciais que [...] reconhecem direitos exclusivamente aplicáveis a relações inteiramente de direito privado*¹⁹, como por exemplo a transmissão das permissões (forma pelo qual a Administração Pública permite que o particular preste o serviço de transporte público) por ato inter vivos e até mesmo a transmissão hereditária, situações que não encontram embasamento no regime jurídico aplicado aos serviços públicos para a doutrina tradicional, o que seria uma incoerência nessa persistência em admitir a conceituação de serviço público enquanto há a aplicação de regime jurídico de direito público. Há, até mesmo, como já citado, leis e decretos que possibilitam a transmissão de permissão de tais serviço, como se depreende do julgado abaixo:

TJ-MG - Agravo de Instrumento Cv AI
10090120008579001 MG (TJ-MG)

Data de publicação: 29/04/2013

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO
DE INVENTÁRIO POR ARROLAMENTO - PERMISSÃO

19. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26567/os-servicos-de-taxi-sua-natureza-juridica-e-a-necessidade-de-ajustes-terminologicos-da-legislacao-ao-respectivo-fenomeno-caso-do-rio-de-janeiro>; Acessado em: 31/08/2016

SÃO PARA EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TÁXI - TITULARIDADE ADQUIRIDA ANTES DA CR/88 - TRANSFERÊNCIA POR SUCESSÃO ATÉ REALIZAÇÃO DE NOVA LICITAÇÃO - POSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO. 1. É pacífico na doutrina e na jurisprudência o caráter precário e personalíssimo da permissão de serviço público, a qual, em regra, se extingue com o falecimento do permissionário, sobretudo pelo fato de o art. 175 da Constituição de 1988 exigir prévia licitação para sua concessão. 2. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que havendo legislação local autorizativa, a permissão para exploração de serviço público pode ser transferida aos herdeiros do de cujus, sobretudo em virtude do valor econômico, geralmente elevado, de tal direito. 3. A Lei Municipal nº 10.089/11 impõe limite à utilização da permissão pelos herdeiros do permissionário falecido, não podendo estes explorá-la ad aeternum, mas somente até que nova licitação seja realizada.

Há, até mesmo, uma certa contrariedade nas decisões, como veremos a seguir:

TJ-MG - Agravo de Instrumento Cv AI 10024112271952001 MG (TJ-MG)

Data de publicação: 02/06/2014

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - SUCESSÃO - TRANSFERÊNCIA - PERMISSÃO PARA EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO DE TÁXI - IMPOSSIBILIDADE 1. O Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais já se manifestou pela inconstitucionalidade da Lei Municipal 10.089/2011

que previa a possibilidade de transferência da permissão para exploração do serviço de táxi; 2. A permissão para conduzir táxi não é bem suscetível de ser transferido por herança aos sucessores ou cônjuge, visto que o artigo 175 da Constituição Federal determina que os serviços públicos prestados pelo regime de concessão ou permissão sejam sempre precedidos de licitação. 3. Recurso não provido.

Esses julgados nos mostram a insegurança que a atual conceitualção do que seja serviço público pode causar, que mesmo sendo um conceito mais delimitado tem causado aplicações distintas, acabando por não se enquadrar nas afirmativas feitas no início deste artigo daqueles que defendem uma maior delimitação do conceito de serviço público. É claro que não há uma ingenuidade que nos cegue de observar que os problemas dos precedentes e dos julgados que existem no Brasil são muito mais profundos do que podemos tratar nesse artigo, sendo muito mais um problema do direito processual civil de como vemos, entendemos e utilizamos os precedentes, do que somente sobre a contrariedade da matéria aqui analisada.

Ao afirmamos que a definição do que seja serviço público deva ser ampla o suficiente para admitirmos que tudo seja serviço público, obedecido, por óbvio a legalidade (daí não se pode aferir que a venda de drogas ilícitas possa ser considerado serviço público), o que estamos fazendo é admitindo um olhar diferenciado na perspectiva do serviço público, deixando de veiculá-lo exclusivamente às atividades estatais e ao direito público, que de uma forma ou de outra acaba por não receber aplicação sempre que o que se tem na situação seja um serviço público pela definição tradicional.

2. SERVIÇO PÚBLICO E A ATIVIDADE ECONÔMICA PRESTADA PELO UBER

Tendo trabalhado até aqui a conceituação de serviço público, cabe adentrar no tema proposto no presente artigo. Diante das notícias, acontecimentos, decisões e dos vários pareceres emitidos por juristas renomados, tal assunto despertou nosso interesse. O debate suscitado é quanto da legalidade ou não do serviço público, em um primeiro momento, devido ao embate que tal atividade têm gerado em relação à atividade de táxi. Em segundo momento o que objetivamos aqui é a possibilidade de relação existente entre a atividade prestada pelo Uber e o serviço público.

A atividade prestada pelo aplicativo Uber parece não possuir uma opinião uníssona sobre sua natureza. Vários são os argumentos contra e a favor da prestação de tal serviço. Apontaremos alguns desses argumentos. Antes, contudo, faz-se necessário entender um pouco mais sobre no que consistiria a atividade realizada pelo aplicativo objeto do presente artigo. Utilizando a descrição mais genérica dada pela CartaCapital, tem-se que o Uber é um aplicativo de celular que conecta uma pessoa a um motorista particular²⁰. É uma atividade prestada a partir de aplicativos para smartphones. Uma explicação jurídica pode ser melhor encontrada nos pareceres do ex-Ministro Eros Grau e do professor Daniel Sarmento, pareceres estes que serão utilizados para a explanação do presente trabalho. Utilizando-se dessas referências é possível desprender, doravante, que o *Uber e pessoa jurídica constituída por uma pessoa física proprietária de automóvel contratam, entre si, o transporte de passageiros; a constituição dessa pessoa jurídica é exigida pela Uber, como requisito de contratação* (GRAUS, P. 1, 2015).

O ex-Ministro Eros Grau desenvolveu um parecer, encomendado pelo escritório Crivelli Advogados, que defendia, até dezembro de 2015 ao menos, os taxistas na discussão quanto a legalidade ou ilegalidade da atividade do aplicativo em comento. O ex-Ministro, no parecer,

20. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/entenda-a-polemica-do-aplicativo-uber-9680.html>; Acessado em: 31/08/2016

entende que a atividade do Uber é ilegal utilizando a Lei 12.468/2011. Tal lei constitui a Lei dos Táxistas dispondo do parágrafo 2º para definir que o *transporte público individual remunerado de passageiros consubstancia , no Brasil, serviço público* (GRAUS, P. 4, 2015).

Eros, parte do pressuposto de que no Brasil o transporte público individual remunerado de passageiros consubstancia serviço público e refuta pareceres favoráveis a empresa Uber, pareceres estes que argumentam que a Lei 12468/2011 regulamenta exclusivamente a profissão de taxista e não se aplica a motoristas que exercem o transporte público individual remunerado de passageiros por contratos privados individuais. Observa-se que há uma percepção a luz do conceito de prestador do serviço e do regime jurídico do qual ele se submete, que caracterizaria um serviço público no seu parecer. O ex ministro utiliza de definições como “atividade econômica em sentido amplo” que se dividiria em “atividade econômica em sentido estrito” – seria assim, de caráter privado, e o “serviço público” para definir como serviço público apenas aquele tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público.

O Ex Ministro ainda critica posicionamentos que utilizam-se da autonomia da vontade que qualquer motorista teria o direito de aceitar e firmar contratos com o consumidor para prestação de serviço de transporte público individual. Entretanto, a partir da nossa ideia principal de serviço público a quem efetivamente o utiliza, se houver, a título exemplificativo, em determinado bairro de uma cidade na qual carece de transporte público municipal , uma demanda absurda pelo serviço, por que não o particular, devidamente habilitado, prestá-lo a população? Nos parece aceitável concordar que conforme mencionado anteriormente neste artigo por Celso Antônio Bandeira de Mello alguns dos requisitos para o tipo de serviço relatado anteriormente que destinaria-se à satisfação da coletividade, além de que, o serviço de transporte é reputado pelo Estado como importante para a satisfação dos interesses da sociedade.

Ao expor neste presente artigo a opinião do professor Daniel Sarmiento a respeito da atividade econômica exercida pela empresa Uber de transportar passageiros através de motoristas devidamente habilitados e qualificados exponho um dos princípios fundamentais da Constituição Federal e por ele abordado para embasar a legalidade da atividade econômica em questão : a livre iniciativa previstas no art. 1º, IV e 170, caput da Constituição Federal.

Historicamente a livre iniciativa teve como pioneira a França em contexto de revolução industrial e deixar-se os cárceres do exercício de profissões e atividades da Idade Média. Qualquer agente privado teria assim a liberdade para o início de um empreendimento no mercado. Conforme menciona Sarmiento :

“A livre iniciativa foi garantida inicialmente na França revolucionária, visando à abolição das limitações e privilégios corporativos, herdados da Idade Média, que cerceavam o exercício de profissões e atividades econômicas. Trata-se de princípio estruturante da ordem jurídica capitalista, que preconiza a liberdade dos agentes privados – indivíduos, coletividades ou empresas – para empreenderem atividades econômicas, no ambiente do mercado. A livre iniciativa envolve tanto a liberdade de iniciar uma atividade econômica, como de organizá-la, geri-la e conduzi-la” (SARMENTO P. 6, 2015).

Mas a livre iniciativa deve ser observada como a liberdade individual de promover algo novo, acrescentar ao mercado algo que não existia , que fomente o desenvolvimento econômico em prol da coletividade . Não deve o Estado bloqueá-la sobre o pretexto de normatizar ou regularizar pois isso retrocederia um progresso econô-

mico e fatores como o avanço da tecnologia, atualmente um meio inovador e primordial para o desenvolvimento de atividades econômicas, são fatores chave para a ordem econômica do país. Para Sarmiento a *regra geral deve ser a liberdade dos particulares para se engajarem em atividades econômicas, desde que não lesem direitos de terceiros ou interesses relevantes da comunidade.* (SARMENTO P. 9 , 2015) . Algo a ser discutido seria se essa atividade econômica lesionaria os direitos de taxistas uma vez que defendemos a opinião que uma vez que haja demanda pelo serviço, não há o que se falar em lesão ao direito prestacional de terceiros , sempre partindo do pressuposto que o serviço público depende de quem o utiliza e da demanda que se tem por determinado serviço.

Ao adentrar-se no próprio conceito de serviço público, passando pelas próprias conceituações doutrinárias de que a atividade econômica em sentido amplo subdivide-se em atividade econômica strictu sensu e serviço público, sendo este, considerado a pela presença de aspectos distintivos que caracterizariam o serviço , o critério subjetivo na qual o Estado deve ser o prestador do serviço; o critério objetivo que relaciona-se à natureza da atividade, observa-se aqui a relevância à satisfação das necessidades coletivas e o critério formal do qual corresponde ao regime jurídico de Direito Público que a atividade deve estar submetida; Sarmiento aponta que existe uma chamada crise a esses critérios que atualmente tem sido caracterizados como *ambíguos ou insuficientes.* (SARMENTO P. 18, 2015)

“O critério subjetivo tornou-se inviável, seja em razão da prestação de serviços públicos também por particulares, seja pela exploração direta da atividade econômica em sentido estrito pelo Estado. O critério objetivo, por sua vez, é de difícil manejo, pela sua extrema fluidez e variabilidade, muito dependente de compreensões ideológicas sobre o papel do Estado na sociedade” (SARMENTO P. 18, 2015).

Tendo por enfraquecido o critério subjetivo pois atualmente a prestação de serviços públicos não é feita exclusivamente pelo Estado mas prestado também por particulares, dado como exemplo o transporte público prestado por taxistas mediante concessão e permissão , além da dificuldade de lidar com a flexibilidade do critério objetivo uma vez que as necessidades variam historicamente e de acordo com cada sociedade, o que em épocas antigas seria de grande necessidade pela população atualmente pode ser que não seja e não caberia mais ao Estado o papel de oferecê-lo devido a falta de demanda, há que se questionar também se o critério formal permanece fundamental na caracterização do serviço público. Nas palavras de Daniel Sarmento: *o próprio elemento formal, conquanto de indiscutível importância, também atravessa crise e revela insuficiências.* (SARMENTO P. 19, 2015)

Pois o que caracterizaria o regime jurídico administrativo do serviço público, como por exemplo a necessidade de licitações, para particulares prestarem o serviço mediante concessão ou permissão que tem sofrido grandes relativizações, muitas vezes quando não há necessidade das próprias licitações que a lei deixa claro serem necessárias.

Assim, e estamos de acordo com a opinião do professor, não se pode deixar que o regime jurídico seja a única forma de caracterizar o serviço público pois constitucionalmente haveria uma hierarquia entre os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência ao estabelecer um regime jurídico que delimitasse o que seja ou não serviço público restringiria a livre iniciativa do indivíduo em oferecer tal serviço.

Embora destaque que os critérios que caracterizam o serviço público sejam insuficientes , Sarmento aponta que em relação ao transporte coletivo pode-se tranquilamente considerá-lo como público não só por estar previsto em lei , mas por ser indispensável a coletividade, mas, com relação ao transporte individual , questionou-se se ao poder público caberia assegurar o acesso a transporte a cada cidadão

de maneira individual . Mas ao nosso ver, isso também pode ser passível de reflexão pois, considera-se que para exercer atividade de taxista o veículo deva comportar no máximo até 7(sete) passageiros, quebrando o conceito de ser um transporte apenas individual. Por que não , usar de tal premissa para conceitualização do Uber que atualmente possui veículos com capacidade de até 6(seis) pessoas²¹? Há que se falar em transporte exclusivamente individual?

Para o professor, o transporte individual de passageiros de natureza pública fica a cargo de taxistas conforme regulamentado em lei enquanto o transporte individual de passageiros de caráter privado é desempenhado pelos motoristas parceiros da Uber , definição que possa ser refutada pois o que os diferencia é o âmbito normativo, já que a forma de prestação de serviço é a mesma.

Canotilho em seu parecer jurídico a respeito da legalidade do transporte pela empresa Uber expõe que seria inequívoco determinar de natureza privada a atividade econômica do transporte individual de passageiros mesmo que essa atividade na verdade seja considerada de “utilidade pública” pois visa o próprio interesse público da coletividade. Faz menção a expressão portanto de “transporte público individual de passageiros” Seria uma evolução da Lei nº 12857 de 3 de Janeiro de 2012 que versava *expressamente no artigo 12º o transporte público individual de passageiros como uma atividade pública, isso é , um serviço público e portanto de titularidade pública. (CANOTILHO, p.14, 2015)* e teve o seu artigo modificado para *serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros (Redação dada pela Lei nº 12.865, de 2013)* . Logo, o próprio transporte individual de passageiros é visto conforme legislação como um serviço não propriamente público , mas de utilidade pública, da qual o estado autoriza o particular a presta-lo mediante concessão e permissão.

21. Disponível em: <http://www.tudocelular.com/apps/noticias/n39414/uber-anuncia-novos-carros.html>

Lei 12857/2015 Art. 12. Os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas

3. PROBLEMATICA DO SERVIÇO DE TRANSPORTE OFERECIDOS PELOS TAXISTAS E PELOS MOTORISTAS DA EMPRESA UBER A LUZ DA LEI 12.587/2012

Há que se discutir a respeito das repercussões que o aplicativo trouxe e dos inúmeros julgados que foram proferidos em relação aos motoristas que ao utilizarem do aplicativo para exercer o transporte individual de passageiros foram proibidos de oferecer o serviço.

Uma notícia disponível no Tribunal de Justiça de Minas Gerais relata a decisão dada em caráter liminar que concede mandado de segurança ao motorista contra a Guarda Municipal de Belo Horizonte para que esta se abstenha de praticar algum ato que o impeça de oferecer o serviço de transporte individual de passageiros por meio da empresa Uber.

O juiz proferiu a decisão baseado na enorme demanda que o transporte individual de passageiros atualmente possui na cidade e ressaltou que essa modalidade atende ao interesse público e causa melhoria na modalidade urbana:

“Ao analisar o pedido, o juiz observou que o serviço prestado pelo Uber configura-se transporte de passageiros individual privado, diferenciando-se assim do serviço de táxi, e ressaltou que “está atendendo interesse público e melhoria na mobilidade urbana, tendo em vista a imensa demanda de transporte individual na cidade”.Na avaliação

do magistrado, a atividade não pode ser considerada clandestina, “uma vez que não há manifesta violação ao ordenamento jurídico, pelo contrário, a Constituição Federal consagra como direito fundamental a livre iniciativa, o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão”.O magistrado frisou ainda que a contratação do serviço está disponível apenas para usuários de smartphones “que espontaneamente aderiram ao aplicativo, assemelhando-se, dessa forma, à contratação no próprio domicílio de motorista particular, pois se tem liberdade de escolha baseada na satisfação quanto ao serviço, não se adentrando nos direitos trabalhistas, por óbvio”.Assim, o juiz afirmou não se mostrar razoável a proibição do serviço e, considerando a real possibilidade de uma ação restritiva da Guarda Municipal sobre os motoristas do Uber, o que comprometeria a subsistência do autor da ação e de sua família, ele deferiu a liminar.”²²

Cabe ressaltar, portanto, que seria vantajoso não só para aquele que oferece o serviço de transporte individual como para o Estado que haja opções de transporte acrescentando e dando melhorias a mobilidade urbana da cidade. Caberia ao consumidor o direito de escolher aquela que mais lhe fosse favorável, argumento este que muitos defendem.

Abrimos a discussão para o seguinte julgado:

TJ-SP - Agravo de Instrumento : AI
20952991420168260000 SP 2095299-
14.2016.8.26.0000

22. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal/imprensa/noticias/justica-concede-a-motorista-do-uber-direito-de-prestar-o-servico-1.htm#.V9BGc5grLIU>

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. PODER DE POLÍCIA. APREENSÃO DE VEÍCULO E IMPOSIÇÃO DE MULTA PELO EXERCÍCIO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS ATRAVÉS DO APLICATIVO “UBER”. PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA CONCESSÃO DA LIMINAR.

Preenchimento. Plausibilidade do direito invocado configurada. Cognição não exauriente da matéria. Município de Campinas. Lei Municipal 13.775/10. Fiscalização e imposição de penalidades ao exercício clandestino da atividade de taxi. Lei municipal que elegeu a atividade como serviço público, passível, portanto, de fiscalização e controle de seu exercício no desempenho da função administrativa. Plausibilidade na alegação de que o serviço desempenhado pelo impetrante não configura atividade clandestina de táxi. Cognição sumária aponta para a incidência das regras constantes do regime jurídico de direito privado, informado pela autonomia das partes em pactuar contrato de transporte individual de passageiros. Incidência do Código Civil. No plano da cognição sumária, considera-se que não se caracteriza a efetiva concorrência entre os serviços, mas convivência paralela, cada qual atendendo as regras dos regimes jurídicos que lhes toca. Não atendimento dos princípios que informam a Administração Pública, como a impessoalidade, dado que é possível a rejeição de passageiros, e a modicidade da tarifa, dado que o preço do serviço oscila conforme a demanda. A plausibilidade da alegação se extrai da interpretação no sentido de que a matéria não se resolve

sob o prisma do direito público, mas sim no ambiente do direito privado. Cognition superficial parece apontar para a não incidência da lei municipal sobre a atividade desempenhada pelo impetrante, motorista do serviço de transporte de passageiros denominado “Uber”. Deferimento da liminar para o fim de impedir que o Município pratique atos restritivos ao exercício de sua atividade profissional. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO.

De fato, não há concorrência entre os serviços prestados mas sim uma convivência paralela como mencionado no julgado exposto e cabe ao consumidor o seu direito de escolha e livre autonomia para pactuar um contrato de transporte individual de passageiros. Não há que se falar em atividade clandestina de taxi uma vez que o aplicativo Uber não possui regulamentação sendo apenas considerado como um contrato entre as partes de oferecer um transporte de passageiros.

Outra questão importante a ser afirmada consiste nos problemas enfrentados com relação a qualidade do serviço oferecido por taxistas em aeroportos , rodoviárias e estações que combinam entre si preços exorbitantes a serem pagos pelos consumidores .

O professor Daniel Sarmiento em seu parecer acerca da legalidade do Uber traz a regência de transportes urbanos no país pela Lei 12.587/2012 que instituiu no país as bases da Política Nacional de Mobilidade Urbana e que classifica o transporte urbano quanto ao objeto, sendo eles de passageiros ou de cargas, quanto a característica do serviço sendo coletivo ou individual e quanto a natureza do serviço sendo ela pública ou privada. O que caracteriza o transporte individual de passageiros de natureza pública e o transporte individual de passageiros de natureza privada. A referida lei estipula que o transporte público individual de passageiros seria atividade privativa dos taxistas, entretanto, como o próprio professor ressalta, a lei não se concedeu aos taxistas o monopólio no exercício de toda a

atividade de transporte individual de passageiros, sendo ela pública e privada. Para Sarmento, o transporte individual privado de passageiros seria a atividade prestada pelos motoristas parceiros da UBER.

O que discordamos aqui, em certo ponto, uma vez que a característica da atividade prestada por ambos tanto taxistas quanto motoristas parceiros do UBER não possuem distinções práticas e o objetivo do serviço é o mesmo : oferecer transporte aos seus clientes enquanto houver demanda.

Sarmiento enfatiza que até mesmo pela ótica do legislador o serviço de taxi não seria um serviço público mas serviço de utilidade pública, enquadrando-se em atividade econômica mas com regulação e fiscalização estatal. Mas se é de interesse público a sua prestação cabe uma reflexão acerca desse ponto de vista.

Se concluirmos a caracterização do serviço público pelo regime jurídico e a natureza da atividade jurídica conforme é abordado pelo Direito Administrativo, nenhum dos dois tipos de serviço prestado seria caracterizado como serviço público. Mas, como mencionado anteriormente, tais critérios encontram-se insuficientes para solidificar a caracterização do serviço público.

Diante das dificuldades aqui expostas seria portanto, interessante, uma regulação ao serviço oferecido pelo Uber em todo território nacional, visto que não há diferenciação no tipo de serviço e no fato que é de interesse público que seja prestado a população transporte público individual, pois o transporte em si, é de caráter público partindo-se do pressuposto de que é de necessidade a satisfação dos interesses da população em locomover-se de maneira segura.

Além da própria regulação, caberia uma fiscalização no cumprimento do serviço por parte dos taxistas uma vez que atualmente existe inúmeras irregularidades que devem ser observadas pelo Poder Público saná-las adequadamente. O interesse maior consiste no interesse da coletividade deve-se atentar para uma melhor prestação de serviço e efetividade no sistema de transportes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procuramos desenvolver, neste artigo, um melhor entendimento em relação ao serviço prestado pelo aplicativo Uber e sua relação com o conceito tradicional de serviço público. Por esta razão, em primeiro lugar buscamos uma nova conceituação para a definição de serviço público e a compreensão do porque o conceito utilizado atualmente não é mais tão adequado, visto que encontra-se ultrapassado pela inaplicabilidade que as vezes o cerca.

Em um segundo momento apreendemos a tarefa de contextualizar as atividades prestadas tanto pelo táxi quanto pelo Uber com a intenção de lançar luz a uma nova concepção das atividades empreendidas por ambos, demonstrando que pouca ou nenhuma diferença existiria efetivamente nas duas atividades. Isso só é possível pela nova conceituação que buscamos oferecer, tendo colocado o foco do serviço público nas pessoas que o recebem do que no regime que o rege ou na pessoa que o presta.

Em último lugar, e em razão do que foi constatado no segundo ponto, buscamos demonstrar que a crise existente nos requisitos de serviço público acabam por prejudicar a fixação de parâmetros básicos que possuam lógica quando na diferenciação do serviço de táxi e do Uber. Nessa pesquisa utilizamos alguns pareceres jurídicos, escritos por Daniel Sarmiento, José Joaquim Gomes Canotilho e Eros Grau, cada um abordando o tema sobre sua perspectiva. Lançamos luz à esses pareceres para, em certa medida, fortalecer o que aqui defendemos.

REFERÊNCIAS

Aragão, A. S. (2009). O Conceito de Serviços Públicos no Direito Constitucional Brasileiro. *REDAE*.

CANOTILHO, J.J.G Parecer acerca da legalidade do Uber (2015)

GRAU, Eros . Parecer acerca da ilegalidade do Uber (2015)

Mello, C. A. (s.d.). Serviço Público: Conceito e Características.
UNAM, 39-53.

Sarmiento, Daniel. Parecer Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. (2015)

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12468.htm

MEIO AMBIENTE E PODER DE POLÍCIA

Davi Vazquez Barreira Ranzeiro de Bragança²³

INTRODUÇÃO

É inegável a importância da I Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente, realizada pela ONU, em junho de 1972, em Estocolmo, já que a mesma inspirou o constituinte brasileiro de 1988, ao incorporar à CRFB/88, o meio ambiente como um direito fundamental de terceira dimensão, inovando, dessa maneira, nosso ordenamento jurídico.

A fim de se garantir a máxima proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Constituição Federal atribuiu ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Cabe destacar que cumpre, precipuamente, ao Poder Público, ou seja, a todos os entes federativos tal dever de proteção ambiental, traduzindo-se numa competência comum administrativa.

Inicialmente, o presente trabalho se propõe a explicitar o direito ao meio ambiente e os ao Poder Público para a proteção daquele direito.

Em seguida, demonstrar-se-á a nobre função do poder de polícia no sentido de evitar ou minimizar o dano ambiental de difícil reparação, bem como as implicações deste poder-dever de fiscalização para o Poder Público.

Por fim, no âmbito do poder de polícia, analisar-se-á um instrumento de proteção ambiental conferido ao Estado para uma adequada gestão dos recursos naturais, qual seja, o licenciamento am-

23. Graduado em Direito pela UFF, pós-graduando em Direito Público pela UCAM. Email: davi_braganc@hotmail.com

biental, além do estudo de impacto ambiental, - considerado parte integrante do procedimento de licenciamento ambiental e bastante importante na missão de prevenção dos danos ao meio ambiente.

1. DIREITO AO MEIO AMBIENTE E DEVERES CONSTITUCIONAIS

Inicialmente, deve-se lembrar da I Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente, realizada pela ONU, em junho de 1972, em Estocolmo, considerada o marco mundial que ensejou o alerta sobre os riscos à humanidade gerados pela degradação ambiental, introduzindo os países em um debate sobre a questão, culminando na criação da Declaração sobre Meio Ambiente.

De fato, Estocolmo inspirou o constituinte brasileiro de 1988, quando inseriu um capítulo próprio no texto constitucional (VI - DO MEIO AMBIENTE) incorporando à Lei Pátria, o meio ambiente como um direito fundamental de terceira dimensão, conferindo uma nova realidade protetiva no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição afirma que o meio ambiente equilibrado constitui bem de uso comum do povo²⁴. Trata-se de uma nova categoria jurídica criada pelo constituinte “capaz de impor, a todos quantos se utilizem de recursos naturais, uma obrigação de zelo para com o meio ambiente.” (ANTUNES: 2004).

Portanto, além dos direitos e garantias individuais e coletivos enumerados no artigo 5º, o legislador constituinte acrescentou no caput do art. 225 o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e sadio. Isto porque o §2º do artigo 5º da Constituição Federal representa cláusula de abertura axiológica dos direitos fundamentais que admite a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional (SARLET: 1992).

24. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Encontra-se, assim, dentre os direitos fundamentais de terceira geração²⁵. Isto porque o art. 225 da Carta Magna ao vincular o direito ao meio ambiente ao direito à vida demonstra a essencialidade e fundamentalidade do direito ao meio ambiente como garantia fundamental viabilizadora do próprio direito à vida, sendo ela humana ou não.

A Corte Suprema do Brasil já, inclusive, julgou um Mandado de Segurança neste sentido²⁶.

Portanto, a terceira geração de direitos humanos é composta por aqueles direitos que não se destinam à proteção dos interesses de um indivíduo singularmente considerado ou grupo específico, mas tem por destinatário o gênero humano, ou seja, são atribuídos de modo difuso a todos os integrantes dos agrupamentos sociais.

Nesse sentido, acerca da importância do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tem-se que

“as normas constitucionais assumiram a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente.” (SILVA: 2002).

Em outras palavras, quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente tem-se, com esta tutela, um instrumento para a

25. BRASIL. STF - MS 22164, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 17.11.95, p. 39.

26. A QUESTÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO -DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO - PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. - O DIREITO A INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE - TÍPICO DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO - CONSTITUI PRERROGATIVA JURÍDICA DE TITULARIDADE COLETIVA, REFLETINDO, DENTRO DO PROCESSO DE AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, A EXPRESSÃO SIGNIFICATIVA DE UM PODER ATRIBUÍDO, NÃO AO INDIVÍDUO IDENTIFICADO EM SUA SINGULARIDADE, MAS, NUM SENTIDO VERDADEIRAMENTE MAIS ABRANGENTE, A PRÓPRIA COLETIVIDADE SOCIAL. [...] OS DIREITOS DE TERCEIRA GERAÇÃO, QUE MATERIALIZAM PODERES DE TITULARIDADE COLETIVA ATRIBUÍDOS GENERICAMENTE A TODAS AS FORMAÇÕES SOCIAIS, CONSAGRAM O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E CONSTITUEM UM MOMENTO IMPORTANTE NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO EXPANSÃO E RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS, CARACTERIZADOS, ENQUANTO VALORES FUNDAMENTAIS INDISPONÍVEIS, PELA NOTA DE UMA ESSENCIAL INEXAURIBILIDADE. CONSIDERAÇÕES DOUTRINARIAS. (transcrição parcial da ementa oficial)(MS 22164, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 17.11.95, p. 39. 206) [grifou-se]

proteção de um bem jurídico ou direito, que é justamente a qualidade da vida humana.

Esse é o contexto que deve nortear a interpretação de todas as normas protetivas ao meio ambiente, ampliando-se a garantia de eficácia e aplicabilidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, desde o momento em que este é inserido no rol das limitações materiais ao poder de reformar o texto constitucional (art. 60, § 4º, Constituição Federal de 1988) (SILVA: 2002).

O que se pretende dizer é que a aderência do direito à vida do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado impede a sua eliminação por via de emenda constitucional.

Este direito, assim como todos os direitos fundamentais previstos constitucionalmente tem aplicação direta e imediata, a teor do que dispõe a Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, §1º.

Também cumpre evidenciar que a defesa do meio ambiente exsurge do texto constitucional como variável impositiva e condicionadora do exercício da livre iniciativa e liberdade econômica.

Assim, ao Poder Público são dadas tarefas pela Constituição Federal a fim de compatibilizar o desenvolvimento econômico (art. 170, caput) com a defesa do meio ambiente (art. 170, inc. VI, e 225), o que permite a afirmação de que vivemos, segundo J.J. Gomes Canotilho em um “Estado Constitucional Ecológico” ou em um “Estado de Direito Ambiental” para Morato Leite, entendendo-se que os valores ambientais consagrados na Constituição constituem tarefas prioritárias do Estado.

Isto porque, sendo-lhe dada a dimensão de bem de uso comum do povo, a função social e a função ambiental da propriedade (art. 5, XXIII, e art. 170, III e VI) tornam-se bases da gestão do meio ambiente, ultrapassando o conceito de propriedade privada e pública (MACHADO: 2012).

Prossegue o referido autor defendendo que

os Estados têm o papel de guardiães da vida, da liberdade, da saúde e do meio ambiente. Garantir a liberdade responsável: liberdade para empreender, liberdade para descobrir e aperfeiçoar tecnologias, liberdade para produzir e comercializar, sem arbitrariedades ou omissões dos Estados, liberdade que mantém a saúde dos seres humanos e a sanidade do meio ambiente. A liberdade que engrandece a humanidade e o meio ambiente exige um Estado de Direito, em que existam normas, estruturas, laboratórios, pesquisas e funcionários, independentes e capazes. (MACHADO: 2012) (grifou-se)

No afã de garantir a máxima proteção desses valores, a Constituição Federal atribuiu a todos os entes federativos o dever de proteção ambiental, conforme prevê o art. 23.²⁷

O Poder Público passa, portanto, a figurar não como proprietário de bens ambientais, mas como um gestor que administra bens que não são dele. Por isto cumpre, precipuamente ao Poder Público o dever de vigilância daqueles, a fim de garanti-los a todos os cidadãos, concretizando-os seu direito subjetivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

2. TUTELA DO MEIO AMBIENTE: INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL CONFERIDOS AO PODER PÚBLICO

Nesta missão de compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação ambiental, o Estado apresenta diversos instrumentos propiciadores desta tarefa tão “aparentemente” árdua.

27. Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;”

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) estabelece, em seu art. 9º, treze instrumentos para a consecução dos objetivos desta Política, merecendo destaque o instrumento do licenciamento, contido no inciso IV: “o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras”.

Por sua vez, o estudo prévio de impacto ambiental, expressamente previsto na Carta Magna, é, na verdade, considerado parte integrante do procedimento de licenciamento ambiental e também será comentado a seguir.

2.1 PODER DE POLÍCIA: O DEVER- PODER ESTATAL DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO URBANÍSTICO- AMBIENTAL

O poder de polícia é *“a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade.”* (FILHO: 2011).

Apesar de o conceito normativo de poder de polícia estar previsto no Código Tributário Nacional²⁸, entende-se que o mesmo é aplicado em todos os ramos do Direito, inclusive no âmbito do Direito Ambiental.

Trata-se de uma atividade indelegável exercida pelo Estado, conforme entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal²⁹ e

28. “Art. 78: Considera-se poder de polícia atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.”

29. BRASIL. STF ADI 1717/DF - Relator: Min. SYDNEY SANCHES. Julgamento: 07/11/2002. Tribunal Pleno. DJU: 28/03/2003. P. 61

Superior Tribunal de Justiça³⁰. Somente a autoridade pública competente poderá executar atos de polícia e, esta possui limites à sua atuação, como a observância de lei regulamentadora e a proporcionalidade entre a infração cometida e a sanção administrativa aplicada ao caso concreto (ANTUNES: 2012).

No que tange ao meio ambiente, o poder de polícia é exercido pelas órgãos/entes integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA). Constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA: os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental.³¹

Sendo assim, a finalidade do Sisnama é estabelecer uma rede de agências governamentais, nos diversos níveis da Federação visando assegurar mecanismos capazes de, eficientemente, implementar a Política Nacional do Meio Ambiente (MARCHESAN; STEIGLEDER; CAPPELLI: 2008).

O exercício do poder de polícia ambiental engloba o poder-dever de fiscalização, que se materializa através da aplicação de sanções administrativas e/ou cautelares em defesa do meio ambiente, bem como o controle das atividades impactantes neste meio, como o licenciamento ambiental.

Trata-se, portanto, de um instrumento pelo qual a Administração Pública Ambiental disciplina e restringe direitos e liberdades individuais em favor do meio ambiente, que é bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida (art. 225, caput da CF/88).

Entendeu-se no julgamento do REsp 1.071.741/SP, que

[...] compõe o poder de polícia urbanístico-ambiental um vasto e multifacetário leque de

30. BRASIL. STJ REsp 686419/RJ. Relator: Min. CASTRO MEIRA. 2ª Turma. DJU: 01/08/2005, p. 411.

31. Art. 6º da Lei nº 6.938/81.

medidas administrativas de caráter preventivo, precautório, mitigatório, reparatório e sancionatório, passíveis, inclusive, de imposição cautelar e liminar, que incluem, entre outros, embargo da obra ou atividade irregular, demolição de construções, multa diária, apreensão de instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração (art. 72 da Lei 9.605/1998), sem falar do desforço imediato, referido no art. 1.210, §1º, do Código Civil. (BRASIL. STJ REsp 1.071.714/SP. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento em 24-03-2009, publicado no DJE de 16-12-2010).

O dever-poder de controle e fiscalização ambiental (dever-poder de implementação), além de inerente ao exercício do poder de polícia do Estado, jorra diretamente do marco constitucional³² e da legislação infraconstitucional³³, sobretudo da Lei 6938/81.

Sobre o poder de polícia ambiental e as implicações deste para o Poder Público:

A propriedade privada não se tornou algo intocável; desde que seu uso se desencontre de sua função social, vale dizer, do interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, à tranquilidade pública, ao respeito às demais propriedades, à estética urbana e aos direitos individuais ou coletivos, seja ou não por matéria ou energia poluente, o Poder Público tem o dever de limitá-la administrativamente. Não o fazendo, a Administração se torna civilmente responsável por eventuais danos sofridos

32. Arts. 23, VI e VII, 170, VI, e 225 da Constituição Federal.

33. Arts. 2º, I e V, e 6º da Lei 6.938/81, e da Lei 9.605/98.

por terceiros em virtude de sua ação (permitindo o exercício da atividade poluente, em desacordo com a legislação vigente) ou de **sua omissão (negligenciando o policiamento dessas atividades poluentes)**. (negritou-se) (CABRAL: 1978 apud MACHADO: 2012)

Cabe, portanto, ao Poder Público limitar administrativamente certa propriedade quando esta se encontrar em desconformidade com o interesse público no que tange à agressão aos direitos individuais ou coletivos, *verbi gratia*, por estar realizando uma atividade poluente.

Diante da característica de auto-executoriedade do ato administrativo, deve o administrador executar diretamente a sua decisão (aqui falamos de fiscalização), de modo a promover uma imediata suspensão da conduta lesiva e, assim preservar o meio ambiente.

Assim, é indubitável a importância da fiscalização ambiental no tocante à proteção do meio ambiente, pois através da mesma que os danos ambientais podem ser evitados e, se consumados, reprimidos através da imposição de sanções administrativas.

2.2 LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Um importante instrumento administrativo de poder de polícia ambiental é o licenciamento ambiental. A Resolução 237/1997³⁴ em seu art. 1º, inciso I, traz a definição de licenciamento ambiental.

A Lei Complementar 140/2011 ratifica o conceito de licenciamento ambiental já previsto na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e na Resolução CONAMA 237/97 como destinado a *“[...] atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental.”*³⁵

34. Art. 1º, I: “Procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.”

35. Art. 2º, I, da Lei Complementar 140/2011.

Cabe também destacar que o licenciamento é um dos instrumentos da PNMA³⁶.

Logo em seguida, o art. 10 da referida lei demonstra a imprescindibilidade do instrumento ao afirmar que a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.

É sabido que o licenciamento ambiental é um procedimento administrativo e, como tal, possui diversas etapas. Cada etapa de um empreendimento requer uma licença específica que deverá ser concedida pelo Poder Público. São conhecidas como licença prévia, licença de instalação e, por fim, licença de operação, sendo previstas na Resolução 237/97³⁷.

Também é importante destacar que todas essas licenças possuem prazos de validade. O art. 18, da citada Resolução estabelece que o prazo de validade da Licença Prévia (LP) deverá ser, no mínimo, o estabelecido pelo cronograma de elaboração dos planos, programas e projetos relativos ao empreendimento ou atividade, não podendo ser superior a 5 (cinco) anos; o prazo de validade da Licença de Instalação (LI) deverá ser, no mínimo, o estabelecido pelo cronograma

36. "Art 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: (...) IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;"

37. "Art. 8º - O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;

II - Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

III - Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

Parágrafo único - As licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade."

de instalação do empreendimento ou atividade, não podendo ser superior a 6 (seis) anos e, por fim que o prazo de validade da Licença de Operação (LO) deverá considerar os planos de controle ambiental e será de, no mínimo, 4 (quatro) anos e, no máximo, 10 (dez) anos.

O § 1º do mesmo artigo prevê a possibilidade de prorrogação dos prazos de validade das Licenças Prévia e de Instalação, desde que não ultrapassem os prazos máximos estabelecidos nos incisos I e II.

Já os §§ 2º e 3º referem-se à Licença de Operação determinando que o órgão ambiental competente poderá estabelecer prazos de validade específicos para a mesma quando empreendimentos ou atividades que, por sua natureza e peculiaridades, estejam sujeitos a encerramento ou modificação em prazos inferiores. Na renovação da Licença de Operação de uma atividade ou empreendimento, o órgão ambiental competente poderá, mediante decisão motivada, aumentar ou diminuir o seu prazo de validade, após avaliação do desempenho ambiental da atividade ou empreendimento no período de vigência anterior, respeitados os limites estabelecidos no inciso III.

Argumenta-se que o licenciamento *“constitui-se em uma restrição ao livre aproveitamento da propriedade ou ao livre exercício das atividades econômicas”*, que é resultado de uma ponderação de interesses, feita pelo legislador, entre estes direitos e o direito fundamental da coletividade a um ambiente ecologicamente equilibrado (ASSIS: 1999).

O licenciamento ambiental torna-se o principal instrumento capaz de dar efetividade ao princípio da prevenção e da precaução, uma vez que atua na prevenção do dano, identificando os riscos inerentes à determinada atividade empresarial, bem como informando o processo decisório sobre implantação ou não da atividade e sobre a adoção de medidas preventivas mais adequadas para mitigar a degradação ambiental.

Com o licenciamento se busca prevenir a degradação ambiental, eliminando-se modos de produção e consumo inviáveis. Nesse sentido, o princípio 15 da Declaração do Rio determina que

com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução **deverá ser amplamente observado pelos Estados**, de acordo com suas capacidades. **Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.** (grifou-se) (Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: 1992)

Portanto, mesmo que não haja uma certeza absoluta a respeito das ameaças de danos ambientais, o Estado não poderá se valer desta incerteza para adiar a adoção de medidas protetivas ao meio ambiente, afinal, o licenciamento ambiental, não visa a coibir o desenvolvimento da atividade produtiva, mas adequá-la aos padrões de exigência essenciais a que se promova o desenvolvimento sustentável e a sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

2.3 ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL

A Constituição Federal de 1988 tratou de consagrar em seu art. 225, § 1º, inciso IV³⁸, outro importante instrumento conferido ao Estado na defesa do meio ambiente - o Estudo Prévio de Impacto Ambiental.

Sobre tal instrumento observa-se que é uma etapa do licenciamento ambiental:

o licenciamento não é ato estatal simples, mas sim um encadeamento de atos, o que se atribui a condição de procedimento específico. Cuida-se de ato discricionário na medida em que o EIA visa a um estudo amplo merecedor de complexas e sofis-

38. CF, art. 225, § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder

ticadas interpretações, particularmente em face de enumerar os inconvenientes e convenientes de determinado empreendimento, assim como ofertar as soluções pertinentes à mitigação dos impactos ambientais negativos e também de medidas compensatórias (FIORILLO: 2007).

O estudo de impacto ambiental (EIA) é uma modalidade de avaliação de impacto ambiental e, considerado parte integrante do procedimento de licenciamento ambiental. Além disso, destaca-se que o EIA deve assumir um papel que equilibre aspectos dos meios físico, biótico, social e econômico, ou seja, o EIA deve adotar o princípio constitucional do desenvolvimento sustentável em suas diretrizes.

O referido estudo tem por conteúdo o “*diagnóstico da situação ambiental presente, antes da implantação do projeto*” e a “*previsão dos eventuais impactos ao meio ambiente, diagnosticando os danos potenciais.*” (GUERRA: 2005).

Neste sentido,

[...] este estudo deverá ser realizado por uma equipe multidisciplinar quando requerido pelo órgão ambiental competente para o licenciamento e no escopo da fase de Licença Prévia desse processo. Embora o estudo seja pago pelo empreendedor, ele tem de refletir a realidade, sob pena de responsabilização dos profissionais que o tiverem elaborado. Além disso, ele também deverá conter uma conclusão, uma vez que as verificações e análises do Estudo de Impacto Ambiental terminam por um juízo de valor, ou seja, uma avaliação favorável ou desfavorável do projeto [...] (MACHADO: 2012)

Público: (...) IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

Impende destacar que sendo momento preparatório da decisão de concessão da licença ambiental, o EIA a orienta, informa, fundamenta e restringe, mas, tecnicamente falando, não a integra como um dos seus elementos internos. É, portanto, parte do procedimento decisório embora não sendo componente interior da decisão administrativa (BENJAMIN: 1992).

A Resolução CONAMA 01/86 traz, em seu artigo 5º, inciso II³⁹ a necessidade de que os estudos identifiquem e avaliem os impactos gerados a todas as fases subsequentes à licença de localização, nas quais haverá o início de intervenção humana no meio ambiente. Tal inciso reflete a aplicação do princípio da prevenção e precaução, exigindo-se o monitoramento da eficácia das condicionantes previstas.

Assim, “*é o monitoramento programado no estudo de impacto ambiental*” que será capaz de “*constatar a inadequação das prescrições técnicas que no início, por ocasião do licenciamento, pareceram suficientes.*” (MIRRA: 2008). Cuida-se de exigência fundamental e que pode ensejar a modificação e até mesmo a revogação ou anulação da licença concedida, conforme o caso.

A respeito dos benefícios gerados pelo estudo, destaca-se que “*o EIA reduz – embora não limite - a discricionariedade da Administração. Diminiu, e muito, aquele resíduo de liberdade do administrador na escolha da melhor solução que atenda o interesse público.*” (MIRRA: 2002).

Nesta mesma linha, ressalta-se que

[...] numa perspectiva mais moderna, cabe vê-lo [o EIA] com (sic) verdadeiro freio da atividade discricionária do Estado em matéria ambiental,

39. “Artigo 5º - O estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais: [...] II - Identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade [...]”

ao exigir uma motivação explícita ou implícita da decisão administrativa, na busca da decisão ótima em termos de proteção do meio ambiente. Foi esta [...] a concepção adotada pelo sistema brasileiro (BENJAMIN: 1992).

Diante disso, não se pode negar a contribuição deste instituto para a prevenção de danos ao meio ambiente, já que através dele se busca um projeto com viabilidade socioeconômica e ambiental.

Assim, para o incremento do poder fiscalizatório da Administração Pública sobre as atividades realizadas pelos empreendedores, mostra-se fundamental a exigência do EIA no procedimento de licenciamento ambiental.

CONCLUSÃO

Diante da essencialidade e fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, há um dever de toda a coletividade e Estado na proteção dos bens ambientais, cabendo principalmente ao Estado, detentor de diversos instrumentos de controle, esta tarefa protecionista.

Destaca-se a importância do licenciamento ambiental nesta temática, na medida em que o Poder Público intervém com a finalidade de que o meio ambiente seja minimamente lesado ou, melhor ainda, não sofra nenhuma lesão.

Além disso, o EIA, torna-se um imperioso instrumento na prevenção de danos ambientais, incrementando o poder fiscalizatório da Administração Pública sobre as atividades realizadas pelos empreendedores, ao constatar a inadequação das prescrições técnicas que no início, por ocasião do licenciamento, pareceram suficientes, mas que posteriormente não mais o são, abrindo caminho às modificações ou até mesmo revisões das licenças ambientais já concedidas.

Conclui-se que o licenciamento ambiental não visa a coibir o desenvolvimento da atividade produtiva, mas adequá-la aos padrões de exigência essenciais a que se promova o desenvolvimento sustentável e a sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

Diante disso, o poder de polícia, em se tratando de um dever-poder de controle e fiscalização do Estado, deve ser desempenhado constantemente pelo mesmo para que se possa obter uma eficaz proteção da qualidade ambiental, evitando-se, assim, a ocorrência de danos ambientais, de modo a cumprir com a missão constitucional que lhe foi imposta pela Constituição Federal.

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 168.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 67.

BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos e. **Os princípios do Estudo de Impacto Ambiental como limites da discricionariedade administrativa**. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 317, p. 6, jan./mar. 1992. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8746>>. Acesso em: 11 de set. 2016.

BRASIL. STF ADI 1717/DF – Relator: Min. SYDNEY SANCHES. Julgamento: 07/11/2002. Tribunal Pleno. DJU: 28/03/2003. P. 61.

BRASIL. STF MS 22164, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 17.11.95, p. 39. 206.

BRASIL. STJ REsp 686419/RJ. Relator: Min. CASTRO MEIRA. 2ª Turma. DJU: 01/08/2005, p. 411.

DECLARAÇÃO DO RIO, AGENDA 21, CNUMAD, 1992.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 24^a ed., 2011. p. 70.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 8. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p 97-98.

GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005, p. 105.

MACHADO, Paulo Affonso de Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012, p.155.

MACHADO, Paulo Affonso de Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 194.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELI, Sílvia. **Direito Ambiental**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Impacto ambiental: aspectos da legislação brasileira**. 2^a ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 85.

MIRRA, Álvaro Valery. **Impacto ambiental: aspectos da legislação brasileira**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2008, p.45-54.

OLIVEIRA, Aparecida Antônia de; BURSZTYN, Marcel. Avaliação de impacto ambiental de políticas públicas – Inteirações – **Revista Internacional de Desenvolvimento Local**, v. 2, n. 3, set. 2001. Disponível em: < <http://www3.ucdb.br/mestrados/RevistaInte>

racoes/n3_aparecida_marcel.pdf > . Acesso em: 06 de set. 2016.

OLIVEIRA. Antônio Inagê de Assis. **O licenciamento ambiental**. São Paulo: Iglu, 1999. p.108.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. Fundamentos Constitucionais da Proteção do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**. RT n. 27. p. 53. julho-setembro de 2002.

DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL PARTICULAR - PERDA DA PROPRIEDADE POR INICIATIVA PRIVADA

Frederico Fernandes dos Santos⁴⁰

Introdução

O instituto da propriedade, nem sempre foi assim, mas atualmente encontra-se permeado por características maiores, como a dignidade humana e a função social, capazes em sua essência de fazerem oposição a um “mero estado de proprietário” garantido por uma folha de papel.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 (CRFB/88) assegura o direito de propriedade aos particulares, porém, também delinea possibilidades para a sua perda, como no caso da desapropriação. E esta ocorrendo, como regra, deverá ser precedida de justa indenização em dinheiro.

A perda da propriedade para lhe assegurar função social é de conhecimento ordinário (CRFB/88, arts. 5º, XXIII; 170, III; 182, §2º; 186; e 243, p.ú.) e de iniciativa do Poder Público. A Carta Cidadã permitiu que a lei estabelecesse o procedimento para essa perda, em virtude de necessidade, utilidade pública, ou por interesse social (CRFB/88, art. 5º, XXIV).

Contudo, e quando estão envolvidos dois particulares? Poderia um particular pleitear a desapropriação de um imóvel de outra pessoa, por interesse social?

40. Advogado - Aprovado no Programa de Doutorado em Direito da Universidade de Buenos Aires - UBA. Pós-Graduado em Direito do Trabalho, Imobiliário, Tributário, Administrativo e Processual. Autor de artigos publicados em diversas revistas jurídicas

A resposta a essas perguntas foi obtida por meio de pesquisa metodológica de caráter exploratório, o que possibilitou o levantamento das informações necessárias para uma maior familiarização do pesquisador com a temática estudada. E assim desenvolvida pesquisa bibliográfica em doutrina e jurisprudência, o que permitiu fundamentar o trabalho com material confiável.

A fim de apresentar de forma didática a questão, o estudo foi dividido em três eixos principais.

O primeiro deles tratou do tema propriedade e sua função social, apresentando alguns aspectos gerais desses conceitos e definindo as hipóteses de desapropriação.

O segundo conceituou e demonstrou o cabimento do instituto da desapropriação por iniciativa privada, apresentando suas diferenças em relação à desapropriação ordinária e trazendo esclarecimentos acerca das lacunas existentes sobre o instituto.

O terceiro e último deles enfrentou as alegações de inconstitucionalidade que a desapropriação por posse-trabalho sofre, trazendo à luz algumas elucidações necessárias.

A pesquisa almejou contribuir com o debate científico, sendo uma fonte de consulta para estudiosos e interessados no assunto, sem, contudo, ter a pretensão de esgotar o tema, que é deveras complexo para o seu pleno aprofundamento em um simples artigo.

1. A Propriedade e sua Função Social

1.2 Alguns Aspectos Gerais

Hodiernamente, não se discute a importância do instituto da propriedade, principalmente quando está relacionada a uma coisa imóvel, pois permeada de conceitos maiores, como a dignidade da pessoa humana e função social.

Contudo, nem sempre foi assim, houve épocas em que a propriedade privada não era nem mesmo reconhecida. Entre os antigos germa-

nos, por exemplo, não existia o direito de propriedade (as terras eram trocadas a cada ano e o único direito que existia era sobre os frutos da colheita); os tártaros a admitiam em relação ao rebanho, mas não ao solo; e para os gregos - existia um domínio sobre a terra e um condomínio sobre a colheita – o oposto do que praticavam os germanos⁴¹.

O direito de propriedade foi garantido primeiramente pela religião e não pelas leis. Na Grécia e Roma, em virtude de uma relação extremamente forte que havia entre a família, o seu deus e o solo ocupado - os membros da família deviam ser sepultados no local em que habitavam, e isto tornava a área, por consequência, inalienável e imprescritível⁴².

Atualmente, a lei assegura o direito de propriedade na maioria dos países, e quando se fala em propriedade de bem imóvel, com a exigência de um adicional para que possua eficácia perante terceiros – o registro.

A propriedade é instituto que define o domínio geral sobre as coisas e rege os direitos e deveres do proprietário. No Código Civil de 2002 – art. 1.228 ⁴³ ela é apresentada como um “poder” facultativo do proprietário consistente em usar, gozar, dispor e reaver a coisa de outrem.

Nader ensina que:⁴⁴

No conjunto das instituições sociais, a propriedade de se projeta como um dos fatos mais relevantes, pois permite a satisfação de necessidades primárias e complementares do ser humano, favorece o desenvolvimento da cultura e do progresso, além de apresentar profundas implicações com a *questão social*.

Apesar de a propriedade ser garantida por princípios fundamentais da Constituição da República - art. 5º, XXII, existem limitações a

41. Nader (2016, p. 126).

42. Nader (2016, p. 127).

43. Art. 1.228 do Código Civil de 2002: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

44. Nader (2016, p. 124).

esse mesmo direito impostas pelo interesse social da qual toda a coletividade é protetora. A essa limitação de ordem social na destinação e utilização da coisa dá-se o nome de função social da propriedade (art. 5º, XXIII da CRFB/1988), que é um atributo da propriedade.

O legislador ao concretizar a função social da propriedade, ao mesmo tempo que institui mecanismos de conversão da posse em domínio, seja com a multiplicação das modalidades de usucapião ou com a posse-trabalho, que é desapropriação indireta, penaliza a não utilização ou subutilização da coisa de variados modos. Quando a lei condena o mau uso da propriedade, diz Marmo: “*sanciona, em muitas hipóteses, em favor do ser (social), em detrimento do ter (individual)...*”.⁴⁵

Reconhecida a função social da propriedade, o seu titular passa a ter um dever de ordem social, que lhe impõe a utilização da coisa na forma de sua destinação. Portanto, pratica ilícito aquele que não exerce o seu direito de propriedade, ou o exerce fora dos preceitos estabelecidos, e em detrimento de terceiros. Exemplos de uso irregular da propriedade podem ser encontrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (art. art. 5º, XXIV)⁴⁶, na Lei nº 8.257/1991⁴⁷, que regulamenta o art. 243 da CRFB/1988 e no art. 8º do Estatuto da Cidade⁴⁸.

Em casos de situações não expressas na norma, o Código Civil, prestigia a figura do abuso de direito em seu art. 187, que se trata de um ilícito de “conceito aberto”, em que o proprietário é enquadrado quando se utiliza da coisa além dos “limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.⁴⁹

45. Marmo (2004, p. 25).

46. Art. 5º, XXIV da CRFB/88: “A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

47. A Lei n. 8.257/1991 - Dispõe sobre a expropriação das glebas nas quais se localizam culturas ilegais de plantas psicotrópicas e dá outras providências.

48. Art. 8º do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001): “Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública”.

49. Nader (2016, p. 129).

Para as ocasiões em que a função social da propriedade privada (imóvel) não for respeitada existirão sanções correspondentes: como no caso da não edificação em terreno urbano, em que o IPTU pode ser majorado (progressivo) em percentual adequado pelo uso (art. 156, §1º, II da CRFB/1988) – o que também é chamado de extrafisicalidade do tributo; a aplicação de multa pelo desmatamento de área de preservação permanente (Decreto nº 6.514/2008); e o caso mais agressivo de todos que é a perda da propriedade pela desapropriação.

1.2 Hipóteses de Desapropriação

A Constituição da República Federativa do Brasil enumera em seu artigo 5º os mais relevantes direitos e garantias fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, assegurando em seu inciso XXIII o direito à propriedade, desde que atendida a sua função social.

A seguir, mitiga esse direito pelo instituto da desapropriação (art. 5º, XXIV da CRFB), que como regra ocorre de forma indenizada, desde que seja por necessidade/utilidade pública, por interesse social, ou ainda via requisição administrativa, mediante iminente perigo público, mas neste último, desde que ocorra dano ao patrimônio do particular.

Hely Lopes⁵⁰ conceitua desapropriação como:

A transferência compulsória de propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para a superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública ou, ainda, por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, salvo as exceções constitucionais de pagamento em títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, no caso de área urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada, e de pagamento em títulos da dívida agrária, por interesse social.

50. Alexandrino (2013, p. 1019).

Percebe-se pelo conceito atribuído ao saudoso mestre, que a desapropriação ocorre por iniciativa do Poder Público, e, em regra, mediante indenização, seja ela em dinheiro (art. 5º, XXIV da CF), em títulos da dívida pública (art. 182, § 4º da CF) ou em títulos da dívida agrária (art. 184 da CF). Existe ainda uma forma de desapropriação confiscatória, que tem por finalidade a expropriação, sem direito a indenização, ela atinge: as propriedades rurais e urbanas de todo o país em que sejam localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou que explorem o trabalho escravo, ou ainda, qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou da exploração de trabalho escravo (art. 243 e p.ú. da CF, disciplinados pela Lei n.º 8.257/1991 e regulamentada pelo Decreto n.º 577/1992).

2 Desapropriação Judicial Privada por Posse-Trabalho

O conceito e as características da desapropriação são de conhecimento ordinário, dizendo respeito somente a Administração o seu manejo. Contudo, o Código Civil Brasileiro (Lei n. 10.406/2002) trouxe importante inovação ao instituto, estabelecendo a expropriação de iniciativa privada, também chamada pela doutrina de desapropriação judicial privada por posse-trabalho, ou ainda, *pro labore*.

A codificação civilista, seguindo preceitos constitucionais no mesmo sentido, estabeleceu severas preocupações de âmbito social em seu texto, como ao apresentar o instituto da função social do contrato no atual código⁵¹, acolhendo os vulneráveis contratuais e criando um importantíssimo princípio de ordem pública. Outro relevante instrumento no controle de injustiças sociais, dentre os diversos contidos no código, é apresentado no art. 1.228, §§ 4º e 5º do CC/2002, que assim dispõe:

51. Art. 421 do Código Civil de 2002: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

[...]

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

O instituto recebeu duras críticas de Maluf, para quem os §§ 4º e 5º, do art. 1.228, “abalam o direito de propriedade, incentivando a invasão de glebas urbanas e rurais, criando uma forma nova de perda do direito de propriedade...”⁵² Em contrapartida, há quem reconheça, no dispositivo legal, uma das saídas para a grave injustiça em que se encontram numerosas famílias, carentes de espaço físico para moradia e trabalho.⁵³

A *posse-trabalho* não se confunde com a usucapião, pois o § 5º do art. 1.228 do CC estabelece o pagamento de uma indenização justa, que será fixada pelo juiz em favor do proprietário, e em nosso ordenamento não se admite a usucapião onerosa.

52. Júnior (2002, p. 1099).

53. Nader (2016, p.136).

É o que se extrai do conceito de usucapião trazido por Rosenvald: “modo originário de aquisição de propriedade e de outros direitos reais, pela posse prolongada da coisa, acrescida de demais requisitos legais”.⁵⁴

Alves e Delgado (*apud* Tartuce) elencam quatro diferenças entre essa forma de desapropriação e a usucapião coletiva urbana, prevista no art. 10 do Estatuto das Cidades (Lei n.º 10.257/2001):⁵⁵

a) Na usucapião coletiva urbana, os ocupantes devem ser de baixa renda; na desapropriação judicial privada não há essa necessidade.

b) Na usucapião coletiva urbana a área deve ter, no mínimo, 250 m², exigência que não está presente na desapropriação judicial privada, bastando uma “extensa área”.

c) A usucapião coletiva somente se aplica aos imóveis urbanos enquanto a desapropriação judicial privada pode ser aplicada aos imóveis urbanos ou rurais.

d) Na usucapião não há direito à indenização, ao contrário da desapropriação judicial privada.

Sendo assim, é possível extrair do apresentado que na desapropriação judicial privada os ocupantes não precisam ser de baixa renda, deve a área objeto ser extensa, pode ser aplicada aos imóveis urbanos e rurais, deve a posse ocorrer sem interrupção (por mais de 5 anos) e de boa-fé, com a realização de obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Essa posse-trabalho é dita qualificada por Diniz, que a conceitua como:⁵⁶

54. Rosenvald (2013, p. 396).

55. Tartuce (2014, p. 126).

56. Diniz (2010, p. 198-199).

Trabalho criador, feito em conjunto ou separadamente, quer se concretize na realização de um serviço ou construção de uma morada, quer se manifeste em investimentos de caráter produtivo ou cultural. Essa posse qualificada é enriquecida pelo valor laborativo de um número considerável de pessoas (quantidade apurada com base na extensão da área produtiva), pela realização de obras, loteamentos, ou serviços produtivos e pela construção de uma residência, de prédio destinado ao ensino ou ao lazer, ou, até mesmo, de uma empresa.

Tartuce define a *posse-trabalho* como uma cláusula geral:⁵⁷

Um conceito aberto e indeterminado a ser preenchido caso a caso. Além desse, o § 4º do art. 1.228 do CC/2002 traz outros conceitos que são legais e indeterminados e que devem ser analisados de acordo com a situação concreta. É o caso das expressões “extensa área”, “considerável número de pessoas”, “boa-fé” (não se sabe se é a boa-fé subjetiva ou objetiva) e “interesse social e econômico relevante”.

Apesar da dúvida na doutrina quanto a boa-fé do possuidor ser objetiva ou subjetiva, na prática, jurisprudência inclinou-se para a aferição da boa-fé objetiva:

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. VALORAÇÃO DAS PROVAS. ATRIBUIÇÃO DO JUÍZ. DESAPROPRIAÇÃO PELA POSSE-TRABALHO. AUSÊNCIA DE

57. Tartuce (2014, p. 127).

BOA-FÉ. Compete ao magistrado apreciar livremente as provas, desde que decida motivadamente. Configurada a suspeição das testemunhas trazidas pela parte requerida, age corretamente o juiz ao atribuir valor relativo aos seus depoimentos, confrontando-os com as demais provas existentes. Havendo circunstâncias nos autos que permitam a presunção de que o possuidor não ignora que ocupa indevidamente o imóvel, mostra-se incabível a desapropriação judicial (CC, art. 1.228, § 4º). (TJ-RO - APL: 10000120060183860 RO 100.001.2006.018386-0, Relator: Desembargador Kiyochi Mori, Data de Julgamento: 19/05/2009, 2ª Vara Cível).

O Código Civilista consagra a boa-fé como o desconhecimento da existência de algum impedimento ou obstáculo legal à posse do objeto, não sendo um dever dos compossuidores a sua prova, mas do reivindicante. Caso os compossuidores estejam munidos de justo título, conforme dispõe o art. 1.201, parágrafo único do Código Civil, haverá a presunção de boa-fé.⁵⁸⁵⁹

2.1 Preenchimento de Algumas Lacunas Acerca do Instituto

Por ser um regramento novo e sem correlato no direito comparado ainda serão necessários maiores estudos e debates, a fim de trazer o seu amadurecimento e maior segurança na sua aplicação.

O texto normativo refere-se ao objeto da desapropriação como “imóvel reivindicado”, devendo ocorrer via Ação Reivindicatória, ajuizada pelo dono do imóvel, quando então os citados deverão ofe-

58. Art. 1.201 do Código Civil de 2002: “É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção”.

59. Nader (2016, p. 135).

recer o seu pleito, comprovando o preenchimento de todos os requisitos da lei. Enquanto não se criar norma processual disciplinadora do rito, o pedido dos compossuidores poderá vir em sua resposta ou mediante reconvenção. Dependendo das condições concretas, poderão alegar, em seu prol, a prescrição aquisitiva prevista no art. 10, da Lei nº 10.257, de 10.7.2001 – Estatuto da Cidade.⁶⁰ Marmo cogita duas outras hipóteses em torno da inovação do Códex. A primeira diz respeito à possibilidade de o proprietário tomar a iniciativa de propor ação de desapropriação indireta, visando unicamente à indenização. Pela segunda, considera plausível o poder público promover a desapropriação nos termos do artigo ora considerado, uma vez que “a natureza jurídica desse novo instituto – posse com trabalho – tem inteira correspondência com os princípios que ditam as regras da promoção, pelo Estado, da reforma agrária...”^{61 62}

Nelson Kojranski faz uma interessante observação acerca da propriedade e registro do imóvel, pois pago o preço pelos beneficiados com a desapropriação, a sentença valerá como título para fins de registro, em nome dos possuidores, gerando um condomínio híbrido:⁶³

Cada condômino terá a posse e propriedade sobre área certa e sobre área comum. Isto é assim, porque a “extensa área” ocupada preservará sua unidade, tendo uma só matrícula no registro imobiliário e as obras, levadas a efeito em conjunto ou separadamente, serão tidas como propriedade condominial. Por isso, urge a edição de uma lei urbanística especial que discipline essa nova modalidade de condomínio judicial, oriunda de desa-

60. Art. 10 do Estatuto da Cidade: “As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são suscetíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural”.

61. Marmo (2004, p. 28).

62. Nader (2016, p. 135-136).

63. Diniz (2010, p. 200).

propriação judiciária, atendendo à política urbana (CF, arts. 24, 30, VIII, e 182; Estatuto da Cidade, arts. 3º, I, 2º, XIV e XV). Hipótese em que se dá ao Poder Judiciário o exercício do poder expropriatório em casos concretos.

E nos casos de inadimplência? O imóvel ainda assim seria desapropriado? Eduardo Cambi e Mônica Castro (*apud* Diniz, 2010) comungam da ideia de que o Estado deveria efetuar o pagamento nos casos de inadimplência. Para Cambi, quando os possuidores não tiverem condição de fazê-lo, e para Castro, em qualquer situação, pois a desapropriação é poder-dever exclusivo do Estado, sendo o juiz apenas o agente estatal a determinar o *quantum* indenizatório.

Entretanto, para Viana, o inadimplemento implica na restituição da área ao seu legítimo dono, uma vez que a lei atribui aos compossuidores o encargo da indenização – devendo o prazo para pagamento ser definido pelo juiz em sua sentença, já que a Lei não o fixou.⁶⁴ Diversa é a conclusão a que chegou Melo, dada “a redação do parágrafo quarto que estabelece peremptoriamente ser o proprietário privado da coisa se o imóvel reivindicando consistir em extensa área...”⁶⁵ Neste caso, o pagamento seria feito pelos compossuidores ou pelo Estado.

Sobre o mesmo tema, na IV Jornada de Direito Civil⁶⁶ foi aprovado o Enunciado do Conselho da Justiça Federal - CJF, n.º 308:

A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma agrária, em se tratando de possuidores de

64. Viana (2003, p. 53).

65. Melo (2003, p. 45).

66. Jornadas de Direito Civil: quando estudiosos do direito reúnem-se e aprovam enunciados doutrinários, com o fim de estabelecer referências para a elucidação de casos concretos.

baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual.

Na mesma Jornada foi aprovado o Enunciado do CJF de n.º 311: “Caso não seja pago o preço fixado para a desapropriação judicial, e ultrapassado prazo prescricional para se exigir o crédito correspondente, estará autorizada a expedição de mandado para registro de propriedade em favor dos possuidores”.

3 Constitucionalidade da Desapropriação Judicial

Outro ponto que merece destaque é acerca da constitucionalidade do instituto. Aqui existe um embate entre o interesse social e o economicamente relevante, em atendimento ao princípio da função social da propriedade, de ordem pública e consagrado constitucionalmente (arts. 5º, XXIII e 170, III da CRFB); e a afronta ao direito de propriedade, também garantido pela CRFB, mediante indenização, nem sempre justa, e para muitos, incentivando à invasão de terras alheias.

O novo instituto não ofende o direito fundamental à propriedade. Ao contrário, prioriza sua função social, protegendo as classes mais desfavorecidas, garantindo eficácia ao direito social à moradia e, em última instância, o respeito ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, tudo em detrimento do proprietário relapso, que não dá destinação social adequada ao imóvel.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a finalidade natural da propriedade é a promoção do seu caráter social. O proprietário tem uma função social a cumprir; não pode esperar que o Estado proteja seu direito de propriedade, se o exerce de forma negligente ou contrária aos interesses da sociedade; não lhe basta, no ordenamento jurídico atual, simplesmente brandir seu título de propriedade.

Nesse sentido, a I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal concluiu que: “É constitu-

cional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1228 do novo Código Civil” (Enunciado 82).

Como aqui já se afirmou, o que o legislador fez foi qualificar esta posse, atribuindo a ela privilégio especial em face do trabalho realizado no imóvel pelo possuidor, atingindo assim, em sua plenitude, a função social da posse.

Rosenvald comunga do mesmo entendimento:⁶⁷

O legislador instituiu uma nova modalidade de desapropriação por interesse social, pois a norma concede ao juiz o poder de concretizar conceitos jurídicos indeterminados e verificar se o “*interesse social e econômico relevante*” de uma coletividade de possuidores apresenta merecimento suficiente para justificar a privação de um direito de propriedade. O próprio art. 5º, XXIV, da Constituição reserva ao legislador um espaço para construir o que entenda como “*interesse social*”, mesmo que o beneficiado pelo ato não seja o poder público ou os serviços estatais.

Além disso, a CRFB reservou à lei ordinária, em seu art. 5º, XXIV, a possibilidade de determinar o procedimento de desapropriação por interesse social: “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

Portanto, é perfeitamente possível ao juiz, na análise de cada caso concreto, decidir sobre a justa indenização cabível na expropriação de imóvel, conferindo função social à propriedade.

Entretanto, não se pode negar que exista um conflito normativo a ser debelado. Diniz traz luz ao tema:⁶⁸

67. Rosenvald (2013, p. 80).

68. Diniz (2010, p. 202).

Diante do conflito de dois direitos tutelados constitucionalmente e da ausência de critério normativo solucionador, surge uma antinomia real (lacuna de conflito), que só poderá ser solucionada em cada caso concreto, aplicando-se os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, interligando os princípios da socialidade e o da função social da propriedade com o da justiça social.

Como o instituto é cunhado em conceitos abertos caberá ao julgador analisar as idiosincrasias de cada caso concreto e preencher as lacunas correspondentes, utilizando-se de razoabilidade e ponderação, a fim de que sua sentença reflita as necessidades e os anseios da ordem social.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, citando obra do eminente Ministro Teoria Albino Zavascki, entendem que:⁶⁹

A norma é constitucional porque resolve a aparente antinomia entre o direito de o proprietário reivindicar a coisa de quem injustamente a possui e a função social da propriedade, com a manutenção do bem com aquele que lhe deu função social com a posse-trabalho.

Este foi exatamente o papel que a norma recebeu para exercer e a solução que ela almeja alcançar. A retirada da propriedade de quem não a utiliza, de acordo com anseios sociais modernos e preceitos constitucionais atuais, é consequência da adequação social da propriedade àquele que pretende utilizá-la em sua plenitude - o que se coaduna perfeitamente com todo o sistema normativo brasileiro, podendo vir a tornar-se meio eficaz de justiça social.

69. Nery Jr e Nery (2011, p. 973).

Conclusão

A desapropriação por posse-trabalho, por iniciativa privada, ou *pró-labore*, é meio apto a elidir a propriedade de um particular por outro. Ela encontra fundamento no Código Civil (art. 1.228, §§ 4 e 5º), que inovou criando instituto sem correlato na legislação comparada, e é meio de aquisição originária da propriedade em defesa dos vulneráveis.

Para tanto, faz-se necessário o preenchimento de alguns requisitos, quais sejam: ocupação de extensa área, por considerável número de pessoas, podendo ser de imóveis urbanos ou rurais, por mais de 5 (cinco) anos – ininterruptos e de boa-fé, com a realização de obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante, mediante o pagamento de justa indenização ao proprietário.

Apesar de malvisto por alguns, que julgam ser o instituto um estímulo à invasão de terras, e de outros que o tem por inconstitucional, a desapropriação judicial por posse-trabalho está em vigor e é um importante instrumento de concretização de justiça social – dando função social à propriedade mediante um interesse qualificado (social).

A sua concepção envolta de conceitos indeterminados como “extensa área”, “considerável número de pessoas”, “obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”, não ajudou a acalmar seus opositores. Contudo, apesar de a desapropriação privada entregar um grande poder discricionário ao juiz, até o momento isto não demonstrou ser um demérito à norma.

A sua inconstitucionalidade não tem razão de ser, pois encontra permissivo expresso na Carta Política de 1988 (art. 5º, XXIV). Não havendo notícias de aumento no número de invasões de terras fundamentadas no instituto (as que ocorrem são em sua maioria por desespero dos invasores – que não possuem outra opção de moradia, falta de oportunidades, de fiscalização etc.).

Portanto, deve o instituto ter aplicação plena nos casos concretos, todavia, com a ponderação e o cuidado que cada situação real

exige do julgador, para que sua sentença possa, verdadeiramente, refletir os anseios e necessidades da ordem social.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21 ed. Rev. E atual. São Paulo: Método, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** – 27 ed. Rev., ampl. E atual. – São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 4 : direito das coisas. 25 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**, 9^a ed., Livraria Clássica Editora, 1957, vol. I.

JÚNIOR, Joel Dias Ferreira. **Novo Código Civil Comentado**, obra coletiva coordenada por Ricardo Fiúza, 1^a ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. – 17. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013.

MARMO, Roberto Kaisserlian. **Direito das Coisas**, 1^a ed., São Paulo, Editora Harbra Ltda., 2004.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo Código Civil Anotado**, 2^a ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, vol. V, 2003.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**, 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 4:** direito das coisas. – 6 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

_____. **Manual de Direito Civil:** volume único. 3. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

Vade Mecum OAB e concursos / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. – 9. Ed. atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2016.

VIANA, Marco Aurélio S. **Comentários ao Novo Código Civil** – Dos Direitos Reais, 1ª ed., coleção coordenada por Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003, vol. XVI.

PODER DE POLÍCIA E INTERESSE PÚBLICO: UMA ANÁLISE À LUZ DAS MANIFESTAÇÕES DE JUNHO DE 2013.

Maria Eduarda Mureb Sobrino Porto⁷⁰

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar institutos tradicionais do Direito Administrativo, expondo que, apesar de antigos, podem encaixar-se no atual ordenamento jurídico, encontrando-se em perfeita consonância com o Estado Democrático de Direito, a despeito de desvirtuamentos praticados por agentes públicos.

À vista disso, será discorrido sobre a evolução do conceito de interesse público que, outrora alinhado ao Estado Liberal, vigora ainda hoje como alicerce da Administração Pública. Em seguida, veremos o porquê de o Poder de Polícia inserir-se no Estado Democrático de Direito. Nesta linha, serão apresentados os principais aspectos do consensualismo administrativo, que, como veremos, é defendido por alguns autores como a nova e melhor práxis administrativa. Por fim, analisaremos os protestos de 2013 no Rio de Janeiro, demonstrando se a forma como ocorreram essas manifestações é legítima e se a repressão desregrada da polícia encontrou embasamento na proteção do interesse público.

2. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: CONSTRUÇÃO E RECONSTRUÇÃO

70. Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Email: meduardamporto@gmail.com

2.1. Construção do Princípio

Surgindo em um momento de ruptura do Estado Absoluto no pós-Revolução Francesa, o interesse público alinhava-se com a ideia de desenvolvimento e proteção dos direitos individuais.

Como se sabe, o raciocínio iluminista trouxe consigo uma profunda desigualdade social, fazendo com que a liberdade de uns colocasse em cheque a liberdade de outros. (DI PIETRO, 2010).

As reações sociais iniciam-se no final do século XIX; a noção de interesse público deixa de ser aquela do pensamento oitocentista e passa a identificar-se com a ideia de bem comum, aproximando-se da noção contemporânea de interesse público.

Mais recentemente, o pós-Segunda Guerra trouxe consigo um movimento de constitucionalização do Direito que atingiu também o Direito Administrativo, consolidando a ideia de centralidade dos direitos fundamentais: a atuação do Estado só será válida quando promover/proteger os direitos fundamentais colocados na Constituição. Este novo cenário alterou substancialmente as relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais. (BARROSO, 2012).

A defesa do interesse público, portanto, corresponde ao próprio fim do Estado; Helly Lopes Meirelles (2004) conclui que “A finalidade é, assim, elemento vinculado de todo ato administrativo – discricionário ou regrado – porque o Direito Positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica”. Para este fim, o Estado tem que fazer prevalecer o interesse público em detrimento do privado.

A supremacia do interesse público torna-se um artifício que o Poder Público usa para proteger os direitos fundamentais, não sendo meio pelo qual o Estado os restringe, posto que este princípio surge de um processo de constitucionalização do Direito Administrativo.

2.2. Desconstrução

O princípio da supremacia do interesse público vem sendo alvo de inúmeras críticas de parcela da doutrina publicista brasileira.

Sustentam esses autores que a origem do princípio é autoritária, representando um mecanismo de reprodução de práticas do Antigo Regime, não sendo revestido de caráter liberal e emancipador desde sua origem e que, hodiernamente, não está de acordo com o Estado Democrático.

A CRFB/88 coloca em pé de igualdade os interesses públicos e privados, não havendo hierarquia entre eles. Sendo assim, argumentam, o reconhecimento de um princípio que em todas as situações daria preferência a um interesse público, iria contra o ideário democrático, não encontrando respaldo na ordem constitucional brasileira. (SARMENTO, 2010).

Ademais, afirmam que o princípio da supremacia do interesse público não é conceitualmente nem normativamente uma norma-princípio; “sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a prevalência é a única possibilidade (ou grau) normal de sua aplicação”⁷¹. (ÁVILA, 2010).

Outro argumento sustentado por esses autores é que a Administração, em todo e qualquer caso, aplica o “princípio” da supremacia do interesse público sem antes fazer um juízo de ponderação entre os interesses em jogo.

À vista disto, Gustavo Binenbojm (2010) defende que não há como aceitar um princípio que, “ignorando as nuances do caso concreto, pré-estabeleça que a melhor solução consubstancia-se na vitória do interesse público.”

Destarte, esta pretensa imposição da prevalência do interesse público sobre o privado como única solução, acabaria por afastar

71. Conceitualmente, pois, segundo a doutrina crítica, não se pode dizer que o princípio da supremacia do interesse público é um princípio administrativo e normativamente pela ausência de previsão normativa ou assento constitucional, que, segundo Humberto Ávila, é necessário para que determinada disposição seja reconhecida como norma-princípio.

o princípio da proporcionalidade⁷², especialmente no que tange à adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

De todo modo, esta doutrina inovadora pretende a consecução de um “melhor interesse público”, obtido através de um procedimento que envolva os interesses públicos e privados em igual valor e que permita um juízo de ponderação (BINENBOJM, 2010) sendo certo que um princípio que sempre prevalece não é um princípio, mas uma tautologia.

2.3. Reconstrução: Críticas às críticas

Alguns dos citados argumentos desta nova doutrina mostram-se em demasia vazios diante da corrente doutrinária que se presta a explicar o princípio para aqueles que com ele não se encantam, e a rebater críticas a ele feitas.

Sustentar uma pretensa origem autoritária parece ter como meta a deslegitimação do princípio. É historicamente insustentável tal afirmação, uma vez que o Direito Administrativo surge como ramo autônomo do direito no pós-Revolução Francesa e nascimento do Estado Liberal de Direito.

A disciplina surge como ferramenta para frear o poder irrestrito de um Estado Absolutista (NOHARA, 2010) e defender os direitos individuais frente aos abusos de poder, surge como “contraponto axiológico ao regime anterior”. (GABARDO; HACHEM, 2010).

As críticas voltam-se também à inadequação do princípio ao Estado Democrático de Direito e ao ordenamento constitucional brasileiro.

Com a implantação da nova ordem constitucional trazida pela CRFB/88, toda atuação do Poder Público passa a estar subordinada à realização dos objetivos de proteção da dignidade da pessoa humana

72. Segundo Humberto Ávila, a proporcionalidade requer que os Poderes Legislativo e Executivo escolham meios adequados, necessários e proporcionais; explica o autor: “um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca” (ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 180.)

e de respeito aos direitos fundamentais (FRANÇA, 2010). Para tanto, é natural que o Estado, que tem o dever de assegurar o exercício dos direitos fundamentais, tenha força para impor determinações de interesse público, e, sustenta Irene Patrícia Nohara (2010) “em caso de colisão de interesses, submeter, dependendo do juízo de sopesamento do caso concreto (...), a vontade de interesses particulares recalcitrantes à realização de fins constitucionais coletivos”.

Adiante, argumenta-se que não há, na ordem constitucional, hierarquia entre interesses coletivos e individuais. José dos Santos Carvalho Filho (2010) responde: interesses públicos e privados não têm que se contrapor como fenômeno recorrente, sendo ideal que tenham convergência teleológica, mas, havendo um interesse público em jogo – portanto, de toda a coletividade –, é razoável que este deva prevalecer sobre o privado.

Sustenta, então, essa doutrina crítica, que carece o princípio de conteúdo e normatividade, não se tratando de uma norma-princípio.

Ora, a Constituição traz diversos institutos fundados na supremacia do interesse público; é o caso da função social da propriedade, previsto no artigo 5º da Carta Magna, que serve de fundamento para desapropriação e que convive harmonicamente com os princípios da propriedade privada. (DI PIETRO, 2010).

A doutrina administrativista fala que, por mais que um conceito seja aberto, ele traz sempre algumas precisões, que se encaixam em uma ‘zona de certeza positiva’, “dentro da qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa” (RIBEIRO, 2010) ou ‘zona de certeza negativa’, onde o conceito não se encaixa; na primeira, estaria o que Renato Alessi (1978) chama de interesse público primário, consubstanciado em valores como justiça e segurança, e esses desfrutam de supremacia em um sistema constitucional e democrático. (BARROSO, 2010).

Por fim, a doutrina que propõe a desconstrução alega que a Administração aplica o princípio de forma desmedida, fazendo pre-

valecer o interesse público sempre e em qualquer situação, sem que haja um juízo de ponderação.

Nunca arguiu-se que com a supremacia do interesse público sobre o privado não haveria espaço para a autonomia privada ou mesmo que a supremacia significaria atropelar os direitos fundamentais previstos na Constituição.

A questão de qual interesse tem mais peso no caso concreto é resolvida pelo juízo de razoabilidade/proporcionalidade⁷³, que é exigível na interpretação do princípio da supremacia do interesse público.

Finalmente, a afirmação de que a supremacia do interesse público acarreta, sempre, supressão da autonomia da vontade é tão vazia quanto qualquer argumento apresentado por essa doutrina que se pretende inovadora. Cumpre repetir: houve uma constitucionalização do Direito, não só do Direito Público, mas também do Privado; “em uma sociedade desigual, como é a brasileira, é temeroso pressupor que os particulares estejam em situação de igualdade, daí porque o Direito Civil sofre paulatina intervenção do Estado.” (NOHARA, 2010)

3. PODER DE POLÍCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como visto no capítulo anterior, o Estado deve atuar à luz do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Para garantir a prevalência dos interesses públicos, o Estado precisa ter instrumentos que lhe permitam atingir os fins que persegue, instrumentos esses inseridos no direito positivo e qualificados como prerrogativas especiais de direito público. (CARVALHO FILHO, 2013).

73. “a exigência da razoabilidade – que está sendo apontada por alguns pretensos inovadores – está presente desde longa data na aplicação do princípio da supremacia do interesse público. Se forem consultados livros de direito administrativo, vai-se encontrar a afirmação, desde longa data, de que o poder de polícia (cuja razão de ser decorre do princípio da supremacia do interesse público) tem as características da necessidade, da eficácia e da proporcionalidade. Isso não é novidade. Isso é doutrina velha, que se conserva nova, atual, porque é indispensável para a busca do equilíbrio entre o direito individual e o interesse público. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo (Coord. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Carlos Vinicius Alves Ribeiro). São Paulo: atlas, 2010. p. 100.

Uma dessas prerrogativas resulta do constante confronto entre os interesses públicos e privados, havendo a necessidade de eventualmente impor restrições aos direitos dos indivíduos. Sendo assim, quando o Poder Público interfere na órbita das liberdades individuais para salvaguardar o interesse público, limitando os direitos individuais, atua no exercício do poder de polícia. (CARVALHO FILHO, 2013).

Sendo o ato de polícia um ato administrativo, ele deve ter *sempre* como finalidade o atendimento do interesse público. Além disso, pautado no princípio da proporcionalidade, qualquer limitação aos direitos fundamentais, verificada no exercício do poder de polícia, deve obedecer à “regra de menor incidência”, que impõe a necessidade de o ato de polícia repercutir negativamente o menos possível em face dos interesses coletivos e individuais. (OLBERTZ, 2014).

A proporcionalidade e suas acepções exercem um papel limitador do poder de polícia, por isso, os meios de coação só devem ser utilizados quando não haja outro meio mais eficaz para alcançar o mesmo objetivo.

Exemplo de ofensa ao princípio da proporcionalidade é o uso exagerado de violência por agentes policiais encarregados de manter a ordem em casos de protestos ou manifestações populares. “a violência excessiva é conduta desproporcional à regular diligência de preservação da ordem pública, de modo que merece repressão e responsabilização dos agentes causadores da violação.” (CARVALHO FILHO, 2013).

3.1. Adequação ao Estado Democrático de Direito

Como visto, com a implementação do Estado Democrático de Direito e com o reconhecimento de que o Direito Administrativo deve prestar-se a atender e preservar os direitos de seus administrados, muitas das noções tradicionais adotadas pela doutrina tiveram de ser repensadas.

À vista disso, a existência de um poder repressivo do Estado contra determinados administrados, ainda que em benefício de um interesse coletivo, pode se chocar com os direitos fundamentais dos destinatários dessa atuação administrativa pautada na democracia (BRANDÃO, 2012).

A preocupação com a existência de limites ao poder de polícia e com o respeito à proporcionalidade se mostra extremamente relevante com o reconhecimento de que o Direito Administrativo deve se renovar para ser compatível com os ditames do Estado Democrático de Direito, da mesma forma em que devem ser reanalisados os seus institutos clássicos.

Marçal Justen Filho (2009) propõe um novo conceito de poder de polícia: “competência para disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade”. Para o referido autor, portanto, o poder de polícia se vincula aos direitos fundamentais e à democracia.

Por fim, ressalta Odete Medauar (2014) – a despeito de alguns autores afirmarem que se deva descartar o termo poder de polícia (SUNDFELD, 2003) – que a noção de poder de polícia é a “expressão teórica de um dos modos de atuação administrativa, devendo ser mantida, sobretudo no ordenamento jurídico pátrio, em que o poder de polícia é mencionado pela Constituição Federal, na legislação, na doutrina e na jurisprudência. ”

4. INTERESSE PÚBLICO E ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL: CONSENSUALISMO COMO NOVA FORMA DE ATUAÇÃO ESTATAL

Conforme já afirmado, o conceito de interesse público é dinâmico, reconfigurando-se de acordo com as mudanças dos modelos de Estado e de seu papel, sendo hoje redefinido à luz dos direitos fundamentais.

O conceito de consensualidade surge neste contexto de flexibilização e reconfiguração da noção de interesse público: representa uma forma de democracia participativa, na qual a Administração Pública, ao invés de imperativamente tomar decisões unilaterais, dialoga com os administrados, definindo e analisando os interesses em jogo, fortalecendo o modelo de democracia. (DE ABREU E SILVA, 2015).

Para Gustavo Justino de Oliveira (2008), a consensualidade delineia uma nova forma de administrar “cujas referências são o diálogo, a negociação, o acordo, a coordenação, a descentralização, a cooperação e a colaboração.” Dessa forma, complementa o autor, o “processo de determinação do interesse público passa a ser desenvolvido a partir de uma perspectiva consensual e dialógica”, permitindo que o Estado desempenhe suas atividades democraticamente, atingindo seus objetivos de modo compartilhado com a sociedade.

4.1. A Participação como Instrumento de Legitimação da Administração Pública

A consensualidade surge da necessidade de a Administração Pública compor instrumentos viabilizadores de diálogo entre os particulares e o Poder Público (OLIVEIRA; SCHWANKA, 2008)⁷⁴, com intuito de promover a “efetiva implementação dos interesses da sociedade, no âmbito de uma democracia substantiva.” (AITA, 2014).

A administração consensual deve introduzir instrumentos jurídicos que propiciem a participação dos administrados nas decisões políticas, de modo a criar maior proximidade entre o Estado e a sociedade, uma vez que a participação se liga à identificação do interesse público de maneira conjunta com a população. (MEDAUAR, 1992).

A participação é responsável pela inserção dos indivíduos na formação das decisões jurídico-políticas, sendo forma de controle social, pois, pelos institutos participativos e consensuais, a socieda-

74. Como instrumentos de ação da Administração Consensual pretende-se referir aos institutos e mecanismos utilizados pelos órgãos e entidades administrativas para o desenvolvimento de suas atividades a partir de uma perspectiva que privilegia o emprego de técnicas e métodos.

de participa do procedimento, o que possibilita que as decisões estatais estejam mais afinadas aos interesses dos cidadãos participantes, aumentando, com isso, a sua legitimidade. (TOAZZA, 2015).

Conclui-se, portanto, que a democracia só é verdadeiramente concretizada havendo participação da sociedade na satisfação dos interesses públicos, reforçando a legitimidade da Administração Pública.

4.2. Movimentos Sociais Como Forma de Democracia Participativa

A participação popular é expressão da cidadania e realização concreta da soberania popular. Por participação popular entendem-se diferentes modalidades de ação política e de mecanismos institucionais, mas o ator principal é sempre o mesmo: o povo.

A capacidade de mobilização social é instrumento de reafirmação do Estado Democrático de Direito, instrumento este que constitui forma pela qual os atores sociais desafiam o poder embutido nas instituições da sociedade com o objetivo de reivindicar a representação de seus próprios valores e interesses. (CASTELLS, 2003).

As manifestações populares são vistas como uma forma de comunicação e expressão coletiva, criando um espaço público de discussão. Ou seja, a “sociedade civil institui com as manifestações populares uma esfera que transcende a hierarquia estatal, possibilitando a atualização das demandas sociais junto ao Estado, traduzindo os diferentes interesses, lutas e discursos sociais.” (XAVIER, 2014).

5. INTERESSE PÚBLICO DE QUEM? MANIFESTAÇÕES DE JUNHO DE 2013.

Diante da sua relevância para a manutenção da democracia, defende-se que a liberdade de expressão e o direito de reunião recebem uma proteção *prima facie* em relação a outros direitos fundamentais. Frente a essa relevância, sustenta-se ainda a existência de cuidadosos limites às restrições que se possa pretender implemen-

tar ao exercício dessas liberdades, tanto as motivadas por razões de interesse público quanto as exigidas em hipóteses de colisão com outros direitos. (VIDAL, 2013).

Portanto, as manifestações, enquanto expressão da liberdade de pensamento, propiciada pelo exercício do direito de reunião, representam verdadeiro símbolo da democracia, não podendo sofrer restrições, senão aquelas restritas hipóteses já previstas pelo Constituinte originário.⁷⁵

Em junho de 2013 as ruas brasileiras encheram-se de manifestantes com variadas indignações. O *start* foi o aumento no preço do transporte público⁷⁶ em contrapartida à sua precariedade, mas não parou aí. Dentre centenas de reclamações, vieram gritos contra o estado das estradas, à péssima remuneração dos professores, às condições insalubres dos hospitais públicos e contra os numerosos casos de corrupção, que tomaram – e tomam cada vez mais – as páginas dos jornais e as manchetes dos noticiários.

Por ter sido um movimento majoritariamente jovem, as redes de comunicação como *Twitter*, *Whatsapp*, e principalmente o *Facebook*, ferramentas à disposição da maioria dos jovens, serviram como meio de propagação dos ideais dos manifestantes.

Destarte, ainda que iniciados na *internet*, os movimentos tiveram que migrar para um espaço de maior visualização, fazendo-se necessário um local público para divulgar os ideais e atrair atenção às causas ali reclamadas. (CASTELLS, 2003).

Ao mesmo tempo, houve um discurso midiático que intencionava desqualificar as razões dos protestos, bem como agentes públicos criminalizando a atuação de movimentos sociais e noticiários

75. CRFB/88. Art. 5º, XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

76. Aumento das tarifas de ônibus gera protestos em vários Estados. jun. 2013. Disponível em <http://www.sbt.com.br/jornalismo/noticias/32548/Aumento-das-tarifas-de-ônibus-gera-protestos-em-varios-estados.html#.VZF4K_IViko> Acesso em: 28 jun 2015.

construindo no imaginário social, de forma pejorativa, a atuação de jovens como “vândalos”, baderneiros, etc. (MORAES, 2013).

Isto fez com que grande parte da população, principalmente aquela sem grande acesso à informação, se voltasse contra às manifestações, sem entender que aquelas lutas eram de interesse coletivo, eram resultado da indignação social com a política vigente e uma forma de busca por dignidade humana e melhores condições de vida.

O que se percebeu, então, foi uma intensa manipulação arbitrária da mídia,⁷⁷ que fez acreditar que a atuação reivindicatória era nada além de grupos de baderneiros na prática de atos antidemocráticos.

5.1. Poder de Polícia e Repressão do Estado: Há Interesse Público?

O Poder Público deve ser protagonista na defesa dos direitos fundamentais, dando-lhe o Estado Democrático de Direito a competência da satisfação do bem-estar de toda coletividade, tendo como fundamento as garantias emanadas na Constituição, e como finalidade a consecução do interesse público.

Neste diapasão, o Poder Público deve ter instrumentos que permitam a proteção desses direitos constitucionais. Eis então o princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, que deve assegurar a proteção dos direitos sociais, das liberdades e bem-estar da sociedade, sendo certo que todos os atos do Estados devem estar pautados nesse princípio, inclusive os atos de Poder de Polícia, não podendo, em hipótese alguma, colocar em risco os direitos fundamentais do cidadão.

Como já salientado, o direito de reunião e a liberdade de pensamento são tão caros ao ordenamento jurídico democrático que recebem uma proteção *prima facie* em relação a outros direitos fun-

77. Isto é facilmente percebido quando procuramos notícias sobre as manifestações de 2013. Na maioria das manchetes, as expressões usadas pelos sites dos noticiários de maior circulação no Brasil são “vândalos”, “vandalismos”. Como nesta reportagem da revista Veja, que se refere aos black-blocs como ‘vândalos mascarados’, em um tom que beira o sarcasmo: FERNANDES, Victor. Os vândalos mascarados estão de volta. 09 jan 2015. Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/os-baderneiros-mascarados-estao-de-volta/>>. Acesso em: 28 jun 2015.

damentais, sendo a todos assegurado o direito de manifestar, sem qualquer intervenção estatal *a priori*, suas ideias e pensamentos, por mais críticos e duros que sejam.

Nos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (1997), *ordem pública* é “situação fática de respeito ao interesse da coletividade e aos direitos individuais que o Estado assegura, pela Constituição Federal e pelas leis, a todos os membros da comunidade.”, e complementa dizendo “visa garantir o exercício dos direitos individuais”.

De acordo com o autor, à Polícia Militar é dada a atribuição de *polícia de manutenção de ordem pública*, que é esfera do Poder de Polícia. Isto posto, como pensar em uma atuação da Polícia Militar, no exercício do Poder de Polícia – que tem como finalidade a proteção do interesse público (MEIRELLES, 2013) – que vai de encontro com o interesse público?

Não houve naquela situação interesse público protegido, houve, pois, desrespeito a ele, visto que indissociável à dignidade da pessoa humana. O que se percebeu foi o Governo tentando sufocar os gritos que denunciavam sua má gestão.

Neste sentido, levando em consideração a repressão da polícia e as incansáveis e violentas táticas para invalidar e desfazer as manifestações, chegamos à conclusão que o Estado agiu com excesso.

De maneira nenhuma quer se concordar com os atos de vandalismo praticados durante as manifestações que se iniciaram em junho⁷⁸, à medida que essas atitudes se voltam contra o próprio movimento e o enfraquece, desvalorizando o papel das massas e de sua organização.

Contudo, esses atos foram isolados e não requeriam uma resposta agressiva contra todos aqueles que estavam ali protestando. Ora, só no dia 20 de junho daquele ano em torno de 300 mil pessoas se

78. Como a depredação da fachada da ALERJ, ataques a lojas, bancos, etc. Protesto deixa rastros de vandalismo no Centro do Rio – Dezenas de mascarados depredaram agências bancárias, lojas e pontos de ônibus. Rio de Janeiro, out 2013. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2013/10/bprotesto-de-professoresb-deixa-rastros-de-vandalismo-no-centro-do-rio.html>>. Acesso em: 28 jun 2015.

reuniram no Centro do Rio de Janeiro⁷⁹; se a maioria dos presentes praticasse atos de destruição, ainda hoje teríamos obras de reparação.

Feriu-se não apenas a dignidade humana, mas o ordenamento jurídico como um todo; exemplo disso foram as prisões preventivas⁸⁰ totalmente ilegais de mais de 20 manifestantes, acusados de formação de quadrilha, sem que lhes fosse dado o direito de contraditório e ampla defesa, uma vez que não tiveram sequer acesso ao inquérito policial.

Em conclusão, não pode o Estado, por motivações políticas, usando como pretexto a proteção de um interesse público, usar seu aparato para atacar a liberdade de manifestação, que é expressão do efetivo exercício da democracia. Sendo assim, devemos entender de maneira crítica aquilo que se reclamou nas incontáveis manifestações sociais – as de 2013 e as que vierem –, sem nos deixarmos cair no discurso midiático repressor e acusatório.

6. CONCLUSÃO

O ano de 2013 deixou no ar um clima de insatisfação.

Ficou claro que o atual modelo de gestão não é mais tão eficiente quanto se esperava. Fala-se, então, de uma nova forma de atuação estatal, cuja a participação do administrado faz-se indispensável. A consensualidade administrativa surge da necessidade de a Administração Pública viabilizar diálogos com os administrados, de maneira a chegar em soluções satisfatórias para ambos os lados, deixado de lado atuações unilaterais do Poder Público.

A relativamente nova administração consensual traz consigo instrumentos que permitem a abertura para a participação popular nos assuntos públicos, contudo, isto não quer dizer abandono de antigos institutos da Administração Pública.

79. AFFONSO, Julia. Manifestação no Rio de Janeiro reúne 300 mil pessoas na prefeitura, diz PM. Rio de Janeiro, 20 jun 2013. Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/06/20/manifestacao-no-rio-de-janeiro-ja-reune-100-mil-pessoas-diz-pm.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2015

80. FREIXO, Marcelo. Manifestantes presos no Rio: o mal-estar da democracia. Rio de Janeiro, 24 jul. 2014. Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/o-mal-estar-da-democracia-3550.html>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

Ainda que haja respeitáveis argumentos tendentes a aboli-los do ordenamento jurídico pátrio, eles permanecem como institutos fundamentais da atuação administrativa, sem os quais o Poder Público não conseguiria implementar e desenvolver suas atividades.

Não se pode culpar o princípio da supremacia do interesse público pela ingerência dos agentes públicos, bem como não se pode culpar o poder de polícia, vez que são instrumentos a viabilizar uma atuação estatal eficiente.

Não obstante, a sociedade não pode ter prejuízos pelos desvirtuamentos dos administradores. À ela se *deveria* voltar toda e qualquer ação estatal. Ocorre que a população não mais confia nos representantes por ela eleitos, já que não colocaram em prática suas promessas e não atenderam as aspirações do povo.

Nesta esteira, a única forma pela qual a sociedade conseguiu expressar seus anseios e descontentamentos, foi indo às ruas reclamar aquilo que há muito já deveria ter sido concretizado no país, mas que incessantemente foi deixado de lado para que eventos e “obras eleitorais” fossem realizados.

Para conter os milhares de pessoas que se juntavam em manifestações quase diárias, houve uma violenta repressão por parte do Estado, que atuou de maneira desarrazoada e desproporcional.

O uso descomedido de violência por agentes policiais, encarregados de manter a *ordem pública* nas manifestações, é claro exemplo de ofensa ao princípio da proporcionalidade. A polícia, e o Estado por trás, justificou sua atuação na proteção de um interesse público, o que, na verdade, ofendeu direitos constitucionalmente previstos, sem que houvesse qualquer ponderação.

Por fim, não resta dúvida que a nossa democracia deve ser fortalecida, e as deficiências que temos hoje se consertam com mais democracia, e isto só se constrói com respeito aos direitos e princípios previstos em nossa Constituição, caso contrário, correremos o grave risco de sofrermos com atuações arbitrárias travestidas de democráticas.

6. Bibliografia

- AITA, Luana. **Protestos de rua e “rolezinhos” prenunciam o novo papel dos administrados na evolução da administração consensual?** In: Forum Administrativo. vol. 14, n. 160. Belo horizonte: Forum, 2014.
- AFFONSO, Julia. **Manifestação no Rio de Janeiro reúne 300 mil pessoas na prefeitura, diz PM.** Rio de Janeiro, 20 jun 2013. Disponível em < <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/06/20/manifestacao-no-rio-de-janeiro-ja-reune-100-mil-pessoas-diz-pm.htm>. > . Acesso em: 23 jun. 2015
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **A Constitucionalização do Direito e suas repercussões no âmbito administrativo.** In: **Direito Administrativo e seus novos paradigmas.** (Coords. Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
- BRANDÃO, Gabriela da Silva. **A Evolução do conceito de poder de polícia no Direito Administrativo e sua compatibilidade com o modelo de Estado Democrático de Direito na atualidade.** Fórum Administrativo. vol.12, n. 131. [s.n]: Forum: 2012
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet.** 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar. 2003.

DE ABREU E SILVA, Guilherme. **A reconfiguração do conceito de interesse público à luz dos direitos fundamentais como alicerce para a consensualidade na administração pública.** Abril de 2012. Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/21566/a-reconfiguracao-do-conceito-de-interesse-publico-a-luz-dos-direitos-fundamentais-como-alicerce-para-a-consensualidade-na-administracao-publica/2#ixzz3dGg5AOxI>. >

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo.** 1.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Participação popular na Administração Pública.** Revista de Direito Administrativo, n.191. Rio de Janeiro, 1993.

_____. **Direito Administrativo.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERNANDES, Victor. **Os vândalos mascarados estão de volta.** 09 jan 2015. Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/os-baderneiros-mascarados-estao-de-volta/> > .

FREIXO, Marcelo. **Manifestantes presos no Rio: o mal-estar da democracia.** Rio de Janeiro, 24 jul. 2014. Disponível em < <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/o-mal-estar-da-democracia-3550.html> > .

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público.** [s.n]: Editora Forum, 2011.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Poder de polícia na atualidade.** Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. **O direito administrativo em evolução.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 29. ed. Malheiros. 2004.

_____. **Polícia de manutenção da ordem pública e suas atribuições.** São Paulo Revista dos Tribunais, 1997. p. 745-747.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro.** 39.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 143.

MORAES, Luciana Simas Chaves. **A criminalização de movimentos sociais na revolta do vinagre.** Boletim IBCrim. Publicação do instituto brasileiro de ciências criminais. n. 251. Out 2013

NOHARA, Irene Patricia. **Consensualidade e gestão democrática do interesse público no Direito Administrativo contemporâneo.** In: Interesses Públicos, Revista Bimestral de Direito Público, v. 15, num. 78. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA Cristiane. **A Administração Consensual como a Nova Face da Administração Pública no Séc. XXI: Fundamentos Dogmáticos, Formas de Expressão e Instrumentos de Ação.** In: Revista de Direito do Estado. num. 10. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARMENTO, Daniel (org.). **Interesse público versus interesse privado: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros. 2003.

TOAZZA, Vinícius Francisco e SANTIN, Janaina Rigo. **Princípio da participação e audiências públicas**: Um Enfoque no Direito Comparado. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ce3b5506fc4151c9> > .

VIDAL, Janio Nunes. **A voz das ruas como instrumento de participação política**: Liberdade de reunião e de manifestações no Estado Democrático de Direito. In: **25 anos da constituição de 1988**: os direitos fundamentais em perspectiva. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2013. p. 163.

XAVIER, Gabriela Costa. **Novos rumos da Administração Pública eficiente** – Participação administrativa, procedimentalização, consensualismo e as decisões colegiadas. In: Fórum Administrativo, vol.14, n. 159. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

Aumento das tarifas de ônibus gera protestos em vários Estados. jun. 2013. Disponível em < http://www.sbt.com.br/jornalismo/noticias/32548/Aumento-das-tarifas-de-onibus-gera-protestos-em-varios-estados.html#.VZF4K_lViko > .

Protesto deixa rastros de vandalismo no Centro do Rio – Dezenas de mascarados depredaram agências bancárias, lojas e pontos de ônibus. Rio de Janeiro, out 2013. Disponível em: < <http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2013/10/bprotesto-de-professoresb-deixa-rastros-de-vandalismo-no-centro-do-rio.html> > .

O APLICATIVO UBER: UM ESTUDO
DE CASO BASEADO NOS PRINCÍPIOS
E FUNDAMENTOS DA ORDEM
ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 88
PAULO SAMICO JÚNIOR⁸¹

I - INTRODUÇÃO

É indiscutível que a livre concorrência, como princípio constitucional de regência da ordem econômica, representa valor inafastável para a interpretação de normas legais que disciplinam o transporte individual de passageiros (STRECK, 2015, p. 12). Defender a viabilidade e legalidade do aplicativo Uber virou uma espécie de progressismo, ao passo que se posicionar em favor dos taxistas soaria como fechar os olhos para a realidade, defendendo um quadro normativo em total desafinamento com as necessidades do tempo presente.

Há ainda questionamentos acerca da natureza jurídica da Uber. Alguns acreditam que o serviço na modalidade privada é um serviço público no Brasil, cabendo somente ao Estado exercê-lo ou transferi-lo por outorga. Outros comprovam que o correto seria classificá-lo como de utilidade pública. Também há quem defenda que ele somente se encaixaria como uma atividade econômica em sentido estrito, e embora pareça ser uma atividade econômica de utilidade pública (que também pode ser chamada de atividade econômica privada de interesse público).

81. Graduado em Direito pela UFRJ. Advogado.

Paralelamente a esta discussão, a Lei Federal nº 12.587/2012 faz menção ao transporte individual de passageiros nas modalidades pública e privada, mas não o classifica e nem o pormenoriza. Seu art. 12 diz que o município pode regulamentar e fiscalizar os serviços do transporte individual, mas a Constituição assegura que compete privativamente à União Federal legislar sobre trânsito, transporte e informática, com fulcro no art. 22, incisos IV e IX e XI. Talvez se a legislação fosse completa, a polêmica acerca da legalidade dos serviços do aplicativo não teria se instaurado. Proibições contrárias aos princípios da ordem econômica assegurados pela Constituição não teriam sido proferidas. Protestos teriam sido evitados. Dúvidas teriam sido sanadas na origem.

O objetivo do presente estudo é submeter a reflexão jurídica da atividade econômica do transporte individual de passageiros sob o prisma dos princípios e fundamentos constitucionais do capítulo “Da ordem econômica e financeira” de nossa Carta de direitos. Dissertar sobre sua modalidade privada é um verdadeiro desafio, sobretudo quando há a preocupação em analisar algo em atual debate nas academias.

II - PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA DA CONSTITUIÇÃO DE 88

A prestação de serviço feita pela Uber é exercício da atividade econômica privada de transporte individual de passageiros. Não suscita, à luz do princípio da proporcionalidade (CANOTILHO, 2015, p. 45), especiais particularidades de ordem pública que habilitam o legislador ordinário a introduzir cláusulas restritivas à liberdade de acesso e ao livre exercício dessa atividade econômica.

Deste ensinamento, entende-se que a restrição ao aplicativo Uber fere diretamente todos os princípios da ordem econômica constitucional. O livre exercício à atividade econômica, pelo contrário, reforça a ordem na economia. A livre concorrência, outro prin-

cípio da ordem constitucional, é um princípio impositivo (GRAU, 2001, p. 227), que garante condições ao mercado para que não seja gerado abuso de poder econômico.

De acordo com a Constituição de 88, são princípios não exaustivos que fundam a ordem econômica brasileira e servem de pacto fundante para o Estado Democrático de Direito: a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, bem como seus valores sociais; a dignidade da pessoa humana, a já citada liberdade de concorrência (art. 170, IV) e a liberdade de ofício ou profissão (liberdade de iniciar uma atividade econômica, direito à empresa, liberdade de criação de empresa, liberdade de gestão e atividade de empresa, liberdade do empresário). É inclusive do primado do trabalho que se funda a ordem social (art. 193 da CRFB/88). Cabe ainda lembrar que é garantido o livre exercício de qualquer atividade econômica, independe de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (art. 170, § único), onde diretamente se resulta em liberdade de acesso para atingir a valorização do trabalho humano.

A busca do pleno emprego também é um princípio da ordem econômica e financeira. A empregabilidade, conferida pelo sistema Uber, com suas vantagens sociais e fiscais, servirá como catalizador para exploração de outras atividades econômicas, gerando expressivos resultados para o consumidor que certamente terá mais opções e escolherá o serviço de maior qualidade se baseando no preço e no atendimento.

É certo, portanto, que tais princípios estão fortemente presentes e serão reforçados na atividade econômica de transporte individual de passageiros na modalidade privada. Dos já citados, dois princípios ganham relevância: livre iniciativa e livre concorrência. O empresário atuando no mercado muitas vezes pode vir a sofrer restrições estatais, através de atos normativos em geral. Contudo, sempre que aparecer uma medida restritiva ao direito do empresário, a um particular atuando na iniciativa privada, há aparente ofensa à livre iniciativa (art. 170, caput, CR; art. 1º, IV da Constituição)

e à livre concorrência (art. 170, IV da Constituição). Nem sempre ocorre intervenção injusta: o princípio da proteção ao consumidor (art. 170, V da Constituição) também é um fundamento da ordem econômica e deve se sobrepor em relação ao interesse do particular.

Seria interessante destacar (BARROSO, p.28) que o princípio econômico da preservação por um meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, VI e 225, caput da Constituição) geralmente é analisado com o ensinamento de que a livre iniciativa não poderia ser pretexto para se destruir o meio ambiente, e desta maneira, a defesa de um ambiente saudável seria o limite ao livre exercício da atividade econômica. Reforçar a defesa do meio ambiente enquanto princípio da ordem econômica é o mesmo que diminuir a poluição, através do compartilhamento de veículos motorizados feito pela empresa Uber, em consonância com a Política Nacional de Mobilidade Urbana.

III - REGULAÇÃO A PARTIR DA MATRIZ CONSTITUCIONAL

Os desafios da regulação em novos arranjos institucionais é o objeto de questionamento generalizado, sobretudo quando o aprimoramento constante da tecnologia contribui para o processo natural disruptivo e gera novas propostas de relação institucional dentro da sociedade (FIGUEIRA; OLIVEIRA, 2016).

O dicionário Aurélio da Língua Portuguesa diz que “disruptivo” é aquilo que causa distorção, interrupção do curso normal de um processo. É exatamente isso que a tecnologia vem fazendo com o direito regulatório, pois prima-se pela consolidação do cenário atual em detrimento do anterior, dependendo logicamente do grau de inovação proporcionado.

O papel das instituições é fundamental para o desenvolvimento da regulação dentro de novas tecnologias. O caso Uber é um exemplo perfeito pois, as prefeituras, que podem legislar (art. 30, I, Constituição) acerca da regulamentação do transporte de passageiros (como

São Paulo e Rio de Janeiro), estão regulando o serviço de maneira a obter o proveito máximo dos tributos, prejudicando a continuidade de sua operação e passando por cima dos princípios constitucionais gerais da ordem econômica. É importante ressaltar que a competência municipal aqui é fundamental em seu poder para legislar assuntos de interesse local (art. 30, I da Constituição), pois transporte só poderia regular o coletivo (art. 30, V da Lei Maior).

Eventual restrição regulatória deve se prender em corrigir falhas de mercado, de modo que o interesse público seja garantido, protegendo ainda mais os consumidores, parte vulnerável da relação. Atualmente, o cenário – e sobretudo, a livre concorrência – colabora para a proteção dos usuários, mas é importante prever situações para momentos de crise.

A regulação a partir da matriz constitucional é reforçada pelas leituras das normas acima, que já são legais face à Lei Maior. Estados ou municípios que queiram inovar no mundo jurídico terão certamente suas normas declaradas inconstitucionais pelos mecanismos de controle que a Constituição possui, como as ações constitucionais. Há controle judicial (GUERRA, SÉRGIO, 2010, p. 24) – e sua consequente revisão – sobre os atos regulatórios. Evoca o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, bem como o princípio da razoabilidade para afastar as decisões regulatórias, onde a justificativa para a decisão administrativa deve ser pretérita, e de igual modo seja aproveitada para o futuro. Afinal, a “regulação das atividades econômicas (...) se legitima através da ponderação de valores e interesses envolvidos” (GUERRA, SÉRGIO, 2010).

Desta maneira, a atuação da regulação tem limites, pois seus atos devem estar vinculados à lei da criação da agência, sobretudo, observando as políticas públicas traçadas para o assunto regulado, o que significa dizer que não há possibilidade de deixar de examinar a Constituição.

Para a matriz constitucional ser plenamente respeitada em eventuais regulações, ao passo que o Estado não é capaz de lidar com cenários de inovação, é extremamente necessário melhorar a qualidade dessa regulação. Em razão da presença de interesse público, considerando ainda os novos contextos, tabelamento de preços e prerrogativas de exclusividade, a regulação deve ser feita sob o prisma de outras concepções e instrumentos. Repensar uma nova modelagem, que leva em consideração novos desafios, pode fomentar ainda mais a inovação e a promoção de políticas públicas.

IV - DISTINÇÃO ENTRE “SERVIÇO PÚBLICO” E “ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO”

A falta de definição mais precisa pela Constituição gera uma imensa confusão entre diferenciar um e outro. Há fatores que ainda atrapalham seu correto sentido, como mudanças políticas, sociais, tecnológicas, econômicas e culturais. Tudo isso contribuir para a correta definição do que é serviço público e o que é atividade econômica em sentido estrito.

A diferenciação entre um e outro começa quando no serviço público o particular não tem liberdade. As escolhas estatais aqui precisam estar de acordo com o interesse público e a ordem jurídica, e existe determinação constitucional do que seriam eles. O art. 21, X da Constituição em seus incisos, por exemplo, revela que é competência da União manter o serviço postal e o correio aéreo nacional. Não se encontra na Carta qualquer referência de que o transporte individual de passageiros seria um serviço público. O que é serviço público é o transporte coletivo de interesse local, de competência do município pelo art. 30, inciso V.

A atividade econômica em sentido estrito tem como regra a liberdade do particular, ao passo que a exceção, constitucionalmente justificada, seria a submissão do agente econômico ao Estado. O

serviço público é o oposto, conforme já mencionado: neste, o particular não tem liberdade.

De acordo com a doutrina majoritária, a lei pode caracterizar uma atividade como serviço público. A definição de serviço público encontra previsão constitucional, mas não possui a Lei Fundamental como sua única fonte. Há posição diversa minoritária (AGUILAR, 1990, p. 133), que alega que se uma lei infraconstitucional delimitar o que é serviço público pode ocorrer uma restrição à livre iniciativa e livre concorrência. Sendo estes dois últimos princípios constitucionais, o legislador estaria cometendo uma ofensa à supremacia da Constituição.

É necessária muita cautela na corrente majoritária. A atenção reside na possibilidade de o legislador infraconstitucional criar leis que possibilite a instituição de monopólios públicos, suprimindo espaços relevantes da iniciativa privada e ofendendo todos os demais princípios que norteiam a ordem econômica no país (SARMENTO, 2015).

V - AS NOVAS TECNOLOGIAS, O DIREITO E O MARCO CIVIL DA INTERNET

É inegável que a Uber é uma empresa adepta do sistema de economia compartilhada (NETO; FREITAS, 2016). Tal sistema é remunerado pelos motoristas em troca da tecnologia lhe trazer clientes. Por conta dessa inovação, o transporte individual de passageiros, setor regulado pelo Estado, virou assunto de inúmeros debates que questionavam sua legalidade. O agente regulador estatal teme perder o protagonismo no setor frente a contestação do mercado.

Até então, a atividade dependia de uma autorização municipal. Os motoristas de táxi – e até mesmo muitos juristas – não acreditavam que uma atividade prestada em regime de monopólio público poderia ser dominada pelo mercado. Ora, até então, o serviço público de transporte individual de passageiros encontrava clara fundamentação no art. 2º da Lei Federal nº 12.468/2011 e aparentemente somente taxistas poderiam exercê-lo. Ledo engano. O diplo-

ma atribuía exclusividade para a atividade de transporte individual na modalidade pública, sequer mencionava a privada.

A realidade tecnológica não pode ser explicitada completamente em normas. Assim como a economia, ambas dependem da realidade social do momento e devem ser levadas em consideração tanto as razões passadas quanto os efeitos prospectivos. Há a necessidade periódica de reformas regulatórias para atender as oscilações do mercado, seus componentes tecnológicos e, sobretudo, correlacionar o ordenamento jurídico com as atividades econômicas em curso.

A tecnologia desafia a doutrina e o direito na medida em que inovações vão surgindo e viram tendência entre os consumidores. A evolução da tecnologia reedita conflitos entre serviços públicos e competição, monopólio e regulação de um lado, e concorrência e mercado, de outro. O desafio reside, sobretudo, na ausência de solução na nossa Carta.

No que se refere a tecnologia, é importante destacar que a Lei Federal nº 12.965/2014 (“Marco Civil da Internet No Brasil”), que prevê a liberdade dos modelos de negócio promovidos pela rede de computadores, deve ser considerada nas inovações que se dão através da rede mundial de computadores. Em seu art. 3º, estabelece que:

“Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;

V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas

compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;

VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;

VII - preservação da natureza participativa da rede;

VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.” (grifo nosso).

Procuramos reforçar que os princípios discriminados no Marco Civil deixam esclarecidos quais são as diretrizes do uso da Internet em território nacional. Estabelece princípios, direitos, deveres e garantias para o uso da Internet no Brasil. Determina as diretrizes para atuação dos entes federados em relação à matéria. Proibir a Uber de operar nos serviços de tecnologia de seu aplicativo é o mesmo que ir de encontro ao art. 3º, VIII, uma vez que nos termos da lei a liberdade dos modelos de negócio promovidos na internet é permitido.

Em seus arts. 2º, 3º e 4º, o Marco reforça os princípios da ordem econômica da Constituição e atribui à Internet um canal de reforço dessas garantias. O art. 4º, inciso III diz que a Internet tem o objetivo de promover a inovação e fomento às novas tecnologias e modelos de uso. Já o art. 24, inciso VII esclarece que o Poder Público, independente da esfera (União, estados ou municípios), tem a diretriz de atuação definida no sentido de promover a qualidade técnica, inovação e aplicações na Internet, sem prejuízo à neutralidade e à natureza participativa. Desta maneira, o Estado não pode simplesmente “escolher o lado” do transporte individual público, pois o sistema Uber encontra pleno acolhimento nesta norma, ao passo em que, apesar de ser uma inovação, já opera observando essa regulamentação.

O Direito, como ciência subjetiva e em constante construção, terá que fugir do conservadorismo e deixar de resistir a novos conceitos

diante da atualidade. Será necessário ainda fugir do ideal de preservação dos ideais antiquados. Aceitando a realidade, deve observar de perto os problemas trazidos pela tecnologia e pelo mercado. O caminho para a ordem seria dar solução aos problemas sem se curvar a eles, e não negando a realidade, classificando-a como ilícita pura e simplesmente por contrariar doutrinas já consolidadas por anos.

V - A DEFESA DO MONOPÓLIO DO TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS É LEGAL?

Qualquer atividade econômica privada, que tenha por interesse a defesa no monopólio do seu exercício fere o regime legal da concorrência. Cria-se uma reserva de mercado privada, que automaticamente serve de infração à ordem econômica e prejudica o direito do consumidor, que tem como base para proteção de suas garantias a Lei Federal nº 8.078/1990 (“Código de Defesa do Consumidor”).

A Lei Federal nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e cria mecanismos para prever e reprimir as infrações contra a ordem econômica, reforça a necessidade de preservar o que preceitua a Constituição, no sentido de não diminuir, em sentido algum, a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa do consumidor – como já citado – e a repressão ao abuso do poder econômico. O art. 1º da referida norma desde o início esclarece que o titular dos bens jurídicos protegidos é a coletividade. A pergunta deste tópico pode ser respondida na leitura do Art. 36º, caput e § 3º:

“Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; ” (grifo nosso).

Como pode ser observado, a lei que tem como função proteger e estimular uma concorrência saudável é clara no sentido de indicar uma infração de ordem econômica nos atos que limitam a livre concorrência e a livre iniciativa. Já no § 3º, as condutas infratoras são previstas, tais como a limitação ao acesso de novas empresas no mercado ou até mesmo a criação de dificuldades à constituição, funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente e/ou financiadora de bens ou serviços.

A defesa da concorrência pela sociedade garante, portanto, a liberdade de escolha individual: a competição, em todos os sentidos, descentraliza centros de tomada de decisões, e, portanto, privilegia o direito de escolha dos indivíduos consumidores. Contudo, é necessário comentar sobre o excesso de regulação, que pode ser prejudicial na relação de consumo.

O Ministério Público Federal defendeu, em audiência pública na Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados,

através da figura do procurador da República Carlos Bruno Ferreira da Silva, a regulamentação e a criação de normas para o setor em todo o país. Ele diz que a discussão deve ser feita rapidamente, pois é competência privativa da União legislar sobre trânsito e transporte, com fulcro no art. 22, XI da Constituição.

A pressa pela regulação também se justifica pela vulnerabilidade dos passageiros que usam o serviço. O MPF disse que é necessário positivar as garantias e os direitos do consumidor, pois no caso dos taxistas, o Poder Público prevê exigências mínimas de qualidade do serviço, segurança e uma tarifa padrão instituída pelas bandeiras.

O MPF deixou claro ainda que a coexistência dos serviços é possível, uma vez que permite maior concorrência e aumento da oferta. Segundo o órgão, o interesse coletivo na preservação dos dois serviços é nítido quando há possibilidades reais de ganhos para o usuário final.

Eventuais soluções proibitivas correm o risco de ferir também as regras de mercado. É necessária muita atenção na hora de discutir sobre o tema. Através de nota técnica⁸² emitida em fevereiro de 2016, o órgão também analisou os impactos concorrenciais acerca da introdução do aplicativo Uber no mercado de transporte individual de passageiros. Foi recomendado que eventual regulação do aplicativo deva preservar o modelo de negócios atualmente existente, incentivando a inovação, a liberdade de preços e a permissão de concorrência que favoreça o consumidor, assegurando assim o desenvolvimento do serviço de transporte individual de passageiros.

O MPF resumiu em quatro pontos sua recomendação:

“(i) o Poder Público não adote medidas que inviabilizem ou dificultem a operação dos aplicativos de transporte individual de passageiros, permitindo que as inovações beneficiem o consumidor;

82. Nota Técnica Ministério Público Federal nº 06013/2016/DF/COGUN/SEAE/MF. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br/assuntos/advocacia-da-concorren-cia/notas-tecnicas/2016/nota-tecnica-n-o-06013-2016-df-impactos-concorrenciais-do-uber-no-mercado-relevante-de-transporte-individual-de-passageiros.pdf>>

(ii) eventual regulamentação que venha a ser promovida seja endereçada aos aplicativos e não diretamente aos motoristas do serviço de AVP, devendo ser bastante restrita e focada em aspectos de segurança;

(iii) os entes municipais considerem promover de forma gradual medidas de desregulamentação do serviço tradicional de táxi, (...) de forma a remover as barreiras à entrada e permitir a liberdade de preços; e

(iv) os entes municipais assegurem competição no serviço de táxi, não somente entre os segmentos de taxistas, mas também em relação aos serviços de AVP.

Assim, não só o município deve assegurar a liberdade de ofício dos motoristas profissionais, como também deve desregular o serviço de táxi, para que possam livremente concorrer em relação ao transporte privado. Pela nota técnica, o termo AVP, citado pelo MPF, se refere à categoria de serviços de transporte individual de passageiros. Tal categoria só transporta passageiros de maneira pré-agendada e não pode utilizar pontos de táxi para captar usuários ou aliciar clientes nas ruas. Como observado, aplicativos como o Uber fomentam a atividade em vários países, dentre eles o Brasil.

VI - CONCLUSÃO

Neste espaço para considerações finais, é importante pontuar os seguintes argumentos:

1. O aplicativo Uber é uma plataforma digital que oferece duas atividades que são distintas e se complementam: presta serviços de tecnologia e facilitam o transporte individual de passageiros na modalidade privada. A partir da disponibilização desses serviços, a empresa serve como canal facilitador para a celebração de contrato

de transporte entre o consumidor e o prestador de serviços, sendo este último um profissional autônomo, com carteira nacional de habilitação com permissão para exercício de atividade remunerada.

2. A atividade de prestação de serviços de transporte de passageiros pela empresa é oferecida na modalidade privada. A modalidade pública é exercida em caráter de exclusividade pelos taxistas, que através de outorga do Poder Público, possuem o monopólio estatal do serviço.

3. Insta salientar e reforçar que o transporte privado individual de passageiros é uma atividade econômica em sentido estrito, e embora pareça ser uma atividade econômica de utilidade pública (que também pode ser chamada de atividade econômica privada de interesse público), tem sua origem firmada na livre iniciativa e no direito de empreender. Outros princípios como a busca do pleno emprego e a livre concorrência também reforçam esse entendimento.

4. Por ser uma atividade econômica em sentido estrito, a operação tem aplicação direta dos princípios da ordem econômica e independe de autorização prévia para ser exercida, conforme art. 170 da Constituição prevê. A atividade econômica de utilidade pública, por exemplo, necessita de autorização preliminar, como, por exemplo, no caso dos táxis (transporte individual de passageiros na modalidade pública).

5. O serviço não é essencial⁸³, intrínseco ao indivíduo como o serviço público de transporte coletivo e por isso não é considerado supérfluo. Como afirmamos, também não se assemelha ao táxi porque é uma atividade econômica no sentido estrito, oferecido na modalidade privada. Contudo, ainda que em baixa intensidade, deve sofrer regulação do Poder Público. A regulação é necessária para proteger a parte mais vulnerável na relação: os consumidores.

6. Ainda que seja uma necessidade supérflua quando comparada ao transporte coletivo – este sim, essencial por ser serviço público

83. Recurso Extraordinário (RE 220.999-7): essencial à população é o transporte coletivo de passageiros, e não o transporte individual.

de interesse local, de competência do município pelo art. 30, inciso V da Constituição – o transporte individual é mencionado na Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei Federal nº 12.587/2012), mas não é regulamentado. Portanto, pelo aplicativo Uber prestar um serviço de transportes individual de passageiros na modalidade privada e reunir três competências privativas da União Federal – informática, trânsito e transportes – entendemos que, compete privativamente à União tecer sobre o assunto com fulcro no art. 22, incisos IV e IX e XI.

7. A concorrência desleal inexistente. Trata-se da mesma atividade (transporte individual de passageiros), oferecida por modalidades diferentes (pública no caso dos taxistas e privada, na Uber). A concorrência e o fim do monopólio estatal são benéficos ao consumidor, pois a competição saudável do mercado resulta em menor preço e serviço de qualidade.

8. Proibir o aplicativo no país é atentar contra o princípio constitucional da livre iniciativa econômica. De igual modo, restringi-lo é o mesmo que afrontar o pacto fundante do Estado Democrático de Direito e cercear a valorização social do trabalho, que através do livre ofício constrói a ordem democrática e garante a estrutura de nossa sociedade, como sólido pilar e bússola.

9. Banir a atividade é atentar-se contra o princípio constitucional da ordem econômica de defesa ao meio ambiente. É inegável que o compartilhamento de caronas, bem como estímulo a novos modais de transporte e sua coexistência favorecem a preservação do meio ambiente e estão em clara sintonia com o que prevê a atual Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei Federal nº 12.587/2012, art. 24, V).

10. A ciência do Direito deve se adequar às novas tecnologias e refletir isso através do marco regulatório. Críticos, porém, entendem que a fronteira da regulação deveria ser limitada de modo que não haja interferência na atividade econômica, ao ponto de não prejudicar seu desenvolvimento e ir além da correção de falhas de mercado. Há que se fazer regulação para ter controle de quem pres-

ta esse serviço e as condições em que a atividade é realizada, mas sem ingerir nos preços para não configurar intervenção.

11. Em seus arts. 3º e 4º, o Marco Civil estabelece os princípios do uso da internet no Brasil. Destacamos o princípio contido no art. 3, VIII, que prevê liberdade aos modelos de negócio promovidos pela internet, cujo qual se encaixa a o Uber e sua plataforma tecnológica para intermediar os serviços de motoristas profissionais e passageiros previamente cadastrados.

12. Por fim, cabe recordar, uma lição essencial de um dos mais básicos princípios da análise econômica: um mercado com uma economia sadia e competitiva reduz o preço dos serviços enquanto a qualidade se eleva. Garantir uma perfeita harmonia entre os princípios fundamentais da ordem econômica e a Política Nacional de Mobilidade Urbana certamente fará com que a qualidade de vida nas cidades cresça, a oferta desse tipo de transporte reduza a utilização de veículos próprios, e consequências positivas como diminuição de poluição sonora, respiratória e visual sejam geradas, bem como a empregabilidade com suas vantagens sociais e fiscais também servirão como catalizadores para exploração de outras atividades econômicas. Com uma regulação federal justa, porém equilibrada, a nova tecnologia poderá se devolver e uma maior segurança jurídica se propagará nas relações entre particulares, bem como se observará a solidificação dos valores constitucionais em qualquer inovação que possa surgir.

VII - BIBLIOGRAFIA

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Parecer jurídico sobre o Uber**. p. 1-45.

GUERRA, Sérgio. **Atualidades sobre o controle judicial dos atos regulatórios**. p. 1-24. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. p. 227-300. 2001.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. **Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”**. p. 1-41. 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. 2000.

O TRIBUNAL DE CONTAS COMO
ÓRGÃO INDUTOR DA GOVERNANÇA
PÚBLICA NOS MUNICÍPIOS:
COROLÁRIO DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA

Ronaldo Nascimento de Sant'Anna⁸⁴

INTRODUÇÃO

A pesquisa insere-se no Grupo de Trabalho 03 – Estado, Cidadania e Direitos Fundamentais, para submissão e apresentação no I Congresso Internacional de Altos Estados em Direito (CAED-Jus), correspondendo, notadamente, ao estudo do Direito Administrativo, intrinsecamente relacionado ao controle externo da Administração Pública Municipal, com foco no princípio constitucional da eficiência.

Desta forma, o tema lhe é pertinente por duas razões. Em primeiro lugar, porque contempla um dos princípios constitucionais de observância obrigatória pela Administração Pública, o princípio da eficiência. Em segundo lugar, porque busca demonstrar a inserção da Governança Pública no universo do princípio da eficiência administrativa, tendo o Tribunal de Contas como órgão indutor.

Essencialmente, o objeto da pesquisa relaciona-se estritamente a Governança Pública, propondo-se, assim, demonstrar o Tribunal de Contas como órgão indutor da Governança Pública nos Municípios e seu espeque de corolário do princípio constitucional da eficiência administrativa.

84. Mestrando em Direito Público

OBJETIVOS

OBJETIVO GERAL

Demonstrar que o Tribunal de Contas deve atuar como órgão indutor da Governança Pública nos Municípios e que essa atuação é base necessária para garantir a eficiência administrativa na gestão dos recursos públicos municipais.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

a) Apresentar a atual atuação do Tribunal de Contas que analisam o orçamento municipal, suas competências constitucionais e legais e seus limites de fiscalização do controle externo;

b) Evidenciar os motivos pelos quais a inserção da Governança Pública garante obediência ao princípio constitucional da eficiência;

c) Propor sugestões para melhoria do funcionamento de fiscalização do Tribunal de Contas, a fim de garantir a Governança Pública nos Municípios;

d) Demonstrar os motivos da importância da Governança Pública nos Municípios;

e) Apresentar o princípio constitucional da eficiência administrativa e sua correlação com a Governança Pública.

METODOLOGIA

O método utilizado na presente pesquisa adota a influência de alguns métodos já consagrados, que serão delineados para cada fase da pesquisa.

De forma inicial, elege-se o método cartesiano (DESCARTES, 2007), para a análise completa da norma constitucional que descreve o princípio da eficiência e o sistema de controle externo brasilei-

ro. Através deste método haverá a análise de todos os aspectos da regra constitucional (material, subjetivo, temporal, espacial, etc).

Em seguida, haverá a utilização do método lógico-dedutivo (POPPER, 2004), a fim de se identificar o critério que deverá ser observado pelo órgão de controle externo em estudo para induzir a Governança Pública nos Municípios, analisando-o criticamente, de forma que possa refutar as concepções e teorias até então utilizadas e dominantes no escopo de atribuições e competências de fiscalização dos recursos públicos municipais.

Dessa forma, busca-se o alcance das resoluções para os problemas eleitos para esta pesquisa.

DISCUSSÕES

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com supedâneo no artigo 37, caput, da Constituição Federal, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

É salutar destacar que o princípio da eficiência fora introduzido pela Emenda Constitucional n.º 19/1998.

O sistema de controle externo brasileiro tem sua matriz de competência originária na Carta Magna Brasileira, artigos 70 e 71.

O artigo 75, caput, da CONSTITUIÇÃO FEDERAL imputa aos ordenamentos jurídicos estaduais e municipais (onde houver), através do modelo jurídico heterônimo, a obrigatoriedade de aplicar às suas legislações as normas oriundas da Carta Magna:

As normas estabelecidas nesta Seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

A Constituição Federal vincula a organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios às regras magnas pertinentes à organização, composição e à fiscalização dos bens e dinheiros públicos por parte do TCU.

A *Lex Major* também obriga os Estados a manterem, pelo princípio da simetria constitucional, Tribunais de Contas com a mesma organização, composição e fiscalização nos moldes do TCU.

O referido regramento impõe uma conduta aos Estados, não atribuindo quaisquer mecanismos de escolha ou opções, senão aquelas insculpidas nos artigos 70 a 75 do Texto Constitucional.

Desta forma, a título de exemplo, no âmbito do Estado da Bahia, a Constituição Estadual, em seus artigos 91 *usque* 98, dispõe sobre o Tribunal de Contas do Estado e o Tribunal de Contas dos Municípios. E, dentre outras competências, assegura a esses Órgãos de controle externo apreciar a legalidade, legitimidade, economicidade e razoabilidade dos procedimentos licitatórios, contratos, convênios, ajustes ou termos, envolvendo concessões, cessões, doações e permissões de qualquer natureza, a título oneroso ou gratuito, de responsabilidade do Estado ou do Município, por qualquer dos seus órgãos ou entidades da administração direta ou indireta. Nesse ínterim, atribui ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia a competência para proceder a fiscalização baseada no aspecto da economicidade e razoabilidade do gasto público, base essencial para a inserção da Governança Pública, e, conseqüentemente, obediência ao princípio constitucional da eficiência administrativa introduzido na Constituição da República mediante Emenda Constitucional n.º 19/1998.

Confrontando as atribuições desempenhadas pelos Tribunais de Contas no Brasil e os organismos assemelhados estrangeiros, FERNANDES (2005, p. 747) acentua que no mundo inteiro as entidades de fiscalização externa caminham por abandonar o controle contábil e buscar o controle pautado em resultados efetivos para a

população, luz para o princípio da eficiência, condutor de melhorias nos processos de políticas públicas.

De outra sorte BATISTA JÚNIOR (2012, p. 106) destaca:

(...) se o Estado Democrático de Direito coloca para a Administração Pública o dever/poder de concretizar direitos de natureza social, econômica e cultural, isto é, se a própria CRFB/88, ao desenhar o Estado, determina à Administração Pública que concretize esses direitos, uma atividade administrativa ineficiente representaria o próprio fracasso do desiderato constitucional. Nesse sentido é que se pode afirmar que, no Estado Democrático de Direito, de desiderato social, a eficiência é um imperativo constitucional. Trata-se, pois, de uma norma que expressa a pretensão juridicamente necessária de concreta realização eficaz dos interesses gerais da coletividade. Os direitos sociais só serão bem garantidos se observado o dever genérico de atuação administrativa conforme o princípio da eficiência.

É de bom alvitre compreender, após as citações acima, que o princípio da eficiência administrativa está albergado pelo Estado Democrático de Direito, devendo, assim, ser o alicerce para otimizar os interesses públicos sob a vigência da necessária persecução do bem comum, onde o Estado busca atuar de forma a produzir políticas públicas voltadas para a qualidade e melhoria dos serviços prestados à sociedade.

Com relação à Governança Pública, NARDES *ET AL* (2014, p. 443) assim assevera:

Se as principais funções da governança são “dirigir, monitorar e avaliar”, é possível visuali-

zar perfeitamente as Contas de Governo como elemento essencial nesse cenário.

O Poder Executivo (agente) tem como marco de médio prazo no direcionamento de suas ações o Plano Plurianual (PPA), que deve ser aprovado pelos representantes da população (senadores e deputados) através de lei específica. É por meio desse marco que as principais ações e objetivos pretendidos pelo governo são validados indiretamente pela sociedade (“principal” no processo de governança). Mas não basta a mera aprovação das intenções; a sociedade espera o cumprimento dessas ações ou, pelo menos a certeza de que todos os esforços estão sendo envidados, nos limites e valores definidos no arcabouço normativo, para que os resultados esperados sejam alcançados.

A análise e julgamento das Contas de Governo são fundamentais no preenchimento dessa lacuna. Trata de poderosa ferramenta, por meio da qual a sociedade monitora e avalia, por intermédio dos mencionados representantes, se o investimento feito no Estado, utilizando-se dos tributos compulsoriamente arrecadados, está sendo realizado com base nos princípios e nas orientações normativas definidas.

No esboço relacionado às Cortes de Contas que fiscalizam recursos estaduais, cabe aos Deputados Estaduais a representação popular constitucional e legal; àquelas que fiscalizam recursos municipais, aos Vereadores.

A Governança no setor público compreende essencialmente os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade (TCU, 2014, p. 5).

Nota-se que a Governança traduz-se como uma forma ou método que busca uma interação setor público e sociedade organizada, no sentido de atingir as metas e resultados pretendidos, com o condão de melhor utilizar os recursos públicos em benefício da comunidade, adotando estratégia de administração voltada para a qualidade na aplicação do erário e promoção do desenvolvimento, com supedâneo no princípio constitucional da eficiência da gestão.

Com efeito, em virtude da exigência constitucional para obediência ao princípio da eficiência, deve o Tribunal de Contas que fiscaliza contas públicas locais ser o Órgão indutor da Governança Pública nos Municípios baianos. E, essa indução traduz-se como estratégia sistemática de avaliação das contas públicas sob o viés desse princípio constitucional.

Nesse contexto, não se deve esquecer as competências que a CONSTITUIÇÃO FEDERAL atribui aos Municípios:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I – zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII – preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII – fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X – combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

XI – registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

XII – estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

Parágrafo único. Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a

União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA BAHIA destaca:

Art. 59 - Cabe ao Município, além das competências previstas na Constituição Federal:

I - elaborar e promulgar sua Lei Orgânica;

II - elaborar e executar a política de desenvolvimento urbano e seu plano diretor, que será aprovado, exclusivamente, por lei municipal;

III - promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano;

IV - criar, organizar e suprimir distrito, observada a legislação estadual;

V - organizar e prestar os serviços públicos de interesse local, assim considerados aqueles cuja execução tenha início e conclusão no seu limite territorial, e que seja realizado, quando for o caso, exclusivamente com seus recursos naturais, incluindo o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VI - prestar serviços de atendimento à saúde da população e manter programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado;

VII - garantir a proteção do patrimônio ambiental e histórico-cultural local, observada a legislação federal e estadual;

VIII - legislar sobre assuntos de interesse local, notadamente sobre:

b) administração, utilização e alienação de seus bens;

IX - legislar, em caráter suplementar, para adequar as leis estaduais e federais às peculiaridades e interesses locais.

Parágrafo único - O Município exerce, no âmbito de seu território, as competências comuns com a União e o Estado, previstas na Constituição Federal e nesta Constituição.

Com o todo *ex positis*, pretende-se demonstrar que o Tribunal de Contas deve atuar como órgão indutor da Governança Pública nos Municípios e que essa atuação é base necessária para garantir a eficiência administrativa na gestão dos recursos públicos municipais.

Face à imposição da observância do princípio constitucional da eficiência pela Administração Pública, a análise do tema a ser estu-

gado necessita de uma aferição de abordagem sob a veia constitucional, principalmente tendo em vista a necessidade de fiscalização por parte do órgão de controle externo dos atos dos Municípios baianos com indução à Governança Pública. A atenção ao princípio da eficiência faz-se impositiva desde sua inserção à Carta Magna a partir da Emenda Constitucional n.º 19/1998.

O artigo 71 da Constituição Federal enumera as competências do controle externo brasileiro, atribuindo ao TCU a missão de auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle público, demonstrando, nesse esteio, a estrutura inicial normativa das atribuições do controle externo no Brasil.

Contudo, apesar da fiscalização procedida pelo TCU, é notório que as Administrações Públicas no Brasil sofrem com um elevado grau de desconfiança e ausência de credibilidade da população. Isso se dá, naturalmente, em face de uma prestação de serviços que não atende às necessidades do povo brasileiro, apesar de vasta legislação específica que regula a Administração Pública.

Por seu turno, o Regimento Interno do TCU dispõe:

Art. 230. O Tribunal, no exercício de suas atribuições, poderá realizar, por iniciativa própria, fiscalizações nos órgãos e entidades sob sua jurisdição, com vistas a verificar a legalidade, a economicidade, a legitimidade, a eficiência, a eficácia e a efetividade de atos, contratos e fatos administrativos.

Ademais, as Cortes de Contas Estaduais e Municipais devem seguir o modelo heterônomo adotado pela Constituição Federal para o TCU.

Com isso, nota-se que os Órgãos de controle público devem repensar suas metodologias de fiscalização, auditoria e controle.

No âmago dessa problematização de oferta inadequada e ínfima de serviços de qualidade postos à disposição da sociedade é que

nutre a necessidade de rever os conceitos até os dias atuais promovidos pelo sistema Tribunal de Contas no Brasil.

Assim, surge a hipótese de que, inserindo os preceitos e metodologias de Governança no seio da Administração Pública, sob o predicativo e o alicerce da Carta Magna, garantirão obediência e aplicação do princípio constitucional da eficiência administrativa, notadamente quanto aos Municípios.

De outra sorte, os Municípios recebem cotidianamente vastas críticas negativas sobre a gestão dos recursos públicos. São exemplos: material hospitalar e medicamentos em estoque com prazos de validade expirados; merenda escolar que não oferece os nutrientes mínimos necessários para uma alimentação adequada das crianças em idade escolar; utilização de recursos da saúde para pagamentos de festas populares; entre outros.

A sociedade brasileira, nos dias atuais, exige novos métodos e/ou parâmetros na aplicação qualitativa da despesa pública. Nesse ínterim, os municípios estão inseridos como entes personalizados e dotados de autonomia para aplicar seus recursos em prol da comunidade local.

O estado brasileiro necessita aplicar os recursos que são limitados em ações efetivas e na busca incessante pelo máximo de qualidade.

Dessa forma, avaliar programas governamentais estritamente pelo universo formal, abdicando dos princípios constitucionais, notadamente o da eficiência administrativa, não se coadunam com as novas exigências social-democráticas e refletoras das melhorias necessárias para o desenvolvimento social e do próprio Estado. Necessário, sim, apurar em que medida as ações governamentais conseguiram produzir os efeitos pretendidos pela Administração Pública.

Assim, o controle externo deve examinar a efetividade dos programas e projetos governamentais, o atingimento de suas metas e seus resultados efetivos, com supedâneo no princípio constitucional da eficiência.

Outrossim, desde meandros de 1994 o governo federal sinalizou com a intenção de remodelar a função do Estado, no intuito de institucionalizar uma administração pública gerencial, com ênfase na qualidade dos gastos públicos.

Nesse diapasão, vislumbra-se que o Tribunal de Contas, essencialmente, em face de suas atribuições constitucionais de proceder ao controle externo dos Municípios sob sua jurisdição, em auxílio ao Poder Legislativo Municipal, revela-se como Órgão indutor das vertentes de melhoria qualitativa na execução dos programas governamentais sob a veia local.

Para isso, há uma ferramenta de crucial importância na condução da esfera municipal em parâmetros de estrutura gerencial e voltada para o desenvolvimento econômico e a promoção de melhorias nos indicadores sociais: a Governança Pública.

A Governança Pública é o exercício da autoridade, controle, gerenciamento e poder de governo. É a maneira pela qual o poder é exercido no gerenciamento dos recursos econômicos e sociais para o desenvolvimento do país (WORLD BANK, 1991, p.8).

Através da importância conferida pela Constituição Republicana Brasileira ao princípio da eficiência e, como é notória a ausência de eficiência administrativa na maioria dos Municípios, comprovada pelo alto índice de rejeição de contas ou aprovação com ressalvas, notadamente pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, faz-se necessário que o Órgão de controle público municipal promova, com alicerce em suas competências constitucionais, a indução da Governança Pública nos Municípios.

Essa indução promoverá mudanças no arcabouço das Administrações Municipais, promovendo crescimento econômico e melhores indicadores sociais, duas vertentes essenciais para a promoção do desenvolvimento.

Em virtude da complexidade em executar políticas públicas e promover as funções do Estado em benefício social e do desenvol-

vimento, os Órgãos de controle externo no Brasil, estão, diuturnamente, assumindo papel central na fiscalização do erário, fruto do seu perfil constitucional de instituição dotada de independência orçamentária, financeira e patrimonial.

E, quanto às Cortes de Contas que verificam o orçamento público municipal, a exemplo do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, sua importância é enaltecida, pois são os recursos locais aqueles que mais precisam de acuidade na execução de políticas governamentais.

Portanto, esses são alguns questionamentos que perfazem a análise do sistema de controle em que se insere o Tribunal de Contas que fiscaliza o orçamento público municipal como órgão indutor da Governança Pública nos Municípios, amparado essa premissa como espectro do corolário do princípio constitucional da eficiência⁸⁵. A presente pesquisa se justifica, portanto, no sentido de que a inserção da Governança Pública nos Municípios assegura a observância do princípio constitucional da eficiência administrativa, regulando a aplicação dos recursos públicos municipais sob o aspecto da qualidade do gasto público e dos resultados alcançados, garantindo, assim, melhor utilização desses recursos em prol da sociedade. Por esta razão, verifica-se a viabilidade de sua submissão e apresentação no I Congresso Internacional de Altos Estados em Direito (CAED-Jus), no âmbito do Grupo de Trabalho 03 – Estado, Cidadania e Direitos Fundamentais.

Dessa forma, sob esse viés, o presente estudo irá propor sugestões para melhoria do funcionamento da fiscalização proce-

85. Paulo Eduardo Garrido Modesto (2000, p. 838) explica que “É certo que o princípio da eficiência ressoante -se ainda de uma limitada consideração na doutrina especializada. No entanto, parece urgente delimitá-lo para que o seu conteúdo prescritivo não seja invocado de modo espúrio. A exploração do seu conteúdo pode ser útil também para que certos abusos administrativos fiquem melhor evidenciados e possam ser banidos da vida brasileira. Exemplos não faltam: compras de remédios específicos em excesso, com subsequente vencimento do prazo de validade; construções iniciadas ao lado de obras inacabadas de mesma finalidade; compras superfaturadas; construções nababescas; subsídios injustificáveis a setores econômicos específicos, sem contrapartidas sociais; compras de produtos tecnologicamente defasados. Os exemplos poderiam ser multiplicados até a exaustão”.

dida pelos Tribunais de Contas a fim de garantir a inserção da Governança Pública nas Administrações Municipais, em estrita atenção ao princípio constitucional da eficiência, vez que esse Órgão de controle é o responsável pela fiscalização dos recursos públicos administrados pelos Municípios.

Assim, o resultado da presente pesquisa apontará regras a serem seguidas pelo órgão de controle externo da Administração Municipal a fim de atingir a Governança Pública nos municípios sob sua jurisdição, assegurando, destarte, Administrações pautadas na obediência ao proclamado princípio constitucional da eficiência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo é de extrema relevância jurídica, pois desconstroí o procedimento atual de fiscalização das contas públicas municipais, baseado estritamente na conformidade e inclui aspectos e indicadores relacionados com a qualidade da gestão pública municipal. E, ainda, em função de duas premissas essenciais: em primeiro lugar, porque contempla um dos princípios constitucionais de observância obrigatória pela Administração Pública, o princípio da eficiência; em segundo lugar, porque busca demonstrar a inserção da Governança Pública no universo do princípio da eficiência administrativa, tendo o Tribunal de Contas como órgão indutor.

REFERÊNCIAS

- BAHIA. **Constituição do Estado da Bahia**. BAHIA, 1999. Disponível em: <http://www.legislabahia.ba.gov.br/verdoc.php?id=73273>. Acesso em: 05 jan. 2016.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > . Acesso em: 30 dez. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial para avaliação de governança em políticas públicas**. Brasília: TCU, 2014. Disponível em <http://portal.tcu.gov.br/comunidades/governanca/home/home.htm>. Acesso em: 30 dez. 2015.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Nova edição: Introdução, análise e notas de Estienne Gilson. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; Andréa Stahel M. da Silva; Homero Santiago. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MODESTO, Paulo Eduardo Guarido. **Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência**. Revista Interesse Público, São Paulo, Ed. Notadez, n°. 7 ,2000, págs.65-75; BDA- Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, Ed. NDJ, ano XVI, n. 11, novembro, 2000, págs. 830-837.

NARDES, João Augusto Ribeiro [et al]. **Governança Pública: o desafio do Brasil**. Belo Horizonte: FÓRUM, 2016.

POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. Tradução: Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

WORLD BANK. **Governance and Public Sector Management**. Poverty Reduction and Economic Management – PREM, The World Bank. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/PUBLICSECTORANDGOVERNANCE/Resources/PSGDataSheet.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2016.

OBSERVATÓRIO SOCIAL: UM ESTUDO SOBRE OBSERVATÓRIOS QUE COMBATEM AS FRAUDES EM LICITAÇÃO

Rosalva Rosa do Bomfim e Felipe Asensi

1) INTRODUÇÃO

Grandes chances de desenvolvimento tem uma sociedade que se organiza e se reúne com o objetivo de defender os interesses da sua comunidade. Em termos históricos, a participação popular no controle das contas públicas teve pouca expressão, pois, de acordo com Chizzotti (2012, p.65):

Após anos de abusos e impunidade, muitas comunidades se tornaram indiferentes e alheias ao processo orçamentário e os cidadãos foram tomados de um grande ceticismo em relação à possibilidade de punição de políticos desonestos. Por isso, para que a sociedade se mobilize contra a corrupção, é preciso que as pessoas sejam estimuladas e provocadas. O começo pode ser muito difícil, pois as primeiras reações são de incredulidade. Depois, surgem sentimentos de resignação e medo, e só mais à frente os cidadãos se indignam e reagem à situação.

Este artigo pretende discutir como a participação popular no controle dos gastos públicos, como no acompanhamento das licitações, pode fazer a diferença, e até mesmo impedir que se cometam tais fraudes nas licitações. Neste sentido, o artigo versa sobre um caso de participação social e exercício da cidadania no Brasil: o Observatório Social (OS). O Observatório Social teve início na cidade de Maringá, no Estado do Paraná, no ano de 2006. Os empresários da Associação Comercial de Maringá, através de suas entidades, se uniram para pensar na qualidade de aplicação dos recursos públicos, bem como na educação fiscal. Isso ocorreu a partir de acontecimentos relativos à carga tributária e ao mau uso da aplicação desses recursos.

Será apresentado no decorrer do trabalho, que após a experiência obtida em Maringá, vários estados também criaram seus observatórios, que é composto por cidadãos brasileiros, que trabalham de forma voluntária em favor da transparência, da cidadania fiscal, pela justiça social e pela qualidade na aplicação dos recursos públicos. São pessoas de diferentes categorias, como professores, estudantes, empresários, funcionários públicos, entre outros.

Para tal, será apresentada pesquisa empírica através do estudo dos casos do Observatório Social de Medianeira (Paraná), Observatório Social de Itu (São Paulo) e Observatório Social de Teresópolis (Rio de Janeiro).

No próximo capítulo, serão apresentadas informações gerais sobre licitações, seu fundamento constitucional, bem como a legislação específica que regula esse procedimento. Também serão discutidas as fraudes nas licitações públicas a partir de irregularidades na Administração e com ações cometidas por empresas em conluio com os administradores públicos. Além disso, serão apresentados os paradigmas legais do combate à fraude em licitações, incluindo a recente Lei anticorrupção.

No capítulo seguinte, serão apresentados os dados referentes a cada Observatório Social pesquisado, como foram criados, sua

composição, e os resultados obtidos por eles no tocante ao acompanhamento das Licitações Públicas.

II) LICITAÇÕES E FRAUDES

2.1. Referenciais normativos

O regramento constitucional das licitações encontra-se esculpido no art. 37, XXI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Esse artigo tem intuito de assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes, além de estabelecer regras importantes para a lisura do certame.

A CRFB estabelece o procedimento licitatório como regra para os contratos de obras, serviço, compras e alienações, bem como para concessão e a permissão de serviços públicos para a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. As hipóteses de contratação sem licitação são excepcionais, ou seja, são exceções à regra do processo público.

A Lei federal nº 8666/93 regula as licitações, sendo conhecida como Estatuto dos Contratos e Licitações. Esta lei estabelece também normas para os contratos administrativos celebrados pela Administração Pública. Vale também destacar a Lei 10.520/2002, que instituiu o Pregão Eletrônico como uma nova modalidade de Licitação. As principais características são desta modalidade são a redução da burocracia e a economia que pode ser gerada aos cofres públicos.

2.2. Acompanhamento e fiscalização de contas públicas

Qualquer cidadão pode fazer uma denúncia à Câmara, e dependendo da importância das provas existentes, é possível solicitar a abertura de uma Comissão Especial de Investigação para apurar

os fatos que indiquem atos de improbidade administrativa ou de desvios de recursos públicos (CHIZZOTTI, 2012, 111).

A Constituição Federal de 1988 CRFB/88, no seu art. 31 trata da fiscalização do município que será feita pela Câmara Municipal com o auxílio do Tribunal de Contas dos Estados ou dos Municípios. Esse órgão é responsável pela fiscalização da aplicação dos recursos públicos por parte dos governantes. Cumpre informar que o art. 113 da Lei nº 8.666/1993 concede competência aos tribunais de contas para fazer o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por essa legislação.

O art. 71, I a XI da CRFB/88, trata das atribuições do Tribunal de Contas da União, que auxilia o Congresso Nacional no controle externo na hipótese de desvios que envolvem recursos federais, repassados pela União ao município. Esses recursos podem ser desviados ou utilizados de maneira ilegal.

Merece destaque também a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), que se aplica a qualquer tipo de sociedade empresária ou simples, nacional ou estrangeira, com representação no Brasil, fundações e associações, que pratiquem atos ilícitos contra a administração pública de todos os poderes, e de todas as esferas. Essa Lei traz para a Administração Pública a possibilidade de responsabilizar objetivamente as pessoas jurídicas pelos seus atos perante aquela.

Os agentes públicos também respondem em caso de enriquecimento ilícito. É o que preceitua a lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992: “as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional”. O seu artigo 10º preceitua:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda

patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente.

(...)

Havendo fundamentados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público. Tudo de acordo com o artigo 16 da Lei 8429/92. Dependendo do caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

2.3. Fraudes em licitações

A fraude em licitação é um tipo de corrupção que afeta toda a sociedade, e o modo como isso é feito torna-se corriqueiro, e com ares de legalidade, de acordo com Chizzotti (2012, p.39):

A engenharia do desvio de recursos públicos cria instrumentos para dar à corrupção aspectos de legitimidade. Criaram-se métodos mais ou menos padronizados e utilizados com certa regularidade nas Prefeituras dirigidas por administradores corruptos. No cotidiano da administração, mesmo um olhar externo mais atento pode ter dificuldade em perceber irregularidades contidas em atos aparentemente banais, como o preenchimento de uma nota fiscal ou pagamento com cheque emitido pela Prefeitura.

Geralmente, as fraudes são tão bem articuladas que é necessário uma investigação mais aprofundada para se descobrir todo o esquema das irregularidades, e como ele se desenvolve. Um dos sistemas utilizados para justificar a aquisição fraudulenta de materiais e serviços é a montagem de concorrências públicas fictícias (CHIZZOTTI et al, 2012, p.42).

O Prefeito corrupto que tem a intenção de fraudar uma licitação, por exemplo, já define até mesmo antecipadamente quem irá ganhar a concorrência e tentará de toda forma manter uma disputa aparentemente legal, inclusive com uma Comissão composta de funcionários participantes do esquema fraudulento. Geralmente as empresas envolvidas nas fraudes apresentam propostas antecipadamente somente para dar aparência de autenticidade ao certame.

Na investigação sobre possíveis embustes em licitações, uma importante pista pode estar nos termos empregados e mesmo nos caracteres gráficos das propostas entregues pelas empresas, Chizzotti (2012, p.42) aduz que

Alguns orçamentos municipais são verdadeiras peças de ficção. O Prefeito introduz na Lei Orçamentária, e a Câmara aprova um dispositivo que lhe permite remanejar a maioria das verbas do orçamento. Isso na prática acaba com o orçamento, pois o Prefeito pode gastar as verbas como ele quiser sem dar satisfação à Câmara. O orçamento é uma Lei, e qualquer alteração deveria voltar à Câmara para ser aprovada.

Um indicativo de que pode haver problemas em licitações é a continuidade de compras ligada sempre aos mesmos fornecedores, sem revezamento. Isso já é um indício para uma apuração mais cuidadosa.

Como qualquer meio é válido para a prática da fraude, até mesmo as licitações de anúncios oficiais vinculados nos jornais podem conter vícios. O critério exclusivamente usado é o preço por centímetro de coluna e, como não se faz menção ao volume total a ser licitado, alguns jornais publicam o anúncio em letras gigantes somente para cobrar da prefeitura mais colunas de espaço (CHIZZOTTI, et al, 2012 p 51).

Outra prática é a emissão “Notas Fiscais Frias”, que se tornou “profissão” rentável para alguns que fazem parte do esquema da corrupção nas licitações. Sem qualquer constrangimento, “o falsário fala do seu negócio lucrativo como se fosse lícito. [...] Eu agora estou no ramo de fornecimento de notas fiscais ‘frias’. De agulha a avião, forneço nota de qualquer coisa, a um custo muito competitivo de 4% sobre o valor da nota [...]” (CHIZZOTTI, et al, 2012 p.42).

2.4. Os bastidores das fraudes

Sinais exteriores de riqueza costumam ser as evidências mais simples de serem identificadas. Para tal, basta observar a mudança e a evolução patrimonial dos envolvidos antes e depois de assumir o cargo. Bens como carros e imóveis adquiridos repentinamente, tal como mudança significativa no padrão de vida dos parentes das autoridades municipais, são situações que devem ser apuradas cuidadosamente pelos gestores da Administração.

Outro forte indicio de fraude, é a resistência em prestar contas à sociedade. A lisura não condiz com os gestores que estão acostumados a se utilizarem da corrupção para desviar recursos. Dessa forma, muitos não consentem que os dados referentes à contabilidade e outras informações concernentes à sua administração sejam dados a organizações independentes e aos cidadãos, nem que estes tenham direito de acesso ao que se passa no Executivo. Eles desrespeitam, portanto, a Lei de acesso à informação nº 12527/11, impedindo a sociedade de exercer a cidadania na avaliação da legalidade dos atos públicos (CHIZZOTTI, et al, 2012, p.30):

A Lei de Responsabilidade Fiscal impõe um princípio altamente salutar ao equilíbrio financeiro das Prefeituras: não se pode gastar mais do que se arrecada. Também, por defender a transparência absoluta das contas públicas, essa lei se tornou um entrave à corrupção. Mesmo assim, em governos em que se praticam atos ilegais na administração, existe uma grande resistência à liberação de informações sobre os gastos públicos.

Semelhante sinal de fraude em licitação é a falta de verba para serviços básicos como coleta de lixo, saúde, educação, manutenção e limpeza das ruas, entre outras despesas já previstas no orçamento das prefeituras. Se essas verbas não estão sendo suficientes para suprir as despesas básicas de um Município, algo errado pode estar acontecendo com as suas finanças, de acordo com Chizzotti (2012, p.35),

A negligência em relação a esses serviços básicos, observada pelo aspecto de abandono que as cidades adquirem, pode ser um indício não só de incompetência administrativa, como de desvio de recursos públicos. Esses sinais ficam mais claros quando se constata que a Prefeitura mantém um quadro de funcionários em número muito superior ao necessário para a realização dos serviços, e gasta recursos com despesas não prioritárias para os cidadãos. É comum o Prefeito fazer política com cargos na administração municipal; ele “incha” a Prefeitura de funcionários que não são necessários e com isso gasta quase todo o orçamento da Prefeitura não deixando recursos para investimento em infraestrutura. Isso também é uma forma de corrupção e de desperdício de recursos públicos.

Outra situação que indica fraude são valores redondos ou próximos de R\$ 8mil reais. Quando o gasto for de até R\$ 80 mil reais ao ano, o procedimento licitatório pode ser de carta-convite. Se for acima desse valor, a licitação será obrigatória, e assim mais exigente e difícil. Mas, serviços e compras, que não sejam para obras e serviços de engenharia, com valor de até 10% do limite de R\$ 80 mil reais, ou seja, R\$ 8 mil reais, estão dispensados de licitação, conforme destacado (CHIZZOTTI, et al, 2012, p.44):

Há indícios de atos ilegais quando se verifica que há muitas notas fiscais próximas do limite de R\$ 8 mil. Isso pode significar que, para maximizar a subtração de recursos, os autores procurem emitir notas com valores próximos do limite, ou estão fracionando a compra para tentar burlar o limite de R\$ 8.000,00 para compras individualizadas, o que é vedado pela Lei 8.666/93. Notas do mesmo valor ou de valores próximos e que se repetem todos os meses, podem também representar um ardid para partilhar os frutos da fraude: a quantia de uma nota vai para o fornecedor e o valor de outra é destinado ao administrador corrupto. Também entre eles reina a desconfiança, então se determina, a nota X é do operador e a nota Y é do Prefeito.

Fornecedores distantes do Município são também um grande indício de fraude. Quando existe quem forneça os bens de uso comum, como material elétrico, gasolina, óleo diesel e merenda escolar na localidade, e mesmo assim é adquirido em outro município, a falha na aquisição é um sinal. De acordo com Chizzotti (2012, p. 45) “[...] às vezes no local é difícil encontrar comerciantes e prestadores de

serviços que queiram participar desse esquema, então o Prefeito vai buscar fora da cidade, para não ficar exposto com os moradores [...]”.

Existem situações onde empresas tem a prefeitura como única cliente. Isso pode levar a crer que ela foi criada exatamente com o fim de prestar os serviços através de documentos falsos para sua criação, inclusive com a ajuda de cartórios para autenticar documentos e reconhecer firmas, dando uma aparência legal ao que não é. Segundo Chizzotti (2012) procurações falsas são elaboradas para administração de empresa que não existe, por sócios também fantasmas, os conhecidos “sócios laranjas”. Essas procurações geralmente dão plenos poderes de atuação aos “sócios” em todo esquema fraudulento.

III) PARTICIPAÇÃO POPULAR E ACOMPANHAMENTO DOS GASTOS PÚBLICOS: O CASO DOS OBSERVATÓRIOS SOCIAIS

3.1. Observatório Social de Maringá: o primeiro

No ano de 2003, um grupo de pessoas sem filiação político-partidária decidiu formar uma organização não governamental. A Sociedade Eticamente Responsável (SER) teve setenta voluntários, como professores, funcionários públicos, estudantes, profissionais liberais, entidades de classes e universidades, que trabalhavam entre outras coisas para ressaltar a importância social e econômica dos impostos e da transparência dos gastos públicos através do controle social.

A ideia ocorreu com a união de Empresários da Associação Comercial de Maringá, que buscaram combater o desvio de mais de cem milhões dos cofres da prefeitura da cidade. A cidade de Maringá foi notícia na imprensa nacional, que veiculou problemas na saúde pública, na educação, problemas no trânsito, entre outros. O

caso resultou na prisão de um secretário municipal e em tentativas frustradas do Ministério Público Estadual de reaver o montante perdido. Na época, o Tribunal de Contas do Estado aprovou as contas municipais e só algum tempo depois é que a comunidade tomou conhecimento do volume de recursos desviados, dos quais somente 1% retornou aos cofres públicos (OSM, 2015).

Após esse episódio, foi criado um movimento pela cidadania fiscal, no sentido de informar à sociedade sobre a importância socioeconômica dos tributos e de estimular o controle social dos gastos públicos. Assim surgiu o Observatório Social de Maringá (OSM) na estrutura SER, cuja missão era proporcionar mecanismos de transparência na gestão dos recursos públicos.

No início das atividades do OSM, todos os voluntários passaram por treinamentos proporcionados pela CGU – Controladoria Geral da União e TCE – Tribunal de Contas do Estado do Paraná, que foram de fundamental importância para o entendimento dos procedimentos, definindo assim que o foco seria as licitações públicas. Com o aprendizado recebido pelo treinamento, os observadores da entidade passaram a acompanhar com maior segurança as compras públicas desde o processo de seleção de empresas fornecedoras até a entrega final do produto ou serviço contratado. O primeiro trabalho do OSM foi realizado na Secretaria da Saúde, em que foi detectado erro de digitação na ata de licitação, ou seja, o preço licitado para o medicamento ofertado pelo fornecedor havia sido registrado na ata por um valor acima. Com a atuação do OSM, houve uma grande restituição aos cofres públicos (OSM, 2015).

Antes da ação do OSM, muitos empresários, que não confiavam no processo de escolha para o certame se recusavam a participar das licitações da prefeitura. Após a intervenção do Observatório Social, a transparência passou a fazer parte de todo o processo licitatório, e o resultado foi o aumento das empresas nas concorrências e a baixa dos preços.

A metodologia da participação do OSM nos certames compreende três fases que atendem desde a publicação do edital de licitação, a análise dos processos e a entrega do produto ou serviço (OSM, 2015). Na primeira fase, é analisado o edital da licitação e, sendo necessário, é solicitado ao Poder Público a impugnação ou possíveis alterações. Após a conclusão de que o edital é transparente, o mesmo é divulgado para o maior número de empresas possível. Na segunda fase o foco se volta para o processo de licitação, principalmente para os preços, as quantidades e a qualidade dos produtos e/ou serviços adquiridos. Na terceira fase é feito o acompanhamento da entrega dos produtos ou serviços, e a verificação (se o que foi ofertado na licitação é o que está sendo entregue). Ainda é feita a análise do controle de estoque e o efetivo consumo.

Agindo de forma preventiva através do acompanhamento das licitações e da correta aplicação desses recursos, no primeiro ano do trabalho do Observatório Social de Maringá houve uma economia de mais de 9 milhões de reais aos cofres públicos. A capacitação de educadores, e as reformas em escolas cresceram em média 25% naquele período. Investimentos em prevenção de doenças foram aplicados, bem como investimentos em segurança pública com aquisição de equipamentos e pessoal. A Imprensa passou a ter mais informação sobre as contas do governo, gerando dessa forma mais transparência nas informações passadas para a população (OSM, 2015).

Diante do sucesso da experiência inicial do OS de Maringá, outros Estados se interessaram e, com isso, foi criado o Observatório Social do Brasil (OSB), com a função de estimular, coordenar e dar suporte a essa rede de OS, assegurando a disseminação da metodologia padronizada para atuação dos observadores, promovendo a capacitação e oferecendo o suporte técnico aos OS, além de estabelecer as parcerias estaduais e nacionais para o melhor desempenho das ações locais.

3.2. Observatório Social do Brasil

O Observatório Social do Brasil (OSB), nascido em 2008, proveniente do Observatório Social de Maringá, é uma entidade que funciona como pessoa jurídica, em forma de associação, coordenando uma Rede de observatórios sociais atualmente em mais de 100 cidades de 19 Estados brasileiros, que atuam em favor da melhoria da gestão pública, por meio da transparência e do controle social dos gastos públicos, tendo contribuído para uma economia aos cofres públicos da ordem de R\$ 400 milhões de reais no ano de 2014, (OSB, 2015).

O Estado do Paraná é onde se concentra o maior número de OS (33) Os demais são: Santa Catarina (17), São Paulo (13), Bahia, Mato Grosso e Pará (04), Rio de Janeiro (03), Mato Grosso do Sul e Rondônia (02), Alagoas, Distrito Federal, Minas Gerais, Pernambuco, Paraíba, Piauí e Rio Grande do Norte (01).

A Carta de Identidade dos Observatórios Sociais Brasileiros é composta por 10 princípios básicos, que identificam e orientam a Rede OSB de Controle Social. São eles: Garantir, em qualquer nível organizacional, a associação de pessoas idôneas, sem vinculação partidária ou subordinação a órgão observado; Fundamentar o alicerce institucional a partir da mais ampla diversidade representativa da sociedade civil organizada; Estimular o trabalho voluntário no controle social e pela cidadania fiscal; Respeitar as diretrizes estabelecidas pelo Observatório Social do Brasil, fundamentado na padronização dos trabalhos, Primar pela sustentabilidade ética, sem vínculo com recursos de órgão fiscalizado ou de fonte inidônea; Garantir a adequação dos Estatutos Sociais ao do Observatório Social do Brasil; Submeter-se ao Conselho de Ética instituído pelo Observatório Social do Brasil; Primar pela qualidade da aplicação dos recursos públicos e estimular a cidadania fiscal, focado no interesse coletivo; Divulgar, pública e periodicamente, os relatórios de atividades e prestação de contas, aprovadas pela diretoria; Manter

uma postura imparcial e impessoal, focada na avaliação construtiva de processos e resultados (OSB, 2015).

3.3. Observatório Social de Medianeiro (OSMED)

O Observatório Social de Medianeiro OSMED, foi criado pela Associação Comercial de Medianeira em 2010. A sua missão foi de “promover o acompanhamento do comportamento de entidades e órgãos públicos para a boa aplicação dos recursos” (OSMED, 2015).

Já no primeiro ano de atuação, o OSMED atuou em alguns processos licitatórios com sucesso. Podemos citar as irregularidades encontradas em licitação no Programa Pró Jovem Trabalhador, oferecido pela Prefeitura. Dentre os cursos anunciados, apenas dois constaram da licitação. O OSMED enviou ofício sem resposta à Prefeitura para esclarecimentos. Diante da inércia da Prefeitura, foi enviado ofício à Controladoria Geral da União para as devidas providências e, diante dos fatos comprovados, a CGU instaurou Processo Administrativo contra a Prefeitura.

Além de acompanhar as licitações promovidas no Município de Medianeira, o OSMED também atua em outras frentes, como o controle das diárias das Secretarias Municipais, acompanhamento dos reajustes salariais dos vereadores e presidente da Câmara Municipal, acompanhamento das despesas da Câmara dos vereadores, bem como o acompanhamento da presença dos vereadores nas sessões, as diárias pagas e os projetos votados no quadri-mestre. Todo esse empenho do OSMED em controlar os gastos públicos trouxe para Município de Medianeira, nos anos de 2011 a 2013, uma considerável economia.

O último relatório trazido pelo OSMED aponta o bom andamento da entidade, mostrando as atividades realizadas no período de janeiro/abril de 2015. No tocante à Licitações, houve 23 processos acompanhados. Por exemplo, o acompanhamento das lici-

tações no primeiro quadrimestre de 2015 realizado pelo OSMED trouxe para o Município uma economia de mais de 160.000,00 (cento e sessenta mil reais).

3.4. Observatório Social de Itu (OSI)

O Observatório Social de Itu, OSI, está localizado na Cidade de Itu-SP e foi criado em Setembro de 2014. O OSI é um espaço democrático e apartidário, que reúne um grande número de entidades representativas da sociedade civil com vistas à contribuir para a melhoria da gestão pública (OSI, 2015).

O OSI elabora diversos Programas em benefício da cidadania. Além disso, atua no monitoramento das licitações, acompanhando todas as fases do certame. Exemplo foi o a concorrência pública nº 01/2014, cujo objeto de contratação era de empresa para revitalização da área da antiga estação ferroviária, com uma área destinada ao projeto “estação cultura”. O custo estimado dessa obra era de R\$ 108.832.159,20 (cento e oito milhões oitocentos e trinta e dois mil cento e cinquenta e nove reais e vinte centavos) (OSI, 2015).

O OSI constatou que o edital continha vários erros que causariam, em tese, problemas na execução da obra. Assim, o OSI solicitou a retificação do edital à Administração Pública, mas não obteve êxito. Foi levado, então, o problema até à Câmara dos Vereadores, que também não se pronunciou. Diante da inércia dos órgãos municipais responsáveis pela fiscalização do certame, o problema foi levado até o Ministério Público Estadual, que moveu uma Ação Civil Pública, e obteve a suspensão do processo licitatório.

3.5. Observatório Social de Teresópolis (OST)

O Observatório Social de Teresópolis-RJ (OST) foi criado em 2014 com a finalidade de realizar controle social nos gastos públicos, atuando de forma preventiva no intuito de evitar gastos indevidos dos recursos públicos.

Apesar de ser recente, o OST já conta com várias ações que trouxeram benefícios para a população do Município de Teresópolis. Uma das ações é o incentivo de acesso ao Portal da Transparência disponibilizado pela Prefeitura. É através do Portal que a população toma conhecimento dos gastos e ações das Secretarias Municipais, Licitações e outras atividades.

Vale mencionar que o trabalho de monitoramento realizado pelo OST nas Licitações trouxe para o Município considerável economia. Esse monitoramento começa pelo acompanhamento no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, bem como no Diário Oficial da União, com o objetivo de acompanhar as Licitações Municipais. Desde então, 102 processos licitatórios foram acompanhados pelo OST, entre eles Pregão Presencial, Dispensa de Licitação, Inexigibilidade e Convocação Pública, conforme acima.

Já no primeiro semestre de 2015, o OST com uma estrutura de trabalho bem articulada, e sua equipe técnica, labutou ativamente em processos licitatórios de várias modalidades, impactando com uma grande economia para o Município, abaixo exemplos de Pregões Presenciais, OST (2015).

Entre janeiro e abril de 2015, a Prefeitura Municipal de Teresópolis publicou 28 Pregões Presenciais para a compra e contratação dos mais diversos bens e serviços, os quais somados apresentaram o valor estimado (valor máximo que o órgão público está disposto a pagar) de R\$ 26.283.253,22 (vinte e seis milhões duzentos e oitenta e três mil duzentos e cinquenta e três reais e vinte e dois centavos). Dos 28 Pregões abertos pelo Executivo Municipal, 20 foram publicados sob o Sistema de Registro de Preços, o qual prevê a possibilidade de contratação futura pela Administração Pública, não significando a compra e/ou contratação efetiva e imediata.

Dos Pregões Presenciais publicados, o Observatório Social de Teresópolis, com sua equipe técnica e estrutura de trabalho, conseguiu atuar sobre 12 (doze), isto é, sobre R\$ 7.152.979,85 (sete

milhões cento e cinquenta e dois mil novecentos e setenta e nove reais e oitenta e cinco centavos), o que resultou no adiamento/cancelamento de 04 (quatro) processos licitatórios, significando uma economia de R\$ 4.437.490,00(quatro milhões quatrocentos e trinta e sete mil e quatrocentos e noventa reais).

Entre os meses de janeiro a abril de 2015 foram publicados 42 editais pela administração, dentre os quais 29 contrariavam a legislação, pois contratavam sem licitação os serviços de publicidade, o que é expressamente vedado pela lei. Assim, de posse de toda informação sobre o certame, o OST encaminhou ofícios para a Prefeitura, Câmara Municipal e Ministério Público Estadual, informando a falha e pedindo providencias. (OST, 2015). Em razão dessa atuação, o Ministério Público instaurou o Inquérito Civil Público – ICP 026/2015-T-CID.

O OST também motivou a propositura de uma ação popular perante o Poder Judiciário, na qual foi deferida liminar que suspendeu as Inexigibilidades de Licitação para a contratação de serviços de publicidade e divulgação. Desse modo, a contratação direta dessa espécie de serviço não ocorreu mais em março e abril. Já o Executivo Municipal não respondeu aos ofícios enviados pelo Observatório. Quanto ao Legislativo, somente um vereador encaminhou ofício para o OS comprovando efetivamente a tomada de providências. Considerando que a contratação de publicidade por meio de Inexigibilidade de Licitação ocorria todo mês e que tais contratações não ocorrerão mais, estima-se que a atuação do OST gerou a economia de R\$ 1.445.425, 00 (um milhão quatrocentos e quarenta e cinco mil e quatrocentos e vinte e cinco reais), nos meses de março a dezembro de 2015 (OST, 2015). 1.445.425, 00 (um milhão quatrocentos e quarenta e cinco mil e quatrocentos e vinte e cinco reais), nos meses de março a dezembro de 2015.

Por fim, outro exemplo de Pregão Presencial acompanhado pelo OST resultou no impedimento da aquisição de empresa que ofere-

cia serviços de impressões fotográficas, tendo em vista ofensa ao Princípio da Isonomia, previsto na Lei de Licitações.

Portanto, várias foram as ações realizadas pelo Observatório Social de Teresópolis. Aqui foram tratados os monitoramentos realizados entre os meses de janeiro a abril de 2015, que juntos trouxeram para os cofres Públicos Municipais uma grande economia.

IV) CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabemos que o processo licitatório tem todo um procedimento formal e regulamentado por Lei. Aquele que descumpre esse procedimento terá como consequência as punições dispostas na legislação. Porém, ainda assim, as fraudes em licitações ainda ocorrem. Os que participam das fraudes em licitações costumam usar diversos subterfúgios para conseguirem seus objetivos ilícitos.

De outro lado, o art. 31, parágrafo 3º da CRFB concede ao cidadão a possibilidade de participar efetivamente do controle social dos gastos públicos. De acordo com este dispositivo, qualquer cidadão pode examinar e apreciar as contas dos Municípios, que ficarão à disposição durante sessenta dias com essa finalidade. Mas será que o cidadão exerce essa participação indo até a Prefeitura de sua Cidade apreciar as contas? Pouco provável que isso aconteça. Primeiro porque poucas pessoas conhecem esse artigo constitucional e, em segundo, que pode não interessar à Administração Pública divulgar essa possibilidade de exercício da cidadania.

Com os OS, surge a possibilidade de mudança deste quadro. Esse controle social exercido pelo cidadão é um complemento do controle constitucional exercido pelos órgãos competentes, fiscalizadores dos recursos públicos. Essa participação através dos OS é de suma importância, pois contribui de maneira eficaz para a correta aplicação do dinheiro público. E isso tem sido feito através dos OS espalhados pelo Brasil, conforme observado neste artigo.

ASSOCIAÇÃO EMPRESARIAL DE MEDIANEIRA. **Observatório Social de Medianeira**. Disponível em: < <http://www.acime.com.br/v3/osmed.php> > . Acesso em: 13 jan. 2015.

BRASIL. Constituição (1993). Emenda Constitucional N° 3, de 17 de março de 1993. Brasília, 17 de mar. de 1993.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 2 de junho de 1992.

BRASIL. Lei n. 8.666/93, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas de licitação e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 de jun. de 1993.

BRASIL. Lei n 12.527, de 18 de nov. de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 18 de nov. de 2011.

O COMBATE À CORRUPÇÃO NAS PREFEITURAS DO BRASIL, AMIGOS ASSOCIADOS DE RIBEIRÃO BONITO, AMARRIBO, 5 ed. – São Paulo: 24X7 Cultural, 2012.

OBSERVATÓRIO Social de Maringá. Disponível em: < <http://osmaringa.org.br/> > . Acesso em: 15 ag. 2015.

OBSERVATÓRIO Social do Brasil. Disponível em: < <http://osbrasil.org.br/n> > . Acesso em: 14 jan. 2015.

OBSERVATÓRIO Social de Itu. Disponível em: < <http://obsitu.org/> > . Acesso em: 15 ago. 2015.

OBSERVATÓRIO Social de Medianeira. Disponível em: < <http://osmedianeira.org/> > . Acesso em: 15 ag. 2015.

OBSERVATÓRIO Social de Teresópolis. Disponível em: < <http://osbrasil.org/> > . Acesso em: 15 ag. 2015.

O PODER NORMATIVO DA ANATEL E A FUNÇÃO DE PROTEÇÃO DOS INTERESSES LEGÍTIMOS: ANÁLISE DO REGULAMENTO GERAL DE DIREITOS DO CONSUMIDOR DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

Sinara Fernandes⁸⁶

INTRODUÇÃO

O compromisso do Estado com o atendimento das necessidades básicas da sociedade precisou ser repensado ao longo do tempo. A gestão direta dos serviços públicos se mostrou insuficiente para satisfazer as necessidades da coletividade com qualidade e a custos possíveis de serem arcados. As estruturas político-administrativas tradicionais, centralizadas e hierárquicas, morosas e inspiradas por critérios políticos revelaram-se inadequadas para os desafios colocados ao Estado.⁸⁷

A reforma administrativa no Brasil consistiu na proposta de uma substituição de modelo burocrático para um gerencial⁸⁸ com base no princípio da subsidiariedade. A ideia se baseia em que “o Estado se concentre na execução daquilo que é essencial, transferindo funções que podem ser desenvolvidas com maior eficiência

86. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

87. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 208.

88. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As Agências Reguladoras*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 12 de abril de 2015. p. 2

pelos particulares, seja em regime de livre iniciativa, seja em regime de direito público, ambas sob regulação estatal.”⁸⁹

Como consequência da redefinição de seu papel, há, portanto, a substituição do Estado-prestador pelo Estado-regulador. A orientação desse novo modelo é que todos os serviços públicos que puderem ser prestados pela livre iniciativa, deverão sê-lo, e não somente os serviços industriais como ocorria.⁹⁰

O conceito de serviço público de maneira subjetiva, limitado apenas ao serviço prestado diretamente pelo Estado se mostra agora insuficiente. Entende-se como serviço público “a atividade definida pela Constituição ou por lei como essencial ao desenvolvimento da sociedade, cuja gestão é assegurada, regulada e controlada pelo Estado, a quem cabe a sua racionalização e melhoria”.⁹¹

O serviço público, agora prestado por particulares, precisa ser fornecido com qualidade e presteza. As agências reguladoras surgem como a forma estatal de fiscalizar se a população está recebendo o pactuado de maneira adequada. A ANATEL, órgão regulador com previsão constitucional, se destaca dentre os demais por regular um setor com grande demanda e relação direta com a sociedade. Através do seu poder normativo, busca estabelecer regras úteis para alcançar o interesse público.

O recente Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações, um dos mais importantes atos normativos provenientes da ANATEL, objetivou consolidar diversos direitos específicos dos usuários dos serviços de telefonia, banda larga, internet móvel e outros, visando ainda mais eficiência dos mesmos. Entretanto, diante dos diversos interesses legítimos em

89. SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 32.

90. CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 48.

91. SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 77-78.

conflito e que devem ser tutelados pela agência, faz-se necessário o exame da real aplicabilidade deste novo e polêmico dispositivo.

1. O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E DA ANATEL

A nova visão administrativo-econômica, decorrente da Reforma de um Estado inoperante e incapaz de atender as necessidades da população, exige que o Poder Público deixe de ser o centro de atuação da prestação de serviços e bens, se pautando no Princípio da Subsidiariedade em seu regime jurídico administrativo, a fim de alcançar uma administração gerencial e desburocratizada.⁹²

De acordo com Marcos Juruena Villela Souto, a ideia se baseia em que “o Estado se concentre na execução daquilo que é essencial.”⁹³ Nota-se, portanto, uma redefinição do papel do Estado, gerando a substituição do Estado-prestador pelo Estado-regulador.⁹⁴

Através da análise de das leis instituidoras das agências reguladoras é possível identificar os principais interesses primários ao seu encargo: a proteção dos consumidores e a defesa da concorrência. O interesse primário da defesa da concorrência encontra ainda mais complexidade quando precisa-se acumular sua facilitação no âmbito regulado e a arrecadação das tarifas necessárias à universalização dos serviços a cargo da concessionária. Entende-se que a total abertura de um setor a concorrência beneficiaria a curto prazo os usuários atuais, mas poderia, pela redução concorrencial das tarifas, suprimir as verbas necessárias à ampliação dos serviços.⁹⁵

92. SILVA, Rodrigo da, A regulação do mercado pelo estado brasileiro - equilíbrio entre a defesa do consumidor-usuário dos serviços públicos e a realização do interesse público através de uma interpretação sistemática. Revista da AJURIS - Associação dos Juizes do Rio G, v. 33, n. 104, p.261, dez. 2006.

93. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 32.

94. CARDOSO, Henrique Ribeiro. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 48.

95. ARAGÃO, opt. cit. p.295.

Não há dúvidas que por diversas vezes os direitos dos usuários se encontram em conflito com a regulação de mercado. Mas também não é possível culpar o mercado por seus interesses, uma vez que, como em qualquer contrato, existem contraprestações devidas e, nessa situação específica, após um alto investimento para executar o serviço de titularidade estatal com qualidade e eficiência, as empresas prestadoras obtêm uma grande expectativa de retorno e lucratividade.⁹⁶

Para o Estado, a defesa do usuário de serviço público é ainda mais relevante do que a defesa do consumidor, pois regido sob o princípio da indisponibilidade do interesse público, o poder concedente está impedido de concordar com qualquer hipótese que prejudique essa prestação, por mínimo que seja o prejuízo, o que não ocorre na relação de consumo, em que os interesses envolvidos são privados.⁹⁷

Portanto, ao verificar a importância da qualidade do serviço público prestado pelo particular, conclui-se que a defesa do usuário de serviço público não é atribuição dos órgãos de defesa do consumidor, e sim da respectiva agência reguladora. As agências reguladoras buscam a compatibilização entre a qualidade do serviço prestado e a tarifa a ser paga, sendo que estes elementos devem ser equivalentes e atender os anseios da sociedade, equacionando o serviço desejável com o preço que se dispõe a pagar. Tal preço deve ser justo para ser baixo ao consumidor, e garantir adequada taxa de retorno ao capital investido⁹⁸

O objetivo da concessão de serviço público é a satisfação do interesse do usuário e que o papel principal das agências reguladoras deve ser o de defender esse interesse, quer perante a conces-

96. SILVA, Rodrigo da, A regulação do mercado pelo estado brasileiro - equilíbrio entre a defesa do consumidor-usuário dos serviços públicos e a realização do interesse público através de uma interpretação sistemática, . Revista da AJURIS - Associação dos Juizes do Rio G, v. 33, n. 104, p.270-271, dez. 2006.

97. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre Usuário de Serviço Público e Consumidor. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 mai 2015. p. 5

98. CARVALHO, Cristiano Martins de. Agências reguladoras. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2654>>. Acesso em: 18 abr. 2015.

sionária, quer perante o poder concedente. A prestação de “serviço adequado”, controlada por agências reguladoras fortes e independentes, é indispensável para que esse objetivo seja alcançado.⁹⁹

O conceito de poder normativo técnico indica que as agências reguladoras recebem das suas respectivas leis criadoras a delegação para editar normas técnicas (não as normas básicas de política legislativa) complementares de caráter geral, retratando um poder regulamentar mais amplo, porquanto tais normas se introduzem no ordenamento jurídico como direito novo.¹⁰⁰ Os limites desse poder normativo ainda não encontra consenso na doutrina brasileira, uma vez que, ao mesmo tempo que o órgão regulador pode e deve criar normas para a defesa dos interesses dos usuários e das empresas, tal prerrogativa não pode inovar a ponto de usurpar o poder legislativo.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se pronunciar sobre este poder regulamentar e a solução encontrada pela Corte é adequada para os casos em que a norma legal já foi regulamentada por meio de decreto, mas que ainda deixou lacunas para maior especificação de seus termos, estas sendo feitas através de resoluções da Agência. Nesses casos, as normas editadas pelas agências teriam, por assim dizer, papel terciário na concretização já iniciada pela norma secundária expedida pelo Chefe do Executivo, a quem assiste a competência regulamentar executiva, referida no art. 84, IV, da Constituição Federal.¹⁰¹

A posição adotada é clara em entender pela não inovação normativa por parte das agências: “nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde que, porém, absolutamente subordinadas à legislação, e, eventualmente, às normas de segundo grau, de caráter regula-

99. AMARAL, opt. cit. p. 5

100. FILHO, Jose dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 16ª ed., 2006, p. 400.

101. ANDRADE, Leticia Queiroz de. PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS (legitimação, extensão e controle). Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> > Acesso em 10 jun 2015.

mentar que o Presidente da República entenda baixar¹⁰²”. No entanto, é importante ressaltar que as decisões do STF sobre a matéria foram proferidas em casos isolados e ainda não houve nenhum julgamento a respeito do poder normativo exercitado pelas Agências em geral.

O que se conclui é que a disciplina normativa, sendo de caráter basicamente técnico, conferida a tais entidades não indica qualquer vestígio de usurpação do poder legiferante, uma vez que, mesmo editando normas gerais, as agências atuam no exercício da função administrativa.¹⁰³

Percebe-se portanto que as Agências Reguladoras são incumbidas de harmonizar os conflitos de interesses entre as diversas partes envolvidas no serviço público regulado, sendo indispensável para isto a elaboração de atos normativos. O poder normativo como prerrogativa das agências reguladoras deve ser usado como meio para concretizar a defesa dos usuários e possibilitar o exercício da concorrência e do setor privado, com objetivo de equilibrar ambos interesses.

O dever estatal de proteger o consumidor tem sido atribuído em grande medida às Agências Reguladoras, principalmente após a reforma administrativa promovida no final da década de 1990. A Agência Nacional de Telecomunicações foi criada pela chamada Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472 de 1997)¹⁰⁴ e instalada com a edição do Decreto Presidencial nº2.338 de 1997. Em relação ao direito do consumidor, é cristalina a intenção do legislador em proteger os usuários dos serviços de telecomunicações e assegurar que sejam prestados de maneira apropriada e com maior alcance possível à população. Esta finalidade é expressa como dever do Poder Público logo no início da Lei Geral, em seu art. 2º, I: “garantir,

102. ADI nº 1.668/DF

103. FILHO, José dos Santos Carvalho. Agências Reguladoras e Poder Normativo. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 29 de maio de 2015. P. 12

104. BRASIL. Lei n 9.472, de 16 de julho de 1997. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 JUL. 1997. P 15087. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm> Acesso em 07 de maio de 2015.

a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas”.

Os serviços de telecomunicações em geral no Brasil sempre estiveram no topo dos rankings de reclamações dos consumidores¹⁰⁵, devido a sua má qualidade na comunicação, interrupções e cobranças indevidas, falhas na rede, contratos com cláusulas abusivas, dificuldades em realizar cancelamentos, solicitações não atendidas, dentre outras causas.¹⁰⁶

Diante dos problemas recorrentes, a ANATEL abriu internamente o Processo nº 53500.011324/2010 e após reuniões internas, com debates e considerações ao exposto pelas empresas do setor e às observações indicadas pela sociedade, é aprovada em 7 de março de 2014 a Resolução nº 632 da ANATEL, conhecida como Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações – RGC¹⁰⁷, sendo considerado como uma conquista das Associações de Consumidores nas reuniões e comissões da Anatel ao visar um aumento na transparência nas relações entre usuários e prestadoras.

Pela primeira vez, há uma positivação dos direitos dos consumidores focado nos serviços de telecomunicações, mas sem prejuízo da aplicação das legislações já existentes. O rol de direitos previsto expressamente facilita para os usuários exigirem seu cumprimento por parte das prestadoras, pois trata o consumo de forma mais específica e que muitas vezes deixavam dúvidas quando na aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que traz garantias de forma geral.

105. MAIA, Samantha. Com maior tarifa do planeta, operadoras lideram ranking do Procon. Carta Capital. 29 jul 2014. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/806/com-maior-tarifa-do-planeta-operadoras-lideram-ranking-do-procon-5859.html>> Acesso em 2 de junho de 2015.

106. MAIA, Samantha. Com maior tarifa do planeta, operadoras lideram ranking do Procon. Carta Capital. 29 jul 2014. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/806/com-maior-tarifa-do-planeta-operadoras-lideram-ranking-do-procon-5859.html>> Acesso em 2 de junho de 2015.

107. BRASIL. RESOLUÇÃO Nº 632, DE 7 DE MARÇO DE 2014. Aprova o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações – RGC. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 de março de 2014. Disponível em: < <http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2014/750-resolucao-632>> Acesso em 15 de maio de 2015.

REPERCUSSÕES E APLICABILIDADE DO RGC

Embora o RGC apenas passasse a valer 120 dias após sua publicação (08 de julho de 2014) e já tivesse previsto prazos variados para a entrada em vigor de suas novas regras, ponderando a dificuldade e complexidade de sua aplicação, as empresas prestadoras dos serviços de telecomunicações não ficaram satisfeitas com as inovações trazidas pela ANATEL.

A Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas (TELCOMP), composta pelas maiores prestadoras de serviços de telecomunicações do mercado, como NET Comunicações, TIM, Vivo, SKY Brasil, Claro, Nextel Oi Móvel e outras¹⁰⁸, pleiteou perante a 21ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal liminar para desobrigar as operadoras de cumprir determinadas regras estabelecidas no novo regulamento geral do consumidor da ANATEL.

Em 31 de julho de 2014 a referida liminar foi concedida à TELCOMP, antes mesmo de serem ouvidas as alegações da ANATEL, desobrigando as empresas de cumprirem variados artigos dispostos na resolução. Em 8 de agosto de 2014, a Juíza Federal Substituta da 21ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, após recurso da Advocacia-Geral da União (AGU), reconsiderou a decisão que deferiu a liminar a pedido TELCOMP) contra dispositivos do RGC. Com a decisão, voltariam a ser eficazes todos os artigos do RGC, considerado integralmente válido, formal e materialmente, para as empresas associadas à entidade.

Ocorre que as empresas prestadoras haviam adentrado também com ação¹⁰⁹ de teor semelhante, ou seja, requerendo a imediata suspensão dos arts. 46, 55, 61 §1º, 106, 92 II e III e 93 do RGC,

108. O quadro completo de associadas à TelComp está presente no link <<http://www.telcomp.org.br/site/index.php/conheca-nossas-associadas>>.

109. Ação Ordinária nº 47611-75.2014.4.01.3400

perante à 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, postulando através de outra associação (a Associação Brasileira de Televisão por Assinatura - ABTA¹¹⁰) e, desta vez, obtiveram sucesso na concessão da tutela antecipada.

Os direitos dos consumidores não devem ser infringidos e estão consagrados em diversas normas promulgadas pela ANATEL. Ressalta-se que a reparação por danos aos consumidores está prevista na LGT como direito dos usuários e como uma das funções principais da atuação da agência reguladora¹¹¹. No mesmo sentido, o Código de Defesa do Consumidor, de 11 de setembro de 1990, também inclui a prevenção e a reparação de danos individuais, coletivos e difusos entre os direitos básicos do consumidor.¹¹²

A internet móvel, utilizada nos aparelhos smartphones, tem ganhado cada vez mais espaço no serviço de telecomunicações e as empresas prestadoras, objetivando o lucro ao perceber o novo alvo de consumo pelos usuários, resolveram mudar sua estratégia. O que sempre foi praticado pelas operadoras era a divulgação de um serviço de internet ilimitada para navegação, ou seja, o cliente contratava um franquia de dados de internet e, caso atingisse e ultrapassasse tal franquia, ainda continuava com acesso à internet, porém em uma velocidade reduzida à que havia sido pactuada.¹¹³

Com a nova política de uso de internet móvel, de novembro de 2014 a janeiro de 2015, usuários de planos pré-pagos de Claro, TIM, Vivo e Oi passaram a ter o serviço cortado ao chegarem ao limite de tráfego estabelecido em contrato. A partir de fevereiro, os usuários pós-pagos seriam os atingidos pela nova mudança.¹¹⁴

110. Quadro completo de associadas à ABTA disponível em: <http://www.abta.org.br/associados.asp>

111. Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: XII - à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos.

112. Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

113. BARROS, Rafaella. Procon vai à Justiça contra bloqueio da internet móvel após o fim da franquia. Jornal EXTRA. Rio de Janeiro, 20 fev 2015. Disponível em: < <http://extra.globo.com/noticias/economia/procon-vai-justica-contra-bloqueio-da-internet-movel-apos-fim-da-franquia-15386384.html#ixzz3crOa8VVg>> Acesso em: 11 jun 2015.

114. BARROS, Rafaella. Opt. cit

O art. 52 da Resolução 632 deixou margem para interpretações vagas a respeito dos limites possíveis as prestadoras no tocante as alterações contratuais de seus serviços:

Art. 52. As Prestadoras devem comunicar com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, preferencialmente por meio de mensagem de texto ou mensagem eletrônica, a alteração ou extinção de Planos de Serviço, Ofertas Conjuntas e promoções aos Consumidores afetados, sem prejuízo das regras específicas aplicáveis ao STFC.

Um acordo foi assinado no dia 23 do mesmo mês, prevendo um compromisso das prestadoras com ANATEL, Ministério das Comunicações e Secretaria Nacional do Consumidor em ampliar as informações ao público sobre as condições de contratação de ofertas de planos e promoções de internet móvel.¹¹⁵ As empresas deverão aprimorar e divulgar aplicativos que permitam ao consumidor acompanhar o consumo de sua franquia de dados de Internet e promover campanhas de informação para o consumidor sobre os serviços de Internet móvel, com explicações sobre a franquia e seus limites, exemplos práticos de consumo e dicas para melhorar a utilização do plano de dados.¹¹⁶

Todavia, a solução encontrada pelo ente regulador não se impo-
tuiu em adentrar no mérito da medida praticada pelas empresas de telefonia, tampouco serviu para atenuar a insegurança jurídica instaurada no meio. A saída que satisfaz temporariamente os usuários

115. TEIXEIRA, MAIRA. Operadoras não podem bloquear internet nos celulares; entenda. Economia iG. São Paulo, 13 maio 2015. Disponível em: < <http://economia.ig.com.br/2015-05-13/operadoras-nao-podem-bloquear-internet-nos-celulares-entenda.html>> Acesso em 17 jun 2015.

116. BERBERT, Lucia. Teles assinam compromisso para melhorar comunicação sobre bloqueio de Internet. TELETIME. 23 abr 2015. Disponível em: < <http://www.teletime.com.br/23/04/2015/banda-larga-movel-teles-assinam-compromisso-para-melhorar-comunicacao-sobre-bloqueio-de-internet/tt/409782/news.aspx>> Acesso em 17 de jun 2015.

dos serviços de telecomunicações ocorreu através da ação dos PRO-CONS, em especial o de São Paulo¹¹⁷ e do Rio de Janeiro¹¹⁸, os quais já obtiveram decisões liminares impedindo o bloqueio de dados de internet móvel quando o consumidor atingir a franquia contratada.

O ponto central do conflito questiona se o ato de corte do acesso à Internet móvel ao fim da franquia contratada pelo usuário configura um tipo de prática abusiva. Enquanto os órgãos de Defesa de Consumidor argumentam que tal medida se enquadra em uma forma de alteração unilateral do contrato, as empresas operadoras procuram demonstrar que a suspensão do tráfego de dados se trata apenas de uma modificação da condição de prestação do serviço em foco.

Dentre os direitos básicos do Consumidor elencados no art. 6º do Código se encontram o direito à informação adequada e a proteção contra a publicidade enganosa, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.¹¹⁹ O art. 3º, I e IV¹²⁰ do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações demonstra o mesmo intuito de resguardar o usuário de práticas abusivas por parte das prestadoras.

Na controvérsia em estudo, observa-se uma falha no dever de informar na própria elaboração do RGC. Isto porque foi possível dar margem para fornecedores de bens e serviços revestidos de má-fé para utilizarem o termo “alteração ou extinção de Planos e Serviços,

117. Ação Civil Pública nº 1016930-92.2015.8.26.0053

118. Ação Civil Pública nº 0052224-82.2015.8.19.0001

119. Art. 6º São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (...) IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

120. Art. 3º RGC: O Consumidor dos serviços abrangidos por este Regulamento tem direito (...) I - ao acesso e fruição dos serviços dentro dos padrões de qualidade e regularidade previstos na regulamentação, e conforme as condições ofertadas e contratadas; IV - ao prévio conhecimento e à informação adequada sobre as condições de contratação, prestação, meios de contato e suporte, formas de pagamento, permanência mínima, suspensão e alteração das condições de prestação dos serviços, especialmente os preços cobrados, bem como a periodicidade e o índice aplicável, em caso de reajuste;

Ofertas Conjuntas e promoções” como forma de modificarem unilateralmente cláusulas contratuais anteriormente acordadas.

Verifica-se que a divulgação do uso de internet móvel acompanhada da expressão “ilimitada”, o que implicaria em um contrato de franquia que, quando atingida, reduz a velocidade do serviço sem sua interrupção, foi crucial para atrair milhares de consumidores. Entretanto, as empresas prestadoras alegaram judicialmente que se tratava de um pacote promocional e não uma cláusula do contrato, se tratando de mera liberdade em manter o serviço.

A falta de clareza na propaganda e publicidade dos serviços não anistiam as prestadoras de cumprirem o que foi divulgado. O Código de Defesa do Consumidor impõe que toda informação ou publicidade, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.¹²¹

Há ainda uma violação ao princípio da segurança jurídica quando o descumprimento contratual feito gera instabilidade e prejuízo a partes mais fracas da relação consumerista, uma vez que, com a suspensão total ao acesso à internet móvel, o usuário se vê obrigado a aderir um plano novo com custo maior ao anteriormente pactuado, devendo arcar com as despesas dessa mudança.

Sendo assim, se diante da divulgação de um plano promocional o consumidor venha a contratar a franquia de dados sendo levado a crer que o acesso à internet seria ilimitado, ainda que com velocidade reduzida, o serviço deve ser continuado, sob pena de configuração de publicidade enganosa, situação proibida pelo diploma legal consumerista.¹²²

121. Art. 30 do Código de Defesa do Consumidor.

122. Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Ressalta-se que o Regulamento da ANATEL, embora seja ato normativo válido em seu conjunto e esteja em conformidade com o poder normativo delegado à Agência, não pode se sobrepor a qualquer preceito legal expedido pelo Poder Legislativo. Neste raciocínio, o art. 52, ainda que tenha autorizado a nova política das operadoras, deverá ser considerado nulo e ineficaz se interpretado como forma de permitir alterações unilaterais em relações de consumo, pois está em desacordo com o que preceitua o Código de Defesa do Consumidor.

A controvérsia principal, a qual parece já ser solucionada, se esbarra apenas em um outro argumento suscitado pelas operadoras em favor da aplicação do bloqueio de dados de internet após atingir a franquia: a obrigação imposta às empresas de prestar serviços de forma constante e por prazo indeterminado.

O próprio direito à não suspensão do serviço sem sua solicitação conferido aos usuários de telecomunicações no art. 3, IV do RGC de fato não se harmonia com o art. 51, XI do Código de Defesa do Consumidor, o qual entende que o direito do fornecedor em rescindir unilateralmente pode ocorrer se também garantido ao consumidor no contrato.¹²³

Desta forma, sem que a operadora possua o referido direito, estando obrigada a prestar indefinidamente o serviço ao consumidor ao receber a outorga para a prestação de serviço regulado pelo Poder Público, haveria de certo modo razoabilidade em permitir alterações periódicas nas condições de serviço fornecido a sociedade, uma vez que se trata de um serviço com evoluções tecnológicas em curtos ciclos e sempre com novas demandas.

Ademais, ainda há o fundamento de que a prática adotada seria mais justa e melhoraria a qualidade para os consumidores que contratam a franquia de dados na necessidade que realmente usam, mas que hoje experimentam dificuldades de navegação em

123. Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor.

razão da obrigação do imenso fornecimento a grande maioria dos consumidores que contratam um menor pacote de dados e continuam trafegando em baixa velocidade.

De fato, a ilegalidade da suspensão do tráfego de dados na internet ao atingir o limite da franquia conjuntamente à realização de propaganda enganosa que induz o usuário a contratar um pacote de internet móvel ilimitado são evidentes e devem ser repudiadas. Contudo, deve-se atentar ao outro interesse legítimo que também deve ser tutelado, qual seja o direito à livre concorrência, com estímulo à criatividade e inovação das empresas.

A tutela do ente mais fraco da relação consumerista deve ser priorizada na atuação estatal. Todavia, a exigência da melhor prestação do serviço em qualidade, presteza, eficiência, pelos valores mais acessíveis à população e ainda de forma justa a todos os usuários pode se mostrar uma missão inexecutável, tanto para as empresas concessionárias quanto para o Poder Público.

O poder normativo regulatório, a exemplo da resolução estudada, não consegue sozinho impor e estabelecer harmonia em interesses que se divergem. Sem dúvidas o Regulamento expedido trouxe avanços necessários ao setor, contudo, deverá ser aplicado com cautela e razoabilidade, a fim de garantir de fato que não haja lesão aos usuários das telecomunicações e que as empresas prestadoras também consigam atingir seus fins particulares e fornecer os serviços com qualidade e eficiência.

REFERÊNCIAS

Ação Civil Pública n° 0052224-82.2015.8.19.0001

Ação Civil Pública n° 1016930-92.2015.8.26.0053

Ação Ordinária n° 47611-75.2014.4.01.3400

ADI n° 1.668/DF

ANDRADE, Letícia Queiroz de. PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS (legitimação, extensão e controle). **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n°. 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> > Acesso em 10 jun 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROS, Rafaella. Procon vai à Justiça contra bloqueio da internet móvel após o fim da franquia. **Jornal EXTRA**. Rio de Janeiro, 20 fev 2015. Disponível em: < <http://extra.globo.com/noticias/economia/procon-vai-justica-contrabloqueio-da-internet-movel-apos-fim-da-franquia-15386384.html#ixzz3crOa8VVg> > Acesso em: 11 jun 2015.

BERBERT, Lucia. Teles assinam compromisso para melhorar comunicação sobre bloqueio de Internet. **TELETIME**. 23 abr 2015. Disponível em: < <http://www.teletime.com.br/23/04/2015/banda-larga-movel-teles-assinam-compromisso-para-melhorar-comunicacao-sobre-bloqueio-de-internet/tt/409782/news.aspx> > Acesso em 17 de jun 2015.

BRASIL. ANATEL. Resolução n° 632, de 7 de março de 2014. Aprova o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações – RGC. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 de março de 2014. Disponível em: < <http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2014/750-resolucao-632> > Acesso em 15 de maio de 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 de outubro de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 27 de maio de 2015

BRASIL. Lei n 9.472, de 16 de julho de 1997. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 JUL. 1997. P 15087. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm > Acesso em 07 de maio de 2015.

BRASIL. Lei nº8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências – Código de Defesa do Consumidor. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 setembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm > Acesso em 15 de maio de 2015

BRASIL. Lei nº9.472, de 16 de julho de 1997. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 JUL. 1997. P 15087. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm > Acesso em 07 de maio de 2015.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CARVALHO, Cristiano Martins de. Agências reguladoras. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/2654> > . Acesso em: 18 abr. 2015.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Agências Reguladoras e Poder Normativo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**

Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> > . Acesso em: 29 de maio de 2015.

FILHO, Jose dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 16^a ed., 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na internet: < <http://www.direitodoestado.com.br> > . Acesso em: 12 de abril de 2015.

MAIA, Samantha. Com maior tarifa do planeta, operadoras lideram ranking do Procon. **Carta Capital**. 29 jul 2014. Disponível em: < <http://www.cartacapital.com.br/revista/806/com-maior-tarifa-do-planeta-operadoras-lideram-ranking-do-procon-5859.html> > Acesso em 2 de junho de 2015.

NETO, Benedicto Porto. A regulação e o direito das telecomunicações. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.289.

RUSSO, Mario. Empresas de telecomunicação ocupam as primeiras posições do ranking de reclamações à Defesa do Consumidor. **O Globo**. 28 dez 2014. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/empresas-de-telecomunicacao-ocupam-as-primeiras-posicoes-do-ranking-de-reclamacoes-defesa-do-consumidor-14922549> > Acesso em 02 de junho de 2015.

SILVA, Rodrigo da. A regulação do mercado pelo estado brasileiro – equilíbrio entre a defesa do consumidor-usuário dos serviços

públicos e a realização do interesse público através de uma interpretação sistemática. **Revista da AJURIS** - Associação dos Juízes do Rio G, v. 33, n. 104, dez. 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

TEIXEIRA, MAIRA. Operadoras não podem bloquear internet nos celulares; entenda. **Economia iG**. São Paulo, 13 maio 2015. Disponível em: < <http://economia.ig.com.br/2015-05-13/operadoras-nao-podem-bloquear-internet-nos-celulares-entenda.html> > Acesso em 17 jun 2015.

A LEGITIMIDADE DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
BRASILEIRA: PASSADO, PRESENTE E
FUTURO

Ugo Gabriel Barboza Garcia

A Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, ao instituir as diretrizes máximas do Estado Democrático de Direito, de alto grau axiológico (BARROSO:2012), impõe aos operadores do direito o dever de buscar, sempre, dar a maior efetividade possível aos valores constitucionalmente afirmados (BARROSO:2012).

A consequência lógica de um ordenamento jurídico todo pautado em juridicidade e democracia (BARROSO:2012) deveria ser a de uma atuação estatal garantidora dos interesses da coletividade, legítima.

Todavia, essa não é o cenário reproduzido na pragmática jurídico-social. A realidade observada na relação *administração x administrado* no país é de crescente distanciamento, desconfiança e descrença, a despeito de um ordenamento jurídico deveras avançado em termos de garantias democráticas.

Essa incongruência resulta de uma série de sintomáticas falhas insitas à administração pública brasileira e ao direito que a rege. Dentre estas problemáticas, elegemos duas como as de maior destaque no que tange ao déficit de legitimidade da Administração Pública: o vício na origem; e o modelo de “*desapropriação*” do interesse público no qual o Estado se desenvolveu.

Do vício na origem

A história do nascimento do Direito Administrativo é relatada na quase totalidade dos manuais e cursos que versam sobre a disciplina com marcos iniciais que remontam ao final do século XVIII, com a edição da *Loi du 28 du pluviôse An VIII*, em 1800, que organizou e limitou externamente a Administração Pública francesa (DI PIETRO:2013).

O contexto histórico à época era o de superação do Antigo Regime, com o fim do Absolutismo então vigente, fundado na vontade do soberano acima de qualquer norma externa - *quod regi placuit lex est*. Neste compasso, a imposição de uma lei à Administração Pública foi vista, por si, como uma limitação do Poder Executivo, eis que o sujeitava ao resultado da vontade do Poder Legislativo que, em última instância, seria a vontade do povo.

A positivação, através da edição de diploma legislativo, da submissão administrativa à outro Poder e, por via reflexa, à vontade popular aparecia, segundos após o fim do regime absolutista, como uma providência milagrosa (BINENBOJM:2006) do direito. Neste sentido, inclusive, Caio Tácito afirma que “*o episódio central da história administrativa do século XIX é a subordinação do Estado ao regime de legalidade*” (TÁCITO: 1997).

Ocorre que o relato defendido e repetido por inúmeros e ilustres autores lança, com a devida vênua, um olhar acrítico sobre as relações de poder que se institucionalizaram naquele momento. Como bem evidencia Gustavo Binенbojm “*tal história seria esclarecedora, e até mesmo louvável, não fosse falsa*” (BINENBOJM:2006).

Crer no nascimento do Direito Administrativo como a *vinculação do Poder Executivo a uma vontade externa imposta pelo Poder Legislativo* significa fechar os olhos para uma série de contradições existentes nesta máxima repetida por gerações de doutrinadores, no que Paulo Otero chama de *ilusão garantística da gênese* (OTERO:2003).

Inicialmente, há de se recordar que o então chamado Direito Administrativo, nada obstante a edição da citada lei, foi produto de construção jurisprudencial do *Conseil d'État*, corte integrante do próprio Poder Executivo e cuja competência era a de dirimir as causas envolvendo a Administração Pública, sob normas específicas e diversas daquelas aplicadas aos deslindes privados.

Outrossim, a construção pretoriana deste ramo do direito, além de afastar o controle e a limitação do Poder Executivo pelo Poder Legislativo compromete também, *in casu*, a atuação do Poder Judiciário, sob a ótica da política dos freios e contrapesos, na medida em que a aplicação deste direito não era feito por juízo comum, mas pelo *Conseil d'État*, órgão da própria Administração Pública.

O Princípio da Separação dos Poderes foi, inclusive, argumento a favor do advento do contencioso administrativo, sob a tese formalística de que “*julgar a administração é ainda administrar*” (BINENBOJM:2006).

Note, pois, que o mito de sujeição do Poder Executivo ao Poder Legislativo através do advento de normas e da consequente imposição do Direito também àquele Poder encontra, em sua origem, comprometimentos seríssimos, eis que o único direito ao qual o Poder Executivo se sujeitara sob o advento deste milagroso direito administrativo era aquele criado por ele próprio e por si mesmo aplicado.

Essa dinâmica, em verdade, acaba por importar na instrumentalização das relações de poder já vigentes à época com aparatos legitimadores para sua sobrevivência e reprodução sob o contexto político social então vivenciado (BINENBOJM:2006).

A institucionalização deste modelo, dotado de todas as contradições evidenciadas acima, revela a que grau o Direito Administrativo, desde seus primórdios, era alheio a qualquer propósito garantístico em relação aos interesses da coletividade.

Seu pecado original importa, igualmente, no que Gustavo Binbenbojm chama de *suspeita de parcialidade* (BINENBOJM:2006),

infiltrando e comprometendo a credibilidade e legitimidade de todos os institutos básicos do Direito Administrativo.

Em última análise, portanto, se a legitimidade decorre da aferição imediata dos interesses da sociedade, não é de se estranhar que a atuação da Administração Pública, cujo critério de juridicidade decorre principalmente do Direito Administrativo - que, por sua vez, foi criado pela Administração em seu próprio proveito - enfrente uma crise de legitimidade.

Do modelo estatal de apropriação do interesse público

O vício na origem do Direito Administrativo não é mero preciosismo didático, mas constatação de extrema relevância para uma análise crítica da Administração Pública e sua evolução.

Isto porque, a partir desta origem o Poder Público passa a organizar sua interação com os administrados em uma estrutura burocrática, lenta, cara, auto-referida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos (PEREIRA:1996).

Embora o Estado Moderno tenha surgido no contexto das revoluções liberais inglesa, americana e francesa (MOREIRA NETO:2001), a inserção dos valores defendidos por essas revoluções – liberdades e garantias fundamentais, igualdade, fraternidade, etc. – não obteve o mesmo êxito em permear o Poder Executivo que nos Poderes Legislativo e Judiciário. Essa orientação ímpar da Administração Pública foi categoricamente afirmada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO:2001).

Ademais, no Brasil, a tentativa de se implementar uma Administração Pública Gerencial em substituição à Burocrática inicia antes de se completar a transição da Administração Regaliana, própria dos períodos colonial e imperial, para a Burocrática, eis que *“as atividades e comportamentos do Estado-administrador continuam aferrados a*

conceitos e princípios do patrimonialismo, do paternalismo e do assistencialismo personalizantes e ineficientes” (MOREIRA NETO:2001).

Por outra via, Luís Roberto Barroso chega à semelhante conclusão de que *“a gestão da coisa pública tradicionalmente se deu em obediência a pressupostos privatistas e estamentais”*, em decorrência de um legado *“que predispõe à burocracia, ao paternalismo, à ineficiência e à corrupção”* (BARROSO:2012).

Esse desenvolvimento peculiar de uma Administração impérvia a modificações, sob uma visão autoritária da relação entre o Estado e o indivíduo (JUSTEN FILHO:2009) e refém de valores retrógrados, agrava-se em um momento de hipertrofia Estatal, em que o Estado se transformou no grande Estado social e econômico do século XX, assumindo um número crescente de atribuições (PEREIRA:1996).

Neste contexto, essas demandas internas e auto-referidas, fizeram com que a expansão Estatal respondesse não apenas às pressões sociais, mas também - e muito mais - às estratégias de crescimento da própria burocracia (PEREIRA:1996).

Alicerçada sobre conceitos jurídicos de imperatividade, supremacia do interesse público, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outros, e estruturada em uma dinâmica de distanciamento e autoritarismo em face dos administrados, a Administração Pública volta-se à consecução de finalidades que lhe são próprias.

Neste sentido, não incomum é encontrar na literatura jurídica a impressão, compartilhada por Umberto Allegretti, de que *“o interesse público é um interesse próprio da pessoa estatal, externo e contraposto aos dos cidadãos”* (apud MOREIRA NETO:2001).

A Administração Pública, portanto, nasce tendenciosa, efetiva essa tendência egoística-cratológica por meio de estruturas burocráticas de distanciamento e intangibilidade, se apropriando do interesse público em detrimento da coletividade. Fortalecida pela hipertrofia Estatal experimentada no último século, atua em benefício próprio e, assim, compromete ainda mais sua legitimidade já deficitária.

A rejeição ao estado de coisas ora descrito conduz a tentativas de reconstrução do Direito Administrativo e de reforma da Administração Pública. Com efeito, a pretensão de reforma administrativa não é exatamente nova no Brasil, com as primeiras investidas datando de 1936 e 1967 (PEREIRA:1996).

Em que pese o mérito das empreitadas, a revisão dos institutos próprios à Administração Pública brasileira não foram suficientes na tarefa de adquirir a legitimidade que lhe falta. Entendo que a conjugação dos desvios inatos ou adquiridos pela Administração Pública no curso de seu desenvolvimento culminaram na “*desapropriação*” do interesse público e, assim, impede que os institutos administrativos revistos, bem como os conceitos, os princípios e as normas elaborados com o intuito de revitalizar a atividade administrativas sejam empenhados com a finalidade para a qual foram concebidos inicialmente.

Resta o controle ostensivo e participativo como forma de contribuir à esfera da legitimidade administrativa.

Limites e Insuficiências dos Controles Formais

Em que pese não negarmos a existência de mecanismos de controle nas mais diversas esferas de Poder, com vistas a evitar o desvio das condutas administrativas, entendemos que não foram estes mecanismos bastantes para evitar uma apropriação do interesse público em nome de uma Administração Pública auto-referida, destacadamente face ao quadro traçado no tópico inicial.

Entendo implícita, como elemento essencial ao êxito do controle objetivado nesta nova fase, a *participação* do administrado, eis que “*a sintonia fina da legitimidade dela necessita para que se não pratique uma justiça abstrata e distante, mas uma ‘justiça’ administrativa concreta e bem próxima das necessidades das pessoas*” (MOREIRA NETO:2007).

A superação das limitações dos meios de controle contemporâneos passa, portanto, pela revisão dos institutos do direito administrativos, com a imposição da sindicabilidade do mérito administrativo, mas também, e imprescindivelmente, pela maior participação do administrado no processo decisório, o que se efetivará através do controle social.

O Controle da Sociedade sobre o Poder Público

O tema do controle exercido pela sociedade é dificilmente dissociável da participação popular. Em que pese a distinção formulada por Carlos Ayres Britto (BRITTO:1992), não me parece, *data venia*, ser possível traçar com tamanha precisão os limites entre os institutos de participação e controle. A um, porque há certamente uma faixa comum em que tais espécies de manifestação coletiva se encontram e se confundem, pois a participação na gestão pública é uma forma de controle social exercida no âmbito da deliberação, e a dois, em relação ao critério temporal da distinção, porque o controle pode ser exercido de forma prévia, concomitante ou posterior (MOURA:2011).

Parece-nos, pois, que institutos como os da audiência pública, do plebiscito e da iniciativa popular, apesar de representarem evidente participação da coletividade da formação da vontade estatal, não podem ser afastados da esfera do controle prévio e concomitante de sua atuação, da mesma forma que o voto (MANIN:2006).

Distinção que nos interessa, por outro lado, é aquela desenhada entre os mecanismos formais e informais de controle social. Daí resultam diferentes graus de vinculação quanto à “responsividade” Estatal.

Os meios formais de controle social são aqueles exercidos na própria estrutura do Estado e previstos expressamente na ordem jurídica, inclusive quanto a sua forma de exercício, provocação, e coercibilidade, a exemplo dos remédios constitucionais do Manda-

do de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Corpus e Habeas Data, ou ainda a Ação Popular.

Na mesma seara encontram-se os institutos da iniciativa popular, do plebiscito e do referendo, bem como do direito de petição, o direito de certidão, os conselhos públicos municipais, audiências e consultas públicas dentre outros meios de participação institucionalizados.

Por outro lado, existem aqueles meios de controle que decorrem diretamente das liberdades fundamentais no Estado de Direito, bem como da cidadania (ORICOLLI:2006) de que se dota o administrado, sob o acréscimo do elemento “Democrático”, em decorrência da Carta Magna de 1988, mormente em seu art. 1º, parágrafo único.

Estes últimos são os meios informais de controle, que não possuem forma expressa, nem, tampouco, restrita de exercício e buscam influenciar na atuação dos poderes públicos e fomentar o debate público na sociedade (MOURA:2011).

A onda de manifestações deflagrada em todo território nacional nos últimos meses, por exemplo, se insere em um universo amplo de controle social que abrange também a crise de representatividade (MARTINS:2007), e que reflete o exercício de um controle social político e informal da atuação do Estado e seus agentes enquanto entes políticos.

A referência aos recentes eventos de inconformismo da sociedade é válida, na medida em que diz respeito às idéias de democracia participativa e, assim, não poderia deixar de ser homenageada, mas, ao nosso ver, a vontade de empreender mudança que se extrai desse movimento de despertar deve ser aproveitada para ocupar espaços próprios de controles formais.

Isto porque, a capacidade de vinculação que aquela espécie de controle detêm é de difícil aferição, na medida em que a efetividade dela resultante varia de acordo com o poder de ingerência que a sociedade, que a emana, impende sobre o exercício do Poder pelo Estado.

Os meios formais, ao contrário, têm, em sua fórmula indicada pela norma constitucional ou legal, previstos também os mecanismos que o tornam eficazes em relação à Administração Pública, o que, *a priori*, resulta em poder de ingerência da sociedade sobre a atividade administrativa.

Os Instrumentos de Controle Social na Administração Pública e a Crítica que os Acompanha

Com base na ordem democrática, nas liberdades fundamentais consagradas pela Carta de 1988 e nas tentativas de reforma administrativas empreendidas com a finalidade de implementar um Estado gerencial e descentralizado (PEREIRA:1996), diversos instrumentos de controle social foram institucionalizados através de normas de direito positivo¹²⁴.

124. Para fins ilustrativos, enumero aqui alguns desses instrumentos com sede constitucional:

- (i) a Ação Popular, com sede no art. 5º, inciso LXXIII, da CRFB/88, e regulamentada na Lei 4.717/65;
- (ii) a denúncia ao Tribunal de Contas da União, constante do o §2º do art. 74 da Constituição;
- (iii) a obrigação da Administração Pública de prestar informações à sociedade e os meios assegurados a esta para obtê-las, consubstanciados no direito de petição e certidão (art. 5º, incisos XIII e XIV, da CF);
- (iv) as prestações inclusivas constantes do §3º, do art. 37 da Carta Política;
- (v) a obrigação legislativa quanto às formas de fiscalização pela sociedade sobre as empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, nos termos do art. 173, §1º, I, da CRFB/88;
- (vi) gestão integrada em campos específicos de atuação das políticas públicas, nomeadamente,

- a. da política agrícola (art. 187, CRFB/88);
- b. da seguridade social (art. 194, caput e VII, CRFB/88);
- c. da saúde (art. 198, III, CRFB/88);
- d. da educação (arts. 205 e 206, VI, CRFB/88);
- e. da comunicação social (art. 224, CRFB/88);
- f. da assistência social (art. 204, II, CRFB/88); e
- g. do fundo de combate e erradicação da pobreza (arts. 79 e 82 do ADCT)

Há, ainda, tantos outros mecanismos institucionalizados de controle em sede infra constitucional, com o diferencial de que ganham eles aspecto mais práticos, enquanto regulamentações dos permissivos de participação estampados na Carta Política

- (i) Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01), que dedica um capítulo (IV) exclusiva-

A figura das Agências Reguladoras, criadas com a finalidade precípua de descentralização e alteração nos parâmetros de controle. Os instrumentos de controle social presentes nas Agências Reguladoras são, principalmente, as audiências públicas, consultas públicas e ouvidorias, a exemplo da exigência de convocação de audiência pública pela ANEEL no processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, dentre outros no âmbito da ANP¹²⁵, ANVS¹²⁶, etc.

Nota-se, pois que há um extenso campo normativo de controle social, onde se encontram institutos de controle prévio - consultas públicas e audiências públicas - concomitantes - conselhos especializados de interlocução com a atividade administrativa, principalmente com as Municípios, bem como através da gestão orçamentária participativa - e repressivos, ou posteriores - como a provocação das Cortes de Contas e do Judiciário, além das ouvidorias.

Ocorre que o aparelhamento do ordenamento jurídico com meios de controle social, levado a cabo por uma tentativa de substituição do modelo de controle burocrático, focado nos meios oficiais e de processo, por um onde preponderam os controles populares e de resultado, não foi acompanhada das demais transformações sociais necessárias para conceder-lhe efetividade.

mente à gestão democrática da cidade;

(ii) a denúncia ao Tribunal de Contas da União, constante do o §2º do art. 74 da Constituição;

125. Vide art. 19 da Lei nº 9.478/97 que estabelece que "As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP"

126. Vide a composição da Diretoria Colegiada da ANVS, integrada de Conselho consultivo, na forma do art. 9º da Lei 9.782/99, in verbis:

Art. 9º A Agência será dirigida por uma Diretoria Colegiada, devendo contar, também, com um Procurador, um Corregedor e um Ouvidor, além de unidades especializadas incumbidas de diferentes funções.

Parágrafo único. A Agência contará, ainda, com um Conselho Consultivo, que deverá ter, no mínimo, representantes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, dos produtores, dos comerciantes, da comunidade científica e dos usuários, na forma do regulamento. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001)

Como bem destaca MILESKI:2006, as previsões constitucionais e legais asseguram, no plano da eficácia, as condições necessárias ao desenvolvimento da transparência, da participação popular e do controle social.

Contudo, não houve de forma concomitante o fortalecimento de uma cultura de responsabilização do agente público, que consubstancie uma consciência democrática de exercício contínuo de cidadania – que não se exaure no sufrágio – inclusive através da educação política (SILVA:2012) da sociedade brasileira.

Uma reforma adequada do modelo burocrático centralizado para um gerencial descentralizado de gestão pública, com a expansão do controle social nesta descentralização, segundo PIMENTA:1998, deve observar a implementação a longo prazo de oito princípios de forma concomitante e equilibrada, quais sejam: desburocratização, descentralização, transparência, *accountability*, ética, profissionalismo, competitividade e enfoque no cidadão.

No caso brasileiro, ao lugar de se priorizar os pontos mais carentes em relação a estes princípios, acabou-se por privilegiar os institutos relacionados à desburocratização e flexibilização do aparelho administrativo, com vistas a redução do custo que se configurava como demanda socio-política à época (SILVA:2012).

A grande questão é que estas medidas, pensadas em curto prazo e desacompanhadas de medidas de conscientização da sociedade para esse direito de participação através da atribuição de responsabilidade ao gestor público, resulta, no longo prazo, em uma sociedade despreparada e incapaz de comprometer-se ao exercício do controle social, esvaziando-o.

Esse esvaziamento, aliás, decorre do ideal presente nas empreitadas flexibilizadoras e desburocratizantes da Administração, de que a implementação do controle social, principalmente sob uma ótica de controle de resultado, possibilitaria a dispensa de mecanismos de controle oficiais, tradicionalmente ligados ao processo.

Ao contrário, entendemos que o controle social é aliado do controle oficial (MILESKI:2006), na medida em que o complementa e dele depende para produzir efeitos concretos, levando as irregularidades averiguadas, quando de seu exercício fiscalizador, à correção pelas próprias instituições da Administração Pública, ou reclamá-la junto aos órgãos de controle interno e externo.

Portanto, como nota final, impende salientar que os mecanismos de controle social, ainda que passíveis de aprimoramento, evolução e expansão, existem no ordenamento jurídico pátrio e devem operar em cooperação com os mecanismos de controle oficiais.

Todavia, sua passagem do plano da eficácia ao da efetividade, de maneira em que passe a resultar em efetivo poder de ingerência da coletividade sobre a atividade administrativa, pressupõe um processo cultural de conscientização e de educação política da sociedade brasileira, que passa necessariamente pelo enraizamento da noção de *accountability* em face do gestor público.

Esse processo alteração cultural da sociedade demanda o auxílio e fomento por parte da própria Administração Pública que, caso se preocupe em suprir o déficit de legitimidade de sua atividade, é das maiores interessadas em perquiri-lo.

Conclusões

Com base nas discussões empreendidas neste breve artigo, entendemos possível formular as seguintes assertivas:

A Administração Pública brasileira apresenta crescente déficit de legitimidade, resultado de uma atuação tendenciosa em sua origem, agravada na estruturação burocrática e distanciadora dessa Administração. Uma atividade administrativa que se perfaz afastada do administrado, em estruturas auto-referidas, acaba se voltando para uma finalidade própria da administração, alheia aos administrados, o que põe ainda mais em cheque sua legitimidade.

A supressão dessa falta de legitimidade na atividade administrativa pressupõe, claro, ostensivo sobre ela. Ocorre que os meios de controle oficiais atualmente exercidos sobre a Administração têm caráter formalista, se atendo antes ao processo que ao resultado, o que por si limita o grau de efetividade que deles decorre na tarefa de redirecionar a atuação administrativa do Estado.

Isto posto, buscamos no Controle Social, que tem como característica essencial a participação do administrado nos processo decisório, o efetivo redirecionamento da atuação administrativa, e, assim, ao caminho da legitimidade.

Todavia, para obter o grau de efetividade esperado deste mecanismo de controle, ele deve ser exercido por vias institucionalizadas e de forma integrada aos controles oficiais, mas, principalmente, depende de uma alteração cultural da sociedade brasileira, a ser fomentada por uma Administração em busca de legitimidade, como o é a brasileira.

Concluimos, pois, que de forma a assegurar a legitimidade deficitária no âmbito da atividade da Administração Pública Brasileira, é essencial garantir maior poder de ingerência à sociedade brasileira através do exercício do controle social, a ser exercido de forma integrada aos meios oficiais de controle e de forma concomitante a um processo de conscientização da sociedade brasileira em relação ao exercício da cidadania.

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático* in Revista de Direito do Estado. Ano 1. n. 3. 2006.

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. *Distinção entre controle social do poder e participação popular*. Revista de Direito Administrativo. n. 189, 1992. 114-122.
- BORGES, Alice Gonzalez. *A Implantação da Administração Pública Gerencial na Emenda Constitucional na Emenda Constitucional 19/98* in: Revista Trimestral de Direito Público n. 24.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo* 27. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1997
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle social das instituições democráticas*. Interesse Público. n. 73, v. 14, 2012. p. 61-76.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito Administrativo de Espetáculo*. Fórum Administrativo Direito Público. Belo Horizonte, ano 9, n 100 jun. 2009.
- LINHARES NETO, Damásio Alves. *Controle social das agências reguladoras*, 2010. Acessado em http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5324/controlado_social_damasio_netto.pdf?sequence=1

- MARTINS, Fernando Barbalho. *Do Direito à Democracia. Neoconstitucionalismo, princípio Democrático e a Crise no Sistema Representativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros. 2013.
- MILESKI, Helio Saul. *Controle Social: Um Aliado do Controle Oficial*. Interesse Público n. 36 mai/abr 2006.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 2000.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da democracia)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3 ed. atual e ampla Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- ORICOLLI, Irma Sueli. *O Controle da Administração Pública pela Cidadania*, Revista do Direito Público, V. 1, n. 3. Londrina: UEL, 2006.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública - O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, 2003
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Da Administração Pública Burocrática à Gerencial*. Revista do Serviço Público, 47(1) janeiro-abril, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas. 2010.

PIMENTA, Carlos César. *Descentralização com integração: A gestão de políticas públicas em um contexto descentralizado - O Caso Brasileiro*, Texto preparado para o III Congresso Internacional do CLAD - Conselho Latino-Americano para o Desenvolvimento - sobre a Reforma do Estado e da Administração Pública, Madrid, 14-17 de outubro, 1998

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro, lei 11.448, de 15.01.2007* por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 39 ed. São Paulo: Malheiros. 2013.

SILVA, Francisco Carlos da Cruz. *Controle social: reformando a Administração para a sociedade. Perspectivas para o controle social e a transparência da Administração Pública*. Brasília: Tribunal de Contas da União/Instituto Serzedello Corrêa, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari et CÂMARA, Jacintho Arruda, *Competências de Controle dos Tribunais de Contas - Possibilidades e Limites* in: SUNDFELD, Carlos Ari (Organizador), *Contratações Públicas e Seu Controle*, São Paulo: Malheiros, 2013.

TÁCITO, Caio. *Direito administrativa participativo*. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, n. 209, jul., 1997, p. 1-6.

WOLKER, Antônio Carlos. *Uma nova conceituação crítica de legitimidade*, *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, São Paulo, n. 5, v. 2, 1993, p. 25-31.

O FATO DE TERCEIRO COMO
POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO
DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO
ESTADO NO CASO DE HOMICÍDIO
COMETIDO POR PRESO NO INTERIOR
DE UNIDADE PRISIONAL: ANÁLISE
DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Vinicius Pires Vaz de Azevedo

INTRODUÇÃO

As pessoas que tem seu direito de ir e vir cerceado em virtude de decisão judicial pela prática de crime ou por decretação de prisão processual são recolhidas a estabelecimentos prisionais, os quais são de responsabilidade dos Estados ou da União no caso das penitenciárias federais.

Dentre outros direitos, a Lei de Execuções Penais, de forma expressa, impõe a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral daqueles os quais se encontram internados nos sistemas penitenciários. Desta forma, sob a égide da custódia e vigilância, é dever dos agentes prisionais a manutenção da dignidade do preso, bem como a garantia de que o interno terá sua integridade física preservada.

Embora haja o dever estatal de guarda e vigilância por parte do Estado em prol de seus encarcerados, em alguns casos, presos conseguem burlar toda a segurança despendida e cometer ilícitos penais no interior das unidades prisionais. Dentro do rol dos ilícitos penais

praticados por internos, em certas ocasiões, o preso atenta contra a vida de outro preso, chegando a consumir o crime de homicídio.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no capítulo que trata da Administração Pública, impõe ao Estado a responsabilidade civil objetiva, que por sua vez, obriga o ente estatal a reparar os danos causados pela conduta de seus agentes ou daqueles que agem em seu nome sem o aferimento de dolo ou culpa.

Nesse diapasão, busca o presente trabalho verificar a possibilidade ou não de excluir a responsabilidade Civil do Estado quando um preso é vítima de homicídio cometido por outro preso no interior da própria unidade prisional. Nesse sentido, será analisado se o Estado teria o dever de reparação civil pelo fato exclusivo de terceiro.

Inicialmente, levanta-se a hipótese de que o fato exclusivo de terceiro, ou seja, quando a conduta do agente prisional em absolutamente nada concorre para a prática o ato ilícito em tela, exclui o dever de reparação por parte do Estado, visto que o preso não é agente do Estado e não age em seu nome, estando fora do rol trazido pela Carta Magna das pessoas pelas quais o Estado responde objetivamente.

Para tanto será tratada a Responsabilidade Civil Objetiva do Estado a partir da teoria da imputação. Serão também analisados os elementos necessários para a configuração da responsabilidade civil objetiva.

Em seguida, serão analisadas as excludentes da responsabilidade civil do Estado, expondo o fato exclusivo de terceiro dentro do contexto apresentado, ou seja, se pode ser considerado uma espécie excludente quando houver a custódia do Estado.

Por fim, serão expostos os entendimentos jurisprudenciais pertinentes ao caso concreto tratado, analisando casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça especificamente no período compreendido entre os anos de 2009 e 2014, e a devida análise crítica de como o tema vem sendo tratado.

Para tanto, será utilizado o método dedutivo, partindo do geral para o específico, ou seja, a análise partirá da própria responsabi-

lidade objetiva do Estado culminando na responsabilidade pela indenização no caso de morte do apenado, com o uso de bibliografia pátria e apoio da legislação e jurisprudência quando pertinentes.

1.1 AGENTES PÚBLICOS E A TEORIA DA IMPUTAÇÃO

Precipuamente, deve-se demonstrar de que maneira o Estado pratica seus atos e a natureza de sua responsabilidade frente a seus administrados quando da ocorrência de dano advindo das condutas praticadas por seus agentes.

Observa-se que no texto da Constituição da República Federativa do Brasil os vocábulos empregados para definir as pessoas pelas quais o Estado se responsabiliza civilmente são “agentes” e “nessa qualidade”.

Agente estatal, segundo definição encontrada na doutrina pátria, é aquele que é servidor público, funcionário de fato ou de caráter transitório, ou simplesmente aparenta agir em nome do Estado, não importando para sua caracterização quaisquer formas de ingresso na administração pública (CAVALIERI FILHO:2009:p.236).

O termo agente estatal deve ser entendido de forma ampla, englobando em si o sentido de agente público, o qual é subdividido nas seguintes classificações (DI PIETRO:2010:p.511): agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o poder público.

Os agentes políticos são aquelas pessoas que ocupam os cargos de mais elevado grau na administração pública. São aqueles que foram investidos para ocupar papéis de extrema relevância dentro da administração pública, como por exemplo, os chefes dos poderes executivos e seus auxiliares diretos.

Já os servidores públicos são aqueles que prestaram concurso público para ocupar cargos na administração pública e são regidos por seus estatutos. Encontram-se também nessa classificação os empregados públicos, os quais integram também os quadros da administração pública por meio de concurso, porém são regidos pela legislação trabalhista.

Os militares são aqueles integrantes das forças armadas, marinha, exército e aeronáutica, além de policiais militares e bombeiros militares dos estados e territórios, os quais se vinculam ao Estado por regime jurídico próprio, remunerados pelo erário público.

Particulares em colaboração com o poder público são pessoas físicas que desempenham atividade administrativa sem vínculo empregatício com o Estado, podendo ser remunerados ou não. São investidos por meio de delegação do poder público, requisição ou nomeação, ou como gestores de negócios.

Observa-se que o simples valer da condição de agente estatal, mesmo sob desígnios pessoais, traz o Estado consigo e o faz figurar na relação danosa e assim torna-se presente na órbita do evento danoso.

Para que fosse possível imputar ao Estado os atos lesivos cometidos por seus agentes, tornava-se necessário entender como seria possível atribuir à vontade estatal na exteriorização da atividade administrativa desempenhada pelo agente público. Diante desta demanda, a doutrina fez nascer a Teoria do Órgão.

A Teoria do Órgão, com inspiração na doutrina jurídica alemã (CARVALHO FILHO:2013:p.108), descreve que a manifestação do ente estatal deve ser atribuída aos órgãos que a compõe, sendo estes integrados por seus agentes, os quais fisicamente praticam as condutas administrativas.

Passada a discussão relativa à manifestação de vontade por parte do Estado quanto à prática de seus atos, surgia a necessidade de atribuir a responsabilidade da atuação dos órgãos pelos atos praticados pelos seus agentes.

A Teoria da Imputação, responsável por atribuir ao Ente estatal o ato praticado por seu agente, pode ser visualizada de forma clara e específica no próprio texto constitucional quando diz que as condutas que gerem danos praticados pelos agentes estatais deverão ser reparadas pelo Estado. Observa-se que quem pratica fisicamen-

te a conduta não é o Estado propriamente dito, e sim o seu agente, o qual se vincula a ele justamente pela relação de imputação.

Neste sentido, a Teoria da Imputação, baseada no Princípio da Imputação Volitiva, é o elemento que subordina a reparação indenizatória por parte do Estado pelas condutas praticadas por seus agentes. Tal assertiva é fundada no fato de que, embora pratique a conduta, o que moveu o agente foi a vontade do Estado.

1.2 ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A Constituição Brasileira de 1988, em contraponto a pensamentos anteriores, os quais apregoavam a irresponsabilidade do Estado, bem como a Teoria da Responsabilidade sem Culpa e a Teoria da Culpa Administrativa (CARVALHO FILHO:2013:p.551), estabelece que o Estado responderá pelos atos praticados por seus agentes, bem como por aqueles que agem em seu nome, independente de dolo ou culpa.

Quando há um dano em que o Estado figure de forma ativa ou deveria estar presente e se ausenta, basta ao terceiro lesado demonstrar o ato lícito ou ilícito gerador do dano e o nexos causal que os interliga (CARVALHO FILHO:2013:p.552), dispensando, desta forma, os elementos subjetivos supramencionados.

Sendo assim, serão analisados os pressupostos (CARVALHO FILHO:2013:p.552) ou requisitos necessários para configuração da responsabilidade objetiva do Estado, quais sejam, a conduta, dano e o nexos causal.

A responsabilidade estatal depende de uma conduta praticada pelo Estado, seja de forma ativa ou por uma inação. Importante salientar neste ponto que a conduta praticada pelo agente estatal possa ser atribuída ao Estado, ou seja, a simples consumação do dano na órbita de um administrado não é suficiente para que surja a responsabilidade objetiva do Estado (JUSTEN FILHO:2010:p.1247).

Ao serem analisadas as formas pelas quais o Estado, por meio de seus agentes, exterioriza sua vontade, são encontradas as seguintes classificações quanto à conduta: condutas comissivas, condutas omissivas próprias e condutas omissivas impróprias. Por ser considerada como elemento indispensável para a configuração da responsabilidade civil do Estado, deverá ser analisado cada uma de suas classificações.

As condutas comissivas estão ligadas diretamente a uma atitude ativa em dissonância com a lei por parte do agente, ocasionando situações danosas que incorrem na violação de direitos de terceiro. O agente público ao praticar tais condutas, estará agindo de forma reprovável, dispensando a necessidade do aprofundamento dos elementos formadores de sua vontade (JUSTEN FILHO:2010:p.1257).

Nas condutas omissivas próprias há um dever legal de ação por parte do agente, o qual não a cumpre. Como pode ser observado, há uma abstenção comportamental do Estado quando era exigido um dever de ação. Neste caso, a omissão consubstancia a responsabilização do Estado (JUSTEN FILHO:2010:p.1257).

Deve-se aqui apontar que a omissão do agente estatal só será relevante para fins de responsabilização civil se a abstenção de impedir a ocorrência do dano violar seu dever de agir (CARVALHO FILHO:2013:p.567).

Já nas omissões impróprias não existe mandamento algum impondo um comportamento a ser adotado pelo agente público. Neste caso, deverá ser percebido se ao omitir-se, o agente público deixou de praticar um ato que dele era esperado para que o evento danoso ao administrado fosse evitado (JUSTEN FILHO:2010:p.1257).

A análise entre as condutas omissivas torna-se extremamente relevante para a caracterização da responsabilidade do Estado no sentido de que nem toda omissão do Estado retrata um desleixo no cumprimento da atividade administrativa, e se assim for, não há como imputar ao Estado o dever de indenizar (CARVALHO FILHO:2013:p.567).

O segundo pressuposto ou requisito que deve ser analisado é a ocorrência do dano. Tal elemento é requisito primordial para qualquer ação em que se postule reparação indenizatória, sendo, portanto, elemento comum entre a responsabilidade subjetiva, regulada no direito civil, e a responsabilidade objetiva imposta ao Estado.

A atual Constituição da República, ao tratar do ato lesivo praticado pelos agentes estatais, usa o vocábulo “terceiro” para definir aqueles capazes de serem vítimas do evento danoso proveniente da atividade administrativa.

Depreende-se do texto constitucional que “terceiro” seria alguém que não faz parte da administração, alguém que não teria um vínculo contratual preexistente com o Estado. Portanto, o dano, para efeitos de responsabilidade objetiva, não poderia advir de um vínculo jurídico preexistente com o Estado (CAVALIERI FILHO:2009:p.239).

No entanto, tal definição, a qual nos diz que “terceiro” é alguém estranho à administração, não é unânime na doutrina pátria (CAVALIERI FILHO:2009:p.239), visto que, pode ser encontrado conceito mais abrangente para o vocábulo “terceiro”, o qual abarcaria tanto aqueles estranhos à administração quanto aquele que possuem um vínculo com o Estado preexistente.

Já o nexos de causalidade integra o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil (TARTUCE:2013:p.452), fazendo a ponte necessária entre circunstâncias causa e efeito da conduta praticada pelo agente público e o dano suportado pelo administrado.

A causa do dano experimentado pelo administrado deve ter sido advinda de um fato administrativo e este é um requisito expresso no próprio texto constitucional. Deve haver a fixação do nexos causal entre o dano produzido e a atividade funcional desempenhada pelo agente estatal (CARVALHO FILHO:2013:p.561).

Muito importante nesse ponto é frisar que o dano tenha sido causado por uma conduta praticada por um agente estatal ou por quem figure nesta qualidade. Se o resultado danoso é proveniente

exclusivamente do lesado, de terceiro ou da natureza, não há responsabilidade do Estado (JUSTEN FILHO:2010:p.1248).

Conforme já destacado, o nexó causal deve permanecer íntegro na relação danosa para que o Estado íntegro o pólo ativo. Se a causa não for responsável pelo efeito, não há como imputar ao Estado responsabilidade pelo evento danoso.

EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Conforme visto até o momento, a Constituição Brasileira de 1988 atribuiu ao Estado a responsabilidade objetiva, a qual tem por principal característica a dispensabilidade do aferimento do dolo ou da culpa para a imposição do dever de indenizar por parte do Estado.

No entanto, embora não haja o aferimento dos elementos subjetivos da conduta, há momentos em que o dano causado pelo agente do Estado não trará o dever de indenização para este, justamente por não haver o elemento subjetivo reprovável por parte do agente que desempenha a função de órgão estatal (JUSTEN FILHO:2010:p.1259).

Nesse sentido, não há que se falar em responsabilidade do Estado quando o dano causado por seu agente se originou de uma conduta justificada ou imposta pela legislação, ou se o dano não foi causado por pessoa a qual não representa corporeamente a vontade do Estado.

Sendo assim, verifica-se na doutrina a possibilidade de existência de elementos que possam retirar o Estado da relação jurídica a qual produziu um dano. Tais elementos são denominados como excludentes da responsabilidade civil do Estado.

As excludentes da responsabilidade civil do Estado são especificamente elencados e determinados na doutrina, sendo eles: culpa exclusiva da vítima; exercício de um regular direito; fato de terceiro, e ainda os casos fortuito ou força maior (JUSTEN FILHO:2010:p.1259).

Na culpa foi exclusiva da vítima não há que se falar em indenização por parte do Estado. Se houver concorrência para o evento danoso a indenização será medida de forma proporcional à participação do Estado no evento (JUSTEN FILHO:2010:p.1259).

A responsabilidade objetiva por parte do Estado adotada pela vigente Constituição Brasileira não tem o condão de responsabilizar o Estado por tudo aquilo que ocorre na esfera social e, para configuração da responsabilidade estatal, sempre é necessária a análise do comportamento do lesado (CARVALHO FILHO:2013:p.562), evitando, assim, absurdos e arbitrariedades quando se falar em responsabilidade do Estado.

O uso de um regular direito se materializa como excludente da responsabilidade do Estado quando o agente na sua atuação pertinente ao desenvolvimento da atividade administrativa observa todos os limites e deveres inerentes a sua função estatal, podendo ocasionar um dano, o qual, neste caso, não poderá ser atribuído ao Estado devido ao fato da conduta praticada pelo agente ser justificada pela legislação (JUSTEN FILHO:2010:p.1261).

Majoritariamente, a doutrina não faz distinção entre o caso fortuito e a força maior, classificando-os como fatos imprevisíveis advindos de fenômenos da natureza (CARVALHO FILHO:2013:p.564). No entanto, há entendimento que relaciona o caso fortuito com uma atividade humana e, devido a este fato, não haveria a exclusão da responsabilidade do Estado.

De modo geral, verifica-se na doutrina que, não havendo participação ativa ou omissiva do Estado, o caso fortuito e força maior são considerados excludentes da responsabilidade do Estado, sendo classificados como forças do acaso (CARVALHO FILHO:2013:p.564) e, sendo assim, são idênticos em exteriorização e quanto aos seus efeitos.

A última causa de exclusão da responsabilidade do Estado a ser analisada é o fato exclusivo de terceiro, ou seja, aqueles fatos que são provocados exclusivamente por pessoas totalmente es-

tranhas à administração pública que venham a gerar danos aos demais administrados.

2.2 O FATO DE TERCEIRO

A condição de agente estatal é o que vincula o Estado ao evento danoso, sendo o fator que torna possível a imputação da vontade do Estado eivada na conduta praticada fisicamente por aquele que age em seu nome (MEIRELLES:2010:p.705).

Verifica-se na doutrina, que assim como as demais causas de exclusão da responsabilidade do Estado, o fato de terceiro causaria um rompimento no nexo de causalidade entre a ação estatal e o dano (ARAGÃO:2013:p.593), fazendo com que a responsabilidade do Estado não ocorra justamente pela falta da relação de causa e efeito.

Como também observado nas demais excludentes de responsabilidade do Estado, no fato de terceiro há de se aferir se o dano causado não teve, de alguma forma, a contribuição ou participação em concorrência a uma omissão do Estado em evitar que a relação danosa se consumasse.

Se o Estado não mediu os esforços possíveis e necessários para a não ocorrência do dano, ou o dano era inevitável, o Estado exime-se de sua responsabilidade de indenizar (MELLO:2007:p.999) pela falta do nexo causal, como já visto, pressuposto indispensável para a configuração da responsabilidade do Poder Público.

Diante disso, se pode inferir que a vontade manifestada pelo Poder Constituinte Originário se dirige apenas a adotar a Teoria do Risco Administrativo, a qual será analisada adiante, frente a uma ação ou omissão dos agentes estatais, não responsabilizando de forma objetiva o Estado por atos predatórios praticados por terceiros (MELLO:2007:p.999).

Se assim não o fosse, toda conduta predatória praticada por um administrado em locais de uso comum deveria ser objeto de indenização por parte do Estado. Tal raciocínio levaria a situações verdadeiramente escabrosas, pois seria imputada ao Estado a res-

ponsabilidade por danos totalmente imprevisíveis ao poder de ação da Administração Pública.

Pode-se citar o exemplo de um roubo em via pública. Se o criminoso, mesmo com todos os esforços empregados pelo Estado em proporcionar um policiamento ostensivo de qualidade a fim de evitar crimes em determinada região, consegue o êxito em sua atividade delituosa, seria gerado o dever de indenização frente ao poder público por este não ter conseguido garantir o anseio da sociedade.

Nota-se que neste caso apresentado, não haveria a concorrência em omissão do Estado para o evento delituoso, pois foram empregados os meios possíveis para o bom desempenho da atividade administrativa. Portanto, pelo fato do Estado, mesmo que quisesse, não ser onipresente, o roubo, nestas circunstâncias, torna-se um fato inevitável.

Diferente seria se no mesmo exemplo, sabendo que determinada região está sendo assombrada por diversos casos de assalto, a segurança pública se furtasse de despender policiamento adequado. Neste caso sim haveria uma omissão relevante do órgão público responsável pelo policiamento, podendo ensejar a responsabilização da administração.

Conforme evidenciado, quando um dano ocorrer por um fato exclusivo de terceiro, a Teoria do Risco Administrativo não é tida como uma solução imediatamente aplicável, devendo-se adotar a responsabilidade civil subjetiva, o que comprova que tal teoria não foi completamente banida do ordenamento jurídico pátrio (CAVALIERI FILHO:2010:p.255) quando tratar de responsabilidade do Estado.

Dentro desta sistemática, toda conduta antijurídica praticada por administrado que gere dano, onde não há violação do dever de diligência do Estado, não seria viável ou aplicável a ele a imputação do dever de indenizar (JUSTEN FILHO:2010:p.1260).

A possibilidade da responsabilidade civil subjetiva do Estado ainda existe nos fatos praticados por terceiros e fenômenos da natureza, buscando objetivar se a administração se responsabilizará

com base na culpa anônima ou na falta de serviço, seja pelo fato do serviço estatal não ter funcionado ou pelo menos não ter funcionado de maneira adequada (CARVALHO FILHO:2013:p.567).

Não sendo possível a aplicação da responsabilidade civil objetiva, a fim de analisar o dever de indenizar por parte do Estado, deve ser lançada mão da responsabilidade civil subjetiva, avaliando o elemento subjetivo culpa, negligência, imprudência ou imperícia, para a confirmação ou não da responsabilidade do Estado(CAVALLIERI FILHO:2010:p.255).

Pode ser observado que o fato de terceiro é tratado por autores na doutrina pátria (CARVALHO FILHO:2013:p.567) como um evento semelhante a um instituto aplicado aos fatos imprevisíveis no tocante a configuração da responsabilidade civil da Administração Pública.

Destarte, somente diante da constatação de uma omissão do Estado diante de um fato praticado por terceiro é que se pode pensar em dever de indenização por parte da Administração Pública, verificando-se, assim, a possibilidade da imputação e a aplicabilidade do dever indenizatório.

Diante dos posicionamentos encontrados na atual doutrina jurídica brasileira, evidencia-se que quanto ocorrer uma das causas de exclusão da responsabilidade civil do Estado, para fins de efeitos indenizatórios, deverá ser feita a prova de culpa para que haja indenização por parte da Administração Pública frente ao caso concreto (MEIRELLES:2010:p.705).

Vislumbra-se também que tal exigência, prova de culpa, em nada fere o princípio objetivo sem culpa determinado pela atual Constituição Brasileira vigente, pois o mandamento constitucional só abrange tal regra para os casos determinados sobre a atuação funcional dos agentes públicos, e não nos atos de terceiros e nos eventos próprios da natureza.

CUSTÓDIA, O RISCO ADMINISTRATIVO E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Compete ao Estado aos seus agentes penitenciários o dever de vigilância e de proteção aos presos, zelando pelo cumprimento dos direitos e deveres a eles inerentes pois a custódia, por sua própria definição gramatical, é a ação de guardar, vigiar e proteger algo ou alguém, tarefas estas atribuídas de forma específica pela legislação vigente ao Estado.

Havendo uma falha neste dever especial de diligência imprescindível ao cumprimento do dever de custodiar, verificada pela atuação estatal desidiosa, descuidada, displicente, restará a devida imputação da responsabilidade ao Estado pelo evento danoso, pois sua conduta foi claramente ilícita (JUSTEN FILHO:2010:p1253).

Portanto, presume-se que a ocorrência de um dano a uma pessoa que esteja sob a custódia do Estado tenha sido advinda de sua conduta omissiva, justamente por este ter falhado ao empregar as cautelas necessárias exigidas pela vigilância, contudo, tal hipótese, vigilância, deverá ser observada como elemento objetivo que deve caracterizar a omissão.

Tal afirmativa se fundamenta no fato de que não se pode imputar a toda conduta omissiva um comportamento de desleixo por parte do Estado, sendo este somente responsável quando da omissão diante de um dever legal de impedir a ocorrência de um dano (CARVALHO FILHO:2013:p.567), e para que impeça é preciso, de forma lógica, que as diligências inerentes à custódia possam evitar o dano, sob pena de ser adotada indevidamente a Teoria do Risco Integral.

O dever de custodiar exercido pelo Estado traz em seu bojo o dever de zelar pela integridade física das pessoas as quais estejam sob sua responsabilidade e, assim, é indissociável o risco assumido pelo Estado que alguém atente contra tal dever, como na hipótese de que algum preso consiga burlar a vigilância empregada e cause danos a terceiros ao fugir da unidade prisional.

Destaca-se que as pessoas só são submetidas ao encarceramento quando praticam uma conduta reprovável suficiente o bastante para retirá-las do seio da sociedade. Este fato, por si só, atribui a estas pessoas variados graus de periculosidade, oferecendo risco à incolumidade pública.

Por estes motivos expostos, ou seja, pela própria atividade administrativa de custodiar pessoas que não têm o direito de conviver em sociedade gerar risco tanto para os próprios presos quanto para a coletividade em geral, a doutrina jurídica pátria atribui à atividade administrativa de custodiar, a Teoria do Risco Administrativo (CAVALIERI FILHO:2010:p.251).

A Teoria do Risco Administrativo determina que certas atividades administrativas trazem em sua própria natureza um risco quando de seu desenvolvimento. Não obstante, o Estado ao desenvolver essas atividades cria um risco (ARAGÃO:2013:p.589) que pode ser experimentado pelos administrados, seja pelo desenvolvimento normal ou anormal da própria atividade (CAVALIERI FILHO:2010:p.233).

Importante mencionar que a Teoria do Risco Administrativo admite a contraprova que cause a exclusão de responsabilidade (CAVALIERI FILHO:2010:p.647). A admissão da prova que possa excluir ou atenuar responsabilidade do Estado é uma característica relevante da Teoria do Risco Administrativo na medida em que a diferencia da Teoria do Risco Integral.

No entanto, para que haja a responsabilidade do Estado quando de um dano advindo da atividade de custodiar, será necessário verificar se houve uma falha do dever específico de diligência, pois deverá ser analisado se o evento danoso poderia ser evitado com o emprego das devidas cautelas inerentes à custódia.

Importante mencionar que a responsabilidade objetiva exclui apenas os elementos subjetivos e não propriamente conduta, sendo assim, para a confirmação da responsabilidade do Estado, deverá

ser analisado o caso concreto a fim de apurar se o Estado agiu ou deixou de agir quando deveria e poderia evitar o dano.

ANÁLISE DE CASOS JURISPRUDENCIAIS

Faz-se necessária a verificação de como a Teoria do Risco Administrativo vem sendo aplicada na prática pelo Superior Tribunal de Justiça desde o ano de 2009, sendo apresentado três casos concretos que tiveram a morte de um preso por outro apenado como objeto de julgamento por estas cortes, ficando claro a orientação pacificada de que a morte em unidade prisional impõe a Responsabilidade Objetiva do Estado, sem que se fosse citada a possibilidade de sua exclusão.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2ª turma, AGRG no RESP nº 1325255 / MS. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL2012/0106907-8, Relator: MAURO CAMPBELL MARQUES, Data do julgamento :11.6.2013.

1. No que tange à presença dos requisitos exigidos para a configuração da responsabilidade civil do Estado no caso em concreto, o Tribunal a quo consignou expressamente que o detento, à época de sua morte, estava encarcerado à época do evento danoso (ou seja, sob a custódia penal do Estado). Assim, não há como afastar a prática de ato ilícito pelo ente estatal, bem como os demais requisitos necessários para a responsabilidade civil.

(...)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2ª turma, AGRG no RESP nº 492804 / PE, AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2014/0066463-5. Relator : Ministra ASSUSETE MARGALHÃES, Data do julgamento: 18.9.2014.

I. Não há como afastar a incidência da Súmula 7/STJ, porquanto o Tribunal a quo, com base nas provas dos autos, reconheceu a Presença dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil do Estado, o que impede a análise do tema, por esta Corte, na via do Recurso Especial. Precedentes do STJ.

II. Esta Corte já se posicionou no sentido de que o Estado possui responsabilidade objetiva, no casos de morte de detento, custodiado em unidade prisional.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2ª turma, AGRG no RESP nº 1305259 / SC EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2012/0034508-6. Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. Data do julgamento: 15.08.2013

1. Nos termos consignado pelo acórdão ora embargado, foi reconhecida a presença dos requisitos necessários para a responsabilização objetiva do ente público ora embargante tendo em vista a ocorrência de suicídio de detento em unidade prisional. Não obstante, houve omissão no que tange à presença ou não, no caso em concreto, de nexos de causalidade entre suposta ação/omissão estatal que teria resultado a morte de detento em virtude de ato por ele mesmo praticado (suicídio).

2. Embora no acórdão recorrido tenha sido afirmada a culpa exclusiva da vítima - e assim afastado o nexos de causalidade - é de se ressaltar que, no caso em concreto, a relação que deve ser estabelecida é entre o fato de ele estar preso sob a custódia do Estado. Conforme muito bem ressaltado pela Exmo. Senhor Ministro TEORI ALBINO

ZAVASCKI em seu voto relativo ao recurso especial nº 847.687/GO, “o Estado tem o dever de proteger os detentos, inclusive contra si mesmos. Não se justifica que tenha tido acesso a meios aptos a praticar um atentado contra sua própria vida. Os estabelecimentos carcerários são, de modo geral, feitos para impedir esse tipo de evento. Se o Estado não consegue impedir o evento, ele é o responsável.”

CONCLUSÃO

O presente estudo buscou analisar a imputação ou não da responsabilidade civil do Estado em razão da ocorrência de um homicídio no interior de unidade prisional quando autor e vítimas são presos do sistema penitenciário. Inicialmente, a hipótese levantada foi de que o fato de terceiro poderia excluir a responsabilidade da Administração diante do caso concreto.

A atividade de custodiar presos é considerada um serviço público, devendo garantir a devida proteção aos encarcerados, zelando por suas integridades física e moral, além de propiciar os meios necessários para sua inserção na sociedade ao final do cumprimento de sua pena.

Observou-se que a doutrina jurídica brasileira entende que a atividade de custódia exercida pelo Estado é dotada de risco, mesmo quando praticada de forma normal e, por esse motivo, adotou a Teoria do Risco Administrativo quando do desenvolvimento de tal atividade estatal.

Diante de sua natureza arriscada, a responsabilidade estatal quando do exercício da custódia é objetiva, ou seja, os elementos subjetivos da conduta são considerados como requisitos para o seu dever de indenizar. Neste sentido, para que haja a configuração de sua responsabilidade basta a comprovação da conduta, dano e o nexo causal.

Sendo assim, o Estado pode praticar suas condutas de forma comissiva, ação em dissonância ao mandamento legal, omissiva, deixa de agir quando era exigido, ou ainda de forma omissiva imprópria, quando não há mandamento que exija determinada ação.

Observou-se ainda que a responsabilidade objetiva admite causas de exclusão de responsabilidade, quais sejam, culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou força maior. Tais causas podem excluir totalmente a responsabilidade do Estado ou atenuá-la em razão da possível concorrência do Estado no evento danoso.

Contudo, ao analisar a jurisprudência no Tribunal Superior de Justiça, verificou-se a inadmissibilidade da alegação do fato de terceiro em razão de morte de preso cometida por outro preso no interior de estabelecimento prisional administrado pelo Estado.

Tais Tribunais não levam em consideração em seus julgamentos se a conduta ilícita não foi praticada por agente público, ou se haveria meios de impedir o atentado a vida do preso. Fundamentam-se no fato de entenderem que a morte em unidade prisional ocorre em virtude de falha na prestação do serviço de custodiar.

Sendo assim, não foi vislumbrada a possibilidade de que alguma causa de exclusão da responsabilidade exima o Estado do dever de indenizar, entendendo que o dano dentro de uma relação de custódia configura o nexo causal e enseja a responsabilidade objetiva fundamentada na Teoria do Risco Administrativo.

De tal sorte, não foi observado que a alegação do dano ter ocorrido mesmo em face da adoção das cautelas inerentes a custódia tenha prosperado, devido ao entendimento de que apenas pelo fato do dano ter ocorrido em ambiente prisional gera a responsabilidade Estatal, em que pese a Teoria do Risco admitir a contraprova, conforme demonstrado na doutrina.

Diante de todo o exposto, a hipótese de que o fato de terceiro poderia excluir a responsabilidade do Estado quando do homicídio intramuros provocado por preso não se confirma na prática, visto que o fato de terceiro não exclui o nexo causal e imputa ao Estado o dever de indenizar.

Em que pese a orientação do STJ, deve-se anotar que a responsabilidade objetiva exclui apenas os elementos subjetivos da con-

duta em relação ao risco de custodiar, não a conduta em si, que ora possa ser ineficaz diante da imprevisibilidade do dano.

FINANÇAS, TRIBUTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO

REPATRIAÇÃO DE CAPITAIS: A REAL SOLUÇÃO PARA O PROBLEMA DA SONEGAÇÃO FISCAL?

Ivinna Nunes de Sousa¹²⁷

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Indiscutivelmente, a crise mundial de 2009 aumentou o desejo por informações na medida em que a escassez de recursos despertou a curiosidade dos fiscos de diversos países sobre as estruturas internacionais de planejamentos tributários, constituídos por estruturas em que empresas ou até mesmo pessoas físicas passavam a buscar residência em países com tributação favorecida para diminuir a sua carga tributária.

O escoamento de capitais somado a crise que esses países enfrentavam resultou em discussões governamentais com fim de reaver esses recursos “perdidos”, desta feita, inúmeras leis de transparência fiscal foram estabelecidas em todos os continentes. A Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) tem estimulado a adoção de programas de regularização voluntária como etapa fundamental para que se atinja um ambiente internacional de conformidade fiscal.

Diversos países já adotaram ou mantêm programas de regularização voluntária. O Brasil necessitando atender às recomendações da Organização para ser um dos membros do compartilhamento de informações, fora convidado a instituir um programa de anistia aos

127. Mestranda em Direito Privado pela Faculdade Sete de Setembro. Graduada em Direito pela Faculdade Sete de Setembro (FA7). E-mail: ivinnanunes@hotmail.com

brasileiros. Promulgada em 13 de janeiro de 2016, a Lei nº 13.254 institui o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) para anistiar tributos e crimes relativos à manutenção de ativos não declarados no exterior.

Pretende-se por meio de artigos, publicações da indústria especializada, bem como notícias da imprensa escrita que tenha relação com o tema, observar o cenário mundial, bem como, destacar alguns pontos relevantes e até mesmo controversos da chamada “Lei de Repatriação de Capitais”, afim de tentar responder à questão central: Seria a referida lei a saída para o fim da sonegação fiscal no país?

1. O MOVIMENTO MUNDIAL NO COMBATE A EVASÃO FISCAL

Para servir de modelo aos outros países, logo no ano de 2010 os Estados Unidos, de forma precursora, adotaram a *Hiring Incentives to Restore Employment Act* (HIRE) na qual consistia no conjunto de iniciativas para incentivar a criação de empregos no país. O *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) foi uma das medidas inclusas, entrando em vigor em 1º de julho de 2014 e tendo como objetivo aumentar a transparência e evitar a evasão fiscal, identificando contas financeiras de cidadãos americanos mantidas fora do país, por meio da troca de informações com outros países.

Importante ressaltar que todas as instituições financeiras, em todo o mundo, estão sujeitas à lei americana do FATCA, sob pena de serem tarifadas em 30% nas operações efetuadas com instituições em solo americano. O governo brasileiro é assinante do acordo de cooperação intergovernamental com o governo americano tendo que a cada ano trocar informações sobre os titulares de conta, sendo a Receita Federal o “captor” dessas informações.

O Congresso Nacional aprovou a adesão ao FATCA pelo Decreto Legislativo nº 146, de 26 de junho de 2015, cujo acordo fora pactuado em 23 de setembro de 2014, e, após a adesão formal, viu-se

regulamentado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, no dia 03 de julho, pela Instrução Normativa nº 1571/2015.

Neste cenário e motivado pelo FATCA, a cúpula do grupo dos 20, o G20, do qual o Brasil faz parte, adotou como medida buscar na OCDE informações sobre a chamada erosão tributária (“*Base Erosion*”). Consequentemente, esta iniciativa do G-20 deu início ao *base erosion and profit shifting (BEPS)*, sigla em inglês para Erosão da Base e Transferência de Lucros, que constitui em um plano de ação (“*action*”). Tendo este, na verdade, quinze ações.

Sobre o assunto Barreno *et al.* (p.4, 2015) versa:

El citado Plan de Acción incluía 15 medidas cuyo desarrollo debía permitir combatir el problema de la evasión fiscal, las prácticas fiscales perjudiciales y la planificación fiscal agresiva por parte de las empresas multinacionales. Dichas medidas o Acciones eran:

Acción 1: hacer frente a los desafíos fiscales que plantea la economía digital

Acción 2: neutralizar los efectos de los dispositivos híbridos

Acción 3: reforzar las normas sobre transparencia fiscal internacional

Acción 4: limitar la erosión de la base imponible vía deducción de intereses y otros pagos financieros

Acción 5: incrementar la eficiencia de las medidas para contrarrestar las prácticas fiscales perjudiciales, teniendo cuenta la transparencia y la sustantividad

Acción 6: impedir el abuso de los convenios para evitar la doble imposición (CDI)

Acción 7: impedir la evitación deliberada de la condición de establecimiento permanente

Acciones 8 a 10: garantizar que los resultados en materia de precios de transferencia tengan correspondencia con la creación de valor (lo que incluye medidas relativas a intangibles, riesgos y capital, y otras operaciones de alto riesgo)

Acción 11: establecer métodos para la recopilación y análisis de datos sobre erosión de la base imponible, traslado de beneficios y medidas para abordar esta cuestión

Acción 12: requerir a los contribuyentes que comuniquen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva

Acción 13: nuevo análisis de la documentación sobre precios de transferencia

Acción 14: hacer más efectivos los mecanismos para la resolución de controversias (procedimientos amistosos)

Acción 15: desarrollar un instrumento multilateral para la aplicación de las medidas desarrolladas.

A efetividade do BEPS no que se refere a troca de informações está previsto para ocorrer em dois momentos distintos: inicialmente em setembro de 2017 e depois em setembro de 2018. Referidas informações serão prestadas inicialmente aos fiscos locais e esses repassarão as informações aos fiscos estrangeiros.

O Projeto BEPS retoma e fortalece muitas das definições e dos objetivos antes explícitos no relatório do ano de 1998 da OCDE sobre Práticas Tributárias Nocivas, chamado *harmful tax competition, an emerging global issue* que define bases para identificação das denominadas *Harmful Tax Practices*.

É indubitosa a importância da medida. Baseia-se no *dever de transparência* e chega como parte do novo paradigma de “Fisco Global”, nos esforços de implementação do Programa *Base Erosion and Profit Shifting* – BEPS, da OCDE, especialmente quanto ao Pla-

no de Ação 12 (*Mandatory Disclosure Rules* – obrigação para que os contribuintes revelem seus esquemas de planejamento tributário agressivo). (TORRES, *online*, 2015)

Nas palavras da Comissão ao Parlamento Europeu e conselho sobre a transparência fiscal para combater a evasão e a elisão fiscais (*online*, 2015):

A UE tem dado provas constantes de liderança na boa governação das questões fiscais e, durante muitos anos, promoveu princípios neste domínio, que começam agora a ganhar terreno em todo o mundo. A dinâmica recente e sem precedentes por detrás da luta contra a evasão e a elisão fiscais foi em grande medida impulsionada por uma exigência pública de tributação equitativa num período difícil. Este novo impulso para garantir que todos pagam a sua quota-parte está a produzir resultados significativos, a nível da UE e a nível internacional. A UE participou ativamente nos trabalhos do grupo OCDE/G20 para rever as normas de transparência e combater as práticas fiscais abusivas em todo o mundo. Espera-se que o projeto BEPS, que deverá ficar concluído em 2015, conduza a uma reforma de fundo do ambiente fiscal mundial, tornando-o bastante mais hostil no futuro para os responsáveis pela evasão fiscal e pelo planeamento de práticas fiscais agressivas.

Ainda segundo a Comissão (*online*, 2015):

Desde 1997 que os Estados-Membros se têm empenhado politicamente em respeitar princípios de concorrência leal em matéria fiscal, no âmbito do Código de Conduta no domínio da Fiscalidade

dade das Empresas. Têm trabalhado em conjunto no Grupo do Código de Conduta para examinar os regimes de tributação e tentar salvaguardar os princípios da boa governação em matéria fiscal no mercado interno. Embora o referido código, politicamente apoiado pelos Estados-Membros, não seja juridicamente vinculativo, tem sido bem-sucedido na eliminação de um certo número de práticas fiscais prejudiciais ao longo dos anos.

Em 2012, a Comissão apresentou um plano de ação com mais de 30 medidas para combater a fraude e a evasão fiscais. Muitas dessas medidas visavam especificamente reforçar a transparência fiscal e a troca de informações. Verificaram-se progressos importantes na aplicação destas medidas, encontrando-se algumas iniciativas-chave já concluídas.

Surge, assim, o mais novo paradigma do Direito Tributário, o “Fisco Global”, pelo rompimento com a dogmática tradicional da soberania, ao se autorizar a realização de fiscalizações, notificações ou cobrança do crédito tributário em estados estrangeiros.

Devido ao aumento da atividade econômica em escala mundial, a expansão da complexidade das legislações fiscais nacionais, problemas políticos ou de ordem econômica, incrementaram-se os fenômenos de evasão e de planejamentos internacionais agressivos, afóra a chamada “concorrência fiscal danosa”. (TORRES, *online*, 2015)

Conclui-se que muito tem-se feito e muito tem-se a fazer e a despeito dos progressos já alcançados, são necessárias novas medidas a nível mundial, tendo em conta a amplitude da evasão fiscal, as lacunas contumazes em termos de transparência e cooperação, a complexidade dos sistemas fiscais e a sofisticação das práticas de planeamento fiscal agressivo.

O Brasil, já assinante de vários acordos e tratados sobre transparência fiscal, acompanha todo o movimento mundial de progresso na recuperação da economia global, encontrando-se agora em um momento importante, onde toda a atenção recai-se na lei de repatriação de capitais.

2. A LEI 13.254/16: O REGIME ESPECIAL DE REGULARIZAÇÃO CAMBIAL

O Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), previsto na Lei nº 13.254/16 e regulamentado na Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1.627/16 busca permitir aos contribuintes a declaração voluntária de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos ou mantidos no exterior ou repatriados por residentes e domiciliados no País.

Desta forma, constata-se que o programa instituído pela Lei 13.254/16 não é uma “liberalidade” do governo brasileiro, mas sim uma medida proposta pela OCDE e embasada no “*Offshore Voluntary Disclosure Programmes*”, que orienta os Estados membros a criarem uma fenda momentânea para que os seus contribuintes regularizem sua situação fiscal, diante de um futuro cenário de troca mundial de informações.

A adesão ocorrerá através da apresentação da Declaração de Regularização Cambial e Tributária (DERCAT) e posterior pagamento integral do imposto sobre a renda à alíquota de 15% (quinze por cento) incidente sobre o valor total em real dos recursos objeto de regularização e do pagamento integral da multa de regularização em percentual de 100% (cem por cento) do imposto sobre a renda apurado.

Destarte, para fins do RERCT, os valores apresentados na DERCAT constituirão acréscimo patrimonial do declarante, pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no País em 31 de dezembro de 2014, conforme versa o artigo 1º da referida lei:

Art. 1º É instituído o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), para declaração voluntária de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados com omissão ou incorreção em relação a dados essenciais, remetidos ou mantidos no exterior, ou repatriados por residentes ou domiciliados no País, conforme a legislação cambial ou tributária, nos termos e condições desta Lei.

§ 1º O RERCT aplica-se aos residentes ou domiciliados no País em 31 de dezembro de 2014 que tenham sido ou ainda sejam proprietários ou titulares de ativos, bens ou direitos em períodos anteriores a 31 de dezembro de 2014, ainda que, nessa data, não possuam saldo de recursos ou título de propriedade de bens e direitos. (Grifo nosso)

§ 2º Os efeitos desta Lei serão aplicados aos titulares de direito ou de fato que, voluntariamente, declararem ou retificarem a declaração incorreta referente a recursos, bens ou direitos, acompanhados de documentos e informações sobre sua identificação, titularidade ou destinação.

§ 3º O RERCT aplica-se também aos não residentes no momento da publicação desta Lei, desde que residentes ou domiciliados no País conforme a legislação tributária em 31 de dezembro de 2014. (Grifo nosso)

§ 4º Os efeitos desta Lei serão aplicados também ao espólio cuja sucessão esteja aberta em 31 de dezembro de 2014.

§ 5º Esta Lei não se aplica aos sujeitos que tiverem sido condenados em ação penal:

I - (VETADO); e

II - cujo objeto seja um dos crimes listados no § 1º do art. 5º, ainda que se refira aos recursos, bens ou direitos a serem regularizados pelo RERCT.

O artigo 3.º da norma aduz:

Art. 3º O RERCT aplica-se a todos os recursos, bens ou direitos de origem lícita de residentes ou domiciliados no País até 31 de dezembro de 2014, incluindo movimentações anteriormente existentes, remetidos ou mantidos no exterior, bem como aos que tenham sido transferidos para o País, em qualquer caso, e que não tenham sido declarados ou tenham sido declarados com omissão ou incorreção em relação a dados essenciais, como:

I - depósitos bancários, certificados de depósitos, cotas de fundos de investimento, instrumentos financeiros, apólices de seguro, certificados de investimento ou operações de capitalização, depósitos em cartões de crédito, fundos de aposentadoria ou pensão;

II - operação de empréstimo com pessoa física ou jurídica; III - recursos, bens ou direitos de qualquer natureza, decorrentes de operações de câmbio ilegítimas ou não autorizadas;

IV - recursos, bens ou direitos de qualquer natureza, integralizados em empresas estrangeiras sob a forma de ações, integralização de capital, contribuição de capital ou qualquer outra forma de participação societária ou direito de participação no capital de pessoas jurídicas com ou sem personalidade jurídica;

V - ativos intangíveis disponíveis no exterior de qualquer natureza, como marcas, copyright, software, know-how, patentes e todo e qualquer direito submetido ao regime de royalties;

VI - bens imóveis em geral ou ativos que representem direitos sobre bens imóveis;

VII - veículos, aeronaves, embarcações e demais bens móveis sujeitos a registro em geral, ainda que em alienação fiduciária;

VIII - (VETADO); e

IX - (VETADO).

Enquadra-se na lei àquele proprietário/ titular de ativos, bens e direitos em períodos anteriores a 31 de dezembro de 2014, ainda que na data não possuam saldo de recursos, ou título de propriedade de bens e direitos.

Outro aspecto da lei de suma importância é relativo a licitude ou ilicitude das atividades pelas quais fora adquirido o capital. Nesse caso, somente bens e direitos de origem lícita, entendidos como aqueles adquiridos com recursos oriundos de atividades permitidas ou não proibidas pela lei, bem como o objeto, o produto ou o proveito dos crimes anistiados pela lei.

Assim como destaca o artigo 5º:

Art. 5º A adesão ao programa dar-se-á mediante entrega da declaração dos recursos, bens e direitos sujeitos à regularização prevista no **caput** do art. 4º e pagamento integral do imposto previsto no art. 6º e da multa prevista no art. 8º desta Lei.

§ 1º O cumprimento das condições previstas no **caput** antes de decisão criminal, em relação aos bens a serem regularizados, extinguirá a punibilidade dos crimes previstos:

I - no art. 1º e nos incisos I, II e V do art. 2o da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990;

II - na Lei no 4.729, de 14 de julho de 1965;

III - no art. 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - nos seguintes arts. do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), quando esaurida sua potencialidade lesiva com a prática dos crimes previstos nos incisos I a III:

a) 297;

b) 298;

c) 299;

d) 304;

V - (VETADO);

VI - no caput e no parágrafo único do art. 22 da Lei no 7.492, de 16 de junho de 1986;

VII - no art. 1o da Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, quando o objeto do crime for bem, direito ou valor proveniente, direta ou indiretamente, dos crimes previstos nos incisos I a VI;

VIII - (VETADO).

§ 2º A extinção da punibilidade a que se refere o § 1º:

I - (VETADO);

II - somente ocorrerá se o cumprimento das condições se der antes do trânsito em julgado da decisão criminal condenatória;

III - produzirá, em relação à administração pública, a extinção de todas as obrigações de natureza cambial ou financeira, principais ou acessórias, inclusive as meramente formais, que pudessem ser exigíveis em relação aos bens e direitos declarados, ressalvadas as previstas nesta Lei.

§ 3º (VETADO).

§ 4º (VETADO).

§ 5º Na hipótese dos incisos V e VI do § 1º, a extinção da punibilidade será restrita aos casos em que os recursos utilizados na operação de câmbio não autorizada, as divisas ou moedas saídas do País sem autorização legal ou os depósitos mantidos no exterior e não declarados à repartição federal competente possuírem origem lícita ou forem provenientes, direta ou indiretamente, de quaisquer dos crimes previstos nos incisos I, II, III, VII ou VIII do § 1º.

Sobre essa licitude, Heleno Tôrres (p.2, 2015) argumenta:

O presente projeto tem por objetivo regularizar apenas as divisas com origem lícita, que são aquelas que permitam identificação do titular e dos bens ou valores, mediante extinção da pretensão punitiva em relação aos crimes de evasão de divisas e tributários, com extensão à lavagem de dinheiro apenas quanto a estes delitos, com prazo de duração previamente definido. Para todos os demais casos excluídos do alcance desta Lei, não há qualquer repercussão ou anistia, cabendo às autoridades prosseguirem em seus esforços de identificação e localização dos ativos não declarados de origem ilícita.

É válido lembrar que a manutenção de valores não declarados/irregulares no exterior pode configurar Crimes Contra a Ordem Tributária, Lei [8.137/90](#), com penas que variam de 6 (seis) meses a 5 (cinco) anos e multa, Sonegação Fiscal, com pena que pode variar de 6 meses a dois anos de detenção, dentre outros.

O principal benefício em aderir ao RERCT é a extinção da punibilidade de todas as condutas criminosas relacionadas com sonegação fiscal e falsificações relacionadas a ilícitos fiscais dos ativos objeto da regularização em questão e, principalmente, do chamado crime de evasão de divisas, cuja pena é a privação da liberdade do indivíduo em vista de sua detenção em unidade penal.

Esse amplo programa de anistia fiscal consistirá em diversos passos, sendo alguns deles o da extinção das obrigações do declarante de natureza cambial ou financeira; o perdão (Remissão) de créditos tributários e redução de 100% das multas de mora, de ofício ou isoladas e dos encargos legais diretamente relacionados a esses bens; a exclusão da multa pela não entrega completa e tempestiva da declaração de capitais brasileiros no exterior ao Banco Central do Brasil; a extinção da punibilidade de diversos crimes, principalmente aqueles de natureza tributária ou previdenciária, bem como de evasão de divisas e de lavagem de dinheiro (quando a lavagem estiver relacionada aos demais crimes anistiados).

Faz mister ressaltar que deverá ocorrer um procedimento para cada uma das pessoas físicas, visto que a adesão ao Regime é individual, ainda que de uma mesma família. Desta maneira, para o caso em que várias pessoas forem correntistas solidários de uma mesma conta corrente, por exemplo, cada uma delas fará referido procedimento.

Nesse sentido e com base nas regras gerais tributárias e cambiais vigentes, o contribuinte, antes do RERCT, até conseguiria regularizar espontaneamente sua situação perante ao Fisco e ao Banco Central no país. Para tanto teria que retificar suas obrigações acessórias fiscais e cambiais, desde que pagasse o imposto de renda e acréscimos legais sobre os rendimentos e ganhos de capital gerados pelos ativos externos, relativamente apenas ao período de sua geração e que ainda não tivessem sido atingidos pela decadência de cinco anos prevista no Código Tributário Nacional.

Todavia, tais pagamentos e retificações, de acordo com as regras gerais tributárias e cambiais, apenas extinguiriam a punibilidade do crime de sonegação fiscal, mas não solveriam o risco da punibilidade da evasão de divisas, por exemplo, a falta de declaração de ativos às autoridades competentes – Fisco e Banco Central. Tendo em vista desse perigoso risco criminal, a maioria dos contribuintes com bens no exterior não declarados – e que, por vezes, eram apenas herdeiros de tal situação – não dispunha de um mecanismo de regularização integral de tal situação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Interessante perceber que mesmo com toda atuação para uma transparência mundial, países quem combatem fortemente a sonegação fiscal e a evasão de divisas como Estados Unidos e China continuam como países com desempenho moderado em relação a fiscalização desses crimes. É certo que a cúpula do G20 juntamente com a OCDE deu a essas nações, assim como também, ao Brasil, a chance de até o ano de 2017 regularizar a situação e tornar mais clara as movimentações financeiras que são feitas interna e externamente.

A iminência de um cruzamento de informações entre os países e os rumores sobre sua eficiência fazem com que o RERCT constitua em uma boa saída para regularizar o patrimônio daqueles residentes no Brasil e com isso afastar possíveis autuações fiscais e processos criminais advindos dos crimes relacionados a deter ilicitamente valores no exterior.

A bandeira mais levantada em relação ao RERCT, é que este permitirá recomposição da “riqueza nacional” pela reintegração, ao mercado interno ou às nossas bases tributáveis, de todo um volume patrimonial de brasileiros difundido pelos mais variados países, principalmente em paraísos fiscais. Diante desses fatos, o interesse público seria incontestável, ao permitir a recuperação da força econômica do mercado interno, bem como, na realização de

uma aparente justiça fiscal na transição entre os regimes anteriores e aquele que será instaurado com a nova legislação proposta para coibir a evasão de divisas e todas as demais medidas de trocas de informações internacionais automáticas.

Porém, deve-se observar essa repatriação de capitais bem de perto, apesar da lei ser bem específica quando da aplicação das regras do RERCT ao seu caso prático, alguns contribuintes mostram certa incerteza, pois estes não possuem garantias expressas de que não enfrentarão futuramente questionamentos fiscais, cambiais e criminais formulados pelas autoridades.

Cria-se muitas expectativas mediante essa repatriação, pois estima-se que muitos contribuintes deverão regularizar sua situação, além do mais, após tempos tenebrosos de crise política e financeira espera-se que os recursos que irão retornar ao país tragam um “alento” para já tão combalida economia brasileira. O prazo final para a declaração dos bens se encerra no dia 31 de outubro de 2016, apenas após esse prazo é que ter-se-á uma prévia de como Receita Federal e Banco Central com todos os dados em mãos irão agir.

REFERÊNCIAS

- BARRENO, Mar. FERRERAS, Jorge. MAS, Jaime. MUSILEK, Antoinette. RANZ, Alfredo. *El proyecto beps de la OCDE/G20: Resultados de 2014*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. 2015.
- BRASIL. LEI Nº 13.254, DE 13 DE JANEIRO DE 2016. Dispõe sobre o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no País. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/113254.htm > . Acesso em: 05 out. 2016

EUROPEAN UNION LAW. Comunicação da comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a transparência fiscal para combater a evasão e a elisão fiscais. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0136> > . Acesso em: 06 out. 2016.

TÔRRES, Heleno Taveira. **A regularização de ativos lícitos no exterior**. Disponível em: < https://jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/a_regularizacao_de_ativos_licitos_do_exterior_-_artigo_htt.pdf > . Acesso em: 06 out. 2016

_____. **Brasil inova ao aderir às sofisticadas práticas do sistema do Fisco Global**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-jul-08/consultor-tributario-brasil-inova-aderir-praticas-sistema-fisco-global> > . Acesso em: 06 out. 2016

_____. **O planejamento tributário abusivo é o novo alvo do Fisco Global**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-jul-26/helena-torres-planejamento-tributario-abusivo-alvo-fisco-global> > . Acesso em: 06 out. 2016

DIREITOS E CIDADES

A CONCESSÃO DE USO ESPECIAL
COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA
DO DIREITO À MORADIA
ALICE NOHL VIANNA¹²⁸

**1 BENS PÚBLICOS E O REGIME DA
CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS
DE MORADIA¹²⁹**

Para o estudo do instrumento da concessão de uso especial, importante se faz trazer a classificação de bens públicos, pois nos permite definir estes bens que são passíveis de implementação desse instrumento jurídico trazido pela medida provisória nº 2.220/2001.

Segundo a classificação de Hely Lopes Meirelles os bens de uso comum são aqueles que se destinam à fruição por todos do povo. São bens de uso coletivo, para utilização de todo o público, como praias, praças e ruas. Os bens de uso especial, aqueles afetados para o uso do Poder Público em geral, sob a forma de imóveis onde se estabelecem a administração direta ou indireta para o exercício de suas funções. Já os bens dominiais são aqueles que não possuem afetação, estando disponíveis à utilização do Poder Público, para serem utilizados para algum fim a ser definido ou até mesmo serem comercializados. O Código Civil Brasileiro também conceitua os bens públicos, no artigo 99.

128. Alice Nohl Vianna é advogada, mestranda em Direito da Cidade pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

129. O presente artigo foi escrito antes da vigência da Medida Provisória 759/2016 que alterou a Medida Provisória 2.220/01.

Os bens públicos podem ser Federais, Estaduais, Distritais ou Municipais e todos são suscetíveis de utilização tanto pelo Poder Público em geral, como pelos particulares, mediante previsão legal.

O uso do bem público pelo particular se dá mediante contratos administrativos, regidos pelas normas de Direito Público como a autorização, permissão, concessão, bem como contratos particulares regidos pelo Direito Civil, como comodato e locação.

A concessão de uso, é modalidade de contrato administrativo pelo qual o Poder Público atribui a utilização exclusiva de um bem de seu domínio, à um particular para que o explore segundo sua destinação específica. Desta forma a concessão de uso se distinguiria dos demais institutos assemelhados como autorização e permissão de uso, pois tem caráter contratual e estável da outorga do uso do bem público ao particular, para que o utilize com exclusividade e nas condições convencionadas com a administração.

Como exemplo da concessão, na forma de contrato administrativo temos a concessão de direito real de uso instituída por meio do Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967 e que Nelson Saule Junior a define como sendo direito real em razão da relação vinculadora entre o imóvel e a pessoa que está na posse para fins de moradia e que submete-se às regras gerais regidas pelo direito civil e administrativo, podendo ser extinto pelo descumprimento das cláusulas resolutórias previstas no contrato ou termo.

A concessão de direito real de uso pode ser definida como modalidade de contrato administrativo personalíssimo, onde a administração pública, transfere ao particular o uso do bem público, mediante autorização legislativa, podendo ser onerosa ou gratuita. Para tanto a licitação poderá ser dispensada na forma do artigo 17, inciso da lei federal 8.666/93, devendo o instrumento submeter-se à discricionariedade do poder público

Ocorre que a Constituição Federal de 1988, trouxe ao ordenamento jurídico, um regime jurídico diferenciado para utilização dos

bens públicos, que é o instituto da concessão de uso especial para fins de moradia, que se difere das outras modalidades de concessão como contrato, através da sua previsão constitucional e posteriormente pela sua redação trazida pela medida provisória.

A Concessão de Uso Especial para fins de Moradia, considerando sua natureza constitucional, não é prevista como modalidade de contrato administrativo, mas como direito subjetivo decorrente da Constituição Federal e da Medida Provisória 2.220/2001, uma vez que não há acordo de vontades para caracterizar tal figura.

Nesse sentido, a concessão de uso especial é passível de ser aplicada sobre qualquer espécie de bens públicos, uma vez que o texto constitucional e a medida provisória, não restringiram a sua aplicação quanto à característica do bem, se dominial, se de uso especial ou uso comum do povo, assim como não restringiu a aplicação do instituto quanto ao domínio da entidade política, podendo se dar sobre bem público municipal, estadual ou da união. (SAULE, 2004)

Outro aspecto fundamental que se configura sobre o estudo da concessão de uso especial é que, com seu advento, o artigo 100, do Código Civil, que considera que os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, fica relativizado em face da disposição constitucional trazida no artigo 183, § 1º, demonstrada a intenção do legislador de condicionar também a propriedade pública ao atendimento do princípio da função social da propriedade, independente se sua afetação, vejamos:

Aquele que possui como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. [...] § 1º – O título e domínio e a concessão de uso serão

conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos independentemente do estado civil.

Assim como na Constituição, a medida provisória visa dar ênfase à criação de um novo direito subjetivo de moradia não se atendo a disciplinar a forma de utilização de um bem público.

A intenção do legislador consiste em assegurar o princípio da igualdade entre os moradores que vivem em favelas urbanas situadas em área privada e os que vivem em favelas constituídas sobre área pública, conferindo a todos o mesmo tratamento quando trata-se de direito à moradia. (SAULE, 2004)

Apesar da semelhança dos institutos do usucapião urbano, para as áreas particulares e da concessão de uso especial para áreas públicas, o primeiro gera forma originária de aquisição de propriedade, o segundo confere ao ocupante, a segurança jurídica na posse que gravará aquele imóvel público para fins sociais de moradia, não gerando propriedade, uma vez que o parágrafo 3º, do artigo 183, da Constituição, veda o usucapião sobre imóveis públicos. Na concessão de uso especial o imóvel permanece sendo de propriedade pública, porém tem seu uso concedido ao atendimento das necessidades sociais de moradia.

2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E O DIREITO À MORADIA

A propriedade pública, assim como a propriedade particular devem cumprir a função social conforme previsto na norma constitucional, artigo 5º, inciso XXIII. Desta forma, os órgãos públicos, quando titulares de domínio de algum imóvel, devem gerir seu patrimônio observando primordialmente os direitos e garantias pautados na Constituição.

Antes de qualquer destinação, a propriedade deve atender à função social, onde encontra-se no rol dessas funções sociais, o direito à moradia estabelecido no art. 6º, da Constituição Brasileira.

Este artigo é previsto na Constituição, no Título II, que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais, mais especificamente no Capítulo II que disciplina sobre os direitos sociais. Em razão disso, dada a natureza do direito à moradia, este deve ser constitucionalmente assegurado à todo indivíduo e à coletividade de forma indistinta.

Além dos artigos 5º e 6º, da Constituição Federal, o artigo 7º já protegia o direito à moradia ao dispor no inciso IV que o salário mínimo fixado em lei, deve atender às necessidades vitais básicas entre outras, a moradia.

Diante disso, temos que o uso da propriedade pública de forma a garantir o exercício do direito constitucional à moradia, deve ser assegurando na posse, especialmente da população de baixa renda que ocupa áreas urbanas por um determinado espaço de tempo, como exemplo em assentamentos precários.

O direito à moradia deve ser entendido como norma jurídica que impõe ao Poder Público e a todos da sociedade o seu efetivo cumprimento. Como norma constitucional, é autoaplicável de eficácia plena e imediata. Por isso constitui-se como direito subjetivo que gera obrigações ao Estado, que por sua vez tem o dever de implementá-la através de políticas públicas direcionadas à população de interesse social, que fica impedida de ver garantidos os seus direitos sociais.

É com esta finalidade que a regularização fundiária instrumento previsto no artigo 4º, V, “q”, do Estatuto da Cidade, é instrumento da Política Urbana fundamental que visa promover o cumprimento da norma constitucional auxiliando o Poder Público no sentido de solucionar os conflitos urbanos reconhecendo os direitos fundamentais.

Este diploma legal tem como finalidade instituir um espaço urbano planejado para que toda a coletividade que nele vive, possa usufruir de seus benefícios, sem os direcionar apenas àqueles que são favorecidos economicamente e que podem pagar o preço da terra urbanizada.

Desta forma, a regularização fundiária pode trazer dentre um conjunto de ações específicas que a compõe, a concessão de uso

especial para fins de moradia para titular a posse dos ocupantes de áreas públicas, instituto a ser tratado no próximo subcapítulo.

3 A CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA: CONCEITO E APLICABILIDADE

A regulamentação dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal, que versam sobre política urbana, é feita pelo Estatuto da Cidade, Lei Federal nº 10.257/2001, que além de trazer as diretrizes gerais para o exercício da política urbana no Brasil, traz também a regulamentação sobre os instrumentos desta política.

De acordo com o artigo 4º do Estatuto da Cidade, como instrumentos da política para o planejamento do espaço urbano serão utilizados entre outros, os instrumentos jurídicos e políticos que estão compreendidos em instrumentos antigos e tradicionais como o tombamento e a servidão, bem como novos instrumentos, como a concessão de uso especial para fins de moradia, prevista na alínea “h” do artigo mencionado.

A Constituição Federal de 1988, no capítulo referente à política urbana, traz no artigo 183, § 1º, a figura da concessão de uso especial para fins de moradia. Através do artigo verifica-se que a norma fala em “domínio” e não em propriedade, uma vez que no mesmo parágrafo § 3º, a lei maior veda a aquisição de bem público mediante usucapião. Em se tratando de propriedade privada, a posse exercida junto aos requisitos do *caput*, do art. 183, dá origem à aquisição originária do direito de propriedade. Já com relação a posse em propriedade pública, não gera a transferência de domínio, pois a propriedade urbana ainda é pública, porém a posse como garantia à moradia, é assegurada aos concessionários preenchidos os requisitos estabelecidos na medida provisória.

Originariamente disciplinada nos artigos 15 a 20 do Estatuto da Cidade, após veto do presidente da República, a concessão de

uso especial para fins de moradia passou a ser disciplinada pela Medida Provisória nº 2.220/2001. Na época, havia o entendimento no sentido de que, da forma como a qual estava disciplinada nos artigos do Estatuto, o instituto tornava-se inconstitucional, pois contrariava o art. 183, § 3º, que veda o usucapião de bens públicos e que seus dispositivos eram omissos quanto o direito à concessão em imóveis públicos de uso comum do povo. (DI PIETRO, 2001)

Logo depois do veto dos dispositivos do Estatuto da Cidade, o conceito da concessão de uso especial para fins de moradia foi trazido pela própria Medida Provisória nº 2.220/2001, art. 1º, que disciplina o instituto, vejamos:

Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

Nesta modalidade de concessão de uso, o instituto deixa de ser uma faculdade do Poder Público e torna-se um dever do Estado em reconhecer o direito subjetivo adquirido quando preenchidos os requisitos legais expressos na medida provisória. Nestes casos, não caberá à Administração Pública a decisão sobre a concessão, devendo esta ser declarada de ofício pela via administrativa, ou pela via judicial mediante a provocação dos interessados quando se configurar a omissão do Poder Público.

Convém abordar acerca da judicialização citada por Jacques Távora Alfonsin dos direitos subjetivos humanos, entre eles o direito social à moradia, para prevenir a ameaça que ele sofre, espe-

cificamente pelo desrespeito à função social da propriedade. Sobre o mesmo tema, Nelson Saule Junior, em outras palavras aborda a temática, acrescentando que:

Uma característica específica da concessão de uso especial que se diferencia das demais modalidades de concessão de uso, principalmente da concessão de direito real de uso, é da justiciabilidade do direito à moradia como componente deste instituto constitucional. Isto é, a pessoa que atender aos requisitos constitucionais estabelecidos na medida provisória, tem direito de ter o seu direito de moradia reconhecido mediante uma decisão do judiciário, em que o juiz declarará, mediante sentença, o direito à concessão de uso especial para fins de moradia que poderá ser registrada como título no Cartório de Registro de Imóveis, nos termos dos parágrafos 3º e 4º do artigo 6º.

Verifica-se que a concessão se perpetua, pois o direito subsiste enquanto o concessionário respeitar a utilização para fins de moradia, não cabendo ao Poder Público rejeitá-la, pois é direito subjetivo, autônomo porque não vincula qualquer outra modalidade de concessão. É direito real expresso no inciso XI, do artigo 1.225, do Código Civil, oponível *erga omnes* inclusive à pessoa jurídica titular do bem e contra a própria administração pública.

Acerca da concessão de uso especial, algumas questões controvertidas, figuram sobre o instituto: a) de que uma norma federal não poderia dispor sobre a concessão de bens públicos municipais e estaduais, pois feriria o princípio do pacto federativo, o princípio da autonomia dos respectivos entes; b) de que a concessão limitaria o direito subjetivo ao tempo, uma vez que constitui direito apenas para

os ocupantes que se estabeleceram em área pública até 30 de junho de 2001; c) de que a concessão é cabível sobre qualquer espécie de bens públicos, seja ele dominial, de uso especial ou de uso comum.

Sobre a primeira hipótese de inconstitucionalidade, entende-se que a concessão de uso especial não foi criada pela medida provisória, mas pela Constituição, art.183, desta forma não trata-se de norma federal dispendo sobre bens de outros entes federativos, e sim sobre a criação pela Constituição de direito subjetivo que deverá ser aplicado a qualquer bem, independente do ente federativo que se configura como proprietário. A norma federal apenas regulamenta o instituto já existente. O direito à moradia deve ser reconhecido em qualquer instância da federação, não se tratando da normatização de regime de bem público e sim da obrigatoriedade do reconhecimento pelos entes federativos, do direito subjetivo criado pela Constituição.

Desta forma, em matéria de competência dos entes federativos, a União cumpre o papel de editar normais gerais para todos os entes federativos que, no âmbito de sua determinada competência regulamentarão o funcionamento da norma geral editada. Como exemplo, o Município poderá, acerca da implementação da concessão de uso especial em imóveis de sua propriedade, elaborar suas próprias regras atinentes ao caso concreto, desde que respeitadas as normais gerais. Tal fato se dá, pois conforme a Constituição Federal, em matéria urbanística dispõe o artigo 24, I, que a competência dos entes será concorrente, onde a União editará a regra geral e os Estados e Municípios editarão as normas específicas no tocante à disposição de seus próprios bens se assim entenderem necessário, respeitando-se as peculiaridades específicas de cada um, sem contrariar o dispositivo federal. O que não poderá ocorrer é negar a aplicação da concessão de uso especial, quando preenchidos os requisitos para tanto, sob pena de se contrariar o artigo 183, da Constituição Federal.

Ademais, o artigo 30, incisos I e VIII da Constituição, dispõe que compete ao Município legislar sobre assuntos de interesse local, bem

como promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso do solo urbano.

Quanto à segunda abordagem de inconstitucionalidade, seja a limitação da concessão de uso especial no tempo em que se deu à ocupação, haveria contrariedade à Constituição ante ao déficit habitacional existente no país e que, portanto não deveria haver limitações sobre o direito subjetivo de moradia, condicionando-o quanto ao tempo em que se iniciou a ocupação, pois diante da realidade econômica desigual vivida nas cidades e da omissão do Poder Público frente às questões sociais existentes, novas ocupações irregulares em áreas públicas surgirão, e estas famílias, diante da limitação trazida pela norma federal, estariam desamparadas da proteção legal.

Quanto à terceira controvérsia acerca do tema, tem-se que a concessão de uso especial é passível de ser aplicada sobre qualquer espécie de bens públicos, uma vez que o texto constitucional e a medida provisória, não restringiram a sua aplicação quanto à característica do bem, se dominial, se de uso especial ou uso comum do povo, assim como não restringiu a aplicação do instituto quanto ao domínio da entidade política, pois o bem fica relativizado em face da disposição constitucional trazida no artigo 183, § 1º, demonstrada a intenção do legislador de condicionar também a propriedade pública ao atendimento do princípio da função social da propriedade, independe se municipal, estadual ou da união.

O título de concessão poderá extinguir-se nos termos do art. 8º se o concessionário der ao imóvel destinação diversa da moradia ou se adquirir a propriedade ou concessão de outro imóvel urbano ou rural.

No caso de imóvel com mais de 250 m², quando não for possível identificar os terrenos ocupados pelos possuidores, a norma permite a concessão de uso especial na forma coletiva (art. 2º), onde inclusive é permitida a somatória das posses sucessórias, ao contrário da concessão na modalidade individual.

Quanto à desafetação do bem público ocupado, Vanesca Buzelato Prestes, em artigo publicado sobre a concessão de uso especial, sustenta a necessidade da desafetação do bem público quando este for de uso comum ou de uso especial, mediante o regular processo legislativo que deverá ser promovido pelo ente federado a quem pertence o respectivo imóvel público. Ainda, sobre a desafetação para implementação da concessão de uso especial, a autora aponta que:

Há necessidade de sempre submeter ao processo de desafetação os bens públicos cuja destinação será modificada [...] Veja-se que a afetação e a desafetação implicam em análise da finalidade dos bens públicos, à luz do concreto [...] Tem-se aqui a necessidade de motivação dos atos administrativos, ínsito ao princípio de mesma denominação, tão importante no direito administrativo contemporâneo [...] é possível neste íterim o legislativo apontar como imprópria a desafetação por entender que o bem público deva manter a sua finalidade original. Daí o direito subjetivo que é individual poderá ser resolvido em indenização ou na relocação dos beneficiários do direito à moradia para outro bem público.

Ainda acerca da desafetação, outra posição doutrinária também levantada no sentido da desnecessidade da desafetação, entendendo-se que, por ser a concessão de uso especial para fins de moradia dotada de regime especial constitucional para o uso dos bens públicos, as regras do código civil e da lei de licitações, sobre o regime destes não são aplicáveis, pois trata-se de direito subjetivo cuja pretensão deverá ser reconhecida pela via administrativa.

Ocorre que na prática muitos Municípios optam, no processo da regularização fundiária, pela desafetação do bem, para evitar pos-

síveis arguições de órgãos diversos, dado a peculiaridade de cada caso concreto de ocupação.

Dentre as principais características da concessão de uso especial, destaca-se a oponibilidade *erga omnes* do direito subjetivo constituído por parte dos ocupantes. Desta forma, temos que o Poder Público, por vezes omissivo nas questões sociais que envolvem a população economicamente mais frágil, se vê no dever de promover e garantir o direito de moradia, pois na impossibilidade de provê-lo na área pública ocupada, tem o dever de garanti-lo direito em outro local.

Podemos observar que a norma disciplinadora da concessão de uso especial vem em contraponto a toda a realidade imobiliária que vivemos nos dias atuais, onde o acesso à terra é condicionado ao poder econômico de seu adquirente, onde o meio urbanizado é inacessível à população de baixa renda que se vê obrigada a morar em áreas de risco, principalmente em áreas não edificantes ou de proteção ambiental, que possuem baixo valor de no mercado.

A medida provisória traz em si o espírito de autoaplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais previsto na Constituição Federal Brasileira, estimulando o Poder Público muitas vezes como planejador urbano municipal, a fazer com que a cidade seja de acesso a todos, independente da classe econômica que se enquadra a população, uma vez que constatada a possibilidade de regularização fundiária das áreas públicas ocupadas, a moradia será garantida no próprio local, que muitas vezes guarda a identidade da vida das pessoas que nele habitam. (SAULE, 2004)

A comercialização do título poderá acontecer independente da forma de transmissão, mas através da concessão de uso especial, uma restrição de mercado é criada, beneficiando as famílias de baixa renda que não tem acesso ao mercado imobiliário tradicional, uma vez que a área regularizada não será colocada à disposição do mercado, pois é pública e permanecerá ocupada para fins de moradia.

Em contrapartida o Poder Público visando dar efetividade ao ordenamento urbano, poderá criar as Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS, destinando um zoneamento na cidade próprio à construção de habitação para população de baixa renda ou à regularização fundiária de interesse social, evitando dessa forma que a área regularizada caia na especulação imobiliária e impulse a gentrificação.

O Poder Público, como ente responsável pela política urbana local, deve promover acompanhamentos e fiscalizar com certa frequência, o local destinado à concessão de uso especial, com o objetivo de averiguar se a destinação do imóvel não foi modificada.

Uma cidade bem planejada integra sua população, ao contrário de segregá-la. E essa deve ser a essência da regularização fundiária de parcelamentos informais, ou seja, deve ser concebida como um instrumento que contribui para a garantia do direito à moradia digna à população das cidades, levando-se em conta o planejamento urbano, a preservação ambiental e o gerenciamento social em busca do ideal de cidades menos desiguais.

4 REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E A CONCESSÃO DE USO ESPECIAL

Diante da diversidade de moradias informais, sobretudo os assentamentos precários existentes, resultado de uma realidade de exclusão social histórica e estrutural, novos direitos foram tomando forma e força no ordenamento jurídico nacional, principalmente com o advento do Estatuto da Cidade que reconheceu o direito social à moradia dos ocupantes de parcelamentos informais, ao prever a regularização fundiária como instrumento político e jurídico capaz de contribuir para a construção de cidades mais justas.

Com base nesta realidade, podemos dizer que a informalidade das moradias não mais pode ser tratada como algo que não faz parte das cidades, como anomalia social que contaminassem o es-

paço urbano e que deveria ser expurgada, pois através destas novas normas mais equitativas, os assentamentos informais são entendidos como um fenômeno contemporâneo, que faz parte da história do país e podem ser reconhecidos como resultado dos modelos econômicos desiguais e injustos adotados. (FERNANDES, 2006).

Por isso as políticas de regularização fundiária são essenciais, como forma de reconhecer e legalizar situações consolidadas de moradia, visando trazer para a legalidade, àquilo que por anos foi negado como legítimo, ou seja, o direito de determinado grupo de pessoas a se integrarem à cidade, a usufruir dos benefícios pela urbanização trazidos, como saúde, emprego, direito ao meio ambiente equilibrado e à um título que lhe garantam o direito de moradia.

A regularização fundiária é prevista no artigo 4º, inciso V, alínea “q”, do Estatuto da Cidade, como instituto jurídico e político, que visa contribuir para o ordenamento da política urbana. No tocante à conceituação do instituto, Betânia Alfonsin nos ensina que a regularização fundiária consiste no:

[...] processo de intervenção pública, sob os aspectos jurídico, físico e social, que objetiva legalizar a permanência de populações moradoras de áreas urbanas ocupadas em desconformidade com a lei para fins de habitação, implicando acessoriamente melhorias no ambiente urbano do assentamento, no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiária.

Com a regularização fundiária de assentamentos informais, as remoções devem ser medidas de última instância, pois antes disso, o governo deve atentar para a regularização das áreas habitadas reconhecendo o direito das famílias que ali vivem, levando a infraestrutura e equipamentos urbanos que atendam às necessidades locais. Remover não acaba com a problemática existente da falta

de moradia digna nas cidades. Remover é medida drástica quando se afere que o local ocupado possui plenas condições sociais e ambientais de ser regularizado urbanística e juridicamente.

As remoções deveriam ocorrer apenas em condições excepcionalíssimas, quando a moradia precária coloca em risco a vida do morador. Do contrário, mesmo que localizadas em áreas ambientalmente protegidas, a legislação reconhece a possibilidade de resguardar o meio ambiente junto com políticas sociais e urbanas. Pois quando estas políticas são implementadas de maneira apartada, algumas das agendas permanecem ignoradas, pois ou se atenta ao meio ambiente e ignora-se o direito à moradia dos ocupantes, ou ainda, atenta-se primordialmente para o planejamento urbano ditado pelo poder econômico, excluindo-se as demandas ambientais e sociais da cidade.

Conforme estudado no capítulo anterior, passados cinco anos morando no local, seja área pública ou privada, as famílias já possuem através da prescrição aquisitiva e constitutiva de um direito subjetivo de moradia, que é assegurado na Constituição, podendo o ver declarado por meio da usucapião ou da concessão especial.

Após a Constituição de 1988, o Município é competente para promover o desenvolvimento urbano local, podendo editar leis e utilizar-se dos instrumentos previstos no Estatuto visando a regulação do uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança bem-estar dos cidadãos e equilíbrio ambiental, editando normas para a promoção de uma política urbana equitativa, que garanta à seus cidadãos o direito à moradia e o direito à cidade sustentável.

A regularização fundiária em áreas públicas pode valer-se da concessão de uso especial, visando legalizar a situação registraria nos locais destinados aos programas. Tanto a regularização fundiária quanto a concessão de uso especial para fins de moradia visam reconhecer como legítimas diversas formas de moradias informais do ponto de vista legal, ocorridas dentro do espaço urbano.

O que ocorre é que na falta de políticas públicas, a própria população se auto provém quanto suas necessidades, como na construção de seu espaço para moradia. A autora Heloísa Soares de Moura Costa denomina como “Arquitetura Silenciosa” o saber fazer da população com suas características culturais e regionais, no tocante à produção do espaço: de moradia, trabalho, lazer, entre outros, concebendo essa produção como:

[...] noção de crescimento natural, espontâneo, que contrapõe-se usualmente à noção de intervenção, de planejamento, de projeto, de controle sobre o processo de produção e ocupação do espaço [...] seja diferenciar situações nas quais a arquitetura espontânea constitui a regra geral, praticada pelo conjunto da população [...] trata-se, via de regra da parcela que experimenta diferentes graus de exclusão dos mercados de trabalho, de consumo, de imóveis, etc [...] passando a prevalecer o conceito da arquitetura espontânea, silenciosa, imposta pela precariedade das condições de vida, ou seja, pela exclusão.

No sentido do reconhecimento dessa forma de promoção informal de produção habitacional, em 2009 foi editada a Lei federal nº 11.977 que institui o Programa Habitacional Minha Casa Minha Vida, visando promover parcerias entre o Poder Público e o privado através de subsídios para a promoção de habitação de interesse social. A segunda parte desta Lei prevê a regularização fundiária de forma inovadora, aos trazer novos institutos jurídicos que possibilitam a regularização fundiária em áreas urbanas nos assentamentos precários e parcelamentos irregulares.

Através dessa lei, a regularização fundiária nos municípios torna-se possível em diferentes aspectos que envolvam incidências

ambientais, áreas ocupadas de titulação desconhecida, parcelamento irregular sem reservas de áreas públicas, estendendo a regularização para o máximo de parcelamentos irregulares possíveis em áreas urbanas consolidadas.

Neste sentido, o Município torna-se o maior responsável pela promoção da regularização fundiária em seu território, utilizando-se da sua competência constitucional atribuída pelo artigo 182 e posteriormente pelo Estatuto da Cidade que regulamenta este artigo.

O Município através da sua autonomia como ente federativo autônomo que possui competência para promover o planejamento urbano local e principalmente, desenvolver uma política habitacional visando o cumprimento da função social da propriedade urbana, utilizando-se do Plano Diretor, leis de uso e ocupação do solo, e principalmente da participação popular como mecanismo de legitimidade dos atos públicos.

Poderá o Poder Público Municipal adotar leis específicas de regularização fundiária em consonância com as diretrizes, índices e parâmetros urbanísticos previstos no Plano Diretor e lei de uso e ocupação, visando uma integração setorial entre habitação, o planejamento urbano, sobretudo com as políticas sociais locais, que em conjunto irão tratar a heterogeneidade das relações sociais junto ao espaço urbano com a peculiaridade existente em cada caso.

Com relação à concessão de uso especial o § 1º, do artigo 51, da Lei federal 11.977/2009, menciona o instituto dispondo que o projeto de regularização fundiária não será exigido para o registro da sentença de usucapião, da sentença declaratória ou da planta, elaborada para outorga administrativa de concessão de uso especial para fins de moradia.

Neste artigo a norma almejou não condicionar o registro da outorga da concessão, à elaboração do projeto de regularização, uma vez que o direito à concessão de uso especial é subjetivo, não cabendo ao judiciário ou administração exigir qualquer requisito a mais para a declaração do direito, salvo aqueles previstos na medida provisória.

Por tratar-se de direito constitucionalmente garantido, os parágrafos 1º e 2º do artigo 71-A, apenas permitem a extinção da concessão em áreas efetivamente necessárias a obras, apurado mediante processo administrativo próprio, e ainda, na condição de sua garantir o direito à moradia dos ocupantes removidos, preferencialmente na área que sofrerá intervenção pública através da regularização, ou assegurar o direito real sobre outra unidade habitacional.

Como já afirmado, a concessão de uso especial para fins de moradia destina-se a ser manuseada por diversos atores sociais e apresenta-se como grande oportunidade aos moradores de áreas públicas de terem seu direito constitucional reconhecido, através da regularização fundiária promovida pelos agentes competentes, considerando a função social da propriedade pública.

Vale lembrar, conforme as palavras do jurista Edésio Fernandes “*o termo regularização tem sido usado com sentidos diferentes, referindo-se em muitos casos tão somente aos programas de urbanização das áreas informais, principalmente através da implementação de infra-estrutura urbana e prestação de serviços públicos. Em outros casos, o termo tem sido usado para se referir exclusivamente às políticas de legalização fundiária das áreas e dos lotes ocupados informalmente. As experiências mais compreensivas combinam essas duas dimensões: a jurídica e a urbanística*”.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos verificar que através da regularização fundiária dos assentamentos precários e irregulares, o direito à moradia deve ser entendido como norma auto-aplicável, passível de ser judicializado, uma vez compreendido como fundamental.

Desta forma, é de suma importância apontar para a eficácia que deve estar contida nas políticas urbanas municipais, para que seja feito um ordenamento urbano que vise a equidade social,

combatendo a segregação espacial e que torne a cidade um bem comum, possível de ser usufruído por todos.

A regularização fundiária dos assentamentos informais deve servir para combater a expansão de cidades excludentes, trazendo a inclusão social daquela parcela da população que sempre se viu à margem das estruturas concebidas pelas regras injustas ditadas pelo poder econômico e de mercado.

Diante da disparidade entre a produção formal da cidade e a produção informal da cidade, o seu acesso deve ser garantido a todos, juntamente com todos os benefícios resultantes, considerando a infraestrutura, equipamentos urbanos de qualidade, saúde, educação, emprego.

Diante deste novo ordenamento jurídico que visa normatizar sobre a política urbana nas cidades, é dever do Poder Público e judiciário, atentarem-se para estas novas concepções do direito, aplicando as leis e respeitando as diretrizes e garantias previstas na constituição e no Estatuto da Cidade, abandonando a mentalidade de leis e conceitos antigos que hoje permanecem obsoletos por não traduzirem mais a realidade urbana vivida nas cidades e suas demandas urgentes.

4 REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio. (Orgs.). **Direito Urbanístico**: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. **Direito à moradia**: instrumentos e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Urbanas: IPPUR: FASE, 1997.

ALFONSIN, Jacques Távora. Do “Diga que eu não estou” à relação entre pobreza e função social da terra no Brasil. In: FERNAN-

- DEZ, Edésio; ALFONSIN, Betânia. (Orgs.). **Direito Urbanístico:** estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 167.
- BIASOTTO, Rosane; OLIVEIRA, Fabricio Leal de. O acesso à terra urbanizada nos Planos Diretores Brasileiros. In: SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos Santos; MONTANDON, Daniel Todtmann. (Orgs.). **Os Planos Diretores Municipais Pós-Estatuto da Cidade:** balanço crítico e perspectivas. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2011. p. 57-98.
- COSTA, Heloísa Soares de Moura; BAPTISTA, Maria Elisa. A arquitetura silenciosa. In: COSTRIOTA, L. (Org.). **A arquitetura da modernidade.** Belo Horizonte: UFMG, 1999. p. 3.
- DALLARI, Adilson Abreu. Instrumentos da política urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade:** comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 72-86.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Concessão de uso especial para fins de moradia. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade:** comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 149-170.
- FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia de Moraes; SAULE, Nelson. (Coords.). **Regularização fundiária da terra e moradia:** o que é e como implementar. São Paulo: Instituto Polis, 2002.
- LIRA, Ricardo Cesar Pereira. Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária. In: BONIZZATO, Luigi; COUTINHO, Ronaldo. (Coords.). **Direito da Cidade:** novas concepções sobre

as relações jurídicas no espaço social urbano. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 65-179.

MATTOS, Liana Portilho. **Nova ordem juridico-urbanística**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORETTI, Julia Azevedo. **A concessão de uso especial para fins de moradia como instrumento de regularização fundiária em áreas da União**. Disponível em: <<http://www.ibdu.org.br/imagens/aconcessaodeusoespecialparafinsdemoradia.pdf>> . Acesso em: 2 set. 2012.

OSÓRIO, Letícia Marques. Direito à Cidade como direito humano coletivo. In: FERNANDEZ, Edésio; ALFONSIN, Betânia. (Orgs.). **Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 194.

PRESTES, Vanesca Buzelato. A concessão especial para fins de moradia na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade: uma exegese da MP nº 2.220 de 04 de setembro de 2001. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 17, p. 139, out. 2003. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=7&p_secao=12> . Acesso em: 1 set. 2012.

RIOS, Mariza. Direito Constitucional à moradia. In: RIOS, Mariza; CARVALHO, Newton Teixeira. (Coords.). **Direito à cidade: moradia e equilíbrio ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 99-130.

SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004.

INTERAÇÕES ENTRE DIREITO E ECONOMIA NA PRODUÇÃO DO ESPAÇO CONSTRUÍDO NA EXPANSÃO URBANA RUMO À BARRA DA TIJUCA.

Álvaro Carlos Ramos Barbosa¹³⁰

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é contribuir com o conhecimento acerca da expansão urbana da região da baixada de Jacarepaguá e da Barra da Tijuca, propriamente dita, observando-se dois parâmetros: o direito e a economia. Parte-se da premissa que um maior domínio sobre as alterações do espaço urbano construído facilite o acesso ao direito à cidade, aspecto de singular importância que ultrapassa as fronteiras do viés normativo, positivado, inclusive, nas diretrizes gerais do Estatuto da Cidade.

Serão úteis as teorias econômicas acerca da formação do preço da terra, bem como considerações pertinentes à corrente de pensamento conhecida como AED com foco no instituto da propriedade. Este recorte teórico justifica-se por terem as duas disciplinas, direito e economia, um significativo impacto na expansão imobiliária daquela região, que tem alcançado expressivos índices de crescimento urbano, mormente a partir do projeto olímpico de 2016.

O primeiro capítulo apresentará formulações teóricas acerca do preço da terra do ponto de vista, basicamente, da economia, por

130. Mestrando em Direito das Cidades pela UERJ, pós-graduado em Direito Imobiliário pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC RJ), Direito Civil pela UNSEA e em Direito Processual Civil pela EMERJ. Bacharel em Direito pela UERJ. Advogado.

meio de analogia dos estudos marxistas para a terra agrícola. Na sequência, tecer-se-ão considerações acerca da AED, fechando com um capítulo conclusivo, onde se persegue a visão crítica pertinente a um programa de pós-graduação de direito, no contexto de uma disciplina de forte cunho econômico.

O escopo deste trabalho não permite esgotar a matéria, creditando-se a formulações posteriores a árdua tarefa de complementar as observações aqui listadas e que pretendem fornecer um valioso instrumento para melhor compreensão do referido cenário urbano, de modo a facilitar o acesso ao direito à cidade. Todavia, duas observações precisam ser pontuadas. A primeira diz respeito à análise centrar sua abordagem na esfera econômica, uma vez que a disciplina “Mercado e Cidade” tem forte viés econômico. A despeito do exposto, haverá incursões na esfera jurídica ao longo de todo o texto, pois direito e economia mantêm um diálogo constante. A outra observação prende-se ao referencial teórico utilizado, Marx e AED, uma vez que diz respeito a escolas de pensamento diametralmente opostas, ou seja, os conceitos formulados no primeiro capítulo, de cunho eminentemente marxista e aqueles carreados na sequência, de inspiração liberal. Embora oriundos de visões de mundo distintas, entende-se que ambos têm um caráter complementar na compreensão do fenômeno urbano, fornecendo importantes subsídios pertinentes à análise da propriedade imobiliária e à referida expansão urbana.

II. DA RENDA FUNDIÁRIA: CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS

A construção teórica acerca da renda fundiária tem nos estudos de Marx um excelente subsídio. Ao conceito clássico de mais-valia formulado por aquele teórico corresponde a renda extra auferida pelo capitalista em razão do aumento da produtividade, seja decorrente de otimização do processo produtivo com emprego de novas

técnicas e maquinário, seja em função de aumento da jornada trabalhada sem o corresponde equivalente no pagamento de salários.

Marx estudou a renda fundiária agrícola que serviu de analogia para a renda fundiária urbana. Ambas correspondem ao incremento de valor da terra em função de benfeitorias realizadas não pelo proprietário diretamente, mas por um terceiro, sem que para isto seus proprietários tenham contribuído. Didaticamente, têm-se três agentes: o proprietário da terra, o capitalista e o trabalhador rural. O primeiro não participa do processo produtivo, tendo sua renda legitimada pelo instituto da propriedade privada da terra, embora alguns façam uma aproximação com a ideia de juros cobrados pela posse de capital emprestado. Na hipótese da renda fundiária urbana aquele segundo, em regra, é substituído pelo Poder Público, mas pode também estar vinculado a um empreendedor privado, como um grande *shopping center* que se instale na vizinhança, valorizando os imóveis no entorno.

Analogamente, sua dinâmica está vinculada ao conceito de renda diferencial que é o ganho pertinente ao excedente de produção depois de subtraídos os respectivos custos de produção, contabilizando-se nesse valor o pagamento ao proprietário da terra, a título de sua utilização. A renda diferencial é reinvestida na produção a escalas cada vez menores de lucro para alcançar os mesmos níveis de produção, em razão de custos crescentes associados à superação de deficiências de qualidade do solo, até que não seja mais vantajosa essa operação para o capitalista.

À necessidade de maiores investimentos em função da menor qualidade do solo resulta melhorias para a propriedade nem sempre passíveis de recuperação pelo investidor, importando em “mais valia” apropriada pelo dono da terra sem que este fizesse algo para tanto.

Valendo-se das premissas teóricas marxista acerca da valorização fundiária, importa deduzir, de forma analógica, suas referências para o processo de urbanização e para o mercado imobili-

ário, funcionando os atributos de localização e valor agregado da construção à semelhança dos atributos de produtividade da terra agrícola. Assim, o lucro auferido pelo incorporador/capitalista com a construção tem correspondência com a localização do bem, leia-se o acesso a serviços, tanto público, quanto privado a exemplo de infraestrutura urbana e comércio, serviços e lazer. Quanto mais abundante a infraestrutura e serviços disponíveis na região de localização do imóvel, maior tende a ser o preço do terreno no qual está sendo construído e, por conseguinte, maior o valor do imóvel e correspondente sobrelucro. Outra forma de valorização imobiliária está vinculada ao valor agregado do imóvel, quanto mais sofisticado, maior a tendência de sobrelucro pelos operadores imobiliários.

Mudanças legislativas impactam o valor dos imóveis (tanto favorável, quanto desfavoravelmente), a exemplo de um zoneamento urbano que altera uma área de industrial para residencial, fomentando a mudança de indústrias poluidoras da região. Outro exemplo favorável colhe-se do aumento no gabarito de uma determinada localização como o do campo de golfe olímpico, na região da Barra da Tijuca, importando valorização do imóvel, uma vez que há possibilidade de construção de edifícios maiores, pressionando os preços do terreno. Registre-se que as externalidades negativas atuam de modo contrário, tal qual a proximidade na vizinhança de uma fábrica poluidora, que tende a desvalorizar os preços dos imóveis residenciais e comerciais.

As considerações teóricas listadas explicam o porquê dos investimentos em infraestrutura urbana são tão necessários aos incorporadores imobiliários, funcionando à semelhança de atributos de produtividade da terra agricultável. A magnitude de recursos requeridos para dotação da infraestrutura urbana faz os empresários do setor imobiliário raramente encamparem essa empreitada, pois afeta sobremaneira a possibilidade de lucros, entendendo como inviável, economicamente, sua implantação à própria conta, em que pese a legislação imobiliária imputar aos mesmos tais responsabilidades.

A legislação determina a recuperação de mais valias urbana decorrentes de investimentos do Poder Público, conforme dispõe o § 2º, incisos IX e XI do Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001. SUNDFELD (2014) leciona acerca de alguns aspectos econômicos do processo de urbanização disciplinados pelo Estatuto das Cidades:

O Estatuto fixou importante diretriz quanto ao aspecto econômico do processo de urbanização: seus ônus e benefícios devem ser distribuídos segundo um critério de justiça (“justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização” – art. 2º, IX) – o que, entre outros aspectos, impõe a “recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado valorização de imóveis urbanos” (inciso XI). Fonte: SUNDFELD, Carlos A. *O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais*. In: Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo. Malheiros Editores. 2014. p.61-62.

Observa-se falta de efetividade desses dispositivos, ocorrendo a privatização dos lucros e a socialização dos custos, pois não se vê os instrumentos jurídicos disponíveis para esse intento serem utilizados pela municipalidade para ressarcimento. Uma explicação comumente fornecida vincula-se a dificuldades políticas na aprovação de instrumentos que acarretem ônus ao patrimônio imobiliário, algo facilmente identificável por seus proprietários e associados negativamente à imagem do agente político responsável, seja prefeito ou vereador. GUIMARÃES (2015) aponta igualmente aspectos culturais que favorecem o alijamento da esfera privada de quaisquer ônus que porventura venham a recair sobre bem imóvel patrimonial, destacando o entendimento da popula-

ção de atribuir as obrigações pertinentes à implantação da infraestrutura urbana ao Poder Público:

às empresas privadas não interessa produzir certos elementos necessários à formação do valor de uso complexo, aqueles que não são rentáveis, como infraestruturas urbanas e equipamentos coletivos. É o que, em termos gerais, define a contradição da urbanização capitalista, na qual cada elemento busca o lucro a todo custo e, ao fazê-lo, opõe-se a elementos urbanos necessários à sua própria valorização. (CAMPOS, Paola R. *O preço da terra e a moradia de baixo custo*. In: Estado e capital imobiliário. Convergências atuais na produção do espaço urbano brasileiro. Belo Horizonte. C/Arte. 2011. p. 64).

Não se tem notícia que os instrumentos de recuperação de “mais-valias fundiárias urbanas” tenham sido utilizados pela prefeitura do Rio de Janeiro para ressarcimento de despesas efetuadas com obras de infraestrutura urbana, concluídas para os Jogos Olímpicos de 2016, tal como a construção da Linha 4 do metrô ou os corredores BRT, Transcarioca, Transolímpica e Transoeste. Tais obras favoreceram imensamente a especulação imobiliária na região. Não por menos a região ficou tanto tempo como uma fronteira a ser integrada à mancha urbana, haja vista que a dificuldade de acesso foi um limitador para a sua ocupação.

Antes de qualquer consideração, isto demonstra o quanto o mercado imobiliário é dependente do Poder Público, que se mantém como o grande provedor de infraestrutura urbana para facilitar a apropriação pelo mercado sem a correspondente contrapartida privada, conforme acima exposto. Assim, explica-se a socialização dos custos e conseqüente privatização dos lucros

com as referidas obras de infraestrutura tocadas sob o argumento de essenciais para o projeto olímpico de 2016, que concentrou a maioria das competições esportivas naquela região.

Na sequência é igualmente importante pontuar outro conceito formulado por Marx acerca do valor das coisas¹³¹, uma vez que o valor da terra e dos bens imóveis propriamente ditos são socialmente construídos, conforme se pôde observar das premissas teóricas anteriormente formuladas. Importa, pois, distinguir dois conceitos inerentes tanto ao seu valor intrínseco, às suas propriedades físicas, ao que Marx associa a ideia de valor de uso do ponto de vista da utilidade que a coisa em si pode proporcionar para a satisfação das necessidades humanas; quanto ao seu valor de troca, este varia no tempo e no espaço e legitima o processo de mais valia, ou seja, a apropriação da riqueza alheia e a acumulação do capital. É este segundo conceito que norteia a especulação imobiliária dos imóveis urbanos.

Outra peculiaridade do setor imobiliário é que apresenta taxas de retorno maiores que as demais atividades costumam engendrar, mesmo não considerando neste cálculo a especulação imobiliária propriamente dita. A razão deste comportamento é que a propriedade imobiliária tem um longo ciclo de vida e, por consequência, uma longa obsolescência, o que a torna repositório dos excedentes de capital dos demais setores da economia, favorecendo à especulação imobiliária. A lenta obsolescência e consequente baixa rotatividade ensejam um contínuo movimento para realocação, destruição e reconstrução no e do espaço, conforme leciona BOTELHO (2007, p.26), o que converge com a lógica capitalista de eterna expansão. David Harvey leciona:

131. Pode-se definir a mercadoria como a unidade de dois elementos: valor de uso e valor de troca. Marx afirmava que "os valores de uso constituem o conteúdo material da riqueza, qualquer que seja a forma social desta." Já o valor de troca tem sua determinação histórica (mercantil) bastante clara. CARCANHOLO, Marcelo D. A importância da categoria valor de uso na teoria de Marx. In: Pesquisa & Debate. São Paulo, volume 9, número 2(14), p. 17-43, 1998. Disponível em <<http://revistas.pucsp.br/index.php/rpe/article/view%20File/11757/8478>>. Acesso em 09 set 2016.

Parece que o imperativo da acumulação produz concentração da produção e do capital, criando, ao mesmo tempo, uma ampliação do mercado para realização. Em consequência, os “fluxos no espaço” crescem de modo notável, enquanto os “mercados se expandem espacialmente, e a periferia em relação ao centro [...] fica circunscrita por um raio constantemente em expansão” (Marx, 1972:288). Certo tipo de relação centro-periferia surge da tensão dessa concentração e expansão geográfica. (HARVEY, David. São Paulo. Annablume. 2006. P. 51).

III. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Direito e economia são duas ciências que andam juntas e se entrelaçam na difícil tarefa de contribuir para uma sociedade mais harmônica. Embora didaticamente possam ser tomadas de forma isolada, na vida cotidiana impõe que sejam conjuntamente consideradas, tanto para explicar os fenômenos sociais, quanto para aplicar soluções à miríade de situações que reclamam sua intervenção em razão da vida ser um fenômeno intrinsecamente plural.

Do ponto de vista do direito, importa a harmonia das relações sociais, enquanto a segunda (economia) tem a difícil tarefa de conciliar riscos e incertezas, mitigando-os por meio de modelagem matemática com o fito de maximizar resultados. Há aqui uma complementaridade entre as duas ciências, à medida que o direito proporciona a estabilidade necessária preconizada pela economia para a maximização de resultados, comumente chamada de eficiência.

Sob a batuta desta indissociável realidade tem ganho corpo nos últimos anos no Brasil um viés hermenêutico que subordina a dogmática jurídica aos aspectos econômicos¹³². Trata-se da AED, meto-

132. O ordenamento jurídico nacional contém registros dessa abordagem consequencialista de longa data, tal qual o exemplo do art. 12, § 1º da Lei 7.347/851, que faculta a suspensão de liminar concedida nas hipóteses nele listadas, que claramente assem-

dologia de inspiração liberal, que tem caráter consequencialista e racional, muito comum nos julgados das cortes norte-americanas, campo de atuação da *common law*. Segundo GIGO JR (2011, 26), tal dinâmica utiliza o método econômico para “tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como a lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico”, sempre que o intérprete estiver diante de escolhas racionais.

O método econômico considera a possibilidade de uma tomada de posição por parte do intérprete em escolher o arcabouço jurídico passível de aplicação segundo aquele que otimize o resultado, configurando uma quebra de paradigma em relação à dogmática jurídica tradicional brasileira, em que tal questão tem escopo prévio e vinculado, ou seja, não comporta discricionariedade.

Por sua vez, o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Uma visão crítica considera que os fins sociais a que a norma se dirige e as exigências do bem comum do ponto de vista da AED reduzem-se a aspectos quantitativos, uma vez que, por mais completa que seja a dinâmica econômica, nem sempre a referida metodologia consegue captar a pluralidade de variáveis imbricadas, presentes no fato da vida objeto de sua incidência. Assim, *i.e.*, a maximização de um determinado resultado quantitativo, não significa necessariamente a melhor solução, pois pode desconsiderar aspectos de difícil quantificação, uma vez que a maximização do resultado pode não traduzir variáveis intangíveis.

Como exemplo, a remoção de comunidades carentes para a realização dos Jogos Olímpicos de 2016 na Barra Tijuca foi objeto de intenso questionamento, uma vez que é um instituto jurídico que encontra forte reprimenda tanto na legislação nacional, quanto no direito comparado. Entretanto, a AED entende como racional

a remoção de comunidades carentes, mesmo que para locais distantes da origem, possibilitando melhor ganho de eficiência dos agentes envolvidos: os operadores imobiliários, que dispõem de imóveis na vizinhança, uma vez que seus ativos se valorizarem de forma acentuada em razão da mitigação de externalidades negativas, pois a proximidade com comunidades carentes implica, comumente, na desvalorização do patrimônio imobiliário; os removidos, que em princípio passariam a habitar residências com maior conforto e segurança; o Poder Público, que teria aumentado o montante recolhido a título de tributos, dado o fomento à atividade econômica na região, em especial decorrente da valorização imobiliária dos imóveis existentes ou a serem construídos, bem como pela inserção de comunidades informais na economia legal; os cidadãos do Rio de Janeiro, de um modo geral, que receberiam os bônus do projeto olímpico a que o *marketing* urbano associa a ideia de legado; o mercado, que se beneficiaria do fomento à atividade econômica de um modo geral.

Contudo, tais benefícios são passíveis de questionamento frente à ofensa ao direito fundamental à moradia e o direito à cidade, dentre outros, que importam mais que meros aspectos quantitativos econômicos e são de difícil mensuração. Ademais, os moradores removidos poderiam não se adequar à nova realidade urbana, perdendo seus laços construídos ao longo de anos ou décadas de convívio em um espaço construído na antiga localidade, o que poderia, igualmente, alijar valores culturais construídos por gerações. Tais aspectos dificilmente seriam passíveis de captura pela análise econômica do direito.

Algumas outras considerações de cunho teórico formuladas pela AED são importantes analisar, tal como o Teorema de Coase:

Numa situação de custos de transação zero, a alocação final de um bem, obtida por meio da

barganha entre partes, será sempre eficiente, não importa a configuração legal acerca da propriedade desse bem. **O teorema de Coase, portanto, depende de uma suposição inicial: de que os custos iniciais sejam iguais a zero** (grifo nosso). (KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.71).

O texto endossa o postulado liberal do *laissez faire* e é metodologicamente provado por meio de exemplos como a instalação de filtros em uma empresa de energia elétrica poluidora em uma lavanderia. Os autores apontam que a solução feita de modo cooperativo pelos atores envolvidos é superior às demais existentes, destacando que “é mais provável que os negociadores cooperem, quando seus direitos são claros e menos provável, quando seus direitos são ambíguos”, conforme preceitua COOTER & ULEN (2010, 106).

Este raciocínio serve de reforço ao argumento de que os benefícios decorrentes da participação direta dos atores envolvidos tem respaldo tanto na economia, quanto no direito, uma vez que só este conseguirá proporcionar “direitos claros”, operando a relação dialética inicialmente listada pertinente ao papel existente entre o direito e a economia.

Convém destacar que essa é uma conclusão de um ponto de vista liberal, mas que foi curiosamente adotado por uma legislação de inspiração social como o Estatuto das Cidades, que contém diversos dispositivos que preconizam a participação popular, inclusive contemplando tal premissa como diretriz geral daquele diploma, o que faz irradiar os seus efeitos por toda norma.

A lógica liberal envolvida é muito sedutora, mas considera que os custos de transação sejam zero ou ínfimos, passíveis de absorção, podendo ser desconsiderados, portanto. Na prática esta é uma equa-

ção difícil de realizar, máxime quando se tratam de atores privados que buscam realizar lucros. Com efeito, no que tange à propriedade imobiliária, demonstra-se o quão frágil revela-se a visão eficiente da AED. A história aponta que a acumulação de capital e a concentração fundiária têm sido o padrão de exploração da propriedade imobiliária no Brasil, remetendo grande parte da população a condições de sub-moradia, o que reforça o questionamento acerca da eficiência desse modelo, uma vez que a análise quantitativa tende a ignorar as consequências socioeconômicas pertinentes ao aumento da desigualdade e que remetem à exclusão dos moradores de baixa renda de um direito fundamental, qual seja o direito à moradia, em que pese a possibilidade de significar eficiente acúmulo de capital.

Outrossim, não se pode olvidar um aspecto realçado pelo magistério de SUNDFELD acerca do direito urbanístico, que agrega importante elemento ao debate:

O direito urbanístico, justamente por decorrer de uma visão totalizante de mundo – e de, muito coerentemente, tratar o urbanismo como função pública – sujeita-se ao risco, nada desprezível de descambar para o totalitarismo estatal. Isso em duas vertentes: a do Estado que se fecha à influência da sociedade, tomando decisões como no desenvolvimento de suas ações materiais (isolamento estatal), e a do Estado que impede sistematicamente a ação individual (autossuficiência estatal). (SUNDFELD, Carlos A. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. In: *Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. DALLARI, Adilson A; Ferraz, Sérgio (org.). São Paulo. Malheiros. 2014. p. 58).

A dinâmica especulativa de criar escassez de terrenos e com isso inflacionar os custos habitacionais urbanos não se restringe ao Rio de Janeiro, tal como expõe a revista *The Economist*¹³³:

In fact, land is not really scarce: the entire population of America could fit into Texas with no more than an acre for each household to enjoy. What drives prices skyward is a collision between rampant demand and limited supply in the great metropolises like London, Mumbai and New York. In the past ten years real prices in Hong Kong have risen by 150%. Residential property in Mayfair, in central London, can go for as much as £ 55,000 (\$ 82,000) per square mile of Manhattan residential property costs \$ 16.5 billion.

Nessa lógica especulativa, a infraestrutura deficiente concorre para pressionar a valorização da terra, em especial a urbana, dado o maior adensamento humano. Aqueles locais onde existem uma melhor infraestrutura sofrem um valorização acentuada. Disso tudo resulta que a propriedade imobiliária passível de ocupação diminui, à medida que a terra não se renova¹³⁴, ainda que de modo artificial por força da especulação imobiliária. Nessa linha de raciocínio é oportuno trazer à colação o magistério de TORRES (2010), conforme a seguir informado:

A lógica do mercado fundiário tem como produto final a terra, produto não reprodutível, pois não é resultado do trabalho. Esta falta de reprodução da terra leva a que o circuito imobiliário cons-

133. *The Economist*. *Space and the city*. 04 abr 2015. p.11.

134. A terra é aqui entendida como repositório do capital e não como fator de produção, insumo, na linguagem econômica tradicional.

trua socialmente a escassez para elevar o máximo seus ganhos, colocando em circulação quantidade limitada de terra, possibilitando a manutenção de estoques de terra, aproximadamente substitutas e, no caso do Rio de Janeiro, esse estoque conforma extensas áreas ociosas.

Outrossim, a pouca disponibilidade de terrenos urbanos aptos para o mercado imobiliário, cinge-se não exclusivamente à especulação propriamente dita, mas também em virtude das cidades encontrarem-se consolidadas. Logicamente que o comportamento de muitos proprietários de reterem especulativamente seus ativos, visando uma valorização futura, pressiona os custos de produção. Em pesquisa divulgada por BOTELHO (2007, 56), o custo do terreno foi estimado em cerca de 28,41 % do custo de produção habitacional.

O espaço urbano já há muito integra o circuito de valorização do capital, assumindo um papel que o traduz tanto como produto de um processo de transformação, típico do capitalismo industrial de outrora, quanto de elemento indutor de mudanças no ambiente que o circunda. Trata-se, pois, de um processo dialético, múltiplo, complexo, encerrando uma miríade de facetas, seja de cunho econômico, seja de caráter social, sobretudo vinculada à extração da mais-valia fundiária no primeiro caso ou de questões identitárias no último.

A fragmentação do espaço serve ao intento de homogeneizá-lo e permitir sua transmutação de bem imóvel infungível, segundo a classificação jurídica pertinente, para algo passível de ser representado em títulos negociáveis pelo mercado financeiro e, desta forma, alavancar o Setor Imobiliário com ganhos que, em regra, não são outorgados de maneira equânime pela sociedade.

Essa perda de aderência com o bem original permite a multiplicação de investimentos, uma vez que os recursos ainda se mantêm, de certa forma, vinculados ao lastro garantidor. Isto impulsiona o

mercado imobiliário, capitulado pelas práticas do capital financeiro. Interessante observar que o capitalismo é um sistema econômico cuja expansão é característica inerente à sua dinâmica, necessitando, pois, sempre superar fronteiras. Em se tratando de espaço físico propriamente dito, ocorre um movimento de construção e desconstrução do mesmo, ou mesmo de redirecionamento de uso, em função de práticas renovadas para posterior valorização do bem.

Quando se disserta sobre financeirização imobiliária, remete-se a uma tendência global de governança urbana e aqui se extrai um dos pressupostos da expansão urbana da cidade do Rio de Janeiro para a Barra da Tijuca e que serve ao intento do presente texto, qual seja a melhor compreensão da dinâmica da expansão urbana da região da baixada de Jacarepaguá e da Barra da Tijuca, propriamente dita, valendo-se, basicamente, de dois pontos de observação parametrizados pelo direito e pela economia.

Tal movimento não é uma tendência circunscrita ao Brasil, mas por todo o globo terrestre são encontrados sintomas de sua adoção, por meio de uma ressignificação da moradia, que transmuta-se em mercadoria. Isto serve de modelo de governança urbana, sobretudo porque um dos seus maiores divulgadores é o Banco Mundial, conforme postula ROLNIK (2015, 79).

IV CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dinâmica da expansão urbana da cidade do Rio de Janeiro para a região Oeste, especificamente para a Barra da Tijuca e adjacências, atende a pressupostos teóricos do sistema capitalista, tais quais os listados nos capítulos precedentes, destacando-se a necessidade de incorporar novas fronteiras e fomentar o acúmulo de capital.

A visão de eficiência da AED, salvo melhor juízo, não é apta para captar variáveis intangíveis pertinentes à dinâmica imobiliária urbana, em especial a questão da exclusão social das populações

de baixa renda, conforme apresentado no texto. Pelo exposto, a despeito do autor endossar a formulação preconizada pela AED de que a solução cooperativa entre as partes é uma solução eficiente, não pode acolher o pressuposto de exclusão da supervisão estatal, sob pena de conduzir a situações iníquas como a prática segregacionista imobiliária tem demonstrado, ao remeter as comunidades carentes para locais distantes de sua antiga moradia em prol da especulação imobiliária e da acumulação do capital.

Ademais, entende-se como um receituário liberal essa corrente, máxime por desconsiderar os custos de transação, que na prática, podem vir a inviabilizar as tratativas realizadas sem a supervisão estatal, conforme exposto.

Muito ainda poderia ser comentado acerca da temática proposta, remetendo tal trabalho a outros estudos, de um formato mais abrangente como uma dissertação de mestrado, dentre outras possibilidades, sob pena de comprometer o escopo do presente artigo.

BIBLIOGRAFIA

BOTELHO, Adriano. *O urbano em fragmentos. A produção do espaço e da moradia pelas práticas do setor imobiliário*. 1ª edição. São Paulo. SP. Ed. Annablume; FAPESP. 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. DF:Senado, 1988.

_____. Estatuto das Cidades. Brasília. DF: Senado, 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm > . Acesso em 05set2016.

_____. Lei de Ação Civil Pública. Brasília. DF: Senado, 2001. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos

causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm > . Acesso em 21 set 2016.

CAMPOS, Paola R. *O preço da terra e a moradia de baixo custo*. In: Estado e capital imobiliário. Convergências atuais na produção do espaço urbano brasileiro. Belo Horizonte. C/Arte. 2011. p. 64.

CARCANHOLO, Marcelo D. *A importância da categoria valor de uso na teoria de Marx*. In: Pesquisa & Debate. São Paulo, volume 9, número 2(14), p. 17-43, 1998. Disponível em < <http://revistas.pucsp.br/index.php/rpe/article/view%20File/11757/8478> > . Acesso em 09 set 2016

COOTER, Robert; ULEN; Thomas. *Direito & Economia*. 5.ed.Porto Alegre. Bookman. 2010.

GIGO JR, Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte. Fórum 2011. p. 26.

GONÇALVES, Ayrton Luiz. *Barra da Tijuca, de Rua em Rua*. Rio de Janeiro. Rio Estácio de Sá. 2005.

GUIMARÃES, Renato C. V. *Barra da Tijuca e o projeto olímpico: a cidade do capital*. Dissertação apresentada no curso de mestrado do Programa de Pós-graduação em Planejamento Urbano e Regional da Universidade do Rio de Janeiro – UFRJ. Rio de Janeiro. 2015.

HARVEY, David. A produção capitalista do espaço. São Paulo. Anablume. 2006. p. 51.

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm > . Acesso em 21 set 2016).

KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.71

PESSALI, Huáscar Fialho. Custos de transação. IN RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.82

ROLNIK, Rachel. *Guerra dos lugares. A colonização da terra e da moradia na era das finanças*. São Paulo. Boitempo. 2015.

SUNDFELD, Carlos A. *O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais*. In: Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo. Malheiros Editores. 2014. p.61-62

Space and the city. The Economist. 04 abr 2015. p.11. Disponível em < <http://www.economist.com/news/leaders/21647614-poor-land-use-worlds-greatest-cities-carries-huge-cost-space-and-city> > . Acesso em 23 set 2016.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. 2ª edição. Rio de Janeiro. RJ. Ed. Lumen Iuris, 2010, p. 391.

DIREITO À MORADIA: UMA VISÃO PANORÂMICA

Álvaro Carlos Ramos Barbosa¹³⁵

*Passei o resto do dia atormentado pelas sombrias circunstâncias em que fora lançado. Não tinha alimento, casa, roupas, nem lugar para ir. Desesperado, sem que nada pudesse me consolar, não via outro destino senão a morte: ou seria devorado por feras selvagens, ou morreria de inanição por falta de comida. Ao anoitecer, subi numa árvore com medo de criaturas selvagens e dormi. (DEFOE, Daniel. *As aventuras de Robson Crusoe*, p.69)*

SUMÁRIO

I. Introdução. II. Do Direito de Propriedade. III. Do Direito de Moradia nos tempos atuais. IV. Considerações finais. V. Bibliografia.

I. INTRODUÇÃO.

O texto acima é um extrato de um clássico da literatura ocidental, *As aventuras de Robson Crusoe*, da lavra do escritor inglês Daniel Foe, publicado inicialmente em 1719. Apesar da qualidade literária que a referida obra encerra e que, certamente, muito contribuiu para permanecer admirada por séculos a fio, tal sucesso cer-

135. Mestrando em Direito da Cidade na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Imobiliário pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela UERJ. Advogado. E-mail: <alvarogalaxys5@gmail.com>.

tamente decorre do seu cunho universal, que traduz e dialoga com a dimensão humana, em suma, dando aderência à realidade. Por tais razões o texto incorpora uma linguagem atemporal, permitindo de forma lúdica, mas não menos precisa, aquilatar o quão essencial é o acesso a alimentos, casa e vestuário, dos quais o personagem encontra-se privado. Daí a morte como destino inexorável, pois ao lhe faltar tais recursos, subtrai-se a perspectiva de existência, mormente pela impossibilidade de uma vida digna.

Não por coincidência diz respeito a bens afetos a direitos fundamentais, a que a dogmática jurídica atribuiu-lhes a alcunha de direitos sociais. No dizer de MARMELSTEIN (2014, 190) “são inegavelmente instrumentos de proteção e concretização do princípio da dignidade humana, pois visam garantir as condições necessárias à fruição de uma vida digna”. A título de ilustração, o art. 6º da Constituição Federal lista uma séria de direitos fundamentais enquadrados como sociais, embora não se esgotem ali.

Do ponto de vista do direito internacional, há um rico menu de disposições a respeito, normalmente ratificadas pelo Brasil, que faz com que integrem a legislação pertinente, nos termos do art. 5º e respectivos parágrafos de nossa Carta Magna.

A despeito das normas listadas, o Brasil tem adotado a positivação de tais institutos, a exemplo do referido art. 6º, que disciplina o direito à moradia. A título de informação, o art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966, transcrito *in verbis*, serviu-lhe de inspiração:

Art. 11 - Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para a sua família, inclusive **alimentação, vestimenta e moradia** adequadas, assim como na melhoria de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução

desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento (grifo nosso).¹³⁶

O caráter multidisciplinar do tema, essencialmente plural, não restrito ao jurídico, aconselha o interessado a aprofundar seus conhecimentos na literatura especializada, uma vez que o escopo reduzido do presente artigo não permite mais que superficiais incursões na esfera da economia, sociologia e urbanismo. Estas, tão necessárias, quanto bem-vindas, agregam valor ao conhecimento jurídico pertinente, uma vez que o direito não existe apartado de outras realidades.

Leciona Luis Roberto Barroso que não se deve adotar uma postura clássica de cindir a dogmática jurídica das demais áreas do conhecimento humano, uma vez que o direito, assim como a vida, é plural:

O estudo do sistema normativo (dogmática jurídica) não pode insular-se da realidade (sociologia do direito) e das bases de legitimidade que devem inspirá-lo e possibilitar a sua própria crítica (filosofia do direito). A interdisciplinariedade, que colhe elementos em outras áreas do saber – inclusive os menos óbvios, como a psicanálise ou a linguística – tem uma fecunda colaboração a prestar ao universo jurídico (Barroso, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5ª ed. São Paulo. Saraiva 2015. P. 265).

Inicialmente, destaca-se que a evolução do pensamento jurídico tem paralelos com o contexto socioeconômico no qual está inserido. Assim, exemplificativamente, o positivismo ensejou uma her-

136. Adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 16/12/1966 e ratificado pelo Brasil em 24/01/1992. Fonte: SOUZA (2013, pg. 56).

menêutica fechada, essencialmente subordinada ao método literal, uma vez que os juízes eram tidos como um *longa manus* a serviço do legislador. A razão desta dogmática vinculava-se à desconfiança dos juízes, de origem aristocrata¹³⁷, após o advento da Revolução Francesa. Como consequência, o direito natural, até então reinante, fora abolido com a consequente quebra de paradigmas que lhe eram vinculados e orientavam a sociedade ocidental por séculos. Sob o primado da religião, invocavam-se os mistérios da fé, a origem divina do poder real, e por corolário, o direito natural.

Entretanto, as ideias iluministas e o cientificismo mudaram o eixo do direito, que se deslocou do divino para o humano; do direito natural para as leis, donde se destacavam os códigos, expressão máxima da perfeição positivista ao sistematizarem “a inteireza” dos domínios jurídicos. Era um reflexo do movimento enciclopedista na codificação do direito, encorajado pelas descobertas científicas que impulsionavam a humanidade por caminhos nunca antes percorridos. Daí o fetiche da razão, propugnado pela escola positivista. Assim surgiu o Código Napoleônico de 1.804.

No Brasil o positivismo teve uma espécie de “ultratividade”, pois enquanto permanecia o regime militar, não havia ambiente para reformar a dogmática jurídica. Somente com a redemocratização e a nova Carta Constitucional de 1988 com *status* de norma jurídica e não de mera carta política é que o país se engajou na releitura de seu sistema jurídico, igualmente influenciado por força da Teoria Crítica europeia, que também atuou de modo significativo para a passagem para o pós-positivismo.

137. Os vencedores da Revolução de 1789 viam com desconfiança os juízes, muitos oriundos da nobreza ou então com fortes vínculos com esta. Assim, entendiam os corifeus do positivismo oitocentista francês, que os julgadores deveriam estar restritos a dizer exatamente o que a lei queria, segundo a famosa fórmula da subsunção do fato à norma. O juiz nada mais representaria do que a vontade da lei ou a “boca da lei”, segundo famoso brocardo jurídico fartamente destacado. Assim, estaria vedado ao juiz valer-se de uma hermenêutica que buscasse interpretações para além do texto e restritos a uma dogmática apartada da ética.

Este modelo, tanto aqui quanto lá acrescentou ao positivismo a ideia de dignidade da pessoa humana e os princípios constitucionais deixaram de ser meramente figurativos para alcançarem o *status* de norma jurídica, ensejando a técnica da ponderação e não o tudo ou nada da regra de direito positivo, mormente porque o direito não é um sistema fechado, capaz de enquadrar-se completamente nos códigos positivistas de outrora.

Neste novo modelo o direito à moradia encontra melhor acolhida, pois dialoga intrinsecamente com o princípio da dignidade humana. Assim, a despeito de sua positivação tardia na Carta Constitucional por força da Emenda Constitucional nº 26/2000, tal direito já era defendido com o *status* de fundamental por significativa doutrina.

Ocorre que por se tratar de um direito fundamental social, que exige prestações positivas por parte do Poder Público, sua efetividade torna-se comprometida ao depender de recursos orçamentários e de políticas públicas. Por sua vez, em relação às prestações negativas, estas desde já são passíveis de eficácia, a exemplo da observância de sua normatividade pelo legislador infraconstitucional, que não pode contraria-la.

II. DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Embora o direito de moradia possa se revelar por outras formas que não especificamente por meio do direito de propriedade, é por essa modalidade que, seguramente, o sistema capitalista mais influencia aquele primeiro direito. Atribui-se tal característica à sua capacidade de fomentar a expansão do capital, possibilitando alocar o excedente de outros setores na produção do capital imobiliário, tido também como um refúgio seguro para o fenômeno das cíclicas crises econômicas. Ademais, existe um aspecto histórico e cultural subjacente, pois o poder associado à propriedade da terra, em especial, vem de tempos imemoriais, bastando para tanto, remissão ao feudalismo, onde a concentração da riqueza, associada ao domínio

da propriedade imobiliária foi determinante nas relações socioeconômicas vigentes. À posse se atribuía um perfil secundário, vassallo, e, de menor importância econômica.

Este modelo atravessou séculos, aportando na legislação civil codificada de 1916, onde o Código Civil figurava como núcleo de nosso ordenamento jurídico, centrado em três pilares: propriedade privada, contrato e família, segundo o modelo liberal influenciado pelo continente europeu. BELTRÃO (2014) realça que o art. 2º da Declaração de 1789 na França afirmava o caráter inviolável e sagrado da propriedade, o que era igualmente acompanhado pela Declaração da Pensilvânia. Daí a o contexto da propriedade, no Art. 524 daquele diploma, como um direito absoluto, que garantia ao seu titular o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, da forma mais absoluta possível, bem como reaver os bens do poder de quem quer que injustamente os detivesse ou possuíssem. Com a entrada em vigor do novo Código Civil, este artigo foi substituído pelo art. 1.228, *in verbis*, sendo tal dispositivo responsável por disciplinar as linhas mestras da propriedade privada:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores. (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil brasileiro).

Nota-se que já aporta nesse sistema a remissão ao conceito de função social da propriedade que foi uma construção teórica pertinente ao Estado do Bem-Estar Social e que exerceu muita influência global no período pós-guerra, fazendo com que a balança do direito pendesse para uma mudança de visão, principalmente no que respeita aos direitos de índole coletivistas, donde se destaca, em particular, o direito à moradia, intrinsecamente relacionado à propriedade.

A despeito do modelo francês ter influenciado, sobremaneira, a concepção de propriedade, adotando a ideia de direito inviolável, exceção dada às hipóteses de desapropriação por ato do poder público e mediante indenização prévia, verdade é que os tempos atuais experimentaram extensas e profundas alterações de seu perfil epistemológico, mormente em razão das mudanças políticas e econômicas das últimas décadas. Destarte, presenciou-se, no começo do século passado e por mais setenta anos, a experiência do comunismo

de estado soviético, que repercutiu não só nos países da cortina de ferro, mas também no instituto da propriedade privada nos países de orientação capitalista, sendo o Estado do Bem-Estar social uma concessão burguesa, como resposta às demandas sociais crescentes¹³⁸. Tais mudanças, s.m.j, tinham por escopo uma estratégia do capital de mitigar pressões das classes sociais menos favorecidas, por meio de um “capitalismo social”, refletindo na esfera do direito.

Uma leitura progressista desse cenário faz-se pertinente, possibilitando melhor compreensão para a ideia de função social da propriedade, que transige com ideais de inspiração coletivista em oposição ao individualismo oitocentista de outrora, coroado pelo Código Napoleônico. Assim, a questão da função social da propriedade assume importância central no presente estudo, tecendo Bruno de Abreu DALLARI as seguintes considerações:

À expressão “função social da propriedade” pode-se também atribuir outro conteúdo, vinculado a objetivos de justiça social; vale dizer, comprometido com o projeto de uma sociedade mais igualitária ou menos desequilibrada – como é o caso do Brasil – no qual o acesso à propriedade e o uso dela sejam orientados no sentido de proporcionar ampliação de oportunidades a todos os cidadãos independentemente da utilização produtiva que porventura já esteja em uso. (DALLARI, Bruno de Abreu (Org.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 1^a ed. São Paulo. Ed. Malheiros. 2003, p. 74).

Este instituto é antigo conhecido do direito constitucional brasileiro, onde a Carta de 1934, em seu art. 113, já ensaiava os primei-

138. Registre-se que parte significativa da doutrina defende que sua gênese prende-se a consequências decorrentes dos horrores das duas grandes guerras mundiais, razão da criação de organismos de governança global, tal como a Organização das Nações Unidas (ONU).

ros passos rumo a um condicionamento social da propriedade nos seguintes termos:

É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

Por sua vez, as constituições de 1934 e 1937 o mantiveram no capítulo da ordem econômica, sendo que a de 1946 evoluiu ainda mais, condicionando a propriedade ao bem-estar social¹³⁹. Interessante destacar, conforme assevera BELTRÃO (2014), que as Cartas de 1967 e 1969, sob regime de exceção, contemplaram o termo “função social” como princípio informador das ordens econômica e social¹⁴⁰. Por fim, a Constituição de 1988 endossou este princípio, tanto no capítulo pertinente à ordem econômica (Art. 170, III), quanto nos direitos fundamentais (Art. 5º, XXIII).

Tal postura firmou mudança paradigmática, pois os conceitos de propriedade outorgavam-lhe um poder absoluto sobre a coisa

139. Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

§ 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

140. Art. 160 - A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) III - função social da propriedade; (...)

(uso, gozo e disposição, além de reivindicação de quem injustamente a possua a detenha) sem a observância de limites que guardassem vínculo com o respeito a valores maiores de cunho coletivo, conforme exposto. Nesse mister, cumpre trazer à colação o magistério de Gustavo Tepedino:

A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos cofins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesse extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade. (TEPEDINO, Gustavo, *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro. Ed. Renovar. 2008. p.337).

III. DO DIREITO À MORADIA NOS TEMPOS ATUAIS

A falta de efetividade do direito social de moradia é um dos grandes problemas das sociedades modernas, principalmente em países em vias de desenvolvimento como o Brasil, que detêm um déficit habitacional significativo e um grande contingente populacional vivendo em condições precárias de moradia. Entretanto, tal passivo não se refere unicamente aos Estados menos abastados, mas se perpetua por toda a civilização humana: desde tradicionais ícones do capitalismo, como a cidade de Londres até os tigres asiáticos¹⁴¹, a

141. Este raciocínio converge com o contido na reportagem abaixo da revista *The Economist*, que ilustra bem a relevância da questão: *In fact, land is not really scarce: the entire population of America could fit into Texas with no more than an acre for each household to enjoy. What drives prices skyward is a collision between rampant demand and limited supply in the great metropolises like London, Mumbai and New*

despeito do direito de moradia figurar como direito fundamental social e corporificar-se em bem da vida necessário para sobrevivência e desenvolvimento de potencialidades e realizações humanas.

Ademais, peculiaridades pertinentes ao contraste entre a renda populacional e o valor da moradia, bem como a dinâmica do mercado imobiliário, a tornam quase inalcançável, sobretudo para a base da pirâmide social, daí ganha força a ideia motriz consignada na frase “o sonho da casa própria”.

É certo, entretanto, que com a queda do muro de Berlim e a retomada da agenda liberal pelo que se consignou denominar neoliberalismo¹⁴², a questão social passou a figurar como de importância secundária na agenda dos formuladores de políticas públicas e daqueles que detêm influência sobre as mesmas. O argumento mais explorado, dentre outros aspectos, assevera a falta de capacidade estatal de prover tais bens, comprometida com o alargamento dos direitos sociais e a incapacidade de financiamento estatal.

Em que pese este cenário, é notório que a propriedade imobiliária figura com papel de elevado destaque e merece a importância compatível com sua estatura de direito social. Entretanto, seja no Brasil, seja no restante do mundo, sua eficácia se revela cada vez mais comprometida, mormente em razão da financeirização do capital imobiliário¹⁴³. Esta, ao adotar as premissas próprias do lucro do mercado, divorcia-se do papel de uso que à mesma se associa, para acentuar seu papel de troca, operando aqui um certo antagonismo, *i.e.*, pois a moradia não deixará de engendrar seu protago-

York. In the past ten years real prices in Hong Kong have risen by 150%. Residential property in Mayfair, in central London, can go for as much as £ 55,000 (\$ 82,000) per square mile of Manhattan residential property costs \$ 16.5 billion. The Economist. *Space and the city*. 04 abr 2015. p.11.

142. Modelo que preconiza a centralidade do mercado e o Estado mínimo.

143. o capitalismo parece esgotar-se. Ele encontrou um novo alento na conquista do espaço, em termos triviais na especulação imobiliária, nas grandes obras (dentro e fora das cidades) na compra e venda do espaço. E isso à escala mundial. (...) A estratégia vai mais longe que a simples venda, pedaço por pedaço do espaço. Ela não faz o espaço entrar na produção da mais-valia; ela visa a uma reorganização completa da produção subordinada aos centros de informação e decisão. LEFEBVRE (1999, p. 142) apud BOTELHO (1999, p.21).

nismo entre as necessidades humanas fundamentais. Destarte, não poderia deixar de figurar em tais bases, enquanto direito fundamental, representando, pois um dos grandes desafios da atualidade. Não é raro entender que as gerações mais novas, mesmo em países desenvolvidos, não tenham acesso à moradia nos moldes do que vivenciaram seus antepassados.

IV. CONCLUSÃO

A questão da propriedade e seu regime jurídico surgem de forma destacada no direito à moradia. Inicialmente, era tratado como um direito absoluto pelo Código de 1916, fruto da influência do Código de Napoleão e o contexto em que foi engendrado, de índole essencialmente liberal. O código de 1916, assim como o atual não o conceituavam diretamente, tratando-se de um direito de usar, gozar e dispor, bem como de perseguir-lo de quem injustamente o detenha, característica inerente aos direitos reais, qual seja o direito de seqüela.

Talvez a maior inovação no direito de propriedade não tenha se dado pela atual redação da legislação civil codificada e sim por influência da sua funcionalização em sede constitucional, que vem sofrendo evoluções nesse sentido desde a Carta de 1934, a ponto de a função social da propriedade ser erigida, atualmente, como integrante de seus atributos: ao uso, gozo e disposição, além do poder de reivindicação de quem quer injustamente a possua ou detenha, estaria igualmente associado a ideia de cumprimento da função social da propriedade. Assim, não teria propriedade aquele que a exerce em desacordo com sua função social.

A financeirização do capital imobiliário ao acentuar o papel de troca da moradia em detrimento de seu papel de uso, fomenta uma crise social de grandes proporções, remetendo ao lendário personagem de Robson Crusóé, anteriormente listado, que pensou na hipótese de dar cabo da própria vida em razão, dentre outros aspectos, por não ter acesso à moradia digna. Cabe a todos e a cada um de

nós, revertermos esse quadro.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do Novo Modelo*. 5ª ed. São Paulo. Saraiva. 2015.

BELTRÃO, Irapuã. *Evolução social da propriedade, evolução histórica-constitucional e política urbana*. Texto fornecido na disciplina Função Social da Propriedade durante pós-graduação *lato sensu* de Direito Imobiliário da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC RIO) na. Rio de Janeiro. RJ. 2014.

BOTELHO, Adriano. *O urbano em fragmentos. A produção do espaço e da moradia pelas práticas do setor imobiliário*. São Paulo. FAPESP. Annablume Editora Comunicação. 2007.

Conceitos e a Construção do Novo Modelo. 5ª ed. Rio de Janeiro. Ed. Saraiva. 2015.

BRASIL. Constituição 1988, 05 de outubro de 1988.

_____, Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000.

_____, Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000.

_____, Lei Federal nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.

_____, Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001.

_____, Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

DALLARI, Bruno de Abreu (Org.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 1^a ed. São Paulo. Ed. Malheiros. 2001, p. 74.

DEFOE, Daniel. *As aventuras de Robson Crusoé*, p.69. Disponível em < http://www.ufrgs.br/proin/versao_1/crusoe/index34.html > . Acesso em 04mar2016.

MARMESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5^a ed. São Paulo. Atlas. 2014.

TEPEDINO, Gustavo, *Temas de Direito Civil*. 4^a ed. Rio de Janeiro. Ed. Renovar. 2008. p.337.

The Economist. *Space and the city*. 04 abr 2015. p.11.

LICENCIAMENTO URBANÍSTICO-AMBIENTAL NA REGULARIZAÇÃO URBANÍSTICA NO CONTEXTO DO PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA: OS INSTITUTOS DA DEMARCAÇÃO URBANÍSTICA E LEGITIMAÇÃO DE POSSE

Arícia Fernandes Correia¹⁴⁴

1 Introdução

Em matéria de moradia, pode-se afirmar que existem dois Brasis, quicá dois países incomunicáveis: o dos que residem e o dos que simplesmente habitam; o daqueles para os quais todos os parâmetros urbanísticos são factíveis de cumprimento – gabarito, distância mínima entre prédios para fins de aeração, área de recuo, de arruamento, metragem mínima de cômodos – e o daqueles que se precipitam, com casas que eles mesmos, improvisadamente, constroem, umas, grudadas, sobre as outras e que, por isso, criam suas próprias regras de vizinhança e de ocupação do solo urbano (como no exemplo do *direito de lage* ¹⁴⁵); o daqueles que vivem sob a égide

144. Pós-doutorado pela *Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne*, doutorado em Direito Público e mestrado em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora-Adjunta e Membro Permanente do Programa de Pós-Graduação, na Linha de Pesquisa de Direito da Cidade, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Coordenadora do Núcleo de Estudos, Pesquisas e Extensão em Direito da Cidade (NEPEC). Procuradora do Município do Rio de Janeiro.

145. "Direito de lage" é expressão com que Ricardo Lira batizou o direito de superfície e com o qual debatia o tema em suas aulas no curso de pós-graduação em Direito da Cidade da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, antes mesmo do retorno do instituto ao ordenamento jurídico brasileiro através do Estatuto da Cidade. (LIRA, Ricardo Pereira. Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária.

da legalidade na *cidade ideal (sollen)* e o dos que ficam condenados ao estigma da irregularidade na *cidade real (do mundo do sein)*¹⁴⁶; o dos que desfrutam de espaços de lazer *gourmet* e o dos que não têm saneamento básico; o dos que perpetuam a riqueza pela hereditariedade e dos que o fazem com a pobreza, em razão de uma falta hereditária de opções; o dos que desfrutam o metro quadrado mais caro da cidade e o dos que, no mesmo bairro, mal dispõem de apenas quatro deles para abrigarem suas famílias; o dos que usufruem plenamente da cidade enquanto espaço coletivo e o dos que ficam confinados na parte precária dela.

Segundo dados da pesquisa recém divulgada, o déficit de moradia no Brasil é da ordem de milhões de brasileiros vivendo precariamente, coabitando forçadamente, precisando de um teto seguro para (sobre)viver.¹⁴⁷ Não basta, porém, garantir ao morador de assentamentos precários da cidade, alijados de suas benesses e serviços, uma casa para chamar de sua; é preciso lhe garantir equipamentos coletivos, serviços básicos, direitos fundamentais e um ambiente saudável para viver. Por isso se diz que a regularização fundiária de assentamentos precários deve ser plena no sentido de servir não só à regularidade registral (a segurança da posse ou propriedade) – ou até desta, em especial, prescindir ...¹⁴⁸ –, mas também a urbanística, a ambiental e a social: não só a moradia “da

In: RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. (Org.) **Estudos de Direito Constitucional e Urbanístico**: em homenagem à Prof. Magnólia Guerra. São Paulo: RCS Editora, 2007. _____. Direito urbanístico, Estatuto da Cidade e regularização fundiária. In: COUTINHO, Ronaldo e BONIZZATO, Luigi. (Orgs.) **Direito da Cidade**: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço urbano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. _____. A Questão Urbano-Ambiental. **Revista da EMERJ**, v. 10, n. 38, 2007. _____. **Elementos de Direito Urbanístico**. São Paulo: Renovar, 1997.)

146. Uma análise das mazelas da segregação socioespacial em cidades de todas as partes do mundo consta da contundente obra de Mike Davis: DAVIS, Mike. **Planet of Slums**. London: Verso, 2007.

147. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoe-rendimento/pnad2013/default.shtm> Acesso em 23/01/2015.

148. Em palestra sobre *Liberdade no Comum da Urbe*, proferida na Casa de Rui Barbosa em 2014, Toni Negri referiu-se à propriedade como um “artefato arqueológico”; a coesão do comum – a reunião das singularidades na multidão – está para além dela. Notas taquigráficas.

porta para dentro”, mas, também, “da porta para fora”.¹⁴⁹ Pode-se mesmo afirmar que a regularização fundiária mais que plena, sustentável, é a única que atende ao desenvolvimento de cidades sustentáveis, nas quais o pacto intergeracional não seja o da pobreza ou o do esgoto a céu aberto, mas o da dignidade.

O foco se concentrará na regularização fundiária de interesse social de que trata a lei que instituiu o *Programa Minha Casa, Minha Vida* (Lei Federal nº 11.977/2009) e o problema a se resolver é verificar se a regularização fundiária deve se restringir ao aspecto dominial ou se expandir para a seara urbanística, ambiental e social, bem como quais sejam os novos instrumentos de direito urbanístico de que se vale para esse desiderato: a demarcação urbanística e a legitimação de posse.

2 Regularização Urbanística

Numa perspectiva holística, a regularização fundiária plena – que ora se denomina sustentável – é aquela que apresenta quatro dimensões: (a) a registral, que visa à garantia da posse ou à tutela da propriedade; (b) a urbanística, que permite a integração plena da moradia à cidade, seus equipamentos coletivos, serviços públicos e direitos fundamentais; (c) a ambiental, que proporcione a seus moradores e suas próximas gerações uma vida saudável e (d) a social, que garanta oportunidades a seus habitantes para que no presente, desfrutem de uma vida digna, e, no futuro, até possam permanecer em suas comunidades de origem, mas não por necessidade e, sim, por opção.

Por isso, a regularização fundiária de assentamento precário é mais do que titulação de domínio ou segurança de posse urbana; é, também, a integração da moradia à cidade. Com efeito, regularização fundiária é o processo através do qual: (i) se titula o pro-

149. Trata-se de expressão utilizada por Claudia Acosta para realçar a dupla dimensão do direito à moradia digna: “el ámbito más privado de la vivienda – o de puertas para adentro – y el ámbito más colectivo – de puertas para afuera.” (*Vivienda digna en Colombia: texto, contexto y debates ante la Corte Constitucional*. In: FERNANDES, Edésio e AFONSIN, Betânia. **Direito à Moradia Adequada**. Belo Horizonte: Forum, 2014, p. 72)

prietário da terra ou se garante a sua posse, uma vez regularizados registralmente os imóveis; e (ii) se integra a moradia à cidade através de infraestrutura urbana e direitos urbanísticos básicos¹⁵⁰, de forma que se tenha por segura a posse ou “titulado” o domínio de moradia adequada e digna, que é aquela que proporciona não apenas aquele direito à cidade “de puertas para adentro” (um teto, a inviolabilidade do domicílio, algum título que legitime a posse ou a propriedade, condições dignas de habitabilidade), mas também “de puertas para afuera”: a cidade, à qual, para ser efetivamente “adequada”¹⁵¹, a moradia deve estar integrada.

150. A respeito dos direitos fundamentais urbanísticos, Bonizzatto realça que decorrem de uma Constituição Urbanística, altamente garantística do direito da cidade e da Política Urbana. (BONIZATO, Luidgi. **Constituição Urbanística**: elementos para elaboração de uma Teoria do Direito Constitucional Urbanístico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.), bem como sua ligação para com a democracia. (_____. **Constituição, Democracia e Plano Diretor**: ssb o Influxo dos Direitos Sociais e de Liberdade, Políticas Estatais e Institucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.) Confira-se, também, o magistério de Edésio Fernandes: A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. FERNANDES, Edésio e ALFONSIN, Betânia. (Orgs.) **Direito Urbanístico**: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rei, 2006.

151. O direito à moradia está previsto como direito fundamental coletivo no artigo 6º, *caput*, da Constituição, sendo dotado de vários instrumentos de efetivação de estatuto também constitucional, como a própria usucapião urbana (artigo 183 da CR), bem como em diversos outros tratados internacionais, com destaque para o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), que prevê, no Art. 17, I, o direito de proteção das arbitrariedades de interferência ilícita no domicílio e dispõe sobre o direito de todos a um adequado padrão de vida para si e sua família, inclusive no que concerne à alimentação, vestuário e habitação, conforme o art. 11, I. (OSÓRIO, Letícia Marques. O direito à moradia como direito humano. In FERNANDES, E., ALFONSIN, B. (Coord.). **Direito à moradia adequada**: o que é, para quem serve, como defender e efetivar. Belo Horizonte: Fórum, 2014). Com efeito, um dos instrumentos mais relevantes do direito internacional é o citado PIDESC, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 226/91 e ratificado pelo Decreto n. 591 de 06/07/92, que determina no art. 11, I, *in verbis*:

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestuário e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

A assertiva encontra respaldo no Comentário Geral n. 4 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, que prevê uma interpretação ampla do direito à moradia contida no PIDESC, pois sua elucidação foi considerada pertinente pelo Comitê em razão das disparidades entre as normas do Pacto e a situação real de habitação do mundo. O Comentário Geral n. 4 serviu para tornar mais evidente o conteúdo do direito à moradia, ao demonstrar que este direito não deve considerar tão somente o aspecto físico da habitação, mas os imateriais, procedimentais, remediais e de segurança, tão ou mais fundamentais que a questão do acesso e disponibilidade da moradia. A propósito do tema, confira-se, também, a vasta pesquisa de Nelson Saule Junior: (SAULE JÚNIOR, Nelson. **A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares**. Sergio Antonio Fabris Editor, 2004)

Neste sentido, a regularização fundiária possui várias dimensões: (i) a dominial, que diz respeito à titulação da posse/propriedade e aos seus registros; (ii) a urbanístico-ambiental, que exige a absorção de novos parâmetros urbanísticos à legalidade, desde que preservados *standards* mínimos de urbanização digna e adotadas medidas de proteção possível ao meio ambiente, e de provisão, pelo Poder Público, de infraestrutura, equipamentos comunitários, serviços públicos e acesso à cidade; e (iii) a social, mediante implantação de políticas públicas de cunho social nas áreas objeto de regularização fundiária e sem as quais o passaporte formal para a cidadania não será capaz de conduzir seus moradores a um destino melhor ou a uma perspectiva futura que ponha fim a um ancestral legado de “pobreza [e segregação socioespacial] intergeracional”.

O que se pretende, portanto, é a verdadeira regularização urbanística da área, no conceito de Betânia de Moraes Alfonsin, para quem:

Regularização fundiária é um processo conduzido em parceria pelo Poder público e população beneficiária, envolvendo as dimensões jurídica, urbanística e social de uma intervenção que, prioritariamente, objetiva legalizar a permanência de moradores de áreas urbanas ocupadas irregularmente para fins de moradia e, acessoriamente, promove melhorias no ambiente urbano e na qualidade de vida do assentamento, bem como incentiva o pleno exercício da cidadania pela comunidade sujeito do projeto.¹⁵²

A Lei Federal n. 11.977, de 7 de julho de 2009, que instituiu o Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV), tratou de cuidar de

152. ALFONSIN, Betânia. O significado do Estatuto da Cidade para os processos de regularização fundiária no Brasil. In: ROLNIK, Raquel *et al* (Coord.), **Regularização fundiária sustentável: conceitos e diretrizes**. Brasília: Ministério das Cidades, 2007, p. 78.

(quase) todos esses aspectos, inclusive do conceito sobre o que se deva entender como regularização fundiária:

Art. 46. A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Com efeito, pode-se afirmar, com Edésio Fernandes ¹⁵³, que:

O reconhecimento dos tão clamados direitos sociais de moradia não pode ser reduzido ao reconhecimento de direitos de propriedade. Pelo contrário, se não forem formulados dentro do escopo de políticas socioeconômicas compreensivas, os programas de regularização fundiária podem ter outros efeitos indesejados, trazendo novos encargos financeiros para os ocupantes, tendo impacto pouco significativo na redução da pobreza urbana e, o que é ainda mais importante, reforçando diretamente o conjunto de forças econômicas e políticas que, tradicionalmente, causam a exclusão social e a segregação espacial.

A regularização fundiária plena, sustentável, não se compadece apenas com a moradia em si, mas exige infraestrutura também, devendo ser articulada com políticas de planejamento urbano, de reco-

153. FERNANDES, Edésio. Perspectivas para a renovação das políticas de legalização de favelas no Brasil. In: ROLNIK, Raquel *et al* (Coord.). **Regularização fundiária sustentável: conceitos e diretrizes**. Brasília: Ministério das Cidades, 2007, p. 47.

nhecimento de direitos sociais, de segurança da posse e de preservação ambiental, na medida em que a mera distribuição de títulos, sem a devida intervenção urbanística, pode resultar na perpetuação da precariedade; até mesmo porque o reconhecimento de títulos individuais de propriedade plena não acarreta automaticamente a integração socioespacial dos assentamentos informais ao tecido urbano.¹⁵⁴

3 Os Instrumentos de Regularização Fundiária

A fim de garantir essa integração plena da *ocupação precária consolidada à cidade legal*, a lei também criou dois novos instrumentos jurídicos: a demarcação urbanística e a legitimação de posse: pelo primeiro, se demarca a área que se pretende regularizar sob todos aqueles aspectos – registral, urbanístico e ambiental – e para a qual o Poder Público deve desenvolver um projeto de regularização fundiária que pode equivaler ao respectivo licenciamento urbanístico e ambiental; pelo segundo, se garante a titulação das moradias que estejam nela localizadas e em relação às quais a segurança jurídica de há muito já se faz sobrepujar ao direito (individual) da propriedade. A rigor, neste caso, melhor seria falar de um direito (difuso, neste caso) à cidade.

As etapas do procedimento administrativo de regularização fundiária por interesse social¹⁵⁵, por sua vez, merecem que suas enunciações venham acompanhadas das definições e observações cabíveis:

154. *idem*, nota 120, p. 43.

155. Lei Federal n. 11.977/2009

Art. 47 Para efeitos da regularização fundiária de assentamentos urbanos, consideram-se:

.....
VII - regularização fundiária de interesse social: regularização fundiária de assentamentos irregulares ocupados, predominantemente, por população de baixa renda, nos casos:

a) em que a área esteja ocupada, de forma mansa e pacífica, há, pelo menos, 5 (cinco) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.424, de 2011)

b) de imóveis situados em ZEIS; ou

c) de áreas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios declaradas de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social;

(i) a de demarcação urbanística (artigo 47, inciso III), que consiste no procedimento administrativo pelo qual o Poder Público demarca imóvel de domínio público ou privado, definindo seus limites, área, localização e confrontantes, com a finalidade de identificar seus ocupantes e qualificar a natureza e o tempo das respectivas posses.

Observe-se que a demarcação urbanística, ainda que tenha sido incitada pelos beneficiários da regularização, é um procedimento que se verificará exclusivamente público, de forma que somente poderão lhe dar continuidade os Entes Públicos: União, Estados, Municípios e Distrito Federal.¹⁵⁶

Na definição de Lígia Melo¹⁵⁷:

A demarcação urbanística permite compreender a dimensão das ações que precisam ser desenvolvidas para que se dê a regularização fundiária plena, com a melhoria das condições de habitabilidade e a provisão de equipamentos públicos e serviços necessários àquela comunidade.

Observe-se, outrossim, que, como aos Municípios compete a execução da política de desenvolvimento urbano e a disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo, em suma, seu planejamento urbano, a proposta de regularização deve observar a legislação municipal incidente na espécie.

(ii) a de elaboração e lavratura do auto de demarcação urbanística (artigo 56, §§1º e 2º),

O auto de demarcação urbanística é ato administrativo através do qual se promove o levantamento planialtimétrico cadastral do assen-

156. No caso de áreas particulares, qualquer um deles pode fazer a demarcação; em sendo públicos, podem os próprios fazer sobre bens de seu domínio ou de ente político diverso, desde que conte com anuência deste e ressalvadas as terras federais, que só podem ser demarcadas pela própria União (Seção III-A do Decreto-Lei n. 9.760/46).

157. MELO, Lígia. **Direito à Moradia no Brasil**: Política Urbana e Acesso por meio de Regularização Fundiária. Fórum: Belo Horizonte, 2010, p. 191.

tamento irregular, se elaboram planta e memorial descritivo, se confronta o perímetro da área demarcada com a dos imóveis registrados no cartório de registros de imóveis e tudo o mais que seja relevante para a exata definição da área e dos registros cartorários nela existentes, que muitas vezes destoam daquelas efetivamente ocupadas.¹⁵⁸

(iii) as notificações e editais e (iv) a averbação do auto no registro imobiliário (artigo 57),

O auto de demarcação urbanística deve ser enviado ao cartório do registro de imóveis competente, instruído com os documentos necessários à identificação da área e endereço daqueles que figurem como proprietários, a fim de que possam ser notificados, não somente eles, mas, também, os confrontantes, titulares de imóveis ou de ônus reais que os gravem, demais interessados e Poderes Públicos, caso existam imóveis públicos.

É também nesta fase que se promove tentativa de acordo pelo oficial de registro, no caso de impugnação por qualquer interessado. Impugnada a demarcação da área toda e não havendo acordo, arquiva-se o procedimento¹⁵⁹; na hipótese de inexistência de impugnação ou de eventual resolução de conflito, procede-se à averbação do auto de demarcação urbanística na matrícula correspondente ou à sua abertura, quando for o caso.

(iv) a elaboração e aprovação do projeto de regularização fundiária pelo Poder Público (artigo 58, *caput*)

Averbado o auto de demarcação urbanística, cabe ao Poder Público a elaboração e aprovação do projeto de regularização fundiária, através do qual, em se legitimando parâmetros urbanísticos mais flexíveis e em se provendo as áreas de medidas de infraestrutura básica devidas e todas as demais, necessárias à promoção de sustentabilidade urbanística, social e ambiental da área demarcada,

158. Quando se verificar que a demarcação abrange área pública ou com ela confrontante, o ente público titular do domínio deve ser notificado.

159. Recente legislação provocou mudanças sob este aspecto; delas se tratará em oportunidade iminente.

inclusive eventuais compensações ambientais, se possam vir a ter por regularizados os respectivos lotes, edificações e espaços públicos, a fim de que se promova a final uma regularização fundiária plena, conforme se verificará mais adiante.

Observe-se que a aprovação do projeto de regularização fundiária poderá funcionar como respectivo licenciamento urbanístico e ambiental, “desde este tenha condições formais e materiais para expedi-la, ou seja, a gestão plena de seu território.”¹⁶⁰¹⁶¹ Com efeito, já se ressaltou alhures que:

(...) faz-se necessário que o licenciamento ambiental não apenas leve em conta os impactos ambientais urbanos, mas se articule com os instrumentos da política urbana (...) [de forma a] contribuir de forma significativa para a melhoria da qualidade de vida nas cidades”¹⁶²,

(v) o registro do parcelamento (artigo 58, *caput*, *in fine* e §1º) decorrente do projeto de regularização fundiária no cartório de registro de imóveis, com abertura de matrículas das parcelas resultantes; e, finalizada a regularização registrária,

(vi) a emissão dos títulos de legitimação de posse pelo poder público para os imóveis localizados nas áreas demarcadas (artigo

160. MELO, Lígia. **Direito à Moradia no Brasil**: Política Urbana e Acesso por meio de Regularização Fundiária. Fórum: Belo Horizonte, 2010, p. 195.

161. Observe-se que a previsão na lei em foco de que o licenciamento ambiental pelo Município, via aprovação do projeto de regularização fundiária, depende da existência de órgão ambiental capacitado e conselho de meio ambiente locais deve ser conjugada com a Lei Complementar Federal n. 140, de 8 de dezembro de 2011, a qual não será objeto de abordagem mais aprofundada neste ensaio. Talden Farias cuida deste tema em seu projeto de doutoramento pela pós-graduação em Direito da Cidade da UERJ.

162. FARIAS, Talden e CORREIA, Arícia Fernandes. Licenciamento ambiental e sustentabilidade no meio ambiente urbano. In: SEABRA, Giovanni (Org.) **Educação Ambiental**: Paraíba: UFPB, 2013, p. 225. A propósito específico do tema do licenciamento ambiental previsto no programa minha casa, minha vida, confira-se: MUKAI, Sylvia. O licenciamento urbanístico e ambiental previsto na Lei n. 11. 977, de 7 de julho de 2009. Programa Minha Casa, Minha Vida. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental**, n. 58, v. 10, 2011.

58, §§ e 59), os quais, neste caso, transcorridos cinco anos, poderão ser convertidos em títulos de propriedade (artigo 60).¹⁶³

4. O Projeto de Regularização Fundiária

Com efeito, de acordo com o previsto nos artigos 51 a 53 da Lei Federal n. 11.107/2009, o projeto de regularização fundiária deve: (a) definir quais sejam as áreas ou lotes a serem regularizados, (b) as vias de circulação existentes e outras áreas destinadas ao uso público (numa espécie de parcelamento do uso do solo a partir de parâmetros já existentes), (c) as condições para a promoção de segurança da população em situação de risco, (d) as medidas de infraestrutura básica devidas e as demais, necessárias à promoção de sustentabilidade urbanística, social e ambiental da área ocupada, incluindo as compensações urbanísticas e ambientais previstas em lei, sendo que, por força desta visão *macro* de urbanização e regularização da área a ser demarcada, a aprovação de um projeto de regularização fundiária pode corresponder a própria concessão, pelo Poder Público Municipal, do devido licenciamento urbanístico e ambiental, neste caso, por este, somente se provido de órgão ambiental capacitado e conselho de meio ambiente, ou, se não, pelo Estado.

O projeto de regularização fundiária é, portanto, o instrumento não só de regularização dominial da terra urbana, mas, também, de integração dos assentamentos precários à cidade, de garantia de um meio ambiente com condições mínimas de salubridade para populações de baixa renda, pelo menos melhores do que as anteriores, de forma que devem ser levados em consideração todos esses elementos por aqueles que o desenvolvem.

Com efeito, o *projeto de regularização fundiária* está para as *ocupações precárias* consolidadas assim como está o *Plano Diretor* para

163. O título também poderá ser extinto pelo Poder Público quando constatado que o beneficiário não está na posse do imóvel e não houve registro de cessão de direitos, hipótese em que o cancelamento deverá ser objeto de averbação no Registro de Imóveis. (artigo 60-A, *caput* e parágrafo único, do PMCMV, respectivamente)

a *Cidade*, sem que se os encare, todavia, como uma categorização maniqueísta: o projeto de regularização fundiária daquelas cidades reais, daquele Brasil real, tem que estar inserido no escopo do desenvolvimento sustentável traçado para aquele Brasil ideal, daquelas cidades (supostamente) idílicas que não correspondem à vida nas favelas, mas com as quais elas também devem ter o direito de sonhar.

5. Conclusão

A rigor, vários objetivos são alcançados com o projeto de regularização urbanística preconizado especificamente pelo *Programa Minha Casa, Minha Vida*, mediante demarcações urbanísticas e concessões de títulos de legitimação de posse: (i) do ponto de vista dominial, confere-se a segurança da posse para os imóveis localizados na área demarcada, para cujos titulares o Poder Público assegura o devido título de posse e, depois, sua convalidação em domínio; (ii) sob o prisma urbanístico, devem ser garantidas condições mínimas de urbanização à área demarcada, sem falar de sua integração à cidade, mediante urbanização plena; (iii) na seara ambiental, devem ser tomadas medidas que compatibilizem a ocupação com a preservação/conservação da própria área demarcada, garantindo-se melhores condições ao meio ambiente do que as anteriores; (iv) no aspecto social, a regularização da moradia não prescinde do pequeno comércio de que se valha o morador para sobreviver.¹⁶⁴

Neste sentido, pode-se dizer que à regularização fundiária plena – dominial, urbanística, ambiental e social – se alia o conceito de sustentabilidade plena, que também há de ser encarada sob todos esses enfoques, afora o econômico.

Daí se falar hoje em dia, mais que em regularização fundiária plena, em regularização urbanística sustentável.

164. RIOS, Arthur. Regularização Fundiária Urbana: Procedimento Administrativo de Regularização de Áreas pela Lei n. 11.977/2009. Juruá: Curitiba, 2012

REFERÊNCIAS

- ACOSTA Claudia. Vivenda digna emColômbia: texto, contexto y debates ante la Corte Constitucional. In: FERNANDES, Edésio e AFONSIN, Betânia. (Orgs.) Direito à Moradia Adequada. Belo Horizonte: Forum, 2014.
- ALFONSIN, Betânia e FERNANDES, Edésio. (Orgs.) Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. Del Rey: Belo Horizonte, 2006.
- BONIZATO, Luidgi. Constituição, Democracia e Plano Diretor: ssb o Influxo dos Direitos Sociais e de Liberdade, Politicas Estatais e Institucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014
- _____. A Constituição Urbanística: elementos para elaboração de uma Teoria do Direito Constitucional Urbanístico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DAVIS, Mike. Planet of Slums. London: Verso, 2007.
- FACHIN, Luís Edson. A função social da posse e propriedade contemporâneas. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- FARIAS, Talden e CORREIA, Arícia Fernandes. Licenciamento ambiental e sustentabilidade no meio ambiente urbano. In: SEABRA, Giovanni (Org.) Educação Ambiental: Paraíba: UFPB, 2013.
- FERNANDES, Edésio e ALFONSIN, Betânia. (Orgs.) Direito à Moradia Adequada: o que é, para quem serve, como defender e efetivar. Belo Horizonte: Forum, 2014.
- _____. A Lei e a Ilegalidade na Produção do Espaço Urbano. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERNANDES, Edésio. A Construção do Direito Urbanístico Brasileiro: 10 anos de Estatuto da Cidade, Avanços e Limites. In: RIOS, Mariza e CARVALHO, Newton Teixeira. (Orgs.) Direito à Cidade: moradia e equilíbrio ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

_____. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. FERNANDES, Edésio e ALFONSIN, Betânia. (Orgs.) Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rei, 2006.

LIRA, Ricardo Pereira. Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária. In: RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. (Org.) Estudos de Direito Constitucional e Urbanístico: em homenagem à Prof. Magnólia Guerra. São Paulo: RCS Editora, 2007.

_____. Direito urbanístico, Estatuto da Cidade e regularização fundiária. In: COUTINHO, Ronaldo e BONIZZATO, Luigi. (Orgs.) Direito da Cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço urbano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. A Questão Urbano-Ambiental. Revista da EMERJ, v. 10, n. 38, 2007.

_____. Elementos de Direito Urbanístico. São Paulo: Renovar, 1997.

MELO, Lígia. Direito à Moradia no Brasil: Política Urbana e Acesso por meio de Regularização Fundiária. Fórum: Belo Horizonte, 2010.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Legitimação de Posse: Dos Imóveis Urbanos e o Direito à Moradia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MUKAI, Sylvia. O licenciamento urbanístico e ambiental previsto na Lei n. 11. 977, de 7 de julho de 2009. Programa Minha Casa, Minha Vida. Fórum de Direito Urbano e Ambiental, n. 58, v. 10, 2011.

OSÓRIO, Letícia Marques. O direito à moradia como direito humano. In FERNANDES, E., ALFONSIN, B. (Coord.). Direito à moradia adequada: o que é, para quem serve, como defender e efetivar. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. Direito à Cidade como Direito Humano Coletivo. In: FERNANDES, Edésio e ALFONSIN, Betânia. (Orgs.) Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rei, 2006, pp. 193-214.

PRIEUR, Michel. « Le Droit Public solaire en France », RJE, 1979.

RIOS, Arthur. Regularização Fundiária Urbana: Procedimento Administrativo de Regularização de Áreas pela Lei n. 11.977/2009. Juruá: Curitiba, 2012

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Função social da propriedade pública. Malheiros: São Paulo, 2005.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. (Org.) Estudos de Direito Constitucional e Urbanístico: em homenagem à Prof. Magnólia Guerra. São Paulo: RCS Editora, 2007.

_____. Direito urbanístico, Estatuto da Cidade e regularização fundiária. In: COUTINHO, Ronaldo e BONIZZATO, Luigi. (Orgs.) Direito da Cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço urbano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. A Questão Urbano-Ambiental. Revista da EMERJ, v. 10, n. 38, 2007.

_____. Elementos de Direito Urbanístico. São Paulo: Renovar, 1997.

ROLNIK, Raquel *et al* (Coord.), Regularização fundiária sustentável: conceitos e diretrizes. Brasília: Ministério das Cidades, 2007.

SAULE JÚNIOR, Nelson. A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares. Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (Orgs) Estatuto da Cidade(Comentários à Lei Federal n. 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

REGULARIZAÇÃO URBANÍSTICA SUSTENTÁVEL: A POSSIBILIDADE DE FOMENTO LOCAL AO USO DE ENERGIA SOLAR EM ASSENTAMENTOS PRECÁRIOS

Arícia Fernandes Correia¹⁶⁵

1 Introdução

Uma das hipóteses deste ensaio é a de que projetos de regularização fundiária sustentável, com valorização das funções sociais da propriedade e da posse¹⁶⁶ e, também, da cidade, podem e devem servir como licenciamento urbanístico e ambiental de partes da cidade historicamente condenadas ao degrado, na medida em que flexibilizam exigências somente aplicáveis à “cidade formal”, ao tempo em que preveem medidas capazes de gerar melhoras para a qualidade do ambiente urbano e da vida das pessoas que nelas habitam e, a outra, se há outros meios de fomentar a adoção de medidas sustentáveis, promovendo-se uma aliança entre o direito urbanístico e o ambiental, como no caso concreto do incentivo de regularização urbanístico com produção, consumo e venda de energia renovável, neste caso, a solar.

165. Pós-doutorado pela *Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne*, doutorado em Direito Público e mestrado em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora-Adjunta e Membro Permanente do Programa de Pós-Graduação, na Linha de Pesquisa de Direito da Cidade, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Coordenadora do Núcleo de Estudos, Pesquisas e Extensão em Direito da Cidade (NEPEC). Procuradora do Município do Rio de Janeiro.

166. FACHIN, Luís Edson. **A função social da posse e propriedade contemporâneas**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Mas não é só. São nessas comunidades que são escassos bens primários de sobrevivência, como água potável e saneamento básico, e nas quais a regularização registral devem estar atreladas políticas públicas que promovam a integração da comunidade à cidade e meios de autosustentabilidade social, como trabalho e renda, sem os quais o regularizar pode equivaler a *gentrificar*¹⁶⁷, numa espécie de remoção branca para uma outra área precária, na qual se reinicie o ciclo da escassez.

Este artigo tem como objetivo perscrutar se o licenciamento integrado, urbanístico e ambiental, de áreas de ocupação consolidada, em que a legalidade se curva, na medida do possível e do sustentável, à realidade, funcionam como forma de concretização da função social da Cidade e de evitar a utilização do argumento do meio ambiente como panaceia para a manutenção da segregação socioespacial dos que vivem nas encostas e até nos topos dos morros, áreas de preservação permanente da miséria e do Brasil à parte¹⁶⁸ – das cidades apartadas da própria Cidade –, incorporando ao seu contexto a autoprodução de energia limpa, que não só melhore as condições de áreas historicamente degradadas, como gere sustentabilidade social, de forma que, até quando reassentados na mesma comunidade, possam viver de forma mais digna¹⁶⁹, o que demonstraria a segunda hipótese deste ensaio: de que é possível se valer do planejamento urbano local para o fomento à produção e utilização de energia renovável, neste caso, a solar, por ocupações que sejam objeto de ações de regularização urbanística.

2. As Licenças Urbanística e Ambiental e o Licenciamento Integrado

167. O termo *gentrificação* foi cunhado por Ruth Glass, socióloga marxista, ao analisar o processo de aburguesamento de bairros populares centrais de cidades inglesas.

168. Observe-se que se parte da premissa da ocupação consolidada há décadas de comunidades inteiras, o que não impede que medidas de proteção ambiental sejam determinantes para a melhora da qualidade de vida do meio ambiente artificial, mas, também, natural dessas áreas geralmente confinadas aos espaços menos cobiçados pelo mercado imobiliário formal.

169. HARVEY, David. **A justiça social e a cidade**. São Paulo: Hucitec, 1980.

Com efeito, assim dispõem os artigos 51, *caput*, e 53 da Lei Federal nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que instituiu o Programa Minha Casa, Minha Vida:

Art. 51. O projeto de regularização fundiária deverá definir, no mínimo, os seguintes elementos:

I – *in omissis*

.....

Art. 53. A regularização fundiária de interesse social depende da análise e da aprovação pelo Município do projeto de que trata o art. 51.

§ 1º A aprovação municipal prevista no caput corresponde ao licenciamento urbanístico do projeto de regularização fundiária de interesse social, bem como ao licenciamento ambiental, se o Município tiver conselho de meio ambiente e órgão ambiental capacitado.

§ 2º Para efeito do disposto no § 1º, considera-se órgão ambiental capacitado o órgão municipal que possua em seus quadros ou à sua disposição profissionais com atribuição para análise do projeto e decisão sobre o licenciamento ambiental.

Observe-se o caráter inovador da lei, ao unir, na cidade irregular, aquilo que a regularizada não conseguiu: criar um licenciamento integrado, ao mesmo tempo urbanístico e ambiental, de forma a que o meio ambiente natural e artificial urbano seja visto como a realidade única e indissociável que é, pleno, integrado: uma “fusão das agendas verde e marrom” de que nos fala Edésio Fernandes.¹⁷⁰ Assim se dá um passo a mais para que a comunidade de *ilegal* se desloque para a cidade *legal*.¹⁷¹

170. A respeito da matéria, confira-se: FERNANDES, Edésio, A Construção do Direito Urbanístico Brasileiro: 10 anos de Estatuto da Cidade, Avanços e Limites. In: RIOS, Mariza e CARVALHO, Newton Teixeira. (Orgs.) **Direito à Cidade**: moradia e equilíbrio ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

171. Mostrando o binômio inverso dessa dicotomia maniqueísta *cidade legal versus*

Davignon diz que « les procédés de contrôle public de l'utilisation des sols reposent, pour l'essentiel, sur des dispositifs d'autorisation administrative »¹⁷². Com efeito, as licenças urbanísticas e ambientais também são um campo de largas possibilidades de desenvolvimento de uma política pública de indução à utilização de energias renováveis.

Verificar-se-á, então, do que cuidam tais licenciamentos, como se dá essa integração e em que medida podem ser utilizados como forma de planejamento local do estímulo ao uso de energias renováveis, em especial, a solar.

2.1 Licença Urbanística

Licença urbanística ou edilícia é o ato administrativo através do qual o Poder Público fiscaliza a observância, por quem constrói, aos parâmetros normativos estabelecidos em lei, de forma a compatibilizar a função social da propriedade – atributo que lhe seria intrínseco – com o planejamento e o desenvolvimento urbano.

No caso do Brasil, a competência para disciplinar a matéria é de interesse reconhecidamente local, de forma que compete ao Município fixar os padrões de edificabilidade, as áreas de zoneamento, o gabarito, a distância mínima entre prédios que lhes garanta condições de aeração adequada, a eventual obrigatoriedade do parcelamento ou edificação compulsórios que inibam a especulação imobiliária, a área de recuo entre a construção e o meio-fio e outras tantas medidas de “polícia edilícia”, ainda que devam ser observadas as normas gerais emanadas pela União que porventura lhe fixem diretrizes, como no caso dos Estatutos da Cidade e da Metrópole.

ilegal, quando esta goza de normatividade própria e aquela também apresenta suas ilegalidades, confira-se: MAGALHÃES, Alex Ferreira. **Direito das Favelas**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2013. A diferença é que as irregularidades do asfalto geralmente não colocam seus habitantes em risco de morte ou sob condições indignas de sobrevivência, tal como muitas vezes acontece nas favelas.

172. *Os processos de controle público da utilização dos solos repousam, essencialmente, sobre os dispositivos da autorização administrativa*. (tradução nossa) (DAVIGNON, Jean-François. **Droit de l'urbanisme**. Paris: Lexis Nexis, 2007, p 135)

A obtenção da licença urbanística impõe patamares rígidos de segurança das construções e de plena adesão à legislação municipal – em especial, ao Código de Obras –, sob pena de embargo da obra ou até de sua demolição, em casos mais graves.

Obviamente que assentamentos precários de moradia, assim considerados os de altíssimo grau de densidade demográfica, infraestrutura rudimentar e péssimas condições de *habitabilidade*, jamais seguem os parâmetros da “cidade legal”. Aliás, seus habitantes, justamente por terem renda incompatível com as moradias “regulares”, foram por esta mesma razão compelidos a se instalarem nas áreas, via de regra, ambientalmente mais degradadas e excluídas do mercado imobiliário formal. Por isso, pode-se dizer, de uma forma um pouco grosseira, mas realista, que a licença urbanística, até a criação das zonas de especial interesse social¹⁷³, era apenas para os mais abastados, ficando as posses e propriedades dos pobres efetivamente excluídos de qualquer possibilidade de reconhecimento formal, até pela forma pitoresca, improvisada e arquitetonicamente flexível com que as favelas se desenvolveram. Graças às ZEIS, é possível flexibilizar os parâmetros urbanísticos, de forma a que tais assentamentos sejam integrados à cidade formal, a despeito de seus formalismos.

Também neste sentido, a possibilidade de o projeto de regularização fundiária implicar ao mesmo tempo licenciamento urbanístico significa um avanço significativo em direção a uma cidade mais inclusiva.¹⁷⁴

173. Lei Federal n. 11.107/2009:

Art. 47 Para efeitos da regularização fundiária de assentamentos urbanos, consideram-se:

.....
V - Zona Especial de Interesse Social - ZEIS: parcela de área urbana instituída pelo Plano Diretor ou definida por outra lei municipal, destinada predominantemente à moradia de população de baixa renda e sujeita a regras específicas de parcelamento, uso e ocupação do solo;

174. Acerca da importância da legitimação de posse conversível em domínio, numa espécie de “usucapião administrativa”, com vistas à justiça social, confira-se: MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Legitimação de Posse**: Dos Imóveis Urbanos e o Direito à Moradia.

A licença urbanística do assentamento precário deverá levar em conta a existência de elementos mínimos de urbanização: quais áreas e lotes serão regularizados, quais edifícios serão eventualmente realocados, a existência ou a abertura de vias de circulação e de espaços coletivos, bem como as demais medidas necessárias para a promoção da sustentabilidade urbanística, social e ambiental da área ocupada, incluindo as compensações urbanísticas e ambientais previstas em lei. Equivale, *mutatis mutandis*, às exigências da Lei Federal nº 6.766/1981 para o parcelamento do solo urbano, observadas as peculiaridades e a flexibilidade dos parâmetros urbanísticos da comunidade demarcada, sem o quê nenhum projeto de regularização fundiária plena lograria prosperar.

A propósito, Sundfeld¹⁷⁵ selou um diagnóstico preciso acerca da nova “ordem urbanística popular” inaugurada com a maturidade do direito da cidade brasileiro quando da positivação do Estatuto da Cidade em 2001, no sentido de identificar que ela inverte a lógica pretérita da urbanização e regularização: no lugar de a cidade informal ter que se adaptar à legislação urbanística (exigindo, por exemplo, área de recuo em comunidades cujas ruas mal são traçadas), é esta que passa a ter que se adaptar às novas conformações espaciais da cidade, mediante absorção, sempre que possível, dos parâmetros urbanísticos dos assentamentos precários à cidade legal.

2.2 Licença Ambiental

Edis Milaré¹⁷⁶ conceitua o licenciamento ambiental como uma ação típica e indelegável do Poder Executivo na gestão do meio ambiente, por meio da qual a Administração Pública procurar exercer o devido controle sobre as atividades humanas que possam causar

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. e MELO, Lígia. **Direito à Moradia no Brasil**. Política Urbana e Acesso por meio de Regularização Fundiária. Fórum: Belo Horizonte, 2010.

175. SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (Orgs) **Estatuto da Cidade**: Comentários à Lei Federal n. 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 59.

176. MILARÉ, Edis. **Direito do Meio Ambiente**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2013.

impactos ao meio ambiente.¹⁷⁷ No entendimento de Marcos Destefenni¹⁷⁸, o licenciamento ambiental é o procedimento administrativo que tramita junto aos órgãos ou entidades ambientais competentes e que visa a determinar as condições e exigências para o exercício de uma atividade potencial ou efetivamente causadora de impactos ao meio ambiente. Trata-se de relevante instrumento de gestão ambiental do espaço por parte do Poder Público, de forma a garantir a preservação da vida presente e de um meio ambiente equilibrado para as gerações futuras, que tem por fundamento o *caput* do art. 225 da Constituição Federal, na medida em que contribui de forma significativa para a efetivação dos valores ali consagrados.

O conceito legal foi definido no inciso I do art. 2º da Lei Complementar 140/2011 como “o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”. Assim assim, o licenciamento ambiental é o processo administrativo complexo que tramita perante a instância administrativa responsável pela gestão ambiental, seja no âmbito federal, estadual ou municipal, e que tem como objetivo assegurar a qualidade de vida da população por meio de um controle prévio e de um continuado acompanhamento das atividades humanas capazes de gerar impactos negativos sobre o meio ambiente.

A questão, todavia, se torna mais complexa, quando o suposto agente causador da degradação não é uma atividade econômica, mas o próprio homem e sua ocupação já consolidada do espaço urbano¹⁷⁹, hipótese em que se devem conciliar valores em tese contra-

177. Já se teve oportunidade de tratar do tema alhures: FARIAS, Talden e CORREIA, Arícia Fernandes. Licenciamento ambiental e sustentabilidade no meio ambiente urbano. In: SEABRA, Giovanni (Org.) **Educação Ambiental**. Paraíba: UFPB, 2013.

178. DESTEFENNI, Marcos. **Direito penal e licenciamento ambiental**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004, p. 106.

179. De fato, consistem as APPs em localizações definidas pelo Novo Código Florestal onde são restringidas as interferências do ser humano sobre o meio ambiente, a exemplo de um desmatamento ou de uma construção, tendo em vista a promoção

postos, quais sejam, o do meio ambiente equilibrado e o do direito à moradia adequada. (SARMENTO, 2008)

2.2.1 Licença Ambiental em Área de Preservação Permanente ¹⁸⁰

Por isso, um dos maiores destaques da Lei Federal nº 11.977/2009 é a possibilidade de se promover, por decisão fundamentada, regularização fundiária em áreas de preservação permanente, assim definidas no Código Florestal, em seu inciso II do art. 3º, como “área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”. As APPs *ex lege* foram delimitadas da seguinte forma na Lei Federal n. 12.651/12:

art. 4º. considera-se área de preservação permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta lei:

i - as faixas marginais de qualquer curso d’água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros(...)

ii - as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais, em faixa com largura mínima de: (...)

iii - as áreas no entorno dos reservatórios d’água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d’água naturais, na faixa definida

do direito ao meio ambiente equilibrado e da qualidade de vida. A importância desse instituto é tamanha que qualquer modificação indevida causada pelo ser humano nessas áreas pode configurar crime, visto que os crimes contra as florestas e demais formas de vegetação estão tipificados nos artigos 38, 39 e 44 da Lei Federal n. 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais).

180. A respeito do tema, confira-se: MUKAI, Sylvia. O licenciamento urbanístico e ambiental previsto na Lei n. 11. 977, de 7 de julho de 2009. Programa Minha Casa, Minha Vida. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental**, n. 58, v. 10, 2011.

na licença ambiental do empreendimento; (incluído pela lei nº 12.727, de 2012).

iv - as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes, qualquer que seja sua situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros; (redação dada pela lei nº 12.727, de 2012).

v - as encostas ou partes destas com declividade superior a 45°, equivalente a 100% (cem por cento) na linha de maior declive;

vi - as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

vii - os manguezais, em toda a sua extensão;

viii - as bordas dos tabuleiros ou chapadas, até a linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;

ix - no topo de morros, montes, montanhas e serras, com altura mínima de 100 (cem) metros e inclinação média maior que 25°, as áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a 2/3 (dois terços) da altura mínima da elevação sempre em relação à base, sendo esta definida pelo plano horizontal determinado por planície ou espelho d'água adjacente ou, nos relevos ondulados, pela cota do ponto de sela mais próximo da elevação;x

- as áreas em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação;

xi - em veredas, a faixa marginal, em projeção horizontal, com largura mínima de 50 (cinquenta) metros, a partir do espaço permanentemente brejoso e encharcado.

Essa possibilidade de regularização fundiária em área de preservação permanente é restrita à regularização fundiária de interesse social e somente pode ser admitida nos casos em que: (a) a ocupação da

APP seja anterior a 31 de dezembro de 2007; (b) o assentamento esteja inserido em área urbana consolidada; e (c) estudo técnico comprovar que a intervenção programada implicará melhoria das condições ambientais relativamente à situação de ocupação irregular anterior.¹⁸¹

Para fundamentar a decisão do órgão ambiental competente, o estudo técnico que condiciona a regularização fundiária de interesse social em APP deve ser realizado por profissional legalmente habilitado, estar vinculado ao projeto de regularização fundiária e: (a) caracterizar a situação ambiental da área a ser regularizada; (b) especificar os sistemas de saneamento básico; (c) propor intervenções para o controle de riscos geotécnicos e de inundações; (d) estabelecer formas de recuperação de áreas degradadas e daquelas não passíveis de regularização; (e) comprovar a melhoria das condições de sustentabilidade urbano-ambiental, considerados o uso adequado dos recursos hídricos e a proteção das unidades de conservação, quando for o caso; (f) comprovar a melhoria das condições de habitabilidade dos moradores propiciada pela regularização proposta; e (g) garantir o acesso público às praias e aos corpos d'água, quando for o caso.

Tecendo comentários sobre a possibilidade de regularização fundiária de interesse social em APPs, Denise de Campos Gouvêa e Sandra Bernardes Ribeiro¹⁸² afirmam existir uma questão crucial ainda pouco discutida, no que diz respeito à legislação ambiental em vigor e à situação das áreas urbanas, pois existem muitas restrições na esfera ambiental que dificultam as intervenções, o que torna difícil o desenvolvimento sustentável urbano associado com a preservação do ambiente.

Concluem as autoras que essas seriam condições mínimas para que

181. A Resolução CONAMA n. 369, de 26 de março de 2006, em seu artigo 2., inciso II, alínea "c", já disciplinava a possibilidade de *excepcionalização* ao rigor das áreas de preservação permanente para fins de regularização fundiária sustentável de área urbana antes mesmo do PMCMV. Com a edição do Código Florestal (Lei Federal n. 12.651/2012), o rol de intervenções excepcionalmente permitidas em APPs se ampliou. Fica o debate sobre a recepção ou não da resolução neste caso.

182. ROLNIK, Raquel *et al.* **Regularização fundiária sustentável** - conceitos e Brasília : Ministério das Cidades, 2007.

as APPs se integrem à dinâmica urbana, já que na situação em que se encontram, estas áreas configuram espaços ociosos, inseguros, sem manutenção e sujeitos a todo tipo de ocupação irregular¹². Neste sentido, ao invés de se contrapor, a moradia, quando adequada, pode contribuir para a própria preservação da área de interesse social e ambiental.

A lei ainda estabelece alguns princípios a serem buscados para que o instrumento da regularização atinja seus reais objetivos. Estes princípios estão dispostos no art. 48, *in verbis*:

Art. 48. Respeitadas as diretrizes gerais da política urbana estabelecidas na Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, a regularização fundiária observará os seguintes princípios:

I – ampliação do acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, com prioridade para sua permanência na área ocupada, assegurados o nível adequado de habitabilidade e a melhoria das condições de sustentabilidade urbanística, social e ambiental;

II – articulação com as políticas setoriais de habitação, de meio ambiente, de saneamento básico e de mobilidade urbana, nos diferentes níveis de governo e com as iniciativas públicas e privadas, voltadas à integração social e à geração de emprego e renda;

III a V – *in omissis*;

Cumpridas essas diretrizes, concilia-se direito à moradia adequada com o dever de manutenção de áreas de preservação permanente e dignidade da pessoa humana e, numa visão *ecocêntrica*¹⁸³,

183. A propósito da substituição de uma ética antropocêntrica por eurocêntrica, que considere seres vivos não humanos como digno merecedores de dignidade em si mesmos, confira-se: SARLET, Ingo Wolfgang. e FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

dos seres vivos não humanos.

3. Programa Federal de Regularização Fundiária com Fomento à adoção de Medidas de Sustentabilidade e o Projeto-Piloto de Autogeração de Energia Solar

Com efeito, a própria lei federal determina que sejam adotadas medidas compensatórias, mas, também, aquelas que contribuam para a sustentabilidade urbanística, ambiental e social dos assentamentos populares regularizados:

Art. 51. O projeto de regularização fundiária deverá definir, no mínimo, os seguintes elementos:

I - as áreas ou lotes a serem regularizados e, se houver necessidade, as edificações que serão relocadas;

II - as vias de circulação existentes ou projetadas e, se possível, as outras áreas destinadas a uso público;

III - as medidas necessárias para a promoção da sustentabilidade urbanística, social e ambiental da área ocupada, incluindo as compensações urbanísticas e ambientais previstas em lei;

IV - as condições para promover a segurança da população em situações de risco, considerado o disposto no parágrafo único do art. 3º da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979; e

V - as medidas previstas para adequação da infraestrutura básica.

Além dessa previsão genérica, própria às normas gerais da União em matéria urbanística, a Lei Federal n. 11.977./2007 originalmente previa:

Art. 82. Fica autorizado o financiamento para

aquisição de equipamento de energia solar e contratação de mão de obra para sua instalação em moradias cujas famílias auferiram no máximo renda de 6 (seis) salários mínimos.

Com base nessa legislação, foi que se implantou um projeto-piloto de regularização fundiária em Juazeiro do Norte, numa das regiões mais secas e pobres do Nordeste brasileiro, com incentivo à autoprodução de energia solar por seus habitantes. Assim se anunciou o programa¹⁸⁴, em 2/10/2014, sob o sugestivo título *Condomínio popular vira microusina solar no sertão baiano*:

O sol brilha para todos, mas em Juazeiro, no sertão baiano, a 512 quilômetros de Salvador (BA), ele brilha um pouco mais - acima de 2,8 mil horas por ano. O lugar não poderia ser mais perfeito para a instalação do projeto-piloto que criou a maior usina solar construída sobre telhados do país.

Parceria entre a Brasil Solair e o Fundo Socioambiental da CAIXA, que investiu ali R\$ 7 milhões em recursos não reembolsáveis, o projeto de Juazeiro (BA) transformou mil famílias dos condomínios populares vizinhos Morada do Salitre e Praia do Rodeadouro em sócias de um empreendimento que já gerou 1,34 Gigawatt-hora (GWh) de energia solar desde seu início oficial, em março deste ano. É um volume suficiente para alimentar 13,4 mil residências com consumo médio de 100 Kilowatt-hora (kWh).

“O sol brilhou para nós e só tem nos trazi-

184. Disponível em : < <http://www20.caixa.gov.br/Paginas/Noticias/Noticia/Default.aspx?newsID=1450>> Acesso em 10/12/2014.

do coisa boa. Hoje somos produtores de energia solar”, afirma, orgulhosa, a dona de casa Gilsa Martins de Oliveira, 55 anos, síndica do condomínio Morada do Salitre, onde a renda das famílias não ultrapassa os três salários mínimos. “Quanto maior incidência solar, maior geração”, explica Ricardo Zanirato, supervisor técnico da Solair. Segundo o Atlas Solarimétrico brasileiro, a radiação solar diária no Vale do São Francisco, onde está Juazeiro, é comparável à das regiões mais ensolaradas no mundo.

A microusina de Juazeiro tem potencial de produzir 2,1 Mega Watts (MW), o suficiente para abastecer 3,6 mil domicílios em um ano. Os 9.144 painéis fotovoltaicos instalados nos telhados dos prédios com quatro ou seis apartamentos ocupam uma área equivalente a dois campos de futebol. O sistema também inclui inversores, que transformam a corrente contínua em alternada, utilizada nas casas em geral, e injetam a energia na rede da concessionária. No atual ritmo de faturamento, o investimento se pagará em sete anos, estima a empresa.

A Brasil Solair criou o projeto, treinou mão de obra local e supervisionou a implantação do sistema, conectado à rede da Coelba (distribuidora local) e regulamentado pela Aneel (Agência Nacional de Energia Elétrica). A empresa tem contrato com os condomínios para comercializar a energia gerada no mercado livre, com preços aquecidos atualmente.

De acordo com a empresa, o projeto rendeu mais de R\$ 830 mil até o dia 1º de outubro. Dados como este e os de produção estão dispo-

níveis por meio de medidor de energia online que pode ser acessado pelas famílias residentes no condomínio.

De cada R\$ 100 de receita da microusina, R\$ 60 vão parar diretamente no bolso dos moradores do Salitre e do Rodedouro. Outros R\$ 30 vão para um fundo destinado a investimentos para melhorias e benefícios do uso comum, de preferência atividades geradoras de renda, e outros R\$ 10 bancam as despesas de manutenção dos condomínios.

No futuro, a CAIXA estuda comprar a energia produzida no volume correspondente ao consumo anual do seu prédio central em Salvador, ocupado por uma agência e pelos escritórios da Superintendência Regional.

Além disso, o Plano Decenal de Expansão de Energia 2013-2022¹⁸⁵ incluiu a energia solar na matriz energética brasileira no ano de 2013. Segundo o Plano, a projeção é que a capacidade instalada de energia solar chegue a 3,5 mil MW em 2023, o que corresponderá a 1,8% do total. As iniciativas federais se expandiram, também, para a realização de leilões exclusivamente destinados à concessão da exploração de energia solar, realizados pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), autarquia federal encarregada de regular o setor elétrico brasileiro.

A despeito do êxito das referidas licitações e da iniciativa pioneira de produção de energia limpa pela comunidade carente objeto de regularização fundiária sustentável em Juazeiro do Norte, a Lei Federal n. 12.424/2011 modificou a redação justamente do artigo 82 da Lei que instituiu o Programa Minha Casa, Minha Vida, transfor-

185. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pdee/forms/epeestudo.aspx>> Acesso em: 10 Jan. 2015.

mando financiamento de aquisição de equipamento de energia solar e contratação de mão de obra em mera possibilidade de custeio, apenas daquela, no bojo do PMCMV; confira-se:

Art. 82. Fica autorizado o custeio, no âmbito do PMCMV, da aquisição e instalação de equipamentos de energia solar ou que contribuam para a redução do consumo de água em moradias.

Nada impede, todavia, que, através do planejamento urbano local, haja fomento à produção e ao consumo de energias renováveis, como no exemplo da solar, mediante incentivos fiscais, por exemplo, num exemplo de franca imbricação entre o direito urbanístico e o ambiental.¹⁸⁶

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betânia e FERNANDES, Edésio. (Orgs.) Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. Del Rey: Belo Horizonte, 2006.

BAUT-FERRARESE, Bernadette Le. Et MICHALLET, Isabelle. *Traité de Droit des Énergies Renouvelables*. Paris : Le Moniteur, 2008-2012.

DAVIGNON, Jean-François. *Droit de l'urbanisme*. Paris: Lexis Nexis, 2007.

DESTEFENNI, Marcos. *Direito penal e licenciamento ambiental*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

FACHIN, Luís Edson. A função social da posse e propriedade con-

186. LIRA, Ricardo Pereira. A Questão Urbano-Ambiental. **Revista da EMERJ**, v. 10, n. 38, 2007.

temporâneas. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FARIAS, Talden e CORREIA, Arícia Fernandes. Licenciamento ambiental e sustentabilidade no meio ambiente urbano. In: SEABRA, Giovanni (Org.) Educação Ambiental: Paraíba: UFPB, 2013.

FERNANDES, Edésio e ALFONSIN, Betânia. (Orgs.) Direito à Moradia Adequada: o que é, para quem serve, como defender e efetivar. Belo Horizonte: Forum, 2014.

FERNANDES, Edésio. A Construção do Direito Urbanístico Brasileiro: 10 anos de Estatuto da Cidade, Avanços e Limites. In: RIOS, Mariza e CARVALHO, Newton Teixeira. (Orgs.) Direito à Cidade: moradia e equilíbrio ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

_____. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. FERNANDES, Edésio e ALFONSIN, Betânia. (Orgs.) Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HARVEY, David. A justiça social e a cidade. São Paulo: Hucitec, 1980.

LIRA, Ricardo Pereira. Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária. In: RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. (Org.) Estudos de Direito Constitucional e Urbanístico: em homenagem à Prof. Magnólia Guerra. São Paulo: RCS Editora, 2007.

_____. A Questão Urbano-Ambiental. Revista da EMERJ, v. 10, n. 38, 2007.

_____. Elementos de Direito Urbanístico. São Paulo: Renovar, 1997.

- MAGALHÃES, Alex Ferreira. Direito das Favelas. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2013.
- MELO, Lígia. Direito à Moradia no Brasil: Política Urbana e Acesso por meio de Regularização Fundiária. Fórum: Belo Horizonte, 2010.
- MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Legitimação de Posse: Dos Imóveis Urbanos e o Direito à Moradia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MILARÉ, Edis. Direito do Meio Ambiente. São Paulo: revista dos Tribunais, 2013
- MUKAI, Sylvia. O licenciamento urbanístico e ambiental previsto na Lei n. 11. 977, de 7 de julho de 2009. Programa Minha Casa, Minha Vida. Fórum de Direito Urbano e Ambiental, n. 58, v. 10, 2011.
- PRIEUR, Michel. « Le Droit Public solaire en France », RJE, 1979.
- ROLNIK, Raquel *et al* (Coord.), Regularização fundiária sustentável: conceitos e diretrizes. Brasília: Ministério das Cidades, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. e FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (Orgs) Estatuto da Cidade(Comentários à Lei Federal n. 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social. 2^a edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VILLENEUVE, Pierre. La transition énergétique, simple avatar ou réelle mutation ? . - À propos du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte (Conseil des ministres, 30 juill. 2014 ; Proj. L. AN, n° 2188, 30 juill. 2014). La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 36, 8 Septembre 2014, act. 717.

REVOLUÇÃO URBANA: CIDADES SUSTENTÁVEIS E UM NOVO MODELO DE DESENVOLVIMENTO

Bárbara Beatriz Rodrigues Afonso Chiste¹⁸⁷

I. INTRODUÇÃO

Calcula-se que o planeta Terra exista há cerca de 4,5 bilhões de anos (BRATERMAN, 2013)¹⁸⁸. Ao longo desse período, entendemos como eras geológicas as distintas fases e características dos oceanos e mares e das formas de vida existentes, sendo assim possível se traçar uma história da Terra. Assim, segundo essa metodologia de escala de tempo geológico, estaríamos hoje vivendo a Era Cenozoica em época intitulada Holoceno, caracterizada pela existência de todas as formas de vida que temos conhecimento, inclusive a humana.

Em suas pesquisas sobre as eras terrestres, Paul Crutzen, ganhador do Prêmio Nobel de Química em 1995, propôs questionamentos quanto a compreensão até então existente sobre o Holoceno não ser mais capaz de abranger a complexidade da vida na Terra e de seus elementos influenciadores e influenciados. Ao observar a evolução do planeta nos últimos dois séculos (então séculos XIX e XVIII), Crutzen identificou que o poder de influência da espécie humana sobre processos e sistemas terrestres primordiais tinha se

187. Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense, com conclusão prevista para 2017. Email: barbarabchiste@gmail.com

188. BRATERMAN, Paul S. *How Science Figured Out the Age of Earth*. Scientific American: 2013. Disponível em: <https://www.scientificamerican.com/article/how-science-figured-out-the-age-of-the-earth/>. Acesso em: 08 set. 2016.

tornado notório (ATARXO, 2014, p.15)¹⁸⁹. É certo que a existência do ser humano é acompanhada do uso de recursos naturais e afetação ao *habitat*, mas o que chama a atenção numa análise mais profunda é a suposta correlação entre o recente aceleração da história da humanidade vir de encontro com as profundas mudanças na ocorridas em pouco tempo na Terra.

Do marco da Revolução Industrial e a explosão demográfica que se sobreveio, ao surgimento da internet e desenvolvimento tecnológico, as relações humanas complexificaram-se não apenas no âmbito social, mas também no econômico. Como já afirmado, a humanidade surge e sobrevive pela exploração dos recursos naturais. Mas uma lógica simplista de utilização desses recursos é ainda suficiente?

A resposta é não. O caminho exploratório desbravado pelo homem viu-se nos últimos duzentos anos a correr num ritmo mais intenso, global e complexo. Os impactos da atividade humana sobre a Terra no mesmo período mostram-se hoje não mais locais e mapeáveis como outrora, mas refletindo exatamente sua aceleração desordenada: são impactos intensos, globais e complexos. Foi ciente disso que Crutzer (PEARCE, 2007)¹⁹⁰, ao ouvir numa conferência que participava nos anos 2000 considerações sobre o Holoceno enquanto longo período de relativa estabilidade climática desde a última era do gelo, se deu conta de que isto não mais refletia a realidade contemporânea de uma Terra vivenciando mudanças climáticas severas e incontestáveis. Manifestou-se então e refutou tal afirmação, declarando que o mundo no último par de séculos em questão havia mudado tanto e tão significativamente pela ação humana que não mais vivíamos no Holoceno, mas sim num Antropoceno. É, assim, utilizado pela primeira vez tal termo que, se

189. ATARXO, Paulo. *Uma nova era geológica em nosso planeta: o Antropoceno?*. REVISTA USP, n. 103. São Paulo: 2014, pp. 13-24. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/viewFile/99279/97695> Acesso: 08 set. 2016.

190. PEARCE, Fred. *With speed and violence : why scientists fear tipping points in climate change*. Beacon Press: 2007, p. 44. Disponível em: <http://www.gci.org.uk/Documents/wsav.pdf>. Acesso em: 09 out. 2016.

inicialmente causou choque, hoje já é amplamente absorvido por inúmeros estudiosos de todo o mundo.

O propósito do presente artigo é discutir, em meio à conjuntura que observamos no Antropoceno, a emergência da sustentabilidade como forma de não apenas se compreender a complexidade posta na sociedade e em seus impactos globais como também forma de identificar caminhos para possíveis mudanças na citada lógica exploratória, que hoje mostra-se ameaça à continuidade das condições de vida na Terra – inclusive da espécie humana.

Para isso, mobilizamos como objeto de estudo as cidades, considerando-se o meio urbano como tipo de espaço/construção humana em que as relações sociais, econômicas e culturais se manifestam e se problematizam. A proposta, portanto, consiste em traçar discussão que parte da observação da sustentabilidade no contexto das cidades e relações humanas a fim de que se trace caminho teórico capaz de conduzir a considerações quanto à compreensão dessa cena e de que formas o caminho sustentável se instrumentaliza hoje no ordenamento jurídico-normativo brasileiro como positivação dos anseios de uma transição e (r)evolução na lógica da vida humana.

II. O QUE SÃO AS CIDADES – UM (ECO) SISTEMA COMPLEXO DE VONTADES HUMANAS

De acordo com página oficial das Nações Unidas (ONU, 2016)¹⁹¹, metade da humanidade – 3,5 bilhões de pessoas – vive em cidades. Desse número, 828 milhões vivem em favelas. Considerando ainda que, apesar de ocuparem apenas cerca de 3 por cento do território terrestre mas responderem por 60-80 por cento do consumo de energia e 75 por cento das emissões de carbono, as cidades revelam-se ambiente em que se concretizam os problemas decorrentes de um

191. Organização das Nações Unidas (ONU). *Goal 11: Make cities inclusive, safe, resilient and sustainable*. Disponível em: <http://www.un.org/sustainabledevelopment/cities/>. Acesso em: 10 jun. 2016.

crescimento e impacto desenfreado. No entanto, estão nestes mesmos problemas a própria fonte potencial da insurgência de inovação e estratégias a fim de se repensar o tratamento de tais questões.

Explica-se. As cidades são espaços sociais construídos pelo homem. Incluem-se por isso no chamado meio ambiente artificial, que consiste em todo o espaço construído (das edificações constituindo o espaço urbano fechado aos equipamentos públicos que caracterizam o espaço urbano aberto) e habitável pelo homem. (FIORILLO, 2013, p.556)¹⁹². O ato de construção das cidades e do meio ambiente artificial como um todo é, assim, o local em que o homem concretiza uma forma de organização da vida social e então a identidade de determinada sociedade a qual pertence.

Mas afirmam BARROSO; REZENDE (2014)¹⁹³ que se a cidade é então o mundo que o homem criou para si, é também o mundo em que ele está fadado a viver dali em diante. Nesse sentido, do advento da Revolução Industrial até aqui, um rápido processo de urbanização ressignificou a convivência humana através da separação espacial dos locais de trabalho da residência, dos edifícios e lógica de um sistema interdependente de habitação, e tantos outros elementos que, mais do que modificações geográficas, representaram verdadeiras transformações sociais. Essas transformações sociais enquanto resultantes de uma multiplicidade de atores heterogêneos inter-relacionando-se, ao mesmo tempo que são produto do citado processo socioeconômico de urbanização, são também produtoras da construção da cultura e realidade do espaço urbano o qual de inserem.

No entanto, o ritmo acelerado e descompassado em que via de regra se deu criação do meio urbano tem como consequência a exteriorização sociogeográfica de processos de crescimento e desen-

192. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 14. ed. rev., ampl. e atual. em face da Rio+20 e do novo “Código” Florestal — São Paulo : Saraiva, 2013.

193. BARROSO, Leticia. REZENDE, Vera F. *A cidade, o espaço e o diálogo com a sustentabilidade*. 3º Seminário Nacional de Construções Sustentáveis, 2014.

volvimento falhos por todo o histórico de utilizarem o viés econômico enquanto norte, mas sob pena de negligenciarem os aspectos sociais existentes e insurgentes. O fenômeno de crescimento desordenado presente no sistema capitalista, observado com veemência em países em desenvolvimento, gerou e/ou agravos disparidades de todas as naturezas possíveis.

Ao voltarmos o olhar à identificação de como esse fenômeno se apresenta nas cidades, entendemos que estas são espaços construídos pelo homem em que o embate de tais disparidades dá-se de forma conflituosa. Há opostas classes sociais que convivem entre si e se relacionam no ambiente laboral e social; as disparidades econômicas, sociais e culturais entre favelas, subúrbios e bairros nobres convivendo, paradoxalmente, num mesmo e misturado espaço geográfico; a marginalização e precarização; o espaço público comum disputado; enfim, os contrastes de uma sociedade complexa, interligada pela lógica do sistema econômico vigorante, que é essencialmente plural.

Todavia, em meio à tamanha complexidade e diferenças, há um ponto de convergência comum que afeta igualmente os cidadãos: a maior concentração demográfica nas cidades implica, minimamente, no aumento da demanda por recursos naturais e recursos econômicos, fonte de água e esgoto e de condições de interação no ambiente compartilhado. Tendo em vista a esclarecida desordem que se deu a urbanização, vemos um estado de crise na capacidade de oferta desses pressupostos.

Os contrastes socioeconômicos no meio urbano crescem e se acentuam em meio à inegável deterioração dos recursos disponíveis, da poluição, lacunas na gestão de resíduos e mudança nas condições climáticas e atmosféricas, na contaminação de meios terrestres e aquáticos e de inúmeros outros fatores em nível tão catastrófico que hoje põe em xeque a condição de sobrevivência humana. Em linhas breves, é um processo visualizável numa ca-

deia sequencial em que (i) o maior número de pessoas e demandas é sinônimo de maiores demandas do meio, (ii) o sistema de exploração de recursos não é subsistente na capacidade de suprir a todos e menos ainda de gerenciar a mencionada deterioração que causa (iii) recursos escassos numa sociedade estratificada levam à distribuição desigual dos mesmos; (iv) acentuam-se as disparidades sociais e econômicas e os conflitos; (v) a persistência dessas disparidades e da crescente densidade populacional pressionam e demandam ainda mais, e a lógica autodestrutiva se retroalimenta.

A observação dessa cadeia e sua perpetuação levam à incontestável conclusão de que o sistema de exploração econômica e de tais recursos, ao repetir-se em sua própria lógica, não só perpetua como também acentua algo insustentável. Não é mais possível a ilusão de que o mero crescimento econômico promove um desenvolvimento social em igual velocidade. E nem se sobrepõe à inescapável máxima de que, independentemente da evolução e complexificação da espécie humana e seu crescente domínio sobre a Terra e recursos necessários à humanidade, estes são finitos e aquela é fonte provedora e espaço que – em suas características geológicas, climáticas e ambientais – permite a vida humana.

Assim, o colapso e alteração de tais características direciona à urgência de uma reconstrução da lógica do sistema operante para um *modus operandi* que parta do princípio que se anuncia: a humanidade é um (eco) sistema socialmente plural e organizado num presente de desigualdades e complexidades que se inter-relacionam, e só uma visão que contemple e interaja simultaneamente com essa multiplicidade de fatores é capaz de romper com o movimento trágico observado e impulsionar a uma nova forma de organização. Nesse contexto, emerge assim à proposição de se repensar o urbano por essa ótica, a fim de que se construa uma ideia de cidade sustentável.

III. DA COMPLEXIDADE E UM NECESSÁRIO VIÉS HOLÍSTICO - A COMPREENSÃO DA CIDADE ENQUANTO UM (ECO) SISTEMA SUSTENTÁVEL

Ao tratarem do Antropoceno, VILCHES; PRAIA e PÉREZ (2008)¹⁹⁴ oferecem uma visão de caráter dúplice do que se aponta como essa nova era geológica, marcada pela ação antrópica. Ao compreenderem o Antropoceno não como um fenômeno recém-formado, mas sim resultado do padrão de comportamento e exploração humana de milênios, apresenta-se este evento simultaneamente como uma era de riscos a nível global e emergência planetária e, simultaneamente, como “uma oportunidade para se repensar o comportamento humano e estabelecer as bases de um futuro sustentável”.

Nas cidades, observamos que a pluralidade inter-relacional dos atores e fatores que a compõe também representam esse caráter duplo do Antropoceno. Isso porque ao mesmo tempo que a alta densidade populacional e suas crescentes demandas geram os riscos às condições de vida na Terra, impulsionam a sociedade a ganhos de eficiência e inovação tecnológica voltada à melhoria, maior conforto e integração da sociedade. Mas, se isto é verdade, como explicar a persistência e agravamento dos danos da exploração humana desenfreada em meio ao auge tecnológico e do compartilhamento de informações? Assim explicam os autores:

De facto, seguindo as prioridades do momento, as notícias de destaque e os títulos mediáticos, a atenção passa da destruição da camada de ozônio ao esgotamento do petróleo, saltando para as mudanças climáticas e daí para as doenças (sida, gripe das aves...), aos conflitos bélicos, às migra-

194. VILCHES, A.; PRAIA, J. e GIL- PÉREZ, D. *O Antropoceno: Entre o risco e a oportunidade*. Educação, Temas e Problemas, 5, Ano 3, 2008, pp. 41-66.

ções, ao problema da falta de água, à pobreza extrema de milhares de milhões de seres humanos... Cada problema é substituído por um outro e o resultado, para os cidadãos, é que nenhum deles é visto como demasiado importante, dado que não merece uma atenção continuada e há sempre outro que vem substituí-lo no quadro das urgências.

A aparente concorrência entre os problemas – que se traduz numa mútua neutralização da atenção que suscitam – é fruto de um tratamento isolado de cada problema, que não mostra a sua estreita relação como aspectos de uma mesma problemática, que se potenciam mutuamente e que devem abordar-se, pois, conjuntamente. Torna-se necessário por isso recorrer ao que Joël de Rosnay denominou o macroscópico (Rosnay, 1979). A tese principal desenvolvida por Rosnay é que os sistemas complexos que governam as nossas vidas deveriam ser contemplados como um todo em vez de se tomarem as suas componentes separadamente. Este estudo holístico é o que se designa metaforicamente como uso do macroscópico, para o contrapor aos estudos pontuais que, ao centrarem-se em um único aspecto do problema, ignoram as suas fortes ligações com outros e impossibilitam o seu tratamento. Tal é particularmente importante no que se refere à problemática da situação do mundo, porque existe uma forte tendência para os planeamentos parciais e para o reducionismo causal, ignorando a estreita relação dos problemas e a necessidade de abordá-los conjuntamente (Tilbury, 1995; Morin, 2001; Gil Pérez et al., 2003; Sachs, 2008).

(VILCHES; PRAIA e PÉREZ, 2008, p.06)

De acordo com José Eli da Veiga (2014)¹⁹⁵, é nessa conjuntura a qual emerge nos anos 1980 o debate sobre a sustentabilidade e a necessidade de um desenvolvimento sustentável. Foi assim então que, em 1987, a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimentos das Nações Unidas apresenta o Relatório de Brundtland, também conhecido como “Nosso Futuro Comum” (ONU, 2016)¹⁹⁶, considerado por muitos o primeiro esforço global a colocar em pauta na sociedade internacional a necessidade de mudança do paradigma de desenvolvimento humano até então existente. Observa Noberto Nuno Pinto dos Santos¹⁹⁷ que o Relatório aponta três dimensões fundamentais para um desenvolvimento sustentável: proteção ambiental, crescimento económico e equidade social.

O autor avança ao afirmar que o ideal de crescer primeiro e depois distribuir já hoje não tem mais a credibilidade de outrora, pois a população do mundo desperta para uma consciência de que acreditar nisso é dar confirmação à tolerância às desigualdades e disparidades resultantes desse processo heterogêneo. As relações econômicas, a exploração dos recursos naturais, a produção e trocas no modelo existente dão-se num ambiente de incertezas e racionalidade limitada dos atores (agentes) atuando, existindo assim uma imprevisibilidade de se visualizar a cena em sua totalidade, bem como suas consequências. Ao voltar-se à apresentação dessa problemática do ambiente urbano, assim esclarece:

Isto sucede porque ele [o homem] sofre grandes influências externas e uma acção de pressões

195. VEIGA, José Eli Da. *O âmago da sustentabilidade*. Estud. av. [online], v.28, n.82, 2014, pp.7-23.

196. Organização da Nações Unidas (ONU). *Documentos de Referência para o Rio+20*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/documentos/> Acesso em: 07 set. 2016

197. SANTOS, Noberto Nuno Pinto dos. *Cidade e Sustentabilidade territorial*. Mercator, Fortaleza, v. 10, n. 23, pp.7-22, set./dez. 2011.

diversas sobre a decisão que são cumulativas com a informação desmedida que condiciona as opções. Deste modo, surge uma racionalidade limitada que caracteriza a relação entre o homem e a informação disponível, porque, de facto, não é possível dispor, em todos os momentos, de todas as informações necessárias para fazer a melhor escolha e procurar obtê-las pode ser custoso em tempo e dinheiro. Assim, podemos cometer erros, dado que ser racional não significa ser infalível, mas, antes, ser capaz de tirar ensinamentos dos erros (BIMONT, 1996: 13).

É nesta perspectiva que a cidade sustentável deve que ser entendida. É um instrumento de intervenção social e política que é preciso aprender a utilizar, sabendo que teremos sempre que lidar com processos que lesam o ambiente, mas que devemos intervir de modo a tornar os seus impactos compatíveis com o propósito da qualidade de vida e da sua sustentabilidade.

(SANTOS, 2011, p.10)

E complementa esta compreensão BARROSO; REZENDE (2014) ao concluir que:

Assim a sustentabilidade entra no cenário urbano com a possibilidade de corrigir a desigualdade social e estabelecer um diálogo com o setor económico, unir esforços e contemplar, em políticas públicas, projetos para uma melhor qualidade de vida às pessoas. Observa-se que a partir da década de 1990, as políticas públicas buscam associar o desenvolvimento económico e a preservação ambiental.

(BARROSO; REZENDE, 2014, p.02)

Em outras palavras, a sustentabilidade surge como caminho e instrumento para que se observem as esferas social, econômica e ambiental sob uma lente holística que, em meio à complexidade e assimetria de informações própria de um mundo contemporâneo, revela leitura da cena que considera as três esferas tal como são: integradas e inter-relacionadas entre si. No caso das cidades, a sustentabilidade é a metodologia que oferece um novo modelo de desenvolvimento que permite a concretização das necessidades econômicas, políticas, ambientais, sociais, culturais e sanitárias da sociedade atual sem comprometer a capacidade das gerações futuras obterem o mesmo (SATTERTHWAITE, p.04)¹⁹⁸.

IV. A ABSORÇÃO DE UM MODELO DE CIDADE SUSTENTÁVEL PELO DIREITO

Do caminho até aqui percorrido, entendemos que a ideia de cidades sustentáveis surge como forma de repensar o meio urbano, enfrentar os problemas sociais, econômicos e ambientais que se manifestam nesse espaço e, em última instância, romper com o obsoleto modelo de exploração em vigor. Eis que nesse ponto, avançamos então para observarmos como isto se dá no ordenamento jurídico, já que a razão de ser do Direito é regular a sociedade de acordo com os valores e princípios predominantes nela existentes, sob a égide da segurança e da justiça. São, assim, pelas previsões jurídico-normativas que se positivam os anseios de uma sociedade e se cria um ambiente de incentivos e restrições às ações humanas a fim de que se alcance um objetivo comum almejado.

Apontam o Doris Sayago e Mariana Oliveira Pinto¹⁹⁹ que esse assunto já era objeto de preocupação no meio jurídico desde a

198. SATTERTHWAITE, David. *Urbanization and sustainable development*. Disponível em: <http://www.un.org/en/development/desa/population/pdf/commission/2008/keynote/satterthwaite-presentation.pdf> Acesso em 15 jun. 2016.

199. SAYAGO, Doris. PINTO, Mariana Oliveira. *Plano Diretor: Instrumento de Política Urbana e Gestão Ambiental*. Disponível em: http://www.ecoeco.org.br/conteudo/publicacoes/encontros/vi_en/artigos/mesa3/des_urbano_meioambiente.pdf Acesso em: 31 jul. 2016.

Declaração sobre Assentamentos Humanos, adotada pela primeira Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (Habitat I), sediada em 1976 em Vancouver.

Posteriormente, a Conferência Rio-92 culminou na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (conhecida como Agenda 21), fortalecendo o debate acerca de um ambiente urbano saudável e socialmente justo e estabelecendo compromissos e metas a serem cumpridos pela comunidade internacional signatária.

Em 1996, a Conferência Habitat II, ocorrida em Istambul, aprovou documento denominado Agenda Habitat II, trazendo princípios, compromissos e estratégias ao desenvolvimento sustentável nas cidades a serem observados pelo tanto pelo setor público quanto pela sociedade.

Temos finalmente a Rio + 20, em 2015, onde se deram as discussões que resultaram posteriormente nos dezessete Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), que vêm a suceder os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM). Através dos ODS, que surgem a fim de orientar as políticas nacionais e as atividades de cooperação internacional nos próximos quinze anos, estabelecido como décimo primeiro objetivo tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis²⁰⁰.

Mas à parte o arcabouço de princípios e objetivos em âmbito global e *lato sensu*, dirigido a todos os países, pergunta-se: de que forma pode efetivamente se apresentar num determinado ordenamento jurídico nacional a busca e incentivo às cidades sustentáveis?

Para apresentar uma possível resposta, tomarmos como exemplo nosso ordenamento jurídico brasileiro. Temos na Carta Magna de 1988, em Capítulo II, Título VII (da Ordem Econômica e Financeira), art. 182, *caput*, a positivação da política urbana como “a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público

200. Organização das Nações Unidas (ONU). *Objetivo 11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods11/>. Acesso em: 31 jul. 2016

Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem – estar de seus habitantes”.

A previsão constitucional à existência de uma política urbana terá no Estatuto da Cidade o diploma legal a se dedica à sua regulamentação. Promulgado pela Lei 10.257 de 10 de julho de 2001, traz já em seu art. 2º que o objetivo da política urbana é “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana”.

Para alcançar tal objetivo, dedica seu Capítulo II aos ditos “Instrumentos da Política Urbana”, estabelecendo:

diversas diretrizes, como o planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município; a ordenação e controle do uso do solo; a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; e a garantia do direito a cidades sustentáveis.

Nota-se, pois, que o Estatuto da Cidade coloca a sustentabilidade do meio ambiente urbano como um direito, concebido como “o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações” (art. 2º, inc. I).

(SAYAGO; PINTO, p.03)

SAYAGO e PINTO mobilizam em sua obra referência a Odete Medauar para apontar em suas considerações sobre o tema que a análise do Estatuto da Cidade revela uma política muito além de meras disposições em matéria urbanística:

Odete Medauar (2002, p.18), comentando a inserção do direito a cidades sustentáveis no diploma legal, explica que esse direito concretiza-se à medida que “[...] o desenvolvimento urbano ocorre com ordenação, sem caos e destruição, sem degradação, possibilitando uma vida urbana digna para todos”.

Dessa forma, a noção da sustentabilidade das cidades vai além do mero conteúdo urbanístico, para abranger também o atendimento aos parâmetros de equidade social, prudência ecológica, e eficiência econômica. Isso significa que as políticas públicas que intervenham na área urbana devem conferir planejamento estratégico ao desenvolvimento local, de modo a promover sustentabilidade da realidade urbana.

(SAYAGO; PINTO, p.04)

O caráter holístico do Estatuto da Cidade ao considerar parâmetros além dos meramente urbanísticos apresenta-se também em respeito à forma de promoção da sustentabilidade proposta. O Estatuto não deixa lacuna a dúvidas quanto a pautar-se num processo democrático. A título ilustrativo, traz-se o disposto no art. 40, tratando do plano diretor:

Art. 40, § 4º. No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I. a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

II. a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

III. o acesso a qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

Ora, não se trata de uma facultativa, mas sim uma necessária participação dos cidadãos no processo de discussão e elaboração de políticas e estratégias de desenvolvimento urbano através de audiências públicas, debates, meios tecnológicos e redes sociais e quaisquer outras formas legais de participação popular, incluindo-se propostas e emendas no plano ou consultas públicas. Isso, unido à publicidade e transparência que se imprime ao estabelecer as diretrizes de uma noção de política urbana, vem justamente em resposta à assimetria de informações mencionada, buscando oferecer tanto ao Estado quanto à população o maior número de informações possíveis que permitam um processo de tomada de decisões legais e políticas mais eficiente numa movimento conjunto.

À luz das considerações de Noberto Nuno Pinto dos Santos, vemos que não seria possível um tratamento distinto à política urbana inserida numa lógica de desenvolvimento sustentável. Pois a sustentabilidade das cidades requer ser constituída enquanto processo democrático e plural de cooperação e parceria:

A percepção das populações e instituições (stakeholders) é fundamental para melhor compreender os problemas e ajustar os planos. Como se refere no documento das Cidades Europeias Sustentáveis “a sustentabilidade é uma responsabilidade partilhada e a gestão sustentável é um processo de aprendizagem”, sabendo nós o quanto importante é o conhecimento e o contacto com as realidades para a tomada de decisão, no sentido da adopção ou da não adopção.

[...]

Para que as medidas e ações que conduzem a resultados positivos sejam adequados à realidade dos territórios em questão, tem todo o significado identificar, através de formas de representação diversas, qual a percepção das populações envolvidas em relação às questões concretas que se pretendem ver resolvidas.

A valorização da participação das partes, com os decisores a tomarem conhecimento das vontades expressas pela população, é fundamental na procura da sustentabilidade, com o intuito de criar um futuro comum.

(SANTOS, 2011, p.03)

É preciso nesse ponto ressaltar que, à parte a notável consistência deste diploma legal brasileiro, o mesmo foi elaborado voltado à realidade nacional. Explica-se: ao falarmos da promoção de um modelo de desenvolvimento sustentável nas cidades, temos que cada meio urbano é dotado de particularidades específicas, por ser fruto de uma sociedade com valores culturais e realidades socioeconômicas e ordenamentos jurídicos específicos.

Assim, temos um cenário social e institucional único no Brasil, e de forma idêntica isso se repete em todos os outros países. Em verdade, as cidades de cada país já são, por si mesmas, díspares entre si. De modo que o estabelecimento de um modelo rígido e fixo de desenvolvimento sustentável mais prejudicaria do que auxiliaria na etapa de execução da sustentabilidade.

Ha-Joon Chang, ao tratar do crescimento e desenvolvimento, coloca que apesar das boas práticas, dos valores comungados a nível internacional e tudo o que se pode aprender com a experiência de outras nações, esses processos devem ser conduzido de forma desprovida de qualquer imposição de modelos institu-

cionais externos comumente difundidos como receituário a ser seguido. Desse modo, argumenta que dar a possibilidade aos países (principalmente os em desenvolvimento, como é o caso do Brasil) adotem políticas e instituições mais apropriadas ao seu estágio de desenvolvimento e a outras circunstâncias que eles estão vivendo permitir-lhes-á crescer mais rapidamente (CHANG, 2004, p. 232) e, acrescentamos, de forma mais eficiente.

Aplicando-se ao caso em tela, temos assim que a constatação da existência de incentivos, instrumentos e previsões e objetivos a nível global, a construção de uma cidade sustentável deve sim considerar as experiências pretéritas bem sucedidas – suas ou não – assim como princípios e todo tipo de fonte que a inspire, mas deve ser executada enquanto processo individual, democrático e resultante dos desejos e anseios daquela dita sociedade, pois é ela a criadora e destinatária do meio urbano que se pretende (re)construir e (re)significar.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista a análise da construção do meio urbano, da sustentabilidade e da forma de percepção de ambos pela ótica jurídico-normativa, a conclusão que desponta indica que o Antropoceno evidencia a necessária extinção do modelo de produção/consumo/exploração predominante, mas abre espaço ao novo. Nesse sentido, temos não só a possibilidade como a necessidade de uma revolução na compreensão da sociedade pelo viés do desenvolvimento sustentável.

Em tal processo, o ordenamento jurídico vem a positivar as pretensões do meio urbano que se pretende, mas a etapa de concretização de tais previsões se legitima pela participação cívica e democrática, porque a cidade é o espaço dos cidadãos, para os cidadãos e pelos cidadãos.

Dadas as externalidades, peculiaridades e diversas e variáveis de cada contexto urbano, vislumbra-se um processo individual de desenvolvimento pautado em valores comuns de sustentabili-

dade, da equidade e da justiça social, que terá nos instrumentos jurídico-normativos incentivos essenciais para que se planeje a cidade tal como se deseja.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATARXO, Paulo. *Uma nova era geológica em nosso planeta: o Antropoceno?*. REVISTA USP, n. 103. São Paulo: 2014, pp. 13-24. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/viewFile/99279/97695> Acesso: 08 set. 2016.

BARROSO, Leticia. REZENDE, Vera F. *A cidade, o espaço e o diálogo com a sustentabilidade*. 3º Seminário Nacional de Construções Sustentáveis, 2014.

BRATERMAN, Paul S. *How Science Figured Out the Age of Earth*. Scientific American: 2013. Disponível em: <https://www.scientificamerican.com/article/how-science-figured-out-the-age-of-the-earth/> Acesso em: 08 set. 2016.

CHANG, Ha-Joon. (2004) *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. São Paulo: Editora UNESP.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 14. ed. rev., ampl. e atual. em face da Rio + 20 e do novo “Código” Florestal — São Paulo : Saraiva, 2013.

Organização das Nações Unidas (ONU). *Documentos de Referência para o Rio + 20*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/documentos/> Acesso em: 07 set. 2016

Organização das Nações Unidas (ONU). *Goal 11: Make cities inclusive, safe, resilient and sustainable*. Disponível em: <http://www.un.org/sustainabledevelopment/cities/> Acesso em: 10 jun. 2016.

Organização das Nações Unidas (ONU). *Objetivo 11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods11/> Acesso em: 31 jul. 2016.

PEARCE, Fred. *With speed and violence : why scientists fear tipping points in climate change*. Beacon Press: 2007, p. 44. Disponível em: <http://www.gci.org.uk/Documents/wsav.pdf>. Acesso em: 09 out. 2016.

SANTOS, Noberto Nuno Pinto dos. *Cidade e Sustentabilidade territorial*. Mercator, Fortaleza, v. 10, n. 23, pp.7-22, set./dez. 2011.

SATTERTHWAITE, David. *Urbanization and sustainable development*. Disponível em: <http://www.un.org/en/development/desa/population/pdf/commission/2008/keynote/satterthwaite-presentation.pdf> Acesso em 15 jun. 2016.

SAYAGO, Doris. PINTO, Mariana Oliveira. *Plano Diretor: Instrumento de Política Urbana e Gestão Ambiental*. Disponível em: http://www.ecoeco.org.br/conteudo/publicacoes/encontros/vi_en/artigos/mesa3/des_urbano_meioambiente.pdf Acesso em: 31 jul. 2016.

VEIGA, José Eli Da. *O âmago da sustentabilidade*. Estud. av. [online], v.28, n.82, 2014, pp.7-23.

VILCHES, A.; PRAIA, J. e GIL- PÉREZ, D. *O Antropoceno: Entre o risco e a oportunidade*. Educação, Temas e Problemas, 5, Ano 3, 2008, pp. 41-66.

OMISSÃO ESTATAL NO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA EM MATÉRIA AMBIENTAL

Davi Vazquez Barreira Ranzeiro de Bragança²⁰¹

INTRODUÇÃO

A temática dos danos ambientais tem sido cada vez mais explorada pela mídia e merecedora de preocupação por parte de toda a coletividade, diante das inúmeras ocorrências de danos ambientais que a cada dia são vislumbradas no Brasil.

É sabido que o Estado é o promotor por excelência da defesa do meio ambiente na sociedade, seja quando elabora e executa políticas públicas ambientais, ou quando exerce o controle e fiscalização das atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente.

No Brasil, constrói-se especialmente a partir da edição da Lei 6.938/81, uma política de regulação estatal das atividades passíveis de gerar danos ambientais, onde as principais tarefas do Estado são normatizar atividades econômicas, exercendo, assim, o poder de polícia ambiental.

Entretanto, o que se tem visto é uma expressiva omissão do Estado na realização de seus deveres constitucionais referentes à proteção ao meio ambiente.

Analisar-se-á a problemática da discricionariedade no licenciamento ambiental, bem como de que modo a natureza jurídica da

201. graduado em Direito pela UFF, pós-graduando em Direito Público pela UCAM ..
Email: davi_braganc@hotmail.com

licença ambiental poderia influir em sua exigência e na possibilidade de sua fiscalização e revisão.

Assim, pretende-se discutir neste trabalho a questão da omissão do Poder Público relativa ao poder de polícia ambiental no que tange à fiscalização de atividades nocivas à qualidade ambiental.

1. O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Seria compatível com o Estado Democrático de Direito ou até mesmo com o Estado Ambiental sujeitar um instrumento de política à vontade e ao arbítrio do administrador público?

A atuação da Administração Pública no Estado de Direito e sua limitação pelo Direito, ou seja, o controle jurisdicional envolve, tradicionalmente, uma dinâmica de ação entre discricionariedade e legalidade administrativa (GARCIA: 2007).

A autora assevera que a atuação administrativa na gestão dos riscos ambientais tem sofrido um acréscimo de complexidade em razão da nova função que lhe é atribuída constitucionalmente (tutelar os interesses das futuras gerações), mas também sob o ponto de vista estrutural, na medida em que suas decisões necessitam cada vez mais de ajuda técnica, diante da necessidade de medidas preventivas em face das incertezas científicas quanto às relações causais.

Acerca desta problemática,

O terceiro velho paradigma do direito administrativo que se encontra em vias de ser superado é o da discricionariedade como espaço de livre decisão do administrador, decorrente da rígida dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários. (...) Com efeito, pretende-se caracterizar a discricionariedade, essencialmente, como um espaço carecedor de legitimação. Isto é, um campo não de escolhas puramente subjetivas, mas de funda-

mentação dos atos e políticas públicas adotados, dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e pela lei. A emergência da noção de juridicidade administrativa, com vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade (BINENBOJM: 2006).

Tal paradigma da discricionariade e da existência de diferentes níveis de vinculação dos atos administrativos à juridicidade - ou seja, à Constituição Federal e às leis - que permite certa liberdade ao administrador, também é vislumbrada no âmbito do licenciamento ambiental.

Isto porque as licenças ambientais possuem algumas controvérsias quanto à sua natureza jurídica que implicam de forma direta em sua exigência ou não, bem como a possibilidade de revisão das mesmas, podendo permitir consequências juridicamente prejudiciais à política ambiental.

De acordo com Constituição Federal, o exercício de atividades econômicas no Brasil é livre e independe de prévia autorização do Estado, salvo se houver previsão legal nesse sentido²⁰². Portanto, o regime de licenças e autorizações só pode ser adotado se for legalmente previsto, o que se ratifica com a existência da Lei nº 6.938/81.

A licença tradicional é dotada da característica de ato administrativo vinculado, pois não pode ser negada pela administração pública se o particular preencher todas as exigências legais pertinentes. No entanto, no tocante às licenças ambientais, há espaço para dúvidas, já que as normas ambientais são, por muitas vezes, muito genéricas, tornando praticamente impossível relacionar a concessão da licença à aferição do atendimento de condições legalmente previstas.

202. BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Art. 170, § único.

Diante disso, o vazio da norma legal é geralmente preenchido pela chamada discricionariedade técnica, ou seja, pelo exame técnico e imparcial, de competência da autoridade ambiental.

Assim, para a concessão de licenças ambientais, o Poder Público deverá proceder a uma análise das respostas complexas e múltiplas apresentadas pelos estudos, e que devem ser avaliadas e sopesadas pelo mesmo. Daí a relevância dos estudos ambientais já debatidos anteriormente.

Vê-se, pois, que a discricionariedade é regrada e pautada em critérios técnicos, não podendo implicar nem em caprichosa negativa do administrador àquele que cumpriu com os requisitos legais e para os quais a visão técnica seja favorável, nem em concessão desapegada desta.

Por outro lado, uma vez concedida, a licença não goza de definitividade inerente às de direito administrativo, justamente porque os mesmos estudos técnicos podem, posteriormente, sinalizar em sentido contrário recomendando ou exigindo a cessação da atividade ou a revogação da licença concedida, se assim justificar o interesse público.

Outro ponto que ratifica a não-definitividade das licenças ambientais é o dever imposto ao empreendedor de renovação da licença, nos termos do § 4º do art.14 da Res. 237/97 do Conama: “*A renovação de licenças ambientais deve ser requerida com antecedência mínima de 120 (cento e vinte) dias da expiração de seu prazo de validade (...)*”.

É importante mencionar que tal dever, apesar de ser de iniciativa dos empreendedores, se relaciona ao poder de polícia fiscalizatório do Estado. Isto porque cabe ao órgão ambiental o direito-dever de requisitar informações, documentos e estudos necessários, podendo, inclusive fixar prazos para essa resposta. Caso o empreendedor não atenda à requisição haverá indeferimento da renovação da licença (MACHADO: 2012).

2. NATUREZA JURÍDICA DA LICENÇA AMBIENTAL

Mas afinal, como a natureza jurídica da licença ambiental torna-se decisiva para a ocorrência da omissão no exercício do poder de polícia pelo Estado? Acerca da natureza jurídica da licença ambiental, há três correntes que merecem análise.

As licenças ambientais possuem natureza jurídica de ato vinculado e definitivo, não havendo discricionariedade ao administrador, identificando-as com aquelas do direito administrativo (FINK: 2002).

Pela doutrina majoritária²⁰³ a licença ambiental é um ato declaratório de um direito preexistente e podendo resultar em direito subjetivo do titular, consistente tanto em sua manutenção, quanto em indenização do interessado que, para seu exercício, precisa preencher alguns requisitos previstos em Lei. Daí decorre que a Administração não pode negá-la quando o requerimento satisfaz todos esses requisitos, sendo, portanto, um ato administrativo vinculado (FINK: 2002).

Neste sentido, sustenta-se que

a licença ambiental, na maioria das hipóteses, é ato vinculado, i.e., preenchidos os requisitos exigidos por lei, o órgão ambiental não pode deixar de concedê-la. Também é definitiva, vale dizer, uma vez expedida, goza de estabilidade durante o prazo de vigência. Expirado este, contudo a atividade deve se submeter a novo processo de licenciamento, o que não ocorre com as hipóteses envolvendo boa parte das licenças urbanísticas, como alvarás

203. São defensores desse posicionamento jurídico: William Freire - in **Direito Ambiental Brasileiro**; Édis Milaré - in **Direito do Ambiente**; Antônio Inagê de Assis - in **O Licenciamento Ambiental**; Daniel Fink - in **Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental** e Lucia Valle Figueiredo. **Licença, mas com certo grau de discricionariedade, motivada. Relação jurídica rebus sic stantibus** (RDA 35/51); Ricardo Carneiro; in **Direito Ambiental: uma abordagem econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. QUEIROZ, João Eduardo Lopes. **Processo administrativo de licenciamento ambiental - licenciamento ambiental da atividade agropecuária. Exigência de licenciamento para a obtenção de crédito rural**

de construção, por exemplo. Daí a natureza híbrida da licença ambiental, que ora possui características de verdadeira licença, ora de mera autorização (DANTAS: 2009).

A licença é definitiva, embora possa se sujeitar a prazo de validade, podendo ser, como se analisará adiante, anulada diante de ilegalidade superveniente, cassada quando houver descumprimento de requisitos para o exercício da atividade, e por revogação, se advier interesse público que por razões de conveniência e oportunidade exija a não-realização da atividade licenciada, cabendo neste caso, indenização ao particular.

Já uma linha mais moderna da doutrina administrativa justifica a margem de discricionariade que é conferida à autoridade ambiental afirmando que não há atos administrativos completamente vinculados ou discricionários, mas uma situação de preponderância, ou seja, a depender da maior ou menor liberdade deliberativa do agente público, irá prevalecer uma ou outra característica (MILARÉ: 2007).

Dessa forma, esta doutrina procura destacar que

[...] caracterizar a licença ambiental como ato discricionário gerará insegurança jurídica e até ameaçará a própria ordem econômica, na medida em que afastaria investimentos. Por outro lado, caracterizá-la como ato vinculado colocaria em risco um valor ainda mais soberano, que é o Direito Fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O sensato é enquadrar a licença ambiental como um **ato administrativo próprio**, podendo ser vinculado ou discricionário, já que tem tanto características da autorização como da licença administrativa. (grifou-se) (FARIAS: 2007).

No caso da licença ambiental, embora haja uma inegável margem de discricionariedade da administração pública na análise das condições estabelecidas para a sua concessão, já que estas são dotadas de um alto grau de subjetivismo, deve-se enfatizar que a manifestação administrativa está subordinada ao reconhecimento formal de tais requisitos, ou seja, o deferimento ou não do pedido de licença deve estar fundamentado no preenchimento ou não das condições ambientais legalmente previstas para o exercício da atividade, e não em critérios de oportunidade e conveniência da administração.

Em resumo, trata-se de uma licença especial:

[...] a licença ambiental, apesar de ter prazo de validade estipulado, goza do carácter de estabilidade, de jure; não poderá pois, ser suspensa ou revogada, por simples discricionariedade, muito menos por arbitrariedade do administrador público. Sua renovabilidade não conflita com sua estabilidade; está, porém, sujeita a revisão, podendo ser suspensa e mesmo cancelada, em caso de interesse público ou ilegalidade superveniente ou, ainda, quando houver descumprimento dos requisitos preestabelecidos no processo de licenciamento ambiental (MILARE: 2009).

Assim, a licença ambiental não assegura ao seu titular a manutenção do *status quo* vigorante ao tempo de sua expedição, sujeitando-se a prazos de validades. O referido autor afirma que *“caracteriza-se por uma estabilidade temporal, que não se confunde com a precariedade das autorizações, nem com a definitividade das licenças tradicionais.”* (MILARÉ: 2004).

Por essa razão, a licença ambiental, mesmo antes do vencimento de seu prazo de validade, pode ser suspensa ou cancelada diante de hipóteses específicas, tais como o interesse público ou ilegalida-

de supervenientes, ou mesmo quando o particular descumpre os requisitos que foram estipulados para a concessão.

Outros estudiosos do Direito Ambiental²⁰⁴ como Paulo Affonso Leme Machado, Vladimir Passos de Freitas e Toshio Mukai relacionam o licenciamento a uma mera autorização administrativa, posto que esta é ato administrativo discricionário e precário podendo ser revogado a qualquer momento sem que desta revogação se constituam direitos subjetivos ou indenização.

Há, na autorização, um juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público, de modo que ainda que os administrados preencham todos os requisitos legais, estes não possuem o direito de desempenho de atividade. Por isso, na autorização não se verifica nenhum direito subjetivo do administrado na obtenção ou à continuidade da autorização, podendo a Administração cassar o alvará a qualquer momento, sem indenização alguma (MEIRELLES: 2003).

Os autores argumentam, em síntese, que a existência de prazo certo de validade bem como a existência dos termos renovação (art. 10º, §1º da Lei nº 6.938/1981)²⁰⁵ e revisão (art. 9º, da mesma lei)²⁰⁶ torna incompatível a licença administrativa com a licença nos moldes ambientais, implicando no dever de intervir periodicamente para controlar e fiscalizar a qualidade ambiental de uma atividade sujeita ao licenciamento ambiental (MACHADO: 2012).

Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu que diante do art. 10, §1º da Lei 6938/81 o qual prevê o pedido de renovação de licença, indica que se trata de autorização,

204. Adotam esse posicionamento: Paulo Affonso Leme Machado. In: **Direito Ambiental Brasileiro**, Vladimir Passos de Freitas. In: **Direito Administrativo e Meio Ambiente** e Toshio Mukai. In: **Direito Ambiental Sistematizado**.

205. BRASIL. Lei nº 6.938/81. "Art.10, § 1 : Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial, bem como em periódico regional ou local de grande circulação, ou em meio eletrônico de comunicação mantido pelo órgão ambiental competente".(Redação dada pela Lei Complementar nº 140, de 2011)

206. BRASIL. Lei nº 6.938/81. "Art 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: (...) IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras";

pois se fosse juridicamente licença, seria ato definitivo, sem necessidade de renovação²⁰⁷.

No momento atual, ressalta que, quando se está diante da necessidade de preservação de direitos fundamentais, não há propriamente, liberdade do administrador público na adoção ou não de medidas administrativas, com base em critérios de conveniência e oportunidade (MIRRA: 2003).

Além disso, se existe

um dever imposto ao Poder Público de atuar na defesa do meio ambiente, para garantia do direito fundamental de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o cumprimento desse dever aparece como inadiável, já que imprescindível à preservação da vida e da dignidade humana (MIRRA: 2003).

O que temos é um ato administrativo peculiar, que sofre fortíssima influência dos princípios que regem o direito ambiental, dentre os quais se destaca a supremacia do interesse na proteção do ambiente, em detrimento dos interesses econômicos dos particulares.

Entretanto, é inegável que tendo o administrador a liberdade de escolher entre a concessão ou não da licença, ou a sua revogação, ou seja, a margem de discricionariedade quando da análise do pedido ou sua revisão, incorre, muitas vezes, em omissões no que tange ao licenciamento, sobretudo no exercício do poder de polícia.

207. Salientamos que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já teve oportunidade de se posicionar sobre o assunto ao analisar a Lei nº 6.938/1981: "O exame dessa lei revela que a licença em tela tem natureza jurídica de autorização, tanto que o §1º de seu art. 10 fala em pedido de renovação de licença, indicando, assim, que se trata de autorização, pois, se fosse juridicamente licença, seria ato definitivo, sem necessidade de renovação. A alteração é ato precário e não vinculado, sujeito sempre às alterações ditas pelo interesse público. Querer o contrário é postular que o Judiciário confira à empresa um cheque em branco, permitindo-lhe que, com base em licenças concedidas anos atrás, cause toda e qualquer degradação ambiental". TJSP, 7ª C., AR de Ação Civil Pública 178.554-1-6, rel. Des. Leite Cintra, j. 12.5.1993 (Revista de Direito Ambiental 1/200-203, janeiro- março de 1996). Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-9-JANEIRO-2007-TALDEN%20FARIAS.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2016.

Argumenta-se, ainda, que tal liberdade dada ao órgão ambiental competente para exigir o licenciamento de certas atividades decorre do próprio conceito indeterminado “de atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras” suscetível de ser preenchido à luz do caso concreto (MARCHESAN; STEIGLEDER; CAPPELI: 2008).

3. REVISIBILIDADE DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Revisão do licenciamento ambiental é a “*perda da validade, no todo ou em parte, temporária ou permanente, da licença ambiental ainda no prazo de vigência.*” (FARIAS: 2007). Entende-se, assim, como toda medida que vise adequar, anular, cassar, revogar ou suspender licença ambiental concedida, e que se encontre dentro do prazo de validade.

A possibilidade de revisão é inerente às licenças ambientais, seja pela própria principiologia do Direito Ambiental, pautado que é no princípio da precaução, seja porque são elas espécies de atos administrativos²⁰⁸.

Entende-se que [...] “*qualquer ato administrativo é sempre passível de revisão se posteriormente à sua prática, houver interesse público que a justifique, como expressão do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.*” (MARCHESAN; STEIGLEDER; CAPPELI: 2008).

Nesse sentido, obviamente a Administração Pública poderá, sempre, rever qualquer ato que, supervenientemente à sua edição, se mostre contrário ao interesse coletivo, revogando-o em benefício da sociedade. Isto porque as realidades socioambiental e socioeconômica sofrem modificações que podem determinar a alteração da licença (DAWALIBI: 2000).

Assim, o órgão ambiental competente poderá modificar, mediante decisão motivada, os condicionantes e as medidas de controle e

208. Além da Resolução CONAMA 237, artigo 19, Artigo 9º, inciso IV, da Lei 6.938/81 e 10, § 1º.

adequação, bem como suspender ou cancelar uma licença concedida quando ocorrer qualquer das hipóteses do art.19, da Res. 237/97²⁰⁹.

A modificação se aplica às hipóteses em que a proteção ambiental demanda a alteração das condicionantes impostas ao empreendedor. A despeito de não haver previsão legal expressa sobre a possibilidade de modificação da licença ambiental, a doutrina defende a aplicação por analogia do art. 58, inciso I, da Lei 8.666/93, que dispõe sobre a chamada teoria da imprevisão aos contratos administrativos.

Em relação a essa possibilidade de modificação dos padrões ambientais, a aplicação analógica da teoria da imprevisão²¹⁰ e da cláusula rebus sic stantibus²¹¹ é implícita em todas as licenças ambientais (MILARÉ: 2009). Assim, diante da ocorrência de situações que, no momento da emissão da licença, eram imprevisíveis, abre-se a excepcional possibilidade de se modificar o ato autorizador, a fim de harmonizar o funcionamento da atividade econômica licenciada com a preservação do equilíbrio ecológico.

Nesse sentido, sempre que possível, é recomendável, como medida preliminar, a tentativa de sanear o problema mediante a modificação dos condicionantes e das medidas de controle e adequação, evitando-se a interrupção da atividade.

Entretanto, há hipóteses em que a mera modificação das prescrições ambientais de funcionamento não é capaz de solucionar o problema, não restando à Administração Pública outra alternativa, salvo operar a retirada da licença ambiental, mediante suspensão e/ou cancelamento.

209. Art. 19: "I - Violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais. II - Omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença. III - superveniência de graves riscos ambientais e de saúde."

210.

Aplica-se diante de "acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado" (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 233).

211. "Cláusula que é considerada implícita em todos os contratos de prestações sucessivas, significando que a convenção não permanece em vigor se as coisas não permanecerem (rebus sic stantibus) como eram no momento da celebração" (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Ibidem*, p. 234).

Portanto, passa-se à análise das formas de revisibilidade da licença ambiental. Em primeiro lugar, suspender a licença ambiental significa sobrestá-la até que a obra ou atividade esteja adequada aos requerimentos ambientais exigidos pelo ato da concessão (MICHELS: 2007). Será cabível nas hipóteses de omissão sanável de informações relevantes durante o processo de licenciamento e superveniência de graves riscos para o ambiente e a saúde, superáveis através de medidas de controle e adequação.

Por sua vez, o cancelamento da licença corresponde à própria supressão do ato administrativo, sendo cabível no momento em que esta é expedida em flagrante dissonância com a ordem jurídica, quando subsidiada por falsa descrição de informações relevantes, ou ainda, quando advirem graves riscos para o ambiente e a saúde, porém, insuperáveis através de medidas de controle e adequação. É considerada, portanto, a medida mais drástica e, torna a licença ineficaz.

O cancelamento ou retirada da licença ambiental pode ocorrer por meio de cassação, revogação ou anulação. A cassação consiste na retirada de um ato administrativo *“porque o destinatário descumpriu condições que deveriam permanecer atendidas a fim de poder continuar desfrutando da situação jurídica.”* (MELLO: 1992).

A cassação vincula-se ao problema da legalidade, mas não da legalidade da licença em si, mas de posterior descumprimento das exigências dela. Dá-se, pois, a cassação da licença quando ocorrer descumprimento: (a) do projeto, em partes essenciais, durante sua execução; (b) da lei ou de regulamento que rege a execução da obra; (c) das exigências do alvará de licença (SILVA: 2000).

Já a revogação de uma licença ambiental é *sui generis*, pois, ao contrário do que ocorre na revogação tradicional, a retirada do ato não se dá por razões de oportunidade e conveniência do administrador, e, sim, única e exclusivamente em virtude da caracterização de uma situação excepcionalíssima de grave risco ambiental e/ou de saúde (SILVA: 2000).

Sendo assim, é indubitável a afirmação de que a revogação mesmo das licenças ambientais é ato suscetível de controle de mérito. Dar-se-á a revogação quando sobrevier motivos de interesse público que desaconselhem a realização da obra licenciada, tais como:

a) mudança das circunstâncias, seja por haver desaparecido as que motivaram sua outorga ou sobrevierem outras que, se existissem antes teriam justificado sua denegação;

b) adoção de novos critérios de apreciação, em que a incompatibilidade da atividade licenciada deriva de uma modificação posterior que a Administração introduziu no ordenamento jurídico urbanístico, quer aprovando novo plano diretor, quer modificando o existente, quer aprovando nova lei de zoneamento ou modificando a existente, com efeitos negativos para a manutenção da licença e do direito reconhecido ao particular com sua outorga;

c) erro na sua outorga: o erro que supõe a equivocada apreciação de circunstâncias reais não é um erro de fato – que em todo momento poderia ser sanado pela Administração – mas um erro de classificação, de valoração, de interpretação, quer dizer, um erro de direito. O erro, no entanto, pode gerar uma ilegalidade na outorga da licença, caso em que seu desfazimento deverá ser feito por anulação e não por revogação [...]. (SILVA: 2000)

Existe, ainda, a possibilidade de retirada da licença ambiental mediante a sua anulação. Alerta-se que *“anulação, que alguns preferem chamar de invalidação, é o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade.”* (DI PIETRO: 2001).

Observa-se que o controle de validade das licenças ambientais cabe tanto à Administração Pública quanto ao Poder Judiciário, de

forma que a licença eivada de nulidade pode e deve ser anulada, administrativa ou judicialmente.

A anulação ocorrerá sempre que esta for concedida em descumprimento à Lei ou a despeito do não cumprimento de condicionantes anteriores. Assim, se um determinado empreendimento teve em seu favor concedida licença de implantação (LI) sem que tenha se desincumbido de cumprir todas as condicionantes da anterior Licença Prévia (LP), a segunda licença deverá ser anulada por ser ilegal, porque o pleno atendimento de condicionantes anteriores é condição para a expedição da próxima licença.

Neste ponto, conclui-se que a concessão de uma licença está diretamente vinculada e condicionada ao cumprimento de condicionantes da licença anterior (CARRAMENHA: on-line).

Verificando-se que condicionantes da licença prévia não foram cumpridas, indaga-se: por qual razão houve, por parte do órgão ambiental, a concessão de licença de implantação? E se condicionantes dessa não foram atendidas, por que razão a licença de operação se seguiu?

Do mesmo modo, constatadas alterações nos padrões ambientais, como superveniência de graves riscos ambientais e de saúde, por que não se promoveram modificações nas condicionantes e nas medidas de controle e adequação? Ou revisão das licenças já concedidas?

Vê-se que as respostas a essas perguntas podem ensejar não apenas a responsabilização do próprio empreendedor por sua ação ou omissão, dolosa ou culposa, mas tanto quanto, do órgão ambiental e servidores responsáveis pelas vistorias técnicas necessárias à análise do efetivo cumprimento das condicionantes – incluindo-se aí, além da violação administrativa em si, também os eventuais prejuízos ambientais decorrentes da ação ou omissão.

Portanto, ainda que a licença tenha sido concedida validamente, com observância às normas legais, cabe ao Poder Público exercer a atividade fiscalizatória pautada nas medidas preventivas e precaucionais do Direito Ambiental, diante da iminência de um dano am-

biental, suspendendo ou cancelando as licenças concedidas, caso descumpridas quaisquer das condições estabelecidas anteriormente ou pela produção de graves riscos para o ambiente e a saúde.

Entretanto, o Poder Público, não raras vezes, tem se omitido no exercício do poder de polícia, o que implica em sua responsabilização civil pelos danos ambientais permitidos através de sua omissão, nos termos do art. 14, §1º c/c art. 3º, inciso IV, ambos da Lei 6.938/81.

CONCLUSÃO

Portanto, tem-se que as licenças ambientais, ao contrário das licenças comuns, são dotadas de uma discricionariedade técnica e não gozam de definitividade, podendo ser suspensas ou canceladas diante de hipóteses específicas, tais como o interesse público ou ilegalidade supervenientes, mesmo antes do vencimento de seu prazo de validade, ou quando o particular descumpra os requisitos que foram estipulados para a concessão.

É evidente que o administrador portando uma margem de discricionariedade quando da análise do pedido da licença ou sua revisão, acaba incorrendo, muitas vezes, em omissões no que tange ao licenciamento, sobretudo no exercício do poder de polícia.

Como visto, há três correntes quanto à natureza jurídica das licenças ambientais, porém, quando se está diante da necessidade de preservação de direitos fundamentais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, não deve haver propriamente, liberdade do administrador público na adoção ou não de medidas administrativas, com base em critérios de conveniência e oportunidade.

Dessa forma, mostra-se imprescindível a fiscalização estatal (pautada nas medidas preventivas e precaucionais) da licença ambiental concedida, ainda que a mesma esteja em plena vigência do ato concessório, porque as realidades socioeconômicas e ambientais sofrem modificações que podem provocar a necessidade da

alteração da licença ambiental concedida ou até mesmo sua revisão nas modalidades acima especificadas.

BIBLIOGRAFIA

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 39-40.

CARRAMENHA, Roberto. **Natureza jurídica das exigências formuladas no licenciamento ambiental**. Disponível em: < <http://www.mp.sp.gov.br/caouma/doutrina/Amb/Teses/Natureza> > . Acesso em: 6 out. de 2016.

DANTAS, Marcelo Buzaglo Dantas. Licenciamento ambiental de atividades produtivas. In: AHAMED, Fávio e COUTINHO, Ronaldo (Org.). Cidades sustentáveis no Brasil e sua tutela jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 41.

DAWALIBI, Marcelo. **Licença ou autorização ambiental?** Revista de Direito Ambiental, n. 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 183.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.194.; p. 233).

FARIAS, Talden. **Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FINK, Daniel Roberto et al. Roteiro para o licenciamento ambiental e outras considerações. In: Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 10.

- GARCIA, Maria Gloria F. P. D. **O lugar do direito na proteção ambiental**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 296-297.
- MACHADO, Paulo Affonso de Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2012, p.330.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito Ambiental**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2003. p. 184.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 151.
- MICHELS, Ruando Schlickmann. Instrumentos administrativos de prevenção ao dano ambiental. Revista de Direito Ambiental, n. 45. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 225-226.
- MILARÉ, Édís. Direito do Ambiente. **A gestão Ambiental em foco**. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2009, p. 426.
- MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente: **doutrina, jurisprudência, glossário**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.410.
- MIRRA, ÁLVARO LUIZ VALERY. **Proteção do meio ambiente: a omissão do Poder Público e o papel social do Judiciário no controle da Administração Pública** Revista de Direito Ambiental, n. 30, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37. (Coord. Antônio Herman V. Benjamin e Édís Milaré).

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 403-404.

CIDADES, DIREITOS HUMANOS E
VIOLÊNCIA: INSEGURANÇA NUMA
ÉPOCA DE INCERTEZAS GERAIS.

Emilio E. Dellasoppa†

“The world needs justice, not charity.”

Mary W. Shelley.

A proposta do Grupo de Trabalho Funções Sociais da Cidade, de pensar “...em que medida a previsão constitucional do regime normativo da Cidade e a releitura de suas normas legais a partir da filtragem constitucional impõe um redimensionamento por um lado nas relações entre o Estado e os particulares na prestação de serviços públicos e intervenção no domínio patrimonial e por outro nas relações dos particulares entre si no que tange a propriedade e posse, bem como, seus direitos e deveres no âmbito da cidade.”, nos coloca perante um interessante desafio, quando tomamos como objeto de análise a relação entre violência urbana, segurança (social) e direitos humanos. Uma posição agressiva nesta questão poderia afirmar a inexistência de qualquer conexão e da impossibilidade não apenas lógica como retórica de articulação. Neste trabalho, em uma tentativa de perceber articulações e conflitos, a questão será abordada de um modo um tanto oblíquo, com uma série de percursos que no final espero possam fazer sentido para o leitor.

Em uma publicação do Banco Mundial, quantifica-se a magnitude da insegurança e violência que enfrentam os cidadãos dos

países da América Latina e o Caribe, um dos problemas mais graves da região. Há um homicídio a cada quatro minutos, 400 por dia. Organismos multilaterais, o próprio Banco Mundial, o PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – consideram que quando a taxa de homicídios em um determinado local (país, região, estado, município, cidade) supera 10 por cem mil habitantes, atinge proporções epidêmicas. O Brasil desde 1996 se mantém a um nível entre 2,5 e três vezes superior. Atualmente (2016), O Brasil tem a nona maior taxa de homicídios das Américas e responde por 11% do total de homicídios mundiais. Certamente, os problemas relacionados com a violência aparecem sistematicamente na mídia nas suas mais diversas formas, porém, é a insegurança associada com a sua vida, família e patrimônio que está colocada atualmente na agenda dos cidadãos com a mais alta prioridade (Latinobarómetro, 2015), tendo registrado nos últimos 20 anos um aumento de 360 por cento, em relação ao momento em que começa a ser sistematicamente objeto de estudos internacionais (Ratinoff, 1995).



Entretanto, no quotidiano deparamo-nos no noticiário com uma enorme quantidade de informações com todo tipo de violências e

violações dos direitos humanos, em todas partes do mundo, desde genocídios da mais variada origem até crimes contra crianças e até cometidos por crianças, mais ainda o que ocupa o lugar central das preocupações dos cidadãos hoje, no Brasil, e, certamente na maior parte das sociedades ocidentais, é o crime contra o patrimônio e as pessoas, onde se reconhece a verdadeira origem da insegurança nesta área (PÉREZ PERDOMO, 1997; SHIFTER, 1997). Há, nessa preocupação atual, escassa ou nenhuma solidariedade: as notícias sobre violência longínqua que aparecem na mídia (genocídios na África, matanças no Iraque ou no Iêmen, milhares de mortes de traficantes e consumidores de drogas nas Filipinas, etc.), certamente impactam aos cidadãos, mas não são fonte de incerteza nem de insegurança: apenas as violências mais próximas, contra a própria pessoa, família ou patrimônio são fontes de medo e insegurança.

Devemos reconhecer que a insegurança atual não é apenas diante do crime: trata-se de um sentimento coletivo que atinge, de forma muito díspar, a todas as camadas da população, e refere-se ao emprego, educação, saúde, e, fundamentalmente, às perspectivas sobre o futuro. Mais ainda, entendemos que nas suas formas atuais, a insegurança é um sentimento coletivo próprio da etapa histórica que estamos atravessando: *trata-se de insegurança numa época de incertezas gerais.*

No cenário atual de crescente e acelerada globalização, as respostas para os problemas de deterioro de indicadores básicos de medida da (in)segurança, como as taxas de mortes por causas violentas e homicídios, é preciso reconhecer que se encontram carregadas elas mesmas de incertezas. Como assinalado acima, não devem ser enfrentadas apenas as inseguranças em relação à própria vida e bens, mas também aquelas relacionadas ao mundo do trabalho e ao próprio futuro, esta última especialmente significativa para os jovens (DELLASOPPA, 1997; SUSSEKIND, 1997). Vivemos, então, numa época onde as convenções da ordem conforme foram estabelecidas pelos pactos sociais dos Estados nação

ficam cada vez mais em xeque, e, como no caso do Brasil, o monopólio tendencial da violência por parte do estado encontra-se cada vez mais questionado pelos fatos.

Como articular a questão do direito à segurança com a questão dos Direitos Humanos?

Nos Títulos I e II da Constituição Brasileira estão definidos os *princípios* fundamentais e os *direitos e garantias* fundamentais. No Art. 5o. define-se a “todos” como iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade, nos termos definidos nos setenta e sete itens do mesmo. Como primeira parada neste percurso devemos observar alguns indicadores das profundas transformações operadas na sociedade brasileira, para sentir a distância entre a realidade social e a transparência do direito fundamental.

A pesada herança de problemas e mudanças na estrutura de relações sociais

A realidade da segurança pública no Brasil tem se caracterizado pelo marcante deterioro dos indicadores, tanto sociais como epidemiológicos. Si tomamos os indicadores de mortalidade por causas externas e homicídios como representativos de uma situação grave, veremos que esta gravidade do quadro se acentua quando percebermos que a deterioração atinge mais fortemente os grupos mais jovens da população. Porém, entendemos que estes resultados devem ser pensados na sua mudança num marco temporal mais amplo, com início na década de sessenta, porque desta forma aparece claramente evidenciada uma mudança *qualitativa* nos níveis dos indicadores. Note-se, por exemplo, o aumento experimentado pela taxa de homicídios. No Brasil, o número de homicídios por 100 mil habitantes aumentou de forma marcante: em 1979 havia 11,7 homicídios para cada 100 mil habitantes, número que cresce para 21,0

em 1994 e 27,0 para cada 100 mil habitantes em 1996. A partir de 1998 a taxa de homicídios oscila em torno de um *plateau* de 27,3 homicídios por cem mil habitantes, como resultado de tendências contrapostas entre as Grandes Regiões, que compensam o mercado decréscimo da região Sudeste. Deve-se registrar, porém, o aparecimento de uma tendência ao aumento nos últimos anos (DELLA-SOPPA e BELTRÃO, 2015). Brasil encontra-se em níveis epidêmicos *desde antes* de 1979, momento em que se iniciam os registros do SIM – Sistema de Informações sobre Mortalidade – do MINISTÉRIO DA SAÚDE (2013): todas estas mortes resultam em grandes perdas humanas, sociais e econômicas. Ainda, deve-se salientar o fato que são os homens jovens, com taxas que duplicam ou triplicam as da população como um todo, as maiores vítimas, assim como os perpetradores de esta violência (MORO, 2006; BELTRÃO e DELLA-SOPPA, 2011; WAISELFISZ, 2011; PNUD, 2013).

No caso das principais Regiões Metropolitanas o fenômeno também é complexo. Entre 1960 e 1996, no Município de São Paulo o índice multiplicou-se por dez, mudando de um patamar de 5 homicídios por 100 mil habitantes em 1960 para quase 50 homicídios para cada 100 mil habitantes em 1996. O ponto importante aqui que deve ser salientado é que o patamar de 5 homicídios por 100 mil habitantes calculado em 1960 representava um *patamar histórico*, que se apresenta como um indicador da estrutura de relações sociais brasileira desde pelo menos duas décadas antes de 1960: quando em 1946 G. Mortara (Mortara, 1946) analisa a mortalidade por causas externas para 1940 no Distrito Federal (Guanabara) e no Município de São Paulo, encontra esses mesmos níveis: 5,4 por 100 mil habitantes no Rio de Janeiro (DF) e 4,0 para São Paulo. Os valores atingidos em 1996, são de dez a quinze vezes maiores. Porém, os estados de São Paulo (1998) e Rio de Janeiro (1995) experimentam uma marcada queda na taxa de homicídios, elemento fundamental da queda da região Sudeste como

um todo e da estabilidade do Brasil. Resulta interessante verificar que esta queda se integra dentro um fenômeno de alcance mundial, tendo acontecido tanto nos Estados Unidos como na Europa, sem uma explicação satisfatória decorrente das 15 ou mais teorias propostas (AEBI e LINDE, 2010; BARBAGLI, 2000; BARKER, 2010; BAUMER, 2008; BLUMSTEIN e WALLMAN, 2006; FARRELL, 2006; FOX, 2006; KILLIAS e AEBI, 2000; RENNISON e PLANTY, 2006; TSELONI et al., 2010; VAN WILSEM, 2004; WALLMAN e BLUMSTEIN, 2006; ZIMRING e FAGAN, 2000).

Estas colocações sugerem a necessidade de uma reflexão mais atenta sobre as transformações operadas na sociedade brasileira nas últimas décadas. Os processos de transformações políticas, econômicas, demográficas e sociais, observados *apenas do ponto de vista da evolução dos índices considerados*, permitem interpretar a evolução do sistema socioeconômico brasileiro como experimentando uma bifurcação em relação à sua trajetória virtual original já na década de sessenta, fundamentalmente do ponto de vista do aprofundamento das desigualdades. Todo processo de desenvolvimento, e as urbanizações associadas, têm custos em termos de bens comuns. Saúde, educação, segurança transporte, aparecem nas cidades brasileiras como as Nêmeses de esse desenvolvimento. Não é por acaso que em correspondência com este momento, aparecem e se perpetuam as imagens dos “dois Brasis”, ou da “Belíndia”. Esse processo de alargamento das desigualdades se produz não apenas quando consideramos o Brasil como um todo, mas também dentro das Grandes Regiões, nos Estados, nos municípios e até dentro de estes, entre diferentes bairros. As diferenças entre indicadores (renda, acesso a serviços públicos, taxas de mortalidade por causas externas, homicídios) *expressam o valor presente de um processo iniciado cinquenta anos atrás*. Cabe, então, deixar formulada a pergunta, que não comporta uma resposta neste texto: como foi possível o processo de aprofundamento das diferenças dos

índices considerados em domínios de tão diferente magnitude? Pensamos que esta indagação deve ser encaminhada a uma análise de traços fenomenológicos na estrutura de relações sociais brasileira (DELLASOPPA, 1991, 1995; DELLASOPPA ET AL., 1999).

Retomando agora nosso oblíquo percurso, podemos lembrar que, na pré-modernidade, as sociedades podiam ser consideradas como de reciprocidade hierarquizada ou assimétrica (Heller: 1992), o que implicava que assim que nascia, o indivíduo encontrava escrito seu destino no berço: escravo, servo, senhor, ou imperador eram determinações impostas *antes* do nascimento. Com o advento do iluminismo e da modernidade, na sua versão rousseauiana, a modernidade sustentará: ‘todos os homens nascem livres’ agregando imediatamente: ‘porém se encontram por toda parte acorrentados’. Estamos colocados perante aquela dialética de complexa resolução entre a transparência da razão e o obstáculo da realidade. Essa discussão sobre a essência da modernidade prolonga-se, y Hegel criticará Rousseau dizendo que os homens não nascem livres, mas podem chegar a ser (devenir) livres: a questão central se desloca então para a identificação da verdade do nosso tempo. Para Hegel os princípios rousseauianos como formulados eram vazios dever-ser, sem existência no presente. E, se no presente os homens estamos acorrentados por toda parte, a suposta verdade evidente por si mesma de que nascemos livres não tem valor presente algum. Marx continuará esta linha de pensamento, porém colocará a possibilidade da liberdade como certeza no futuro, condicionada à luta da classe universal, garantida pela existência de imaginadas leis universais da história.

Para continuar nosso percurso imaginemo-nos hegelianos por um instante. Qual seria a verdade do nosso tempo? Se nas sociedades pré-modernas, pré-contratuais, diríamos, existia essa estratificação, onde em cada grupo social específico os indivíduos eram iguais entre si e guardavam relações válidas pela vida inteira de subordinação

ou dominação com os outros grupos sociais, na sociedade contratual, moderna, poderíamos dizer que o destino está escrito em berços estatísticos, na forma de pertencimento a uma classe estatística, que chamamos estratificação social. Estas classes também estão na prática estratificadas, mas mesmo assim a modernidade e a constituição nos garantem que estão constituídas por indivíduos nascidos todos iguais entre si e sem qualquer relação de subordinação entre eles.

Afirma-se também, e mede-se, estatisticamente, a possibilidade da mobilidade social, ou seja, a mudança de classe estatística de indivíduos iguais não subordinados. Para que essa mudança se verifique, o nosso indivíduo estatístico precisa de uma certa energia, na forma de um capital socioeconômico e cultural. Fazendo uma analogia com o mundo físico, podemos dizer que seria um processo comparável a aquele onde um elétron muda de orbital dentro de um átomo. As mudanças dos indivíduos pouco influem nas condições de existência da classe estatística: esta permanecerá substancialmente inalterada.

Se continuamos nosso percurso sobre as interpretações destes princípios na modernidade, no presente encontramos a Agnes Heller que nos dirá que o caráter ontológico destes princípios é ilusório, que não devemos procurar encontrá-los na realidade nem devem ser considerados princípios teóricos (ou seja, fazendo parte de alguma teoria explicativa que em algum momento virá a ser confrontada com a realidade), mas princípios éticos e políticos. Retórico-ético-políticos, poderíamos complementar para a realidade brasileira.

Deste enfoque crítico da modernidade de Agnes Heller, acho que devemos resgatar especialmente um ponto: aquele que afirma que à teoria dos direitos (naturais) humanos (a mesma que informa os primeiros títulos da constituição) deve ser creditada de dois pontos importantes:

a) Da exigência de que os homens nascem livres, tentando assim unificar realidade e discurso, e

b) Da indicação de que o acordo/desacordo entre questões teórico/especulativas pode ser totalmente separado do acordo/desacordo no plano da realidade.

Isto quer dizer, como corolário, que a sentença “estão por toda parte acorrentados” (seja qual for a natureza e estrutura dessas correntes no presente) é a expressão de um fato. *Porém, o valor de verdade desta afirmação de um fato é irrelevante do ponto de vista normativo, conforme indicado no ponto a).* Um segundo corolário seria que está estabelecido o fundamento e a possibilidade de geração e existência de um direito sem contato algum com a realidade social brasileira.

Podemos discutir o conteúdo de verdade, desmontar a retórica, *desconstruir*, ver quem é livre e quem não é, o que faz a alguns mais livres que outros, o que faria os homens mais livres, verificar de que forma o “berço estatístico” é a expressão moderna de um sistema de reciprocidades simétricas, e fundamentalmente, de um sistema de distribuição de riqueza.

Porém, e esta é outra observação importante de Heller, não poderemos discutir o valor de verdade da expressão auto evidente “todos os homens nascem livres” (ou de “todos são iguais perante à lei”) em termos de uma desigual distribuição da riqueza: assim como a escravidão é uma anomalia na modernidade, o apartheid é uma anomalia na modernidade, a desigual distribuição de riqueza não o é. A desigual distribuição da riqueza está admitida dentro do pacto fundacional. Lembramos aqui Locke, para quem a propriedade em sentido amplo implicava para cada indivíduo sua vida, sua liberdade e seus bens, sendo que esses bens estão desigualmente distribuídos, assim como as suas rendas individuais.

Mas a verificação anterior nos indica que há, como consequência de uma desigual distribuição da riqueza, uma desigual distribuição estatística do risco perante o crime, ou, inversamente, uma desigual distribuição da segurança, do próprio direito à segurança. Portanto, poderemos dizer que também há uma desigual distribui-

ção do medo. Pensando como o velho Hegel, estes seriam os dados constitutivos da ‘verdade de nosso tempo’.

A utilidade do medo

Duas décadas atrás, quando a taxa de homicídios no estado de São Paulo estava nos seus patamares máximos, o Cel. Carlos Alberto de Camargo, então comandante-geral da PM de São Paulo, ofereceu uma explicação da utilidade do medo para a sobrevivência nas florestas urbanas:

“Não podemos chegar à paranoia, ao pânico. Nós temos de ter, dentro de um limite racional, medo. O medo é útil. É um alarme que estabelece os limites da sobrevivência. O medo é a mesma coisa que a dor. Por que existe a dor? Para a gente não perder o braço em uma fogueira, sem perceber.”

Contrariamente ao comandante-geral da PM de São Paulo, alguns séculos atrás Thomas Hobbes pensava que os tempos mais miseráveis do homem eram aqueles em que estes vivem sem outra segurança que a fornecida pela sua própria força e sua própria inventiva, porque estas épocas contêm no seu âmago aquele que é o pior de todos os males, o medo contínuo e o perigo de uma morte violenta, numa vida miserável, brutal e curta. Porém, para Hobbes esta era uma condição comum a *todos* os homens por igual. Na violência urbana de hoje não é mais assim. Pior ainda, contrariamente ao que afirma o comandante, não há nenhum limite de sobrevivência estabelecido pelo medo. No Brasil, os limites de sobrevivência estão estabelecidos a partir da estrutura de relações sociais, pelo ingresso, o local de moradia, a idade, a raça. Mais: as diferenças entre esses limites de sobrevivência entre os habitantes das regiões mais e menos violentas das metrópoles brasileiras podem estabelecer-se como uma formulação de uma probabilidade matemática. No fundo, para os excluídos, o medo é inútil: o indivíduo fica preso nas rédeas das leis dos grandes números. Não há como escapar

das probabilidades determinadas pela sua posição na sociedade. A lógica do medo é a do indivíduo que se prepara para o confronto, em um raciocínio de guerra, que se faz cada vez mais comum nas cidades violentas. E os que estão sujeitos ao menor risco são os que com maior frequência assumem o discurso do medo e a solidão do confronto do cidadão no estilo do filme *Taxi Driver*.

Se existir, como pensamos, uma estreita relação entre as desigualdades sociais e os níveis de mortalidade, neste século as perspectivas de uma reversão dos altos patamares de violência na sociedade deverão ser esquecidas. Na linguagem dos economistas isto significa que hoje

“...percebe-se que o capitalismo é uma forma extraordinária de criar riqueza. Mas apesar disso, é incapaz de absorver grande parte da população, que fica marginalizada. A grande questão neste momento é chegar a um nível de desigualdade tolerável.”

Sendo assim, outra grande questão será chegar a um nível de medo tolerável?

Mas voltando aos nossos sinuosos percursos, percebe-se que esta desigual distribuição da riqueza nos coloca ao mesmo tempo perante à verificação de que não se trata de uma *anomalia*, mas de uma possibilidade válida de desenvolvimento da sociedade que está implícita no próprio projeto da modernidade.

Por isso, e porque a hipotética correção da não-anomalia poderá ser formulada como um direito, como uma lei, como um horizonte, é que temos também como possibilidade que a situação existente em termos das desigualdades expressadas acima, de adscrição moderna ao berço estatístico se prolongue ou se aprofunde, ao sabor das correntes políticas ou econômicas.

Esta situação certamente nos deixa, em tanto que acadêmicos, intelectuais, certamente profundamente insatisfeitos: acredito não ser necessário insistir neste ponto.

Mas, ao mesmo tempo, esta situação abre a perspectiva do tratamento dos problemas relacionados com a justiça e os direitos

humanos em termos de uma abordagem por parte do governo que privilegia, nos mais rigorosos termos de realismo político, o direito, a lei, o regulamento da lei: privilegia o elemento de cálculo, a negociação. Há todo um conjunto de leis que, partindo da Constituição, certamente *encaminham* o problema dos Direitos Humanos. Mas este encaminhamento, esta forma de *address the problem*, acredito que esconde múltiplas armadilhas. Quando vemos que o resultado prático das políticas do governo têm sido sistematicamente colocar como *horizonte* um conjunto de políticas e ações concretas (estamos pensando nos Plano Nacionais de Direitos Humanos que tantos intelectuais têm colaborado para elaborar) assim como também a justiça social, acredito que estamos na presença de pelo menos duas questões importantes que devem ser consideradas.

A primeira está relacionada com a concepção da necessidade de um *capital político* para a realização desta ou aquela reforma, seja através de uma iniciativa política ou da regulamentação de uma lei. Deixando de lado a verdade auto evidente de que qualquer movimento político dependerá para seu sucesso de uma relação de forças favorável, chama a atenção a expressão de um pensamento cheio de metáforas econômicas, muitas delas de um cinismo keynesiano nas suas constantes referências ao futuro distante (“...*in the long run...*”).

A segunda característica, também nesta mesma linha, está relacionada com o próprio conceito de horizonte. Assim como o horizonte nos representa metaforicamente o objetivo distante, valioso (e nem sempre ansiadamente procurado), devemos recordar que antigamente, nas suas raízes gregas, a palavra indicava uma possibilidade, um limite, o infinito progresso, mas também uma espera, uma longa espera.

Todo isto nos deixa no presente e nos deixará no futuro, muito longe do conceito de justiça que aparece no Preâmbulo da Constituição Brasileira. Conceito de justiça que, *nem sendo a lei nem o direito*, mais muito mais amplo, está carregado de um *sentido de urgência*, de imediata anulação da injustiça. Quando faço esta colo-

cação estou pensando em termos de filosofia da justiça, não em termos de uma operacionalidade imediata no âmbito do direito. Nada a questionar sobre o direito do governo a se expressar nesse discurso desvalorizado pelo economicismo: porém, do ponto de vista da própria exigência intelectual, parece totalmente inaceitável.

E assim chegamos, nestes oblíquos percursos, tal vez ao mais importante dos pontos que deveríamos levar em consideração. Para utilizar as metáforas em voga, direi que a modernidade tem produzido portfolios (carteiras) de direitos, que variam dependendo se estamos considerando regiões desenvolvidas, mercados emergentes em direitos humanos (entre os que poderia ser incluído o Brasil) e países propositalmente à margem do projeto da modernidade ocidental, como algumas nações do Islão. Os portfolios de Direitos Humanos estão diretamente relacionados com o contrato fundacional da sociedade e com sua implementação específica. *Pensar como intelectuais o problema dos Direitos Humanos implica assumir a reflexão crítica em termos de justiça, não apenas em termos de direito ou leis objetivas.* Pensar em termos de justiça não é um pensamento que seja estranho à uma geração ainda presente: basta lembrar aquele grafite de 1968 “Sejam realistas, peçam o impossível”. Estava constituída uma visão do mundo como infinita impossibilidade, mas nunca abdicada. Acredito que era aquela exigência de justiça - com todas as ressalvas que a sua implementação prática possa merecer - que nos fazia controlar uma área de incerteza que está nas origens de todo poder. Essa área de incerteza que hoje em dia não mais controlamos, nem os movimentos sociais controlam, é de natureza tão fugidia que às vezes até os estados nacionais vem tremer o solo embaixo de seus pés. Tal vez o controle de enormes áreas de incerteza é que possa explicar o enorme poder dos fluxos internacionais de capitais que hoje se movimentam.

Por isso acredito na importância de salientar o problema da justiça em relação ao tratamento dos Direitos Humanos. Não haverá se-

gurança possível, nem para os que têm pouca e pouco podem reclamar, nem para os que têm muita e muito podem reclamar, enquanto a desigualdade existente nos marcos do atual contrato continue sendo tratada como parte constituinte e não como uma anomalia que poderá ser encaminhada na pluralidade de opiniões dos sujeitos de Direitos Humanos que compartilham uma reciprocidade simétrica.

Será necessário então achar alguma forma de percorrer a trilha da justiça, do não-caminho, da experiência do impossível como foi tentado em 68? Pareceria que sim, porque o suposto não-caminho é o único que poderá ser trilhado para a imprescindível modificação de qualquer contrato. E como no caso da luta sul-africana contra o apartheid, acredito que não bastarão nem o direito nem a lei para que a dívida com os marginalizados do contrato possa ser resgatada com uma nova “reciprocidade simétrica”. Cabe então deixar o horizonte com os políticos e, como intelectuais, pensar a impossibilidade. De outro modo, nada de novo acontecerá, e os marginalizados continuarão a esperar, no meio do risco e do medo, pelo sempre fugidio horizonte.

Bibliografia

AEBI, M.; LINDE, A. Is there a crime drop in Western Europe? *European Journal on Criminal Policy and Research*, v. 16, n. 4, p. 251-277, 2010.

BARBAGLI, M. Introduzione. Perché è diminuita la criminalità negli Stati Uniti? In: BARBAGLI, M.(Ed.), *Perché è diminuita la criminalità negli Stati Uniti?* Bologna: Società editrice il Mulino, p. 7-50, 2000.

BARKER, V. Explaining the great American crime decline: A review of Blumstein and Wallman, Goldberg and Rosenfeld, and Zimring. *Law and Social Inquiry*, v. 35, n. 2, p. 489-516, 2010.

BAUMER, E. P. An empirical assessment of the contemporary crime trends puzzle: A modest step toward a more comprehensive research agenda. In: GOLDBERGER, A.S.; ROSENFELD, R. (Ed.). *Understanding Crime Trends: Workshop Report*. National Research Council, Committee on Understanding Crime Trends, Committee on Law and Justice, Division of Behavioral and Social Sciences and Education, p. 127-176, Washington, DC: The National Academies Press, 2008.

BELTRÃO, K. I.; DELLASOPPA, E. E. El designio de los hombres: años de vida perdidos en Brasil y en las grandes regiones, 1980-2005. *Estudios Demográficos y Urbanos*, v. 26, n. 2, p. 299-343, 2011.

BLUMSTEIN, A.; WALLMAN, J. The recent rise and fall of American violence. In: BLUMSTEIN, A.; WALLMAN, J. (Ed.). *The Crime Drop in America*. Revised Edition. New York: Cambridge University Press, p. 1-12, 2006.

DELLASOPPA E.E.: 1991. "Reflexões sobre a violência, autoridade e autoritarismo" *Revista USP*, No. 9, março-maio 1991.

_____: 1995. "Violência, Estrutura de Relações Sociais e Interação: Relações de Conluio na Sociedade Brasileira." in: *Estudos*. IUPERJ. Rio de Janeiro, No. 91: 41-54. Agosto de 1995.

_____: 1997. *Funkin' Rio: Music, Violence, and the Socialization of the Young Wave*. Apresentado no ISA Research Committee 41 (pSociology of Population) Workshop on Population. Beijing, October 11, 1997.

_____: 1998. "O Conceito de Segurança no Contexto da Globalização: Antecedentes e Problemas". *Caderno de Estudos*. No. 1. Isape - FESP. Rio de Janeiro. Junho de 1998.

DELLASOPPA E. E, BELTRÃO, K. 2015. Oscillations around a plateau: deaths by homicide in brazil – 1979-2013 / Oscilações em torno de um planalto: mortes violentas por homicídio no brasil - 1979-2013. *Revista de Direito da Cidade*, v. 7, n. 4. P. 1923-1944.

DELLASOPPA E.E., BERCOVICH, A., ARRIAGA, E.: 1999. “Violência, Direitos Civis e Demografia no Brasil na Década de 80: o Caso da Área Metropolitana do Rio de Janeiro”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais/ANPOCS*. Vol. 14, No. 39, fevereiro de 1999. Pp. 155-176.

FARRELL, G. Five tests for a theory of the crime drop. *Crime Science*, v. 2, n. 5, 2013.

FOX, J. A. Demographics and US homicide. In: Blumstein, A.; Wallman, J. (Ed.). *The Crime Drop in America*. Revised Edition. New York: Cambridge University Press, p. 288-318, 2006.

HELLER, A.: 1992. Rights, Modernity, Democracy. In: Cornell, D. et. Al.: *Deconstruction and the Possibility of Justice*. Routledge. New York.

KILLIAS, M.; AEBI, M. F. Crime trends in Europe from 1990 to 1996: how Europe illustrates the limits of the American experience. *European Journal on Criminal Policy and Research*, v. 8, n. 1, p. 43–63. 2000.

LATINOBARÓMETRO. 2015. “La preocupación por el delito en América Latina creció 360% en 20 años”. [http://www.info-bae.com/2015/10/10/1761394-la-preocupacion-el-delito-ame-](http://www.info-bae.com/2015/10/10/1761394-la-preocupacion-el-delito-ame)

[rica-latina-crecio-360-20-anos/](#) (10 de outubro 2015) (acesso 23/06/2016)

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Datasus. Tabulador de estatísticas vitais, 2013. <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/deftohtm.exe?sim/cnv/obtuf.def>> . Acesso em 10 jul. 2013.

MORO, J. Juventudes, Violencia y Exclusión: Desafíos para las Políticas Públicas. Guatemala: INAP- INDES-BID, 2006.

MORTARA, G. (coord.): 1946. Tábuas de Mortalidade e Sobrevivência Brasileiras. Distrito Federal e Município de São Paulo. IBGE. Rio de Janeiro.

PÉREZ PERDOMO, R.: 1997. “Medios de Comunicación y Crimen”. Apresentado na Reunião “El Desafio de la Violencia Criminal Urbana”. BID/Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2-4 de março de 1997.

PNUD. Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014. Seguridad ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina. New York: PNUD, 2013.

RATINOFF, L.: 1995. Insécurité Mondiale et Éducation: La Culture de la Mondialisation. In: *Perspectives*, vol. XXV, N° 2, junho 1995.

RENNISON, C.M.; PLANTY, M. Reassessing who contributed most to the decline in violence during the 1990s: a reminder that size does matter. *Violence and Victims*, v. 21, n. 1, p. 23-47, 2006.

SUSSEKIND, E.: 1997. Brasil: Violência, Juventude e Cidadania. Apresentado na Reunião “El Desafio de la Violencia Criminal

Urbana”. BID/Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2-4 de março de 1997.

SHIFTER, M.: 1997. Violencia y los Medios: Agenda Democrática. Apresentado na Reunião “El Desafio de la Violencia Criminal Urbana”. BID/Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2-4 de março de 1997.

TSELONI, A.; MAILLEY, J.; FARRELL, G.; TILLEY, N. Exploring the international decline in crime rates. *European Journal of Criminology*, v. 7, n. 5, p. 375-394, 2010.

VAN WILSEM, J. Criminal Victimization in Cross-National Perspective - An Analysis of Rates of Theft, Violence and Vandalism across 27 Countries. *European Journal of Criminology*, v. 1, n. 1, p. 89-109, 2004.

WASELFSZ, J.J. Mapa da Violência 2011 - Os Jovens do Brasil. Instituto Sangari and Ministério da Justiça, 2011. Disponível em: < <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2011/MapaViolencia2011.pdf> > . Acesso em: 14 nov. 2012.

WALLMAN, J.; BLUMSTEIN, A. Epilogue to the revised edition. After the crime drop. In: BLUMSTEIN, A.; WALLMAN, J. (Ed.). *The Crime Drop in America. Revised Edition*. New York: Cambridge University Press, p.319-348, 2006.

ZIMRING, F. E.; FAGAN, J. Le cause della diminuzione dei reati : alcune riflessioni sull'analisi degli omicidi a New York. In: BARBAGLI, M. (Ed.). *Perché è Diminuita la Criminalità Negli Stati Uniti?* Bologna: Società editrice il Mulino, pp. 225-238, 2000.

DIREITO DE PROPRIEDADE E
FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE:
ANÁLISE DOS INSTITUTOS
TRIBUTÁRIOS APLICÁVEIS NA
PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE.

Ícaro Lima da Costa Falcão²¹²

Introdução

A propriedade privada individual possui o papel tradicional de proteger a liberdade individual, observará no presente trabalho a evolução constitucional pelo qual esse direito passou até os tempos contemporâneos, no qual esse instituto evoluiu e passou a constatar também a sua função social.

Assim, irá se constatar que o elemento ambiental é uma nova variável no direito, e como será esse tema abordado na propriedade e na cidade. A preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado é vital para a humanidade, para nos mantermos dependentes dos elementos naturais os quais fomentam as nossas necessidades, daí capazes de gerar a nossa existência. Com isso, a relação da sociedade com a natureza deve dá-se de forma harmoniosa.

Entendendo que o Estado representa a organização da sociedade, o mesmo deve agir a fim de preservar o meio ambiente. Por isso, o Direito deve servir como instrumento social na busca da harmonização entre preservação ambiental e a sociedade. A propriedade imobili-

212. Mestrando e graduado em Direito Privado pela Faculdade 7 de Setembro - FA7. Bolsista da Fundação Cearense de Apoio a pesquisa - FUNCAP. Advogado. Email: icarofal@hotmail.com

liária e a cidade tem que estar de acordo com esse novo paradigma, o objetivo principal do trabalho é observar como esses institutos vão se desenvolver para resguardar o meio ambiente e de forma.

Por fim, quanto à metodologia utilizada no trabalho, a pesquisa jurídica requer um amplo trabalho teórico de pesquisa para fins de conhecer a matéria e tecer posteriormente uma análise crítica sobre o tema, a fim da construção de novos pensamentos. Foi escolhido o método dedutivo, onde devem ser observados os aspectos contraditórios, e delimitando o objeto de estudo, através de pesquisa teórica.

1. Da propriedade

O direito de propriedade está no ordenamento jurídico brasileiro como um direito fundamental, posto no art. 5, XXII, CF: “é garantido o direito de propriedade”. É também tratado em outras normas constitucionais, tais como art. 5, XXIII, CF: “a propriedade atenderá a função social” e art. 5, XXX, CF: “é garantido o direito de herança”.

A Constituição Federal de 1988 não trata de forma inédita sobre o direito de propriedade, desde a constituição de 1824, o qual, mesmo outorgada pelo monarca Dom Pedro I, trouxe diversos direitos em seu último capítulo, que versa sobre os direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, como veremos mais na frente.

Conforme estipula Pontes de Miranda, propriedade é tudo que se tem como próprio, o qual possui diversas características, tais como ser um direito absoluto (eficácia erga omnes) e o proprietário ter os poderes de: usar, fluir ou dispor do bem (p. 44, 2001). Essas características enaltecem o direito do indivíduo sobre a coisa e concretiza o direito de propriedade como um elemento clássico e tradicional da autonomia privada do particular.

Importante salientar que o direito de propriedade teve mudanças com decurso do tempo. Durante o séc. XIX, com o liberalismo, a propriedade possuía um caráter de “sagrada e inviolável”. Entretanto-

to, esse sentido de propriedade foi alterado com as transformações políticas, econômicas e cultural vividas pela sociedade.

Atualmente, a propriedade deve observar também a sua função social e ambiental. Passando, assim, a ser condicionada a observância desses requisitos que atuam como limites ao uso e disposição do direito de propriedade. Houve, dessa forma, uma mudança de paradigma: outrora o direito de propriedade atendia somente a desejos individuais, agora deve observar também o caráter social, através da função social e ambiental da propriedade.

Entendimento esse também reverberado na suprema corte nacional. No julgamento da ADI 2213 o ministro Celso de Mello, relator da ação, afirma que o direito de propriedade, mesmo estando protegido na Constituição, não possui intangibilidade absoluta, visto a prevalência da supremacia do interesse público. Insta salientar, entretanto, que é imposto o Estado o dever de seguir os próprios procedimentos estabelecidos na Constituição para que realize intervenção na propriedade.

O ministro afirma ainda, sobre a função social e ambiental da propriedade: “O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade.”

Desse modo, é importante, ao analisar a propriedade, observar esses elementos modernos que são indissociáveis do direito de propriedade, não fazendo sentido analisá-la com a ausência de sua função social e ambiental.

Siqueira (2012, p. 79-80) sustenta que a propriedade sempre teve importância preponderante para o homem e que com a efervescência de direito como o meio ambiente e de solidariedade, de terceira geração, confirmaram a percepção de que a propriedade é contornada pelos interesses sociais.

Entretanto, há autores como Pipes que tratam a questão da proteção ambiental, com certo cetismo, acredita o autor que a

questão ambiental pode se tornar um subterfúgio para o Estado intervir na propriedade privada de forma abusiva. Ele afirma que “a história ambientalista – o medo primitivo de que o planeta esteja prestes a ser destruído, inicialmente ligado às armas nucleares – fornece uma poderosa razão emocional para usurpações do direito de propriedade” (2001, p. 296)

Contudo, entendemos diferente do referido, o direito de propriedade evoluiu ao longo dos séculos, passando de uma visão individual de proteção contra o poder do Estado, para uma visão mais coletiva atual, visando o interesse social.

2. Função Social da cidade e meio ambiente

A temática ambiental vem se desenvolvendo e tornando-se a cada dia mais relevante dentro da nossa sociedade contemporânea, a ponto de alguns autores “aludem mesmo ao aparecimento de um novo paradigma secular, do gênero daqueles que sucederam na gênese e desenvolvimento do constitucionalismo” (CANOTILHO, 2010, p. 8)

Assim, o referido autor ressalta que no início do século XVIII surgiu o humanismo, desenvolve-se a questão social no século XIX e a democracia no século XX e que no século XXI o novo elemento a ser analisado seria a sustentabilidade ambiental.

Nesse contexto, e relacionando ao nosso direito pátrio, a Constituição Brasileira de 1988 estipula a garantia ao desenvolvimento nacional e visa a preservar o Meio Ambiente equilibrado no seu art. 225, no qual estipula “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”²¹³

213. Esta proteção ao meio ambiente encontra-se disposta em diversas Constituições: Constituição de Portugal (1976) em seu art. 66, que trata sobre o ambiente e vida, em seu tópico 1: Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender; A Constituição da Espanha (1978) em seu art. 45 dispõe: Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para

Dessa forma, o tema passa a figurar além do social e da esfera econômica para também possuir uma dinâmica jurídica. Nesse entendimento, e se o Direito deve agir no sentido de preservar uma harmonia ambiental, a cidade assume novos desafios contemporâneos.

De acordo com o **‘Estado das Cidades da América Latina e Caribe’**, relatório inédito produzido pelo Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (ONU-HABITAT, 2012, p. 147-148), as cidades sul americanas enfrentam graves problemas de urbanização, principalmente em virtude da falta de uma legislação atual. Entretanto, percebe-se que em alguns países, como o Brasil, ocorreu nos últimos anos um aumento de produção legislativa, objetivando o melhor ordenamento das cidades.

A Constituição brasileira dispõe no capítulo II, do título VI, em seus arts. 182 e 183, os objetivos que norteiam a atividade dos municípios e a sua respectiva política urbana, ressaltando a presença a função social da cidade:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (BRASIL, 1988)

No âmbito municipal, o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001, representa um marco no modo de como é tratada a disciplina urbanística da propriedade. Ao regularizar os arts. 182 e 183 da Constituição da República, que tratam acerca da política de desenvolvimento urbano, estabelece em seu art. 1º, § único: “normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança

e do bem estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental''. São normas cogentes, que prevalecem sobre a vontade individual, elas decorrem do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

A elaboração do referido dispositivo legal originou-se na necessidade de se sintetizar um marco na legislação a respeito da ordenação urbana no país, capaz de se fixar objetivos e traçar metas para todos seguirem.

Ademais, é necessária a compatibilização entre diferentes pontos de vista trazidos pela legislação ambiental e urbanística. Assim, logo no art. 2º do Estatuto da Cidade, dispõe que o Poder Público quando formular as suas políticas urbanas tem que “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana” e observar para isso o equilíbrio ambiental.

Sobre a necessidade de se construir uma cidade sustentável, Maciel (2009, p. 198) afirma:

Cidade sustentável significa também falar de uma integração complexa entre o home e a natureza, isso porque seus objetivos não residem somente na integração entre o homem e a natureza, mas também estão presentes na integração do meio humano ao meio natural, do meio construído ao meio verde, das atividades humanas às atividades naturais, e tudo isso sem esquecer que essa integração deve ser feita por uma única razão: assegurar um equilíbrio tal a cada um desses meios que a qualidade de vida não seja diferente da dos elementos que a compõe.

Significa que os municípios brasileiros devem trazer em suas legislações e planos diretores a preocupação com a sustentabilidade, em promover o desenvolvimento das cidades, em especial respei-

tando ao meio ambiente. O Estado somente vai conseguir fixar uma política urbana capaz de garantir o desenvolvimento sustentável se conseguir criar instrumentos jurídicos capazes de garantir uma proteção a propriedade e o seu uso em favor do interesse coletivo.

3. Aspectos tributários do Estatuto da Cidade e defesa do meio ambiente equilibrado

O Estatuto da Cidade encontra-se disposto na Lei n 10.257/2001, e regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal estabelece diretrizes gerais da política urbana e outros aspectos como vimos. Dentre os diversos instrumentos para efetivação da política urbana e defesa do meio ambiente, cabe se ressaltar o papel dos tributos.

Dentre os tributos, é de destacar os IPTU, a contribuição de melhoria e os incentivos e benefícios fiscais, que constam no art. 4²¹⁴ do Estatuto da Cidade como instrumentos tributários e financeiros da política urbana, podem ser utilizados como tributos como finalidade extrafiscal a fim de proteger o meio ambiente. Para isso deve-se observar o sistema tributário frente aos olhos desse novo desafio ambiental, devendo olhar principalmente para a função extrafiscal do tributo, quando o mesmo tributo é utilizado como modo de incentivar ou desestimular condutas. Essa extrafiscalidade ambiental deve ser analisada, para saber como ela irá ser utilizada na tributação ambiental.

De acordo com esse novo paradigma de sustentabilidade, o Estado deve buscar outros meios além dos conhecidos comandos de “ordem”, “permissão” e proibição, que representam uma visão de Estado repressivo, com uma visão tradicionalmente protetora. No Estado Contemporâneo, é importante visar estimular condutas

214. Art. 4^o Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: IV - institutos tributários e financeiros:

a) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU;

b) contribuição de melhoria;

c) incentivos e benefícios fiscais e financeiros;

desejadas, surge um novo modelo, o da função promocional do direito, que estipula sanções positivas para encorajar o cumprimento desejado. (BOOBIO, 2007, p. 12)

Do contrário, o uso da propriedade privada de forma desenfreada, sem limitações e tributos, pode favorecer a pobreza sistêmica e impossibilitar a subsistência dos indivíduos menos favorecidos, desprovidos de bens. Ressalta Sen (2010, p. 87), que essa situação pode ser insuficiente para a proteção do meio ambiente e do avanço da infraestrutura social.

Por fim, cabe ressaltar que cada instrumento ou instituto tributário que for utilizado para fim de política urbana, e para atender os objetivos do urbanismo, deve se observar o as circunstâncias do caso concreto. Vamos analisar nos próximos tópicos alguns instrumentos tributários e como eles podem atuar para viabilizar políticas urbanas e proteger o meio ambiente.

3.1 Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbano- IPTU

O texto original da Constituição Federal de 1988 permitia que os municípios cobrassem o IPTU por meio de apenas uma alíquota, de acordo com o seu art. 156, § 1º:

Art. 156 [...]

§1º. O imposto previsto no inciso I (IPTU) poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade. (redação original, anterior à Emenda Constitucional 29/2000) (BRASIL, 1988, *online*)

O referido artigo abria uma exceção que permitiria com que suas alíquotas fossem progressivas para garantir a função social da propriedade. Dessa forma, haveria duas formas do município

cobrar o tributo, a primeira teria finalidade arrecadatória, de gerar ganhos pro estado de modo proporcional a cobrança, e a outra teria uma finalidade extrafiscal, que poderia ser cobrado de maneira progressiva, atendendo ao princípio da função social da propriedade.

Ademais, o art. 182, § 4º, II, da CF/88, estabelece sobre a progressividade extrafiscal do IPTU nos planos diretores dos municípios, como forma de proteger a função social da propriedade e o meio ambiente. Tributando de forma mais onerosa às propriedades que não utilizem adequadamente o seu espaço e desrespeitem as normas ambientais. Assim, na lei do Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, foi previsto em seu art. 7º, a possibilidade da progressão no tempo, conforme transcrito abaixo:

Art. 7º Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 5º do art. 5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos. (BRASIL, 2001, *online*)

Para conseguir saber quando utilizar esse procedimento de progressividade extrafiscal no IPTU utilizava-se algumas técnicas, como a falta de construção no terreno (especulação imobiliária), o espaço do terreno (onde o imóvel se localiza), a finalidade da propriedade (industrial ou residencial), dentre outros (SABBAG, 2014, p. 166).

Entretanto, diversos municípios instituíram o IPTU também com outro fundamento, com alíquotas progressivas com base no valor venal do imóvel, hipótese esta que não estava previsto na CF/88. Indo de forma contrária ao entendimento do STF, que julgou alguns casos e até sumulou o seu entendimento a fim de evitar maiores conflitos:

IPTU. Progressividade. - No sistema tributário nacional é o IPTU inequivocamente um imposto real. - Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1º (específico). - A interpretação sistemática da Constituição conduz inequivocamente à conclusão de que o IPTU com finalidade extrafiscal a que alude o inciso II do § 4º do artigo 182 é a explicitação especificada, inclusive com limitação temporal, do IPTU com finalidade extrafiscal aludido no artigo 156, I, § 1º. - Portanto, é inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do artigo 182, ambos da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido, declarando-se inconstitucional o sub-item do setor II da Tabela III da Lei 5.641, de 22.12.89, no município de Belo Horizonte. (STF - RE: 153771 MG, Relator: Moreira Alves, j. 05/09/1997, Tribunal Pleno, DJ. 05-09-1997)

Súmula n. 668 do STF: É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.

Ainda assim, alguns autores, como Carrazza, defendiam a aplicação do princípio da capacidade contributiva já naquela época, por entender que esse representa igualdade tributária e deveria ser respeitado por qualquer imposto. Ademais, pôr o IPTU incidir sobre um direito de propriedade, esta caracteriza um fato-signo presuntivo de riqueza por parte do contribuinte, presume-se possuir capacidade contributiva (2015, p. 181-182).

Mas foi somente com a Emenda Constitucional nº 29, de 2000, que foi modificado o texto do mencionado art. 156, § 1º, estabelecendo novas possibilidades de IPTU progressivo. Além da já mencionada função social da propriedade, também poderá ser progressivo em pretexto do valor do imóvel, de sua localização e do seu uso. Verifica-se agora, como está o artigo:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) (BRASIL, 1988, *online*)

Desde então, os municípios podem agora instituir IPTU com progressividade fiscal com base no valor venal do imóvel e de sua localização e uso, podendo aumentar a alíquota aplicada nesses casos.

A discussão sobre a (in)constitucionalidade da progressividade fiscal das alíquotas do IPTU continuou mesmo após a referida Emenda Constitucional. Alguns doutrinadores argumentam que a majoração de alíquotas progressivas em razão do valor do imóvel, da sua localização ou do seu uso era inconstitucional, pois desrespeitava os princípios da isonomia e da capacidade contributiva.

Entretanto, a matéria já resta pacificada no âmbito do STF, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 423.768 SP, após sentença do abolido Tribunal de Alçada do estado que julgou inconstitucional o IPTU ter alíquotas progressivas fundadas no valor venal do imóvel, o Ministro Marco Aurélio alegou que a Emenda Constitucional nº 29/2000, não removeu nenhum direito ou garantia do contribuinte, pois a referida Emenda apenas tratou de aperfeiçoar a técnica de graduação dos tributos e capacidade econômica do contribuinte, já prevista na Constituição. Sendo dessa forma, melhor atendido o princípio da capacidade contributiva nos impostos reais. Em 25/05/2011, o pretório excelso julgou por unanimidade o provimento do recurso extraordinário, considerando constitucional as alíquotas progressivas fiscal e extrafiscal para a cobrança do IPTU após a supracitada emenda constitucional.

Sendo assim, atualmente pode haver a progressividade do IPTU tanto a de matéria extrafiscal (função social da propriedade) para proteção do meio ambiente, quanto da fiscal (valor venal do imóvel).

Visto isso, o IPTU é um importante meio para efetivação do meio ambiente urbano-sustentável, como ressalta Pinto: “o IPTU é um importante instrumento de política urbana, utilizado, nesse caso, com finalidade extrafiscal, por meio de alíquotas progressivas no tempo”.

Desse modo, é fácil perceber que o IPTU progressivo representa um grande instrumento de viabilizar políticas públicas, visando atender a função social da cidade.

3.2 Incentivos e de desestímulos fiscais

Alguns instrumentos fiscais podem ser utilizados, como, por exemplo, isenção, anistia, remissão, redução de alíquotas e a redução da base de cálculo, os quais veremos adiante.

A isenção é um dos modos de incentivo fiscal mais utilizado, ela consiste em uma das causas possíveis de exclusão do crédito tributário, estipulada no artigo 175, inciso I, do Código Tributário Nacional²¹⁵. A teoria acerca da isenção traz diversas discussões doutrinárias sobre a sua conceituação, o importante para o presente trabalho é observar que os tributos contidos nas hipóteses previstas em lei não irão incidir sobre a hipótese do fato gerador.

Desse modo, percebe-se que quando o legislador isenta o contribuinte ou uma determinada situação fática, do devido pagamento do tributo, com a intenção de estimular uma conduta, seja ela negativa ou positiva, estará se falando de incentivo fiscal. (SEBASTIÃO, 2011, p 153) Assim, a isenção como instrumento tributário, pode incentivar bastante o desenvolvimento sustentável, pois ela caracterizada pela função extrafiscal, pode promover condutas dos contribuintes e consumidores. (SALMITO, 2014, p. 9)

Algumas possibilidades para a sua utilização poderia ser a o uso da isenção do imposto de importação para produtos que são ecologicamente corretos, ou outros produtos que tem por finalidade a proteção ambiental, entre outros. Outros casos podem ser enumerados, como: “Em relação ao ITBI e ao ITCMD, seria possível a concessão de isenção para bens destinados a criação de áreas de preservação ambiental ou áreas destinadas a tender a função social da propriedade” (PINTO, 2012, p. 345)

215. Art. 175. Excluem o crédito tributário:

I - a isenção;

(...)

Parágrafo único. A exclusão do crédito tributário não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja excluído, ou dela consequente.

A anistia, igual como a isenção, é considerada como uma figura de exclusão do crédito tributário no art. 175, II da Constituição Federal de 1988²¹⁶. A anistia pode ser assim conceituada “é a exclusão do crédito tributário relativo a penalidades pecuniárias. (...) o legislador extingue a punibilidade do sujeito passivo infrator da legislação tributária, impedindo, a constituição do crédito. (MACHADO, 2015, p. 239)

A anistia, no que se refere ao seu efeito extrafiscal ambiental, poderia ser utilizada caso se enquadrasse com a regra contida no art. 181, inciso II do Código Tributário Nacional, “concedida em determinada região do território da entidade tributante, em função a elas peculiares”. Conforme explica Salmito (2014, p. 10), é difícil a aplicação da anistia como um benefício fiscal ambiental, visto que o enunciado normativo não dispõe claramente o fato gerador.

A remissão, é um modo de extinção do crédito tributário, como estipula o próprio artigo 172 do Código Tributário Nacional²¹⁷. O doutrinador Hugo de Brito Machado (2015, p. 222) assim a define: “A remissão não se confunde com a anistia, que é a forma de exclusão do crédito tributário. A remissão é dispensa do crédito tributário. Pressupõe, assim, tenha havido, já, um lançamento”.

A remissão, enquanto modo de incentivo funciona como um importante instrumento de política urbana, pois ajudará o contribuinte que estiver em débito com o fisco. Por exemplo, quando o

216. Art. 175. Excluem o crédito tributário:

(...)

II - a anistia.

Parágrafo único. A exclusão do crédito tributário não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja excluído, ou dela consequente.

217. Art. 172. A lei pode autorizar a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo:

I - à situação econômica do sujeito passivo;

II - ao erro ou ignorância excusáveis do sujeito passivo, quanto a matéria de fato;

III - à diminuta importância do crédito tributário;

IV - a considerações de equidade, em relação com as características pessoais ou materiais do caso;

V - a condições peculiares a determinada região do território da entidade tributante.

Parágrafo único. O despacho referido neste artigo não gera direito adquirido, aplicando-se, quando cabível, o disposto no artigo 155.

fisco municipal, no intuito de que o proprietário cumpra a função social da propriedade e com isso também sua função ambiental, concede autorização administrativa para a remissão do crédito tributário (SALMITO, 2014, p. 11).

A redução de alíquotas, e também a alíquota zero, é um meio utilizado principalmente para servir a política de comércio exterior, com a diminuição das alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, imposto sobre a exportação – IE, imposto sobre importação – II, e imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços. (SEBASTIAO, 2011, p. 154-155)

A redução de alíquotas não se confunde com alíquota zero, mesmo havendo uma discussão doutrinária a respeito o Supremo Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento em diversos julgados sobre a diferença entre os dois.²¹⁸ Sintetizando, Salmito (2014, p. 11) explica que o fisco geralmente utiliza a alíquota zero quando quer fomentar o consumo através de uma política econômica transitória.

Um exemplo de redução de alíquota no caso de tributação ambiental é a lei do PIS/COFINS, em seu art. 5º, parágrafo 1º, da Lei nº 11.116/06²¹⁹, que concede a dedução do *quantum debeatur* da matéria-prima que for usada na manufaturação do biodiesel.

Por fim, cabe o estudo da redução da base de cálculo no que concerne aos incentivos fiscais. De acordo com Sebastião (2011, p. 156) é como se fosse uma “isenção parcial com mais propriedade, forma exonerativa mediante redução ocorrida no critério quantitativo”. Dessa forma, é usual que na seara do meio ambiente empregue-se essa técnica seja utilizada para incentivar condutas (SALMITO, 2014, p. 12.)

Pode se citar como exemplo o caso do imposto sobre circulação de Mercadorias e Serviços na lei complementar 24/75, em seu art.

218. REsp 22323 SP 1992/0011415-6 (STJ), REsp 10874 SP 1991/0009040-9 (STJ), REsp 27193 SP 1992/00223083-0 (STJ)

219. Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:
I - à redução da base de cálculo;

1º, § único. Outro exemplo interessante é a lei n. 1.361/ 2000 do estado do Acre, que estabelece a outorga de incentivos fiscais como a redução da base de cálculo, caso as empresas utilizem matéria prima de acordo com os parâmetros da sustentabilidade.

Conclusão

O direito de propriedade evoluiu ao longo dos séculos, passando de uma visão individual de proteção contra o poder do Estado, para uma visão mais coletiva atual, visando o interesse social.

O Brasil vem abordando no seu direito pátrio a consolidação dos ideais da função social da propriedade e da cidade, como se observou nos arts. 182 e 183 da Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional através do Estatuto da Cidade posto na Lei nº 10.257/2001. Assim, o princípio da função social da propriedade e da cidade encontram-se devidamente resguardado no ordenamento jurídico brasileiro.

A função social da cidade não é apenas uma norma de conteúdo vazio, por meio do Estatuto da cidade foram positivados no ordenamento brasileiro diversos instrumentos capazes de lhe propor efetividade, dentre eles cabe destacar os instrumentos tributários e financeiros.

O IPTU progressivo no tempo representa uma forte instrumento de política urbana, capaz de moldar as suas alíquotas para atender a função social da propriedade, servindo como meio de incentivar o uso adequado da propriedade e de proteção ao meio ambiente. Ainda, através dos incentivos e benefícios fiscais pode-se analisar como a tributação serve para incentivar práticas sustentáveis. Sendo assim, vimos algumas formas de como a tributo pode ajudar, como o caso da anistia, da remissão, da redução de base de cálculo, etc.

Visto isso, não restam dúvidas de que o tributo com fins ambientais pode em muito beneficiar o desenvolvimento sustentável, pro-

movendo uma oportunidade para que as empresas adequem a sua atividade, buscando uma harmonia da cidade com o meio ambiente.

Referências

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura a função**: novos estudos de teoria do direito; tradução de Daniela Beccaccia Versiane; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri-SP: Manole, 2007.

FABIANNE Manhães Maciel. **Direito da cidade e função social da cidade**. In: MOTA Mauricio; TORRES, Marcos Alcino. Transformações do direito de propriedade privada. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 191-217.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Direito das coisas: Propriedade. Aquisição da propriedade imobiliária. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Tomo XI. Campinas: Book-seller, 2001.

ONU-HABITAT. Estado de Las Ciudades de América Latina y el Caribe 2012: Rumbo a una nueva transición urbana. Nairobi: ONU-Habitat; 2012

PINTO, Keziah Alessandra Vianna Silva. **IPTU**: política urbana e aspectos constitucionais. CÂmpias- SP: Editora Alínea, 2012.

PIPES, Richard. **Propriedade e liberdade**. Tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humerto Pimentel Duarte da Fonseca. Rio de Janeiro: Record, 2001.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Propriedade e função social:**

Exame crítico de um caso de “constitucionalização” do Direito Civil. In: VERA-CRUZ PINTO, Eduardo; SOUSA, Marcelo Rebelo de; QUADROS, Fausto de; OTERO, Paulo.. (Org.). Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda: Volume 3 - Direito Constitucional e Justiça Constitucional. 1ed.Coimbra: Coimbra Editora, 2012, v. 3, p. 61-90.

SALMITO, Igor Fernandes. Incentivos Fiscais Ambientais: O Direito Tributário Ambiental e sua Aplicabilidade Instrumental às Empresas. **Revista do Curso de Especialização em Direito Tributário da EMERJ** .N. 1 – 2014.

SEBASTIÃO, Simone Martins. **Tributo Ambiental**. 1 ed. 6 reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**; Tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. **Direito de construir - perfil constitucional e restrições**: a função social em conflito com o direito de propriedade. Curitiba: Juruá, 2012.

O DIREITO AO SANEAMENTO BÁSICO
E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE
SANEAMENTO BÁSICO NO MUNICÍPIO
DO RIO DE JANEIRO
JULIANE DOS SANTOS JULIO²²⁰

INTRODUÇÃO

Inegavelmente importante para todo ser humano, o saneamento básico é, atualmente, reconhecido externamente como um dos direitos humanos e, internamente, deve ser elevado à categoria de direito fundamental. Trata-se de direito vinculado diretamente à saúde pública, razão pela qual exige do Poder Público a implementação de Políticas Públicas capazes de nortear a prestação do serviço público de saneamento básico.

Todavia, a ausência ou ineficiência das políticas públicas de saneamento básico ainda é realidade em diversas regiões do país, inclusive no Município do Rio de Janeiro. Essa omissão estatal compromete a correta prestação do serviço essencial de saneamento básico, principalmente, no que tange às áreas abrangidas pela política, violando frontalmente diversos direitos garantidos pela Constituição de 1988, visto que o direito ao saneamento básico é pressuposto para a realização de direitos, como saúde, proteção ambiental e vida digna.

Dentro desse contexto, o presente trabalho busca realizar uma análise, sob um enfoque crítico, sobre a concretização do direito

220. Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense e Pesquisadora no Grupo de Pesquisa de Teorias Constitucionais Contemporâneas (GPTCC/UFF). Advogada no Rio de Janeiro. E-mail de contato: julianejulio@live.com.

ao saneamento básico, pontuando aspectos relativos às políticas públicas de saneamento básico, ao serviço público de saneamento básico e à atuação do Poder Judiciário na efetivação desse direito, a partir do controle da implementação de políticas públicas de saneamento básico, no âmbito do Município do Rio de Janeiro.

A pesquisa enseja, portanto, delimitar, no âmbito das políticas públicas do Município do Rio de Janeiro, o direito ao saneamento básico, verificando como se dá a concretização desse direito fundamental.

Sendo assim, primeiramente, será abordada a tutela do direito fundamental ao saneamento, que está inserido implicitamente no rol de direitos fundamentais da Constituição da República de 1988, possuindo relação direta com as condições de vida digna, saúde e meio ambiente.

Após, será feito um estudo das políticas públicas de saneamento básico, analisando-se, inclusive, a Política Pública criada pelo Município do Rio de Janeiro, como forma de concretizar o direito ao saneamento básico, ressaltando-as como necessárias à efetividade desse direito fundamental.

O DIREITO AO SANEAMENTO BÁSICO

Embora a expressão “saneamento básico” não seja fruto da técnica jurídica (MARÇAL, 2005. p. 14), a problemática que permeia as discussões sobre saneamento básico não pode ser tratada como uma questão de natureza unicamente política ou socioeconômica, devendo ser também destacada como um problema jurídico.

O estudo do direito ao saneamento básico no âmbito interno insere este direito no rol de direitos fundamentais previstos na Constituição da República. Nesse sentido, imperioso esclarecer que os direitos fundamentais não se limitam ao texto da Constituição da República. São, na verdade, aqueles expressa e implicitamente positivados como tais pela Lei Maior e que encontram sua finalidade na dignidade da pessoa humana ou que com esta guardam estreita relação, ou referem-se a outros bens e valores essenciais para a

pessoa humana, bem como para a comunidade política e social na qual se encontra inserida (SARLET, 2011. p. 83).

Sendo assim, resta claro que o tratamento jurídico da questão do saneamento básico depende do reconhecimento de sua relevância evidente na dimensão dos direitos fundamentais (MARÇAL, 2005. p.16). Dessarte, afirma-se que há um vínculo indissociável entre o saneamento básico e os direitos fundamentais, os quais representam garantia a todo e qualquer indivíduo das condições de sobrevivência como sujeito da vida, incluindo o fornecimento de utilidades materiais e imateriais que permitam a existência saudável e a proteção possível contra os fatores nocivos do meio ambiente, de modo a propiciar o desenvolvimento de todas as potencialidades individuais e coletivas (MARÇAL, 2005. p.17).

O vínculo entre o direito ao saneamento básico e os direitos fundamentais torna-se ainda mais claro no momento em que se percebe que a vida sem o mínimo de infraestrutura é penosa. Nesta senda, não há como não admitir que o saneamento básico representa um direito fundamental intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana (DEMOLINER, 2008. p.139).

Ainda, cumpre notar, que um aspecto essencial que inclui o direito ao saneamento básico no rol de direitos fundamentais, refere-se ao direito à vida, salientando-se que todos têm direito a ver respeitadas as condições necessárias à manutenção da própria existência (MARÇAL, 2005. p.18). Ademais, destaca-se que os direitos fundamentais também abrangem o direito a uma existência “digna”, o que significa a preservação das condições psicológicas inerentes à condição de ser humano, que dão a cada um a condição de sujeitos das relações existenciais, podendo-se incluir o direito ao saneamento básico como uma dessas vertentes.

Inserese, nesse aspecto, a ideia de mínimo existencial, que se distingue do chamado “mínimo vital”. No primeiro, estão incluídos os direitos indispensáveis à sobrevivência dos indivíduos; já no se-

gundo, estão os direitos essenciais ao desenvolvimento da personalidade do ser humano, como a cultura (DEMOLINER, 2008. p.139).

Verifica-se, por óbvio, ser incontestável que o direito ao saneamento básico está inserido no rol de direitos fundamentais integrantes do mínimo existencial (DEMOLINER, 2008. p.139), assegurando as condições mínimas aptas à garantia da vida e da dignidade. Traduz-se, dessa forma, o direito ao saneamento básico como assegurador da vida digna e manifesto corolário da dignidade da pessoa humana.

Logo, forçoso reafirmar que o direito ao saneamento básico é um direito fundamental, sendo inquestionável a necessidade de sua concretização. A proteção do direito ao saneamento básico é medida que deve ser buscada, sobretudo, por representar verdadeira tutela do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, conteúdo indisponível dos direitos fundamentais mesmo para o próprio titular do direito (SARLET, 2007. p.120).

Ante o exposto, evidencia-se que o direito ao saneamento básico configura elemento indissociável do conteúdo mínimo existencial do direito dos cidadãos à vida digna, abarcando o meio ambiente e a saúde como expoentes principais. Nesse diapasão, insere-se a ideia de justiça social (SARLET; FENSTERSEFER, 2011; p. 123) na feição distributiva, com a finalidade de garantir um acesso universal e uniforme aos direitos sociais básicos, com vistas a impedir as desigualdades.

Todavia, a garantia integral desse direito está muito longe de ser efetivada. De acordo com a Pesquisa Nacional de Saneamento Básico, realizada pelo IBGE em 2008, em comparação com a Pesquisa realizada em 2000, constatou-se, no que tange ao esgotamento sanitário feito por rede coletora, que apesar do crescimento, a situação revelou-se ainda mais preocupante, pois se verificou a falta de rede coletora em 2.495 municípios, distribuídos pelas Unidades da Federação, com exceção do Estado de São Paulo, onde apenas uma cidade não apresentava o serviço de esgotamento através da rede coletora.²²¹

221. INSTITUTO Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional de Saneamen-

Por conseguinte, forçoso reconhecer a desigualdade decorrente da violação dos mandamentos constitucionais no tocante à ausência de saneamento básico pleno. A população mais pobre se vê afetada por problemas de infraestrutura urbana, o que causa poluição do meio ambiente e prejuízo para a saúde pública. Verifica-se o “efeito dominó”, no qual a violação do direito fundamental ao saneamento básico gera a violação de outros direitos fundamentais.

AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SANEAMENTO BÁSICO

A Lei nº 11.445/2007 instituiu importantes parâmetros para o setor de saneamento. No que tange às políticas públicas, previu articulações dos serviços de saneamento com outras políticas de relevante interesse social, dentre as quais se destaca a política urbana, a política de meio ambiente e a política de recursos hídricos. Além disso, estabeleceu o controle social como um dos elementos da política pública de saneamento básico, exigindo que a prestação do serviço de saneamento básico seja obrigatoriamente respaldada em política pública, cuja elaboração é de responsabilidade do titular do referido serviço.

Verifica-se, desse modo, que, com a edição da Lei nº 11.445/2007, fica vedada a possibilidade de se tratar o serviço de saneamento básico como tarefa isolada. A partir da lei em tela, o saneamento básico deve fazer parte de um programa de ação mais amplo, a política pública, do titular do serviço.²²²

E não é só. As políticas públicas a serem criadas, devem abordar questões relativas à saúde pública, direitos e deveres dos usuá-

to Básico PNSB/2008. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/pnsb2008/PNSB_2008.pdf>. Acesso em: 20 de set. 2014.

222. EMPRESA Baiana de Águas e Saneamento S.A. – Embasa. Coletânea Lei Nacional de Saneamento Básico: Perspectivas para as Políticas e a Gestão dos Serviços públicos. Disponível em: <http://www.embasa.ba.gov.br/sites/default/files/sala_imprensa/publicacoes/arquivos/2011/03/14/Coletanea_Lei11445_Livro1_Final.pdf>. Acesso em: 16 de out. 2014, p. 36.

rios, acesso à informação e mecanismos de controle social.²²³ Nesse aspecto, observa-se que as diretrizes previstas na Lei 11.445/2007 expõem também objetivos da República Federativa do Brasil, dentre os quais se aponta: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais²²⁴.

Destaca-se que a Política Federal deverá ter como prioridade ações que promovam equidade social e territorial no acesso ao saneamento básico²²⁵, adotando critérios objetivos, levando em consideração fatores diversos, como o os riscos sanitários, epidemiológicos e ambientais²²⁶. Para tanto, a União deverá viabilizar recursos para investimentos, com medidas para o desenvolvimento institucional e tecnológico do setor de saneamento, e com o planejamento, em níveis regional e nacional, das ações de saneamento básico.²²⁷

Cumpra esclarecer que a Lei exige que seja feito um planejamento, que representa uma ação política, uma forma de orientação do aparelho estatal, no seu papel de conduzir o desenvolvimento econômico e social (OLIVEIRA, 2011. p. 225). O planejamento exige conhecimento não só do espaço geográfico em que será implementado, mas dos valores sociais, configurando um processo preventivo de adequação da realidade às ações estatais (TARIN, 2009. p. 61-62).

Visto isso, a Lei nº 11.445/2007 prevê que o titular, ao formular a política pública de saneamento, deverá elaborar o plano de saneamento básico²²⁸, que abrangerá, no mínimo, o diagnóstico da situação

223. Ibidem.

224. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Art. 3º.

225. BRASIL. Lei nº 11.445/2007, de 5 de janeiro de 2007, Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, DF, 8 de jan., 2007, p. 3, Art. 49, I.

226. Ibidem, Art. 49, inciso IX.

227. Ibidem.

228. BRASIL. Lei nº 11.445/2007, de 5 de janeiro de 2007, Estabelece diretrizes nacio-

dos serviços na área de atuação e de seus impactos nas condições de vida²²⁹, as metas de médio, curto e longo prazo a serem atingidas em prol da universalização²³⁰, as ações, programas e projetos para atingir tais metas²³¹, as ações emergenciais para emergências e contingências²³² e, por derradeiro, mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações programadas²³³.

Importante observar que é o plano de saneamento básico que confere ao Poder Público o dever de prestar serviços que sejam, necessariamente, planejados, regulados, fiscalizados e submetidos ao controle social.²³⁴ Por essa razão, o plano de saneamento básico é considerado a peça chave das políticas públicas.

Sendo assim, consagram-se as políticas públicas de saneamento básico como um meio de fortalecer a função social dos serviços de saneamento básico, considerando o necessário esforço de conjugação de vários níveis e diversos atores para o alcance dessa finalidade²³⁵. Consequentemente, conclui-se que, a política pública de saneamento básico, a despeito de ser um dever do Estado, é vital à sociedade brasileira e contribui, através da implementação de programas, para a materialização das prestações de saneamento básico e concretização dos direitos humanos fundamentais.

nais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 8 de jan., 2007, p. 3, Art. 9º, I.

229. Ibidem, Art. 19, I.

230. Ibidem, Art. 19, II.

231. Ibidem, Art. 19, III.

232. Ibidem, Art. 19, IV.

233. Ibidem, Art. 19, V.

234. EMPRESA Baiana de Águas e Saneamento S.A. – Embasa. Coletânea Lei Nacional de Saneamento Básico: Perspectivas para as Políticas e a Gestão dos Serviços públicos. Disponível em: <http://www.embasa.ba.gov.br/sites/default/files/sala_imprensa/publicacoes/arquivos/2011/03/14/Coletanea_Lei11445_Livro1_Final.pdf> Acesso em: 16 de out. 2014, p. 36.

235. Ibidem.

AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SANEAMENTO BÁSICO NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

O Rio de Janeiro é historicamente marcado pela ausência de políticas de saneamento básico, com soluções tomadas de improviso. Nesse passo, a problemática da falta de saneamento básico e abastecimento de água acompanhou o crescimento do Município (ELIAS; SCARRONE, 2004. p. 65), estando presente, inclusive, nos dias atuais.

Em fevereiro de 2011, foi promulgada a Lei Complementar n° 111, que dispõe sobre a Política Urbana e Ambiental do Município do Rio de Janeiro e institui o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Sustentável do Município do Rio de Janeiro, prescrevendo, ainda, sobre a Política de Saneamento Ambiental e Serviços públicos.

O Plano de Saneamento Básico referente ao Manejo de Águas Pluviais do Município do Rio de Janeiro foi estabelecido pelo Decreto n° 41173, de 23 de dezembro de 2015, que possui como objetivo o manejo adequado e sustentável das águas pluviais, visando o controle de enchentes na cidade do Rio de Janeiro e assegurando a saúde pública, a segurança da vida e do patrimônio público e privado, em observância ao disposto pela Lei 11.445/2007. Outrossim, tal plano concretizou o controle social, um dos mecanismos elementares previstos na Lei Nacional de Saneamento Básico.

Por outro lado, o Plano Municipal de Saneamento para Serviços de Água e Esgotamento Sanitário, estabelecido pelo Decreto Municipal n° 34.290/2011 foi elaborado pela Coordenadoria de Recursos Hídricos e pela Fundação Instituto das Águas do Município do Rio de Janeiro (RIOÁGUAS), em conjunto com o Governo do Estado do Rio de Janeiro e a sociedade civil, com a finalidade de alcançar a universalização dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, caracterizando as intervenções e os investimentos com o intuito de prestação adequada dos serviços de água e esgoto no Município do Rio de Janeiro. Esse planejamento, realizado para um horizonte de 20 anos, com projeções até o ano 2030, tem como premissa

básica o desenvolvimento de alternativas e indicação de soluções de engenharia para os sistemas de abastecimento d'água e de esgotamento sanitário, em consonância com os demais equipamentos.²³⁶

Ressalte-se que a Fundação Rio-Águas, criada pelo Decreto nº. 33.767/2011, é vinculada à Secretaria Municipal de Obras (SMO) e atua em comunidades que ainda não tem Unidades de Polícia Pacificadora (UPP), sendo responsável pela manutenção de redes existentes e equipamentos eletromecânicos. Já as comunidades da área de planejamento 5²³⁷, Zona Oeste, fazem parte da região cujos serviços de esgotamento sanitário foram concedidos à concessionária Foz Águas 5. Porém, nas comunidades do Andaraí, Barreira do Vasco/Tuiuti, Batan, Borel, Cerró-Corá/Guararapes/Vila Cândido, Chapéu Mangueira/Babilônia, Cidade de Deus, Complexo da Penha, Complexo do Caju, Complexo do Alemão, Complexo do Lins e Camarista Méier, Escondidinho/Prazeres, Fallet/Fogueteiro/Coroa, Formiga, Jacarezinho, Macacos, Mangueira, Manguinhos, Pavão-Pavãozinho / Cantagalo, Providência, Rocinha, Salgueiro, Santa Marta, São Carlos, São João, Tabajaras/Cabritos, Turano, Vidigal, Maré e Vila Kennedy a competência é da Companhia Estadual de Águas e Esgoto (CEDAE).²³⁸

Além disso, importante destacar o programa Guardiões dos Rios, integrado pela a COMLURB, a Fundação Rio-Águas e as Secretarias Municipais de Meio Ambiente, Saúde, Educação, Assistência Social e Defesa Civil. Trata-se de programa criado, principalmente,

236. PREFEITURA do Rio de Janeiro. Plano Municipal de Saneamento para os Serviços de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário (PMSB - AE)-Decreto Municipal nº 34.290/2011. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/smac/recursos-hidricos>>. Acesso em: 27 de nov. 2014. .

237. A área de planejamento 5 engloba os bairros Bangu, Barra de Guaratiba, Campo Grande, Campo dos Afonsos, Cosmos, Deodoro, Gericinó, Guaratiba, Inhoaiba, Jardim Sulacap, Magalhães Bastos, Paciência, Padre Miguel, Pedra de Guaratiba, Realengo, Santa Cruz, Santíssimo, Senador Camará, Senador Vasconcelos, Sepetiba e Vila Militar. PREFEITURA do Rio de Janeiro. Fundação Instituto das Águas do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/rio-aguas/esgotamento-sanitario-em-comunidades>>. Acesso em: 27 de nov. 2014.

238. PREFEITURA do Rio de Janeiro. Fundação Instituto das Águas do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/rio-aguas/esgotamento-sanitario-em-comunidades>>. Acesso em: 27 de nov. 2014.

para facilitar a limpeza dos rios cariocas, atuar recolhendo sistematicamente resíduos urbanos ao longo dos cursos, promover a conscientização ambiental das comunidades envolvidas e realizar também a revegetação das margens.²³⁹

Por seu turno, a Lei nº 4.969/2008 define objetivos, instrumentos, princípios e diretrizes para a gestão integrada de resíduos sólidos, buscando a prevenção e o controle da poluição, a proteção e a recuperação da qualidade do meio ambiente, a inclusão social e a promoção da saúde pública, assegurando o uso adequado dos recursos ambientais no Município do Rio de Janeiro.²⁴⁰ Este diploma normativo ressalta que o Plano de Gestão Integrada de Recursos Sólidos constitui o Plano de Saneamento específico para a área de resíduos sólidos, na forma admitida pela Lei nº 11.445/2007.²⁴¹

Destaca-se que a partir do ano de 2011, com a transferência do descarte dos resíduos gerados no Município do Rio de Janeiro para uma nova Central de Tratamento de Resíduos/CTR-RIO, no Município vizinho Seropédica, houve uma evolução da gestão de resíduos sólidos no Município do Rio de Janeiro, representando a inclusão da sustentabilidade na política pública municipal do Rio de Janeiro, visto que estes resíduos eram antes destinados ao Aterro Metropolitano de Jardim Gramacho-AMJG, em Duque de Caxias, maior aterro da América Latina, que foi desativado definitivamente em junho de 2012.²⁴²

Ademais, ainda há a previsão de outros programas, visando à melhoria do saneamento básico na região e a participação dos cidadãos, quais sejam a ampliação do programa de coleta seletiva no

239. PREFEITURA do Rio de Janeiro. Plano Municipal de Saneamento para os Serviços de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário (PMSB - AE)-Decreto Municipal nº 34.290/2011. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/smac/recursos-hidricos>>. Acesso em: 27 de nov. 2014.

240. RIO DE JANEIRO. Lei nº 4.969, de 3 de dezembro de 2008, Dispõe sobre objetivos, instrumentos, princípios e diretrizes para a gestão integrada de resíduos sólidos no Município do Rio de Janeiro e dá outras providências. Diário Oficial [do] Rio de Janeiro, 04 de dez. 2008, Art. 1º.

241. Ibidem, Art 6º, §1º.

242. PREFEITURA do Rio de Janeiro. Resíduos Sólidos. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/smac/residuos-solidos>>. Acesso em: 28 de nov. 2014.

Município do Rio de Janeiro, capacitação das cooperativas de catadores de materiais recicláveis, a coleta seletiva solidária municipal e a coleta seletiva alternativa em comunidades.²⁴³

O Programa de Ampliação de Coleta Seletiva no Município do Rio de Janeiro foi possibilitado pela assinatura, em dezembro de 2010, de contrato de aproximadamente 52 (cinquenta e dois) milhões de reais entre a Prefeitura do Rio de Janeiro e o BNDES, levando a coleta seletiva para todos os bairros da Cidade, além da inclusão social de até 1.500 catadores. O Programa compreende a construção de seis Centrais de Triagem, três com capacidade de processar 30 t/dia, absorvendo a mão de obra de até 300 catadores, localizadas nos bairros do Centro, Bangu e Campo Grande. As três restantes serão implantadas nos bairros da Penha, Irajá e Vargem Pequena e processarão 20 t/dia, atendendo cada uma até 200 catadores.²⁴⁴

Integrado a este programa está o programa de capacitação das cooperativas de catadores de materiais recicláveis, que inclui, além da realização de oficinas de capacitação de catadores, o apoio na autogestão das novas Cooperativas que ocuparão as Centrais de Triagem. Para tanto, foi assinado um Contrato entre a Prefeitura/ Secretaria Municipal de Meio Ambiente e a Instituição SESCOOP, com recursos do BNDES.²⁴⁵

Já a Coleta Seletiva Solidária Municipal foi criada pelo Decreto Municipal nº. 30.624/2009 e implementada pela Secretaria Municipal de Meio Ambiente, em junho de 2010, em todas as suas unidades, incluindo a Fundação Parques e Jardins - FPJ e o RIOZOO, enviando para as Centrais de Triagem materiais recicláveis de todo o Município do Rio de Janeiro.²⁴⁶

243. PREFEITURA do Rio de Janeiro. Resíduos Sólidos. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/smac/residuos-solidos>>. Acesso em: 28 de nov. 2014.

244. PREFEITURA do Rio de Janeiro. Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3035089/DLFE247507.pdf/Plano_Gestao_Integrada_Residuos.pdf>. Acesso em: 29 de nov. 2014.

245. PREFEITURA do Rio de Janeiro. Resíduos Sólidos. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/smac/residuos-solidos>>. Acesso em: 28 de nov. 2014.

246. PREFEITURA do Rio de Janeiro. Resíduos Sólidos. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/smac/residuos-solidos>>. Acesso em: 28 de nov. 2014.

A Coleta Seletiva Alternativa em Comunidades representa uma parceria entre setores públicos e privados. Os projetos “Morar Carioca”, da Secretaria Municipal de Habitação, e o “Vamos Combinar uma Comunidade mais Limpa”, da SECONSERVA/COMLURB, e interações com as ações das UPPs Sociais do Instituto Pereira Passos – IPP, além das iniciativas da Secretaria de Estado do Ambiente – SEA, são exemplos. Dentro desse programa há o Projeto Light Recicla, no qual a Prefeitura apoia a Light na implantação, em comunidades pacificadas, do Programa de troca de recicláveis pelos moradores das comunidades por descontos nas contas de energia elétrica, proporcional ao volume e tipologia dos recicláveis.²⁴⁷

Sendo assim, verifica-se que foram cumpridas as exigências da Lei nº 11.445/2007 e Lei Complementar nº 111/2011, no que tange à elaboração do Plano de Gestão Integrada de Recursos Sólidos, do Plano Municipal de Saneamento para Serviços de Água e Esgotamento Sanitário e do Plano de Diretor de Manejo de Águas Pluviais, os quais preveem, em consonância com a legislação em tela, preocupações com as comunidades do Município do Rio de Janeiro e com a degradação ambiental causada pela falta de saneamento básico, o que pode ser demonstrado pela inclusão da sustentabilidade na política pública do Município e pelas ações de conscientização da população.

A Fundação Rio-Águas realiza diversos projetos como: a realização de obras de drenagem e de controle de enchentes, a conservação de canais e projetos de drenagem, o monitoramento das bacias hidrográficas em tempo real, o monitoramento da Lagoa Rodrigo de Freitas e a operação de Unidades de Tratamento e do Piscinão de Ramos.²⁴⁸

Importante frisar que, segundo informação presente no sítio da Prefeitura do Município do Rio de Janeiro, o Plano Diretor de Manejo

rio.rj.gov.br/web/smac/residuos-solidos>. Acesso em: 28 de nov. 2014.

247. PREFEITURA do Rio de Janeiro. Resíduos Sólidos. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/smac/residuos-solidos>>. Acesso em: 28 de nov. 2014.

248. PREFEITURA do Rio de Janeiro. Fundação Instituto das Águas do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/rio-aguas/esgotamento-sanitario-em-comunidades>>. Acesso em: 27 de nov. 2014.

de Águas Pluviais, apenas concluído em 2015, tinha como previsão inicial de conclusão o ano de 2013, o que não foi alcançado. Este plano possui grande importância para a concretização do saneamento básico no Município do Rio de Janeiro, na medida em que consiste no mapeamento e no diagnóstico das bacias hidrográficas do Município, levantando dados e promovendo estudos de alternativas para embasar projetos e obras de manejo de águas pluviais urbanas.²⁴⁹

À vista disso, o Município do Rio de Janeiro teve um grande atraso no que tange à formulação completa do Plano Municipal de Saneamento Básico. No entorno da Baía de Guanabara, os Planos Municipais de Saneamento Básico de seis municípios, notadamente, Nova Iguaçu, Cachoeiras de Macacu, Guapimirim, Magé, Tanguá e Rio Bonito – já foram concluídos e entregues às respectivas prefeituras no final de 2013 e início de 2014. Quanto aos municípios de Cachoeiras de Macacu, Tanguá, Magé, e Guapimirim, os Planos Municipais de Saneamento Básico foram transformados em leis municipais e já estão em vigor, permitindo aos municípios a captação de recursos (federais e estaduais) para a implementação das ações previstas. Os municípios de Rio Bonito e Nova Iguaçu estão em processo de aprovação do Plano Municipal. ²⁵⁰

Nesse sentido, cumpre enfatizar que a aprovação do Plano Municipal de Saneamento Básico é fundamental para que o Município do Rio de Janeiro se candidate a obter recursos públicos para a execução de projetos de saneamento básico, como de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto.²⁵¹

249. PREFEITURA do Rio de Janeiro. Fundação Instituto das Águas do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/rio-aguas/esgotamento-sanitario-em-comunidades>>. Acesso em: 27 de nov. 2014.

250. GOVERNO do Estado do Rio de Janeiro. Secretaria Estadual de Meio Ambiente. Pacto pelo saneamento básico. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/sea/exibe-conteudo?article-id=330838>>. Acesso em: 28 de nov. 2014.

251. GOVERNO do Estado do Rio de Janeiro. Secretaria Estadual de Meio Ambiente. Pacto pelo saneamento básico. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/sea/exibe-conteudo?article-id=330838>>. Acesso em: 28 de nov. 2014.

Ainda, importante salientar que, a nível estadual, foi concebido, em abril de 2011, através da Secretaria do Estado do Ambiente, o Pacto pelo Saneamento, com o objetivo de universalizar o acesso a sistemas de saneamento básico, diminuindo os impactos negativos decorrentes da inexistência desses sistemas sobre a saúde da população, o meio ambiente e as atividades econômicas. O Pacto pelo Saneamento foi instituído pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, por meio do Decreto nº 42.930, prevendo, dentre suas ações, o apoio à 72 cidades do Rio de Janeiro na elaboração de planos municipais de saneamento básico (PMSBs) sendo que 11 desses municípios se localizam no entorno da Baía de Guanabara.²⁵²

O Pacto pelo Saneamento Básico envolve três programas: o Lição Zero, fruto de parceria com as prefeituras e a Fundação Nacional de Saúde (Funasa); o Rio + Limpo, em parceria com a Companhia Estadual de Águas e Esgotos (Cedae), a Secretaria de Estado de Agricultura e Pecuária e prefeituras; e o Plano Guanabara Limpa, que tem como parceiros o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), prefeituras, CEDAE e Governo Federal.²⁵³

CONCLUSÃO

A partir da análise do direito ao saneamento básico, verificou-se que este possui um vínculo indissociável com as condições de vida digna. Nesse passo, pontuou-se que o direito ao saneamento básico deve ser reconhecido, externamente, como um dos direitos humanos e, internamente, como um dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, reconhecido o direito ao saneamento básico como um direito fundamental, revelou-se a obrigatoriedade da elaboração de políticas públicas, que devem observar os mandamen-

252. GOVERNO do Estado do Rio de Janeiro. Secretaria Estadual de Meio Ambiente. Pacto pelo saneamento básico. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/sea/exibe-conteudo?article-id=330838>> . Acesso em: 28 de nov. 2014.

253. GOVERNO do Estado do Rio de Janeiro. Secretaria Estadual de Meio Ambiente. Pacto pelo saneamento básico. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/sea/exibe-conteudo?article-id=330838>> . Acesso em: 28 de nov. 2014.

tos constitucionais e legais, especificamente, as diretrizes trazidas pela Lei nº 11.445/2007. Esse diploma normativo desenvolveu um novo conceito de política pública, preocupando-se, principalmente, com a participação da sociedade e com a articulação entre a Política Pública de Saneamento Básico e as Políticas de Recursos Hídricos, Urbana e de Meio Ambiente.

No âmbito do Município do Rio de Janeiro, frisa-se que o Plano Municipal de Saneamento Básico, instrumento da Política Pública de Saneamento Básico do Município, em que pese o atraso na elaboração do Plano Municipal de Manejo de Águas Pluviais, está completo. Sendo assim, a partir da análise do Plano Municipal, percebeu-se grande preocupação com a conscientização da população do Município do Rio de Janeiro, com as áreas favelizadas e com a proteção do meio ambiente, criando mecanismos de controle social.

No entanto, frisa-se que, em que pese a produção normativa sobre saneamento básico ter aumentado, verificando-se uma crescente preocupação com a concretização do direito fundamental ao saneamento básico, ainda há um déficit na execução das políticas públicas de saneamento básico, que não são efetivadas na prática, gerando a violação cotidiana desse direito fundamental.

REFERÊNCIAS

DEMOLINER, Karine Silva. *Água e saneamento básico: regime jurídico e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ELIAS, Rodrigo, e SCARRONE, Marcelo. *Geral êxito, esplêndido triunfo. Nossa história*. Rio de Janeiro, ano 1, nº 11. p. 64-68, set.2004,

EMPRESA Baiana de Águas e Saneamento S.A. – Embasa. Cole-tânea Lei Nacional de Saneamento Básico: Perspectivas para

as Políticas e a Gestão dos Serviços públicos. Disponível em: < http://www.embasa.ba.gov.br/sites/default/files/sala_imprensa/publicacoes/arquivos/2011/03/14/Coletanea_Lei1445_Livro1_Final.pdf > Acesso em: 16 de out. 2011

INSTITUTO Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional de Saneamento Básico PNSB/2008. Disponível em: < http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaovida/pnsb2008/PNSB_2008.pdf > . Acesso em: 20 de set. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. Consulta realizada pelo Ministério das Cidades sobre o Anteprojeto de Lei que visa estabelecer as diretrizes para os serviços públicos de saneamento básico e a Política Nacional de Saneamento Básico (PNS). Parecer, p.14. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/pareceres/saneamento_complementar_MarcalJustenFilho_1.pdf > . Acesso em 28 de set. 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parecer para o Ministério das Cidades acerca do Anteprojeto de Lei da Política Nacional de Saneamento Básico, p. 125. 18 fev 2005. Disponível em: < <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd63/diretrizes/Floriano7.pdf> > .

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011., p.83.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado*. In Revista do Direito do Consumidor, nº 61. p. 120.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: estudos sobre a Constituição, os Direitos*

Fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *O planejamento do serviço público de saneamento básico na lei nº 11.445/2007 e no decreto nº 7.217/2010*. In OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord). Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 225.

TARIN, Denise. *A Aliança entre o Ministério Público e a Sociedade Civil na Definição de Políticas Públicas*. In VILLELA, Patrícia (Coord). Ministério Público e Políticas Públicas, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 61-62.

O ATUAL CENÁRIO DA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS: EM BUSCA DE UMA EFETIVA INCLUSÃO SOCIAL DOS CATADORES DE MATERIAIS RECICLÁVEIS

Marconi do Ó Catão²⁵⁴ e Marconi Gomes do Ó Catão²⁵⁵

INTRODUÇÃO

A modernidade contemporânea alcançou uma condição universal da humanidade, mas na época atual observamos os efeitos desse domínio planetário, tendo em vista que a quase totalidade da produção e do consumo humanos se tornou mediadas pelo capital e mercado. Nessa perspectiva, a globalização mudou a trajetória de vida de toda uma geração, acabando com sonhos e projetos, criando dicotomias, rompendo com tradições e fragmentando vínculos sociais, priorizando assim uma sociedade de consumidores, onde o que predomina é a abundância. De fato, com as transformações geradas pelo capitalismo, seres humanos estão sendo excluídos do mundo social, havendo então um cenário preocupante, onde pessoas, que têm seus direitos restringidos ou destituídos, são afastadas do progresso existente na atual sociedade.

Assim, a expansão da forma de vida moderna, que vem ocasionando crescentes quantidades de seres humanos em condições pre-

254. Professor Associado do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba- Campus I; Doutorado em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro; Doutorado em Sociologia pela Universidade Federal da Paraíba. Email: mocct@uol.com.br

255. Graduando em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Email: marconi_gomes_13@hotmail.com

cárias de sobrevivência, bem como grandes proporções de produção de resíduos sólidos urbano, integram o elenco de efeitos indesejáveis da modernidade globalizada. Logo, a clássica afirmação das ciências sociais e políticas, de que “o planeta está cheio”, na verdade se refere às formas e aos meios de sustentabilidade de seus habitantes.

De maneira que este texto se propõe inicialmente a fazer uma exposição sobre as legislações do ordenamento jurídico brasileiro que disciplinam a matéria da atual gestão dos resíduos sólidos, como também procura analisar as principais consequências advindas com a modernidade globalizada no âmbito dos vazadouros a céu aberto, que ainda estão presentes em grande parte dos municípios brasileiros, objetivando demonstrar que as transformações econômicas ocorridas em nossas cidades sempre reproduziram a difícil inserção do pobre na produção e no consumo. Ademais, este estudo também tem como meta desenvolver uma articulação entre as concepções de inclusão social, cidadania e direito à igualdade, com os conceitos de desigualdade social, pobreza e exclusão; de igual modo, busca esclarecer a relação existente entre os rejeitos físicos (lixo) e humanos (excluídos) da sociedade contemporânea, verificando as particularidades presentes nas relações entre os catadores de lixo e das ruas das cidades com as noções de cidadania e sustentabilidade.

Nesse contexto, ressalte-se que essa discussão tem a pretensão de conectar os campos jurídico, social, ambiental e sanitário; para tanto, utilizou-se uma metodologia descritivo-analítica, por meio da realização de levantamentos bibliográficos, documentais e em legislações brasileiras, relacionando assim as temáticas inerentes à gestão integrada dos resíduos sólidos, sempre procurando enfatizar questões relativas aos direitos humanos fundamentais e à cidadania.

Em geral, quando se discute a relação existente entre saúde e meio ambiente, é rápida a associação que se faz entre a destinação (ou não) do lixo e a ocorrência de doenças. Se bem que a preocupação não é apenas com o potencial tóxico dos dejetos sobre as

peças e comunidades – o que já sinaliza para uma obrigatória e sistemática vigilância no que se refere aos procedimentos de coleta e destinação dos dejetos, bem como indica a cobrança por necessárias políticas efetivas de saneamento -, mas também com medidas educativas que incentivem a coleta seletiva e reciclagem de materiais nos mais diversos níveis. Com efeito, frequentemente quando se fala em lixo é no intuito de proteger a população dos riscos de adoecer e, mais que isso, conservar o planeta saudável para as presentes e futuras gerações. Contudo, há outro lado da discussão sobre lixo e saúde que escapa à maioria das análises, estando praticamente ausente na abordagem dos meios de comunicação social, que diz respeito à exclusão social, ou seja, a produção social de seres humanos em condições mínimas e degradantes.

Nesse sentido, Zygmunt Bauman (2004, p.12-13 e 38) adverte que a produção do “refugo humano” é consequência direta da modernização da sociedade e da globalização da economia. De acordo com este autor, imigrantes, pessoas em busca de asilo e refugiados são apenas a parcela mais visível deste grupo de seres humanos redundantes, dispensáveis, consumidores falhos, excluídos da cena pública, inaptos para participação na sociedade de consumo e, por isso mesmo, irrelevantes com relação às tomadas de decisões e deliberações de políticas públicas. Continuando, salienta Bauman que “[...] removemos os dejetos de maneira mais radical e efetiva: tornando-os invisíveis, por não olhá-los, e inimagináveis, por não pensarmos neles”.

Em síntese, é essa realidade que justifica o desenvolvimento deste texto, pois os catadores de lixo, em sua grande maioria, são pessoas desempregadas e sem expectativas de melhorar de vida; por conseguinte, procuram se afastar do núcleo urbano, indo para áreas distantes e ambientalmente degradadas, fixando-se, muitas vezes, nos próprios lixões, que surgem como único meio de sobrevivência, onde separam materiais recicláveis e vendem para os

atravessadores. Além do mais, ressalte-se que os catadores de vazadouros a céu aberto e das cidades são grupos formados por crianças, adolescentes, adultos e idosos, estando todos eles expostos a inúmeras situações de risco.

DESENVOLVIMENTO

A evolução da legislação urbanística no Brasil vem enfrentando inúmeros desafios criados pelas novas situações sociais, políticas, econômicas e ambientais decorrentes do crescimento urbano intensivo. Com a urbanização, surgiu também o fenômeno da industrialização, que conjuntamente vêm provocando uma grande concentração econômica, ocasionando assim processos de exclusão e segregação sócio-espacial de grande parte da população.

Em meados da última década do século passado, gradativamente foi sendo estruturada uma legislação urbanística no Brasil, a partir de Estudos Especializados, Seminários, da Lei do Parcelamento do Solo Urbano, entre outros fatos importantes, culminando com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que prevê a matéria da Política Urbana, estabelecendo um novo paradigma de orientação social para o Direito Urbano Brasileiro.

Em suma, tendo como marco inicial a vigente Carta Magna, seguindo-se pelo Estatuto da Cidade (Lei n.10.257/2001), como também pelas respectivas legislações municipais (Lei Orgânica do Município e Plano Diretor) e demais leis correlatas, o Município tem, entre outras atribuições, a função de legislar sobre a estruturação e ordenação do espaço urbano. De modo que devem existir diretrizes diversas, desde as relacionadas às condições de acesso dos cidadãos aos seus direitos sociais fundamentais, perpassando pela proteção ao meio ambiente e patrimônio natural, incluindo igualmente aqueles direitos relacionados com o respeito aos aspectos econômicos e sanitários.

No Brasil, o processo de produção da legislação urbana tem sido marcado a partir de interesses compatíveis com o fenômeno de acumulação de capital sem controle nas cidades, havendo plena consciência das consequências na vida cotidiana de um significativo número de pessoas que têm sido tradicionalmente excluídas de tal processo. Assim, ao invés de ser uma questão técnica, com uma resposta adequada encontrada dentro dos limites do ordenamento jurídico, a elaboração da legislação urbana vem sendo igualmente constituída como um processo político, cuja dimensão também se encontra na produção da “cidade-cidadania” (FERNANDES, 1998, p.222 e 228). Mas, até que essa realidade seja equalizada, por meio da efetiva aplicabilidade material dos atuais instrumentos jurídicos que foram promulgados para contornar essa situação, muitas pessoas ainda vivem em uma ordem jurídico-urbana excludente e segregadora.

De maneira que, a meta final será sempre a busca por uma melhor qualidade de vida, sendo então importante uma ampla participação popular no processo de tomada de decisões, visto que é uma poderosa forma de enfrentar os problemas urbanos, sempre se manifestando no intuito de possibilitar a promoção de mudanças imprescindíveis na atual situação de injustiça social que vivem milhões de inquilinos, favelados, moradores de lixões e periferias etc. Enfim, não se pode mais aceitar que esses grupos continuem a serem excluídos dos processos político e jurídico que constituem a ordem urbana.

Então, é nesse contexto que apresentamos um grave problema resultante dos modelos de desenvolvimento ainda adotados em grande parte dos municípios brasileiros, que é especificamente a situação do destino final dos resíduos sólidos em vazadouros a céu aberto, como já enfatizado, tendo em vista que a falta de uma adequada gestão de resíduos sólidos concorre para a crise ambiental e compromete os sistemas naturais, econômicos, sanitários e, principalmente, os sociais.

Porém, é pertinente registrar que neste início de século o cenário do destino dado ao lixo vem mudando para melhor, tendo

essa trajetória ascendente culminado com a Política Nacional de Resíduos Sólidos, criada pela Lei n. 12.305/2010, sendo esta legislação considerada um marco, pois propõe melhorar a gestão do lixo a partir da divisão de responsabilidades compartilhadas entre a sociedade, poder público e iniciativa privada. Realmente, entre outras determinações, essa lei obriga a substituição de lixões por aterros sanitários dentro dos padrões ambientais recomendados, bem como representa uma alteração de postura nos padrões de produção e consumo, utilizando o princípio dos 3 “Rs” (redução, reutilização e reaproveitamento dos resíduos), estabelecendo a gestão integrada de resíduos sólidos e prevendo igualmente a inclusão das organizações formais de catadores de lixo.

Nesse prisma, Bauman (2005, p.22 e 38-39), ao observar os impactos decorrentes da modernização da sociedade, faz uma relevante análise sobre o lugar do lixo na sociedade contemporânea, destacando como a sociedade consumista²⁵⁶ produz o lixo pelo imperativo do descartável, que é o motor básico do princípio do consumo. Em seguida, esse autor enfatiza que esta mesma sociedade vai produzir um outro tipo de refugo, isto é, aqueles que estão fora do mercado e do consumo, pois são, eles mesmos, lixo, podendo ser chamados de “sujeitos-lixo”. De maneira que, em plena modernidade contemporânea, é possível constatar o paradoxo do “sujeito-desejo” – “sujeito-dejeto”, sendo que a manutenção da desigualdade social e da hierarquização será levada a efeito por intermédio de “políticas segregacionistas mais estritas e medidas de segurança extraordinárias para que a ‘saúde da sociedade’ e o ‘funcionamento normal’ do sistema social não sejam abalados” (BAUMAN, 2005, p.107).

A descrição apresentada por Bauman faz lembrar o relato de Michel Foucault (1984, p.79-98) sobre o controle da Hanseníase na Idade Média, onde havia uma exclusão permanente do leproso

256. Sobre a sociedade de consumo, remetemos o leitor aos trabalhos de: BAU-DRILLARD (2005); SLATER (2002); e RETONDAR (2007).

do convívio social. Hoje em dia, é o catador de lixo quem vem sendo excluído; mas, entre o leproso e o coletor, há uma diferença fundamental: o primeiro era simplesmente excluído, já o segundo é, além de excluído, ainda usado pelo poder, pois ele igualmente serve para limpar aquilo que o poder produz.

Desse modo, entendemos que na linha de pensamento de Foucault, provavelmente, a discussão sobre a produção de lixo e o modo de vida em que vivem os catadores, seria uma exemplificação do que esse autor chamou de “biopoder”²⁵⁷. Assim, as construções do saber e do poder nas sociedades modernas, tomando como exemplo os saberes jurídico e das ciências humanas, a partir dos escritos arque-genealógicos de Foucault, nos faz compreender como foi possível a emergência de saberes e instituições modernas. Portanto, a arqueologia foucaultiana faz perceber que todo mecanismo de saber está aliado ao poder, por isso o entrecruzamento destes fundam verdades, naturalizando-as. Então, os vazadouros de resíduos sólidos à céu aberto são resultados de um saber e poder modernos, pois esses saberes, coordenados pela disciplina, controla os corpos dos indivíduos.

Enfim, é a partir dessas abordagens, entre outras que irão surgir no decorrer deste texto, que iremos nos aprofundar para então chegar as nossas reflexões sobre a temática em estudo.

Em sociedades onde verificam-se desigualdades sociais acentuadas, há uma tendência para a exclusão se sobrepor, especialmente na situação daquelas pessoas que integram grupos cuja situação social é caracterizada pela pobreza e privação no atendimento dos direitos sociais. De forma que, no debate sobre a inclusão social, é necessário que sejam enfatizados os direitos à igualdade, sendo estes entendidos como um efetivo acesso às necessidades básicas para que os seres humanos tenham uma vida digna e possam se

257. Encontramos uma ampla análise sobre o biopoder nos seguintes trabalhos de Michel Foucault: FOUCAULT (1987); _____. (1988); _____. (2004a); _____. (2004b).

manifestar e se fazer respeitar. Todavia, paradoxalmente, no Brasil, a garantia dos direitos à igualdade na vida social, mesmo que em muitos aspectos sejam contemplados formalmente na Constituição Federal de 1988, pode ser considerada uma luta social e histórica que envolve descontinuidades com valores tradicionalmente construídos.

Para a compreensão de determinados grupos sociais, é de grande ajuda recorrer à Bobbio (1996, p.28 *et seq*), quando ele leciona que em uma sociedade coexistem três poderes interagindo de diferentes maneiras: o poder do uso da força e da coerção, consistindo no poder político; o poder da riqueza, sendo exteriorizado pelo poder econômico; e o poder ideológico, cujos detentores tradicionais são a Igreja, as instituições escolares e a mídia. Contudo, a esses poderes, poderíamos acrescentar um outro, representado pelo poder social, como sendo aquele próprio da sociedade civil organizada por meio de movimentos, organizações sociais e grupos de interesse.

Assim, surgem novos contornos de cidadania, que podem ser percebidos tanto por intermédio das novas formas de participação social – Conselhos Gestores, ONGs, Fóruns, Câmaras Setoriais, Orçamento Participativo nas Prefeituras Municipais, Ouvidorias Públicas etc. -, como pelas reivindicações de movimentos sociais ligados a questões de gênero, étnicas, etárias, identitárias, entre outras, destacando-se, pela pertinência temática relacionada com este trabalho, os grupos sociais que reivindicam demandas pela conquista de legitimidade de seus direitos mais básicos, como é o caso dos “catadores dos lixões e das ruas das cidades”, que estão presentes nos ambientes local, regional e global.

Sem dúvida, muitos indivíduos desempregados e desamparados deste país, sem moradia, buscam áreas ambientalmente degradadas para se fixar; logo, os lixões surgem como um meio de sobrevivência, onde eles separam os materiais recicláveis, encontrando então uma alternativa para viver. Geralmente, essas pessoas são pobres ou miseráveis, analfabetas ou semi-alfabetizadas, que para

sobreviver trabalham exaustivamente em condições adversas, enfrentando o cotidiano de um ambiente de elevado risco sanitário.

Nos vazadouros à céu aberto, os compradores dos produtos recicláveis, em geral, são os próprios “donos” dos lixões, principalmente quando estes são privados. Esses gestores demonstram muitas vezes atitudes compatíveis com uma dádiva clientelista para com os catadores, fornecendo remédios, emprestando dinheiro, mediando conflitos, entre outras intervenções. Saliente-se, que os catadores de lixões e das ruas, com frequência, são esquecidos pela população que habita a “cidade legal” (FERNANDES, 1998, p.6), bem como desconsiderados pelo poder público; apesar de, na sua realidade cotidiana, submeterem-se a uma rotina de trabalho exaustiva, principalmente em cidades geograficamente acidentadas, onde conduzem nas suas costas enormes sacos com resíduos recicláveis, quando também a tração humana para deslocar seus carrinhos torna-se bem mais rigorosa, fazendo lembrar o clássico “Mito de *Sísifo*”²⁵⁸. Mas, enquanto este personagem mitológico foi condenado por sua afronta à divindade, o que fizeram essas pessoas para receberem tal condenação? Na verdade, os catadores de lixo são os heróis invisíveis da modernidade, que dia após dia reavivam a linha fronteira entre saúde e doença, desejável e repulsivo, aceito e rejeitado, dentro e fora do universo social humano. E, nesta dura existência, não é a distinção entre produtos úteis e refugo que demarca a fronteira, e sim a diferença entre o admitido e o rejeitado, o incluído e o excluído (BAUMAN, 2005, p. 39).

Outrossim, ressalte-se que os catadores de resíduos recicláveis são igualmente passíveis de exploração pelos “donos dos depósitos de compras de recicláveis”, com práticas de relações comerciais abusivas na compra da produção dessas pessoas; por outro lado,

258. A lenda de *Sísifo* está marcada pela imagem de um homem condenado, devido ao fato de ter afrontado a divindade, a arrastar eternamente uma imensa rocha morro acima, que sempre despenca tão logo ele chegue ao topo. Para mais detalhes sobre essa tradição mitológica, remetemos o leitor a obra de FRANCHINI e SEGAN-FREDO (2010, p.430-432).

esses “patrões intermediários” também garantem fidelidade a esses grupos sociais, com comportamentos paternalistas. Mas, apesar de todas as dificuldades enfrentadas, esses trabalhadores dos lixões e das ruas da cidade são hoje os responsáveis pela oferta de praticamente 90% da matéria prima que abastece as indústrias brasileiras que trabalham com reciclagem de alumínio, fazendo de nosso país um dos maiores recicladores do mundo. Portanto, além de terem um importante papel na economia, os catadores, de forma sustentável, diminuem a quantidade de lixo a ser tratado pelos municípios, por meio da coleta e separação para posterior venda dos recicláveis; conseqüentemente, essas pessoas são legitimamente merecedoras do direito ao trabalho digno.

Por tudo isto que foi exposto, entendemos que o processo de reconhecimento da importância econômica e ambiental dos catadores de lixões e das ruas das cidades impõe a necessidade de sua valorização profissional, devendo então ser promovida com mais efetividade a sua inclusão social, objetivando melhorar suas rendas e condições de trabalho. Todavia, tal promoção implica em uma intervenção social ampla, incluindo ações de sensibilização para a organização coletiva, capacitação profissional, alfabetização, formações associativista/cooperativistas, apoio as iniciativas de ordem social etc. Com efeito, com a formação para a cidadania, essas pessoas deixarão de ser consideradas como alvos passivos da Assistência Pública, passando a serem reconhecidas como agentes econômicos e ambientais, com os respectivos direitos sendo viabilizados, valorizando a educação, a saúde, os filhos, entre outros aspectos fundamentais.

Nesse plano de reivindicações, a Constituição Federal Brasileira de 1988 é um exemplo, tanto de conquistas dessas mobilizações como de garantias para as novas formas de participação social. Porém, é necessário lembrar que, passados mais de 27 anos, as conquistas verificadas no campo da institucionalidade jurídico-constitucional ainda não foram efetivadas, tendo, no máximo, sido

realizadas parcialmente. Tal distanciamento, entre a realidade social e a inscrição na legislação, está intimamente fundamentado nos valores e na tradição de nossas relações autoritária e excludente. Nesse sentido, concordamos com a ideia de que “o reconhecimento formal de direitos pelo Estado encerra a luta pela cidadania é um equívoco, que subestima tanto a sociedade civil como arena política, com o enraizamento do autoritarismo social”(DAGNINO, 1994, p.109). Nesse contexto, assevera Chauí (1994, p.27) que:

[...] Vivemos numa sociedade verticalizada e hierarquizada (embora não o percebamos), na qual as relações sociais são sempre realizadas ou sob a forma da cumplicidade (quando os sujeitos sociais se reconhecem como iguais), ou sob a forma do mando e da obediência entre um superior e um inferior (quando sujeitos sociais são percebidos como diferentes, a diferença não sendo vista como assimetria, mas como desigualdade) [...].

Assim, muito embora a inscrição em legislações e a consequente implementação de políticas seja o resultado esperado pelos movimentos sociais que demandam direitos, a realidade vem demonstrando que isto não é suficiente, haja vista que a garantia do seu exercício de efetividade é revelada principalmente na mudança de valores e atitudes. Realmente, uma vez existindo tal mudança e considerando a hipótese de direitos já garantidos serem desrespeitados, surge uma possibilidade legítima de mobilização para sua retomada; além disso, até mesmo quando determinados direitos ainda não estão institucionalizados, poderá haver seu exercício no cotidiano e sua posterior inscrição legal. Nesta linha de raciocínio, Dagnino (1994, p.108) enfatiza o que chama de “cultura de direitos”, a partir de uma revisão das práticas sociais presentes na sociedade brasileira, esclarecendo este autor que “a nova cidadania

requer [...] a constituição de sujeitos sociais ativos, definindo o que eles consideram ser os seus direitos e lutando pelo seu reconhecimento. Nesse sentido, ela é uma estratégia dos não-cidadãos, dos excluídos, uma cidadania ‘de baixo para cima’ [...]”.

Nesse contexto, o Brasil vem sendo reiteradamente denominado de “monumento de injustiça social”(HOBSBAWN, 1995, p.397), devido à extrema desigualdade socioeconômica existente, como já destacado antes; de maneira que tal desigualdade é, ao mesmo tempo, causa e consequência de seus problemas fundamentais. Nesta ótica, Telles (1999, p.8) esclarece que isto constitui a “privação de direitos e a tragédia social brasileira”; continuando, esta autora enfatiza que no Brasil os direitos são mais figuras formais de uma retórica do que uma presença material no cotidiano, existindo, conseqüentemente, uma naturalização das injustiças sociais, em que a pobreza e a miséria parecem fazer parte de uma paisagem normal; sendo nesse cenário que os grupos sociais excluídos têm a experiência diária desta situação, que se concretiza por meio de diversas formas de exclusão.

Assim, é necessário retomar a concepção da “cultura de direitos”, não esquecendo estes como formação e produtos históricos, pois estão sempre relacionados a certas circunstâncias, no sentido de responder às demandas concretas de grupos sociais enquanto membros de determinada sociedade. Ademais, reiteramos que um dos principais protagonistas na luta por direitos são os movimentos sociais, tendo em vista que eles se encontram no centro da vida social. De fato, tais movimentos são considerados como o lugar privilegiado no qual “novos direitos vão sendo propostos e conquistados, com o cumprimento desses direitos estabelecidos sendo exigido, no plano das garantias individuais, dos direitos coletivos, das conquistas sociais, dos direitos de ‘terceira geração’[...]”(SHERER-WARREN, 1999, p.38). Em resumo, a história da luta por direitos diz respeito a sua ampliação (mais e novos direitos), aprofundamento (garantias e condições concretas), bem como se refere à

sua universalização e abrangência (inclusão de um número cada vez maior de pessoas e grupos sociais no exercício de tais direitos).

No âmbito do que ocorre nos vazadouros à céu aberto ainda existentes no Brasil, verifica-se um significativo número de pessoas que encontram-se em condições de extrema pobreza, como já salientado. Nessa mesma linha conjuntural, Abranches (1987, p.15) salienta que tais indivíduos são destituídos dos meios de sobrevivência física, pois eles vivenciam um verdadeiro descaso no usufruto dos benefícios do desenvolvimento econômico e no acesso às oportunidades de emprego e consumo; bem como são desprotegidos por falta de amparo público na garantia dos direitos básicos de cidadania. Nesse sentido, torna-se pertinente apresentar a metáfora utilizada por Manoel Bandeira (1980, p.22), relacionada com o ser humano, em seu poema “o bicho”:

Vi ontem um bicho,
na imundície do pátio,
catando comida entre detritos.
Quando achava alguma coisa,
não examinava nem cheirava,
engolia com voracidade.
O bicho não era um cão,
não era um gato,
não era um rato,
o bicho, meu Deus, era um homem.

No Brasil, inúmeros catadores dos lixões e das ruas das cidades integram esse contingente populacional destituído do acesso às necessidades fundamentais e dos meios dignos de sobrevivência, pois consomem muitas horas trabalhando, subtraindo-se, então, a educação, os cuidados com a saúde, o lazer etc.

Por último, lembramos que a ação social deve ser compreendida como uma política adequada de mudança na sociedade, sendo necessário inserir esses grupos sociais aos círculos regulares da vida em sociedade, bem como devem ser implementadas ações no sentido de ampliar as condições de acesso dessas pessoas aos bens e serviços essenciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término deste trabalho, observou-se que as transformações geradas pelo capitalismo na modernidade contemporânea vêm excluindo um número significativo de pessoas do mundo social, havendo então um cenário preocupante, onde determinados grupos sociais, que têm seus direitos restringidos ou destituídos, são afastados do progresso presente na atual sociedade.

Como nos propusemos a analisar os principais aspectos inerentes à inclusão social relacionada com os catadores de materiais recicláveis, logo, houve a necessidade de levar em consideração os direitos à igualdade, sendo estes entendidos como o acesso universal às necessidades fundamentais, para que assim as pessoas tenham uma vida digna. Porém, no Brasil a garantia da satisfação de tais necessidades, mesmo que em muitos aspectos sejam contempladas formalmente pela vigente Carta Magna, na realidade prática é vislumbrada como uma luta social e histórica que envolve descontinuidades com valores tradicionalmente construídos. De maneira que é nessa conjuntura que surgem novos contornos de cidadania, podendo ser percebidos tanto por meio das novas formas de participação social como pelas reivindicações de movimentos sociais ligados a questões de natureza específica, salientando-se os grupos sociais representados pelos “catadores dos lixões e das ruas das cidades”, que reivindicam demandas pela conquista da legalidade de seus direitos.

Em síntese, a perspectiva da inclusão social, como um efetivo exercício de direito de cidadania, deverá ser entendida como um

movimento dinâmico e permanente que tem como fundamento o direito à igualdade de participação, incluindo nesta a oportunidade de construção do cenário social.

De acordo com o levantamento bibliográfico realizado neste estudo, percebemos que a atual situação social existente nos vazadouros à céu aberto, ainda presentes no Brasil, é revelada por intermédio de um número significativo de pessoas que encontram-se em condições de extrema pobreza, sem um adequado acesso aos meios de sobrevivência, com sérias restrições no usufruto dos benefícios do desenvolvimento econômico e nas oportunidades de emprego e consumo. Em suma, esses grupos são desprotegidos por falta de amparo público na garantia dos direitos básicos de cidadania, haja vista que são destituídos dos padrões mínimos de vida e dos meios dignos de sobrevivência, pois, por exemplo, para satisfazer suas necessidades mais elementares, passam horas trabalhando, tempo este que é subtraído da educação, dos cuidados com a saúde, ao lazer etc. Porém, é importante destacar que existe um conjunto de garantias irrecusáveis, no que tange à manutenção de condições mínimas de vida, que são conquistas inalienáveis do processo civilizatório; de maneira que a promoção dos direitos sociais básicos é o objeto da política social do Estado, que deve assumi-la como obrigação permanente.

Concluimos este texto enfatizando que a ação social não deve ser compreendida apenas como assistência direta, mas como parte de uma política efetiva de mudança social. Assim, como sugestão para colaborar com a solução das questões sociais advindas com a problemática dos lixões, opinamos que inicialmente deverá haver a inserção desses grupos aos sistemas regulares da vida social, compensando então as principais carências que põe risco à sobrevivência dessas pessoas; em seguida, entendemos como sendo de extrema relevância a implementação de ações adequadas no sentido de ampliar as condições de acesso dos catadores dos lixões e das ruas aos bens e serviços essenciais, para que então possam ser

concretizadas mudanças significativas quanto à moradia, alimentação, redução de morbi-mortalidade, atendimento escolar para as crianças que estão presentes nesta lamentável realidade, entre outras medidas e iniciativas de ordem social.

Por fim, diante das discussões sobre o tema dos vazadores à céu aberto, compreendemos que devemos pensar o lixo não apenas como veículo causador de doenças, poluição ambiental e proliferação de vetores, mas, especialmente, como metáfora para grupos humanos não incluídos nas funções sociais da cidade, pois essas pessoas correm o risco de serem condenadas à invisibilidade e à exclusão, alijadas de qualquer processo político de acesso à cidadania. Portanto, dar visibilidade a luta dessas pessoas, nos planos jurídico, social, econômico, entre outros, se torna tarefa tão relevante e necessária quanto garantir um mundo melhor para as gerações presentes e futuras.

REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, S. H.; et al. **Política social e combate à pobreza**. 3.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1987.
- BANDEIRA, Manoel. **Estrela da vida inteira**. 8.ed. Rio de Janeiro: Olimpio, 1980.
- BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

CHAUÍ, M. Raízes teológica do populismo no Brasil: teocracia dos dominantes, messianismo dos dominados. In: DAGNINO, E. (Org.). **Anos 90: política e sociedade no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

DAGNINO, E. Movimentos sociais e a emergência de uma nova cidadania. In: _____ (Org.). **Anos 90: política e sociedade no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

FERNANDES, E. **Direito do urbanismo**: entre a “cidade legal” e a “cidade ilegal”. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FOUCAULT, M. O nascimento da Medicina Social. In: _____. **Microfísica do Poder**. Trad. Roberto Machado. 4.ed. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

_____. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

_____. **História da Sexualidade**: a vontade de saber: Rio de Janeiro: Graal, 1988.

_____. **Ética, Sexualidade e Política**. Trad. Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004a.

_____. **Arqueologia do saber**. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004b.

FRANCHINI, A. S.; SEGANFREDO, Carmen. **As 100 melhores histórias da mitologia**: deuses, heróis, monstros e guerras da tradição greco-romana. 12.ed. Porto Alegre: L & PM, 2010.

HOBSBAWN, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX - 1914/1991**. 2.ed.Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RETONDAR, Anderson Moebus. **Sociedade de consumo, modernidade e globalização**. São Paulo: Annablume, 2007.

SHERER-WARREN, I. **Cidadania sem fronteiras: ações coletivas na era da globalização**. São Paulo: Hucitec, 1999.

SLATER, Don. **Cultura do Consumo e Modernidade**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nobel, 2002.

TELLES, V. S. **Direitos sociais: afinal do que se trata**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA E AS POLÍTICAS HABITACIONAIS BRASILEIRAS.

Mateus Fernandes Vilela Lima²⁵⁹

1 - Introdução

A moradia é um elemento essencial à reprodução social e à sobrevivência de todas as pessoas. É um abrigo do ser humano, um local em que nos protegemos das intempéries e dos predadores, em que encontramos conforto, gozamos de espaço para nossa intimidade e segurança, possibilitando às pessoas uma vida segura, autônoma e independente (PISARELLO, 2003, p. 25). Em função dessa centralidade, a moradia foi inserida na Constituição pela Emenda Constitucional nº 26/2000 que alterou o artigo 6º e a estatuiu como um direito de todo brasileiro, nestes termos: “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”.

A inclusão expressa deste direito serve como um reforço de sua importância no cenário jurídico nacional, chamando a atenção do Estado e das pessoas para o problema habitacional brasileiro que tem crescido assustadoramente nos últimos trinta anos. Veja-se que o déficit habitacional total no Brasil em 2014 foi de 6.068.061 de habitações, o que corresponde a 9,0% do total de domicílios particulares. Não obstante os esforços e os vultuosos

259. *Mestrando em Direito da Cidade - UERJ. Email:mateusfv@gmail.com*

recursos públicos dispendidos, 96,3% das deficiências habitacionais estão nas faixas de rendas de até cinco salários mínimos, com espantosa centralização nas faixas de até três salários mínimos (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 36-37).

As políticas habitacionais até aqui produzidas tiveram um relativo sucesso com a camada da população acima dos cinco salários mínimos, entretanto não conseguiram resolver o problema habitacional da população mais pobre. Um volume enorme de dinheiro público contribuiu para um aumento da disparidade social e econômica da população mais pobre do país em relação aos demais brasileiros. Nota-se, assim, uma situação paradoxal em que o Estado empenhado em resolver o problema habitacional acaba sendo o principal responsável por criá-lo (SANTOS, 1990, p.33).

2 - A moradia como mercadoria

Ao se analisar a política habitacional do Minha Casa Minha Vida, o Sistema Financeiro Imobiliário – SFI e a atuação do Banco Nacional de Habitação, se vê um predomínio da concepção mercadológica da moradia, uma visão em que o Estado apenas fomentaria o setor imobiliário e facilitaria os financiamentos de imóveis, deixando que o mercado regulasse o setor e provesse a moradia às camadas de baixa renda. Imprime-se, nas políticas públicas, uma racionalidade de mercado, em que o acesso à moradia se dará sempre mediado pela compra da propriedade privada. Nesse sentido, CASTRO (1999: 127):

“As medidas de correção de rumos da política habitacional têm sido endereçadas a procurar soluções de mercado no sentido de sua aplicação e dinamização, incrementando mudanças institucionais na criação de um sistema secundário hipotecário para o financiamento da produção de moradias para as classes média e alta, e com a desregulamentação dos controles sobre os agentes financeiros

ros alternativos para a produção de moradia para a população de renda média-baixa e baixa”

A moradia é concebida como sendo mercadoria e ativo financeiro e é regulada pela lei da oferta e da procura, consequentemente, a política habitacional é idealizada como política econômica. A moradia não é entendida como um direito social a ser fornecido pelo Estado, mas sim como uma mercadoria fornecida pelo mercado. Esta concepção foi construída e incentivada inclusive por Organizações Internacionais como o Banco Mundial, conforme o Relatório *Housing: Enabling Markets to Work*: “Os governos devem ser incentivados a adotar políticas para permitir que o mercado habitacional possa funcionar(...) e evitar distorcê-los.”²⁶⁰. Assim, nesta concepção, a moradia não deve ser encarada como um bem primário a ser garantido pelo Estado, mas sim como uma mercadoria produzida e mediada pelo mercado, cabendo ao ente estatal tão somente criar condições, instituições e modelos de regulação destinados a promover sistemas financeiros habitacionais que viabilizem a compra da casa própria pelas pessoas.

Com efeito, as políticas habitacionais até aqui praticadas pelos governos federais se baseiam em subsidiar com recursos públicos as famílias de menor poder aquisitivo para que as mesmas comprem as moradias. Assim, subsídios públicos individuais permitem às famílias de menor renda comprar, no mercado, produtos oferecidos pelas empresas de construção, adicionalmente, garante-se uma disponibilidade de crédito em que quanto mais baixa for a renda familiar maior será o subsídio governamental e menor será a parcela de crédito dado para a efetivação da compra (ROLNIK, 2012).

Este paradigma de política pública, além de excluir a maior parte da população de baixa renda do acesso à moradia, traz diversas consequências para a cidade. Veja-se, por exemplo, as diversas críticas

260. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/1993/04/1561159/housing-enabling-markets-work>. Acesso em 5 de julho 2016.

dirigidas ao Programa Minha Casa Minha Vida, que são bastante parecidas àquelas feitas ao Sistema Financeiro de Habitação há 40 anos atrás, são elas: localização geográfica periférica dos empreendimentos, com infraestrutura urbana deficitária e longe de equipamentos urbanos, aumentando a marginalização das camadas mais pobres da população; baixa qualidade de construção das habitações; técnicas e tecnologias construtivas habituais que não respeitam as diferenças regionais das populações e dificuldade por parte dos beneficiários do programa de pagamento das parcelas do financiamento e das taxas condominiais (CARDOSO, ARAGÃO, SOUZA ARAÚJO, 2013).

Fica evidente, portanto, que deve-se entender a questão da habitação em uma perspectiva diferente da que foi adotada nestes últimos anos. Assim, as políticas habitacionais devem conceber a moradia como um direito e priorizar o acesso da população mais carente, quebrando, assim, a lógica mercadológica até então reproduzida.

3 - O direito à moradia

3.1 O direito à moradia no Brasil

A moradia se converteu em sinônimo de mercadoria e de ativo financeiro, abandonando sua natureza de bem essencial para a reprodução social das pessoas nas cidades, perdendo sua densidade de política social e seu objetivo de universalização, como ocorre com as políticas de saneamento, de saúde e de educação e passa a ser garantida apenas para aquelas pessoas que podem pagar por ela.

No entanto, a política habitacional deve ser encarada como uma política social que vise a universalização da moradia. Veja-se que a Constituição do Brasil consagrou expressamente a moradia como um direito de todo brasileiro em seu artigo 6º, redação dada pela Emenda Constitucional nº 26: “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”. Entretanto, segundo SILVA (2006, p. 316) o direito de moradia já era reconhecido como um direito social desde a promulgação da Constituição, por força do disposto no art. 23, IX, que dispõe sobre a competência comum de todos os entes federativos de “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento”, traduzindo um poder-dever do Estado de garantir moradia à população.

Observe-se que diversos outros trechos da Constituição reconhecem de forma implícita o direito fundamental a moradia, tais quais: o artigo 7º, inciso IV, que determinou que o salário mínimo deveria ser capaz de atender às necessidades fundamentais do trabalhador e de sua família, que tem como um dos seus elementos, a moradia; a função social da propriedade (art. 5º, XXIII, e artigos 170, inciso III e 182, parágrafo 2º), a previsão constitucional do usucapião especial urbano (art. 183) e rural (art. 191) que condiciona o reconhecimento do domínio útil ou da propriedade à utilização do imóvel para fins de moradia (SARLET, 2003, p. 12).

Por outro lado, no âmbito infraconstitucional, diversos normativos tratam sobre o tema: o Estatuto da Cidade que estabeleceu como um dos objetivos da política urbana a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante a garantia “do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações”; a Lei 10.840/2005 que Cria o Programa Especial de Habitação Popular – PEHP; a Lei nº 11.124, de 2005 que é um marco da moradia social, isso porque criou o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS), e instituiu o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS) com intuito de assegurar o direito à moradia para a população de baixa renda; a Lei nº 11.481, de 2007 que prevê diversas medidas para regularização fundiárias de imóveis da

União que estão ocupados por população de baixa renda; a Lei nº 11.977 de 2009 que dispôs sobre a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas e regulamentou a demarcação urbanística e a usucapião administrativa, além de instituir o Programa Habitacional para famílias com renda de 1 a 3 salários mínimos (baseado na compra da propriedade privada).

Segundo SARLET (2010, p.21) o direito constitucional à moradia compreende um complexo de posições jurídicas de direitos e de deveres que tem duas dimensões, uma negativa (função defensiva) e outra positiva (função prestacional).

Em razão de sua extensão negativa, a moradia estaria resguardada contra agressões de terceiros, havendo um dever jurídico de se respeitar e não se afetar o direito de moradia das pessoas (SARLET, 2010, p.21). O Estado, assim como qualquer indivíduo, é abarcado por esta dimensão e deverá “abster-se de promover deslocamentos involuntários de população carente que pode ser regularizada nos locais que ocupa” (SANTOS, LUFT e MEDEIROS, 2015, p.3).

Por outro lado, o direito à moradia ostenta um caráter positivo, atribuindo ao Estado uma atuação positiva na sua efetivação e na sua garantia. Assim, o Estado deve viabilizar a implementação de políticas habitacionais que efetivem a habitação como um direito de todos:

a criação de linhas de financiamento específicas facilitando a aquisição ou construção de residências especialmente para pessoas de baixo poder aquisitivo, o estabelecimento de um sistema de mutirões, ou mesmo a criação de uma rubrica específica na esfera da assistência social (como ocorre em diversos países industrializados) destinada a cobrir – em caráter temporário e em montante variável de acordo com as circunstâncias do caso concreto – despesas com habitação (pagamento de alugueres), nesta hipótese com a vantagem de que com isto estarão sendo estimulados investimentos

na construção de habitações, por sua vez refletindo no incremento dos níveis de emprego e fomento da economia (SARLET, 2010, p. 37-38)

Com efeito, a implementação deste direito deve ter sempre em mente que a casa, a morada, a habitação além de um bem e uma mercadoria, configura-se como uma necessidade básica de qualquer pessoa, uma vez que todos nós precisamos de abrigo, de privacidade, de serviços públicos de infraestrutura etc. Por isso, as políticas habitacionais devem ser entendida como instrumental de acesso à um direito fundamental e concebidas para atenuar desigualdades sociais. Portanto, os setores de baixa renda que não têm acesso a moradia por meio do mercado formal (aluguel, compra e venda) devem ser atendidos prioritariamente.

3. 2 Normas Internacionais sobre Moradia

Em função de sua centralidade e relevância na vida das pessoas, a habitação passou a ser reconhecida internacionalmente como um direito inerente à própria condição humana. Assim, a moradia foi consagrada como um direito humano em 1948 pela Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Humanas, artigo XXV, 1:

“Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”.

Posteriormente, o direito à habitação foi elástico. Não bastava apenas uma habitação, apenas um teto, apenas um abrigo, apenas uma estrutura com parede e teto, a residência agora deveria ser adequada agregando também um padrão mínimo necessário para a existência digna das pessoas. Esse direito à moradia robustecido por diver-

sas garantias, liberdades e proteções é chamado de direito à moradia adequado e é previsto em diversos normativos internacionais. O mais importante deles é o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC (NAÇÕES UNIDAS, 1992) que dispõe:

Artigo 11 – 1. Os Estados-parte no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-parte tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

Assim, a moradia deve permitir o desenvolvimento digno do indivíduo e, segundo a Relatoria Especial da Organização das Nações Unidas (ONU) pela Moradia Adequada ²⁶¹, deve ter como componentes necessariamente: a segurança da posse; a disponibilidade de serviços, de infraestrutura e de equipamentos públicos; o custo acessível; a habitabilidade; a não discriminação e a priorização de grupos vulneráveis; a localização adequada; e a adequação cultural (NACOES UNIDAS, 2015).

Veja-se que internacionalmente a moradia foi consagrada em diversos outros acordos e tratados dos quais o Brasil é signatário, tais quais: a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (art.26), a Convenção Sobre a Eliminação de Todas Formas de Dis-

261. As relatorias especiais de direitos humanos são destinadas "(...)examinar a situação e violações de direitos humanos nos países que formam o Sistema das Nações Unidas. Essas Relatorias Especiais investigam o descumprimento de obrigações internacionais dos países signatários dos Tratados de Direitos Humanos (...) As Relatorias Especiais da ONU podem ser constituídas para investigar a situação dos direitos humanos num determinado país, ou para apurar a situação específica de implementação de um direito humano (como a saúde, moradia, educação)" (SAULE JÚNIOR e CARDOSO, 2005, p.13).

criminação contra a mulher de 1979 (art. 14.2), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965 (art. 5º), Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989 (art. 27.3), Convenção IV de Genebra Relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra de 1949 (art. 53), Convenção dos Trabalhadores Migrantes de 1990 (art. 1º, iii); e Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais de 1989 (art. 7º). Por outro lado, diversas conferências, declarações e planos de ação, tais quais a Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos de 1976, a Agenda 21 de 1992, a Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos de 1996, a Agenda Habitat de 1996 e a Declaração do Milênio e de Desenvolvimento do Milênio de 2000 igualmente auxiliaram a definir diversas perspectivas do direito à moradia adequada e repisaram as obrigações dos Estados-membros da ONU para a concretização desse direito.

3.2.1 O Comentário Geral nº 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC) que tem por incumbência a fiscalização do cumprimento pelos Estados-parte do Pacto Internacional de Direitos Econômicos editou o Comentário Geral nº 4 (UNITED NATIONS, 1991) explicitando o que viria a ser “moradia adequada”. Assim, o CDESC esclareceu que o direito à habitação adequada aplica-se a toda e qualquer pessoa e não deve ser interpretado em um sentido estreito ou restrito que o equipara com, por exemplo, o abrigo provido meramente de um teto sobre a cabeça dos indivíduos. Precisa ser visto como um direito a viver com segurança paz e dignidade. Assim, os elementos constitutivos de uma moradia adequada são:

a) segurança jurídica da posse: direito de todas pessoas terem garantias jurídicas que as protejam de despejos forçados, pressões incômodas e outras ameaças;

b) disponibilidade de serviços, materiais, facilidades e infraestrutura essenciais para saúde, segurança, conforto e nutrição, além de acesso sustentável a recursos naturais e comuns, água apropriada para beber, energia para cozinhar, aquecimento e iluminação, facilidades sanitárias, meios de armazenagem de comida, depósito dos resíduos e de lixo, drenagem do ambiente e serviços de emergência;

c) Custo acessível de tal modo que a obtenção e a satisfação de outras necessidades básicas não sejam ameaçadas ou comprometidas.

d) Habitabilidade da moradia garantido a segurança física dos ocupantes e os protegendo do frio, umidade, calor, chuva, vento ou outras ameaças à saúde, riscos estruturais e riscos de doença.

e) Acessibilidade das Habitações, em especial para aqueles grupos desfavorecidos como idosos, crianças, deficientes físicos, os doentes terminais, os portadores de HIV, pessoas com problemas crônicos de saúde, os doentes mentais, vítimas de desastres naturais, pessoas vivendo em áreas propensas a desastres, e outros deveriam ser assegurados um patamar de consideração prioritária na esfera habitacional;

f) Localização que permita acesso a opções de trabalho, serviços de saúde, escolas, creches e outras facilidades sociais. Além disso, as habitações não deveriam ser construídas em locais poluídos e nem nas proximidades de fontes de poluição que ameacem o direito à saúde dos habitantes;

g) Adequação cultural, os materiais de construção usados e as políticas em que se baseiam devem possibilitar apropriadamente a expressão da identidade e diversidade cultural da habitação.

4- Política Habitacional e a garantia da Segurança na posse

O direito à moradia é concebido como um direito humano e fundamental. Um dos elementos deste direito é a segurança na posse. A ideia de que políticas habitacionais baseadas em um sistema

pleno de propriedade seriam a melhor forma de se garantir esta segurança deve ser contraposta. Nos casos relativos à população de baixa renda, os direitos de propriedade se constituem como uma maneira fraca e autodestrutiva de prover esta segurança, uma vez que acabam por introduzir estas pessoas no mercado habitacional e os sujeitam a diversas relações de desigualdade (MARCUSE, 2008, p. 11). Há diversas alternativas ao direito de propriedade, além do espectro liberal norteado para o mercado privado, que devem ser abarcadas pelo Estado na formulação de suas políticas habitacionais. Confira-se parte do Relatório Temático sobre Moradia Adequada apresentado ao Conselho de Direitos Humanos da ONU em 2012 que versa sobre o tema (ROLNIK, 2011, p. 9):

32. A pesar de la presencia mayoritaria de una gran variedad de sistemas y regímenes de tenencia en todo el mundo, en las últimas décadas la mayoría de los modelos de planificación urbana, ordenación territorial, desarrollo y regímenes jurídicos se han articulado en torno a una forma concreta: la propiedad individual. Esta fijación usual en la propiedad se ha visto respaldada por la doctrina económica predominante basada en la propiedad privada y las fuerzas de mercado.

33. Por ello, el sector financiero y el mercado inmobiliario privado, combinados con las facilidades dadas a las familias para asumir deuda crediticia, se han convertido en los principales mecanismos para encontrar soluciones de alojamiento. La ayuda extranjera de las organizaciones internacionales ha tenido una gran influencia en el desarrollo de la financiación de la vivienda en condiciones de mercado e impulsado la actividad de los mercados inmobiliarios en los países en de-

sarrollo. Pese a que las experiencias en materia de política inmobiliaria difieren entre sí ligeramente, la mayoría de los países optaron por promover los mercados inmobiliarios y la propiedad individual, privatizando los programas de viviendas sociales y desregulando los mercados de crédito inmobiliario. Esto fue patente en la mayoría de las economías que anteriormente estaban planificadas, que en los años noventa privatizaron las viviendas públicas a gran escala, lo que provocó cambios radicales en la estructura de la tenencia. En muchos de esos países, las viviendas ocupadas por sus propietarios constituyen actualmente más del 90% del parque inmobiliario (A/67/286, párr. 6).

34. En los países en desarrollo, se alentó a los gobiernos a poner en marcha programas de otorgamiento de títulos de propiedad individual de las tierras como principal medio no solo para aumentar la seguridad de la tenencia, sino también para facilitar el acceso al crédito institucional y reducir la pobreza. Implícitamente, se daba por descontado que la seguridad de la tenencia, entendida como el hecho de disponer de títulos apropiados, fomentaba la inversión inmobiliaria. Otro factor influyente fue la idea de que existe una correlación directa entre la propiedad de bienes y la riqueza en occidente o la pobreza en los países en desarrollo. Por consiguiente, los índices de vivienda en propiedad en todo el mundo en general han ido en ascenso desde los años cincuenta.

(...)

89. Siguen sin despejarse algunas interrogantes sobre las condiciones mínimas que deberían cumplir estos enfoques para garantizar la seguridad de

la tenencia, el tipo de estructuras institucionales que se requerirían para su aplicación y si esos enfoques pueden reproducirse en otros contextos y a distinta escala. Esto es especialmente relevante para las formas de tenencia que han recibido menos atención y apoyo en las investigaciones, las políticas y las prácticas, como los fondos de tierras comunitarias, los modelos de tenência colectiva y la propiedad en régimen de cooperativa.

90. Debe prestarse más atención a otras formas que han garantizado la seguridad de la tenencia en el pasado, como los arrendamientos. Los porcentajes de vivienda en alquiler han disminuido en muchos países, al igual que el grado de seguridad asociada a este régimen, como se observa, por ejemplo, en algunos países europeos. En otros países, los arrendamientos están bien establecidos y, en algunos, el papel de la vivienda de alquiler atrae una atención renovada o se utiliza de manera innovadora para evitar que haya personas en la calle.”

Com efeito, deve-se ressaltar que o direito à moradia não pode ser confundido com o direito a ter uma propriedade, como ocorreu até então com as políticas habitacionais executadas, uma vez que este direito tem um caráter mais axiológico do que o direito à propriedade e objetiva garantir não só um abrigo ao indivíduo frente as intempéries, como também um mínimo de dignidade. Não se limita, portanto, à titulação de propriedade e pode ser garantido por variados instrumentos jurídicos, tais quais: aluguel, concessão de direito real de uso, legitimação da posse etc.

5 - Conclusão

Até o presente momento as políticas públicas habitacionais brasileiras tiveram um viés econômico, tratando a moradia como um

valor de troca, uma mercadoria, que deve ser provida pelo mercado imobiliário por meio de políticas estatais de financiamento e fomento. O déficit habitacional brasileiro, no entanto, só pode ser solucionado se adotarmos uma concepção de políticas públicas que tenha como marco teórico a moradia como um direito social.

Nesse sentido, Conclui-se que as políticas públicas de habitação não devem focar exclusivamente na propriedade privada como a melhor solução para a questão da moradia e devem estar atentos a formas alternativas de provimento deste direito com diferentes modalidades, preços, qualidades e localizações que possam encaixar no perfil social e econômico de cada pessoa ou família e nas suas necessidades (CRUZ e MORAIS, 2009, p. 42). Nesse sentido, deve-se trabalhar para que as políticas habitacionais tenham mais diversidade e opções e que a política da casa própria seja complementada por outras formas de acesso à moradia digna.

8 - Referências bibliográficas

CARDOSO, Adauto Lúcio; ARAGÃO, Thêmis Amorim; SOUZA ARAÚJO, Flávia. Habitação de interesse social: política ou mercado? Reflexos sobre a construção do espaço metropolitano. Anais: Encontros Nacionais da ANPUR, v. 14, 2013.

CASTRO, Carolina Maria Pozzi de. A explosão do autofinanciamento na produção da moradia em São Paulo nos anos 90. Tese de Doutorado – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo (FAU): USP, São Paulo, 1999.

CRUZ, Bruno de Oliveira; MORAIS, Maria da Piedade. Housing demand, tenure choice, and housing policy in Brazil. In: Urban Land Markets. Springer Netherlands, 2009. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTURBANDEVELOPMENT/Re->

<sources/336387-1269364687916/6892589-1269394475210/piedade.pdf>. Acesso em 13 de outubro de 2016.

FUNDACAO JOAO PINHEIRO. Centro de Estatística e Informações. Déficit habitacional no Brasil 2013-2014 / Fundação João Pinheiro. Centro de Estatística e Informações – Belo Horizonte, 2016.

MARCUSE, Peter. O caso contra os direitos de propriedade. Cidade (i) legal. Rio de Janeiro: Mauad, 2008.

NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Adotado pela Assembleia das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 e em vigor em 3 de janeiro de 1976. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Justiça, 1992. Disponível em: < http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm > . Acesso em: 16 set. 2016.

NACOES UNIDAS, Relatoria Especial da ONU para o Direito à Moradia Adequada. Como fazer valer o direito das mulheres à moradia? Disponível em: < <http://direitoamoradia.org/wp-content/uploads/2012/01/guiamulheres-PT.pdf> > . Acesso 3 de outubro 2016.

OSÓRIO, Leticia Marques. O direito à moradia como direito humano. Direito à moradia adequada: o que é, para quem serve, como defender e efetivar. Belo Horizonte: Fórum, p. 39-68, 2014.

PISARELLO, Gerardo. Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. Icaria, Barcelona, 2003.

ROLNIK, Raquel. Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel

de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto. Publicación de la Asamblea General de la ONU. Diciembre, 2011.

ROLNIK, Raquel. Eu sou você amanhã: a experiência chilena e o 'Minha Casa, Minha Vida'. Correio da Cidadania, v. 11, n. 05, 2012.

SANTOS, Milton. São Paulo: metrópole fragmentada corporativa. São Paulo: Nobel, 1990.

SANTOS, Angela Moulin Simões Penalva; LUFT, Rosangela Marina; MEDEIROS, Mariana Gomes Peixoto. DIREITO À MORADIA: UM DIREITO SOCIAL EM CONSTRUÇÃO NO BRASIL—A EXPERIÊNCIA DO ALUGUEL SOCIAL NO RIO DE JANEIRO. Planejamento e Políticas Públicas, n. 46, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 20, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009, 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em: 13 de outubro de 2016

SAULE JÚNIOR, Nelson; CARDOSO, Patrícia de Menezes. O Direito à Moradia no Brasil.

São Paulo: Instituto Pólis, 2005. Disponível em: http://www.biblioteca digital.abong.org.br/bitstream/handle/11465/412/PO-LIS_direito_moradia_brasil_viola%3%A7%3%B5es_praticas_positivas.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 3 de outubro de 2016.

SAULE JÚNIOR, N.; SARNO, D. L.; RODRIGUES, A. I. Conflitos coletivos sobre a posse e a propriedade de bens imóveis. Série Pensando o Direito, n. 7, 2009. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2011/08/07Pensando_Direito_relatorio.pdf. Acesso em 13 de outubro de 2016.

UNITED NATIONS. Committee on Economical, Social and Cultural Rights. General Comment N° 04: The Right To Adequate Housing (Art. 11, Para. 1). Geneva, 1991. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/469f4d91a9378221c12563ed0053547e>> . Acesso em 17 set. 2016.

UNITED NATIONS CENTRE FOR HUMAN RIGHTS (UNHR). Human Rights Fact Sheet n. 25 on Forced Evictions and Human Rights, Nações Unidas, Genebra, 1996. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet25en.pdf>. Acesso em 13 de outubro de 2016.

PRODUÇÃO DO ESPAÇO URBANO: O DIREITO À CIDADE EM BARCELONA 1992 E RIO DE JANEIRO 2016

Vitor Fraga da Cunha²⁶²

INTRODUÇÃO

A população urbana, em toda parte do mundo, está crescendo. Segundo relatório da ONU²⁶³, 54% da população mundial vive em área urbana, e a expectativa é que essa proporção aumente para 66% em 2050. Esse fato, tem feito a atenção de todos, cada vez mais, se voltar para a cidade.

Desta maneira, tendo vista a crescente urbanização, cresce a importância de se discutir que cidades estão sendo construídas, por mais que haja inúmeros pesquisadores se debruçando sobre o tema, ele está longe de ser esgotado, uma vez que novas lacunas aparecem constantemente. Uma dessas lacunas é como está sendo feito o processo de elaboração dos projetos de cidade. Assim, visando colaborar para o preenchimento dessa lacuna, o presente trabalho tem como objeto a análise a participação popular na tomada de decisões na realização dos Jogos Olímpicos de 1992 em Barcelona e de 2016 no Rio de Janeiro. E a partir dessa análise, concluir se esse processo contribui para uma cidade inclusiva ou exclusiva, a partir da efetivação do direito à cidade. Este é o direito coletivo que

262. Graduando em Direito pela Estácio de Sá, Bolsista PIBIC/UNESA, fragavitor10@gmail.com

263. <http://www.unric.org/pt/actualidade/31537-relatorio-da-onu-mostra-populacao-mundial-cada-vez-mais-urbanizada-mais-de-metade-vive-em-zonas-urbanizadas-ao-que-se-podem-juntar-25-mil-milhoes-em-2050>

dá a sociedade a liberdade de modelar o espaço urbano, por que ao reinventar a cidade, nós reinventamos a nós mesmos. Os hábitos, as características, as necessidades de uma sociedade são proporcionais com a cidade que ela tem.

A questão de que tipo de cidade queremos não pode ser divorciada do tipo de laços sociais, relação com a natureza, estilos de vida, tecnologias e valores estéticos desejamos. O direito à cidade está muito longe da liberdade individual de acesso a recursos urbanos: é o direito de mudar a nós mesmos pela mudança da cidade. Além disso, é um direito comum antes de individual já que esta transformação depende inevitavelmente do exercício de um poder coletivo de moldar o processo de urbanização. A liberdade de construir e reconstruir a cidade e a nós mesmos é, como procuro argumentar, um dos mais preciosos e negligenciados direitos humanos. (HARVEY, 2008)

Por conta disso, no que concerne ao direito à cidade, a Constituição garante participação da sociedade na construção e elaboração dos planejamentos estratégicos, ratificado no Estatuto das Cidades. A CRFB/88 em seu art. 182 estabelece que cabe ao poder público municipal executar a política urbana, tendo por objetivo ordenar ou conformar a cidade, e o seu processo de desenvolvimento, no sentido da sua função social e da capacidade de garantir o bem estar de todos os seus habitantes. O Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001, que regulamentou o referido artigo, exige que todo o processo de elaboração e de efetivação da política urbana se dê com a participação da sociedade civil de modo democrático participativo através de conselhos urbanos, debates, conferências, audiências públicas e consultas populares diretas.

METODOLOGIA

Quanto à metodologia, foi utilizado o estudo de caso, entendendo ser esse, segundo Vainer (1999), o melhor método para observar esse fenômeno social dentro da realidade posta, observando as situações da vida social no recorte proposto e pela análise qualitativa dos estudos observados. A técnica de pesquisa utilizada serão a análise documental e revisão bibliográfica.

Megaeventos e produção do espaço

Neste trabalho, pensaremos a cidade do ponto de vista geoeconômico, ou seja, das atividades econômicas vistas a partir de uma perspectiva espacial. A cidade do ponto de vista geoeconômico é:

[...] uma localidade central, de nível maior ou menor de acordo com sua centralidade – ou seja, de acordo com quantidade de bens e serviços que ela oferta, e que fazem com que ela atraia compradores apenas das redondezas, de uma região inteira ou, mesmo, de acordo com o nível de sofisticação, do bem ou serviço, do país inteiro e até de outros países. (LOPES, 2003)

Tendo em mente este aspecto geoeconômico, nota-se que a importância da cidade é proporcional a quantidade de bens e serviços que ela oferta, isto é, quanto mais consumidores ela atrair, maior será seu destaque, influencia e poder. Assim, visando seu crescimento, as cidades disputam entre si para atrair esses consumidores.

Por conta disso, um novo modelo de planejamento, o estratégico, ganha visibilidade a partir de Barcelona, quando faz uma reestruturação urbana para sediar os Jogos Olímpicos de 1992. Este passa a ser uma grande referência em termos de planejamento estratégico, projeto no qual foi exportado para várias cidades como modelo à ser seguido.

O planejamento estratégico, tem como características a produtividade, competitividade e subordinação dos fins a lógica do mercado, características essas que Harvey (1996) chamou de empresariamento da gestão urbana. Isto é, o planejamento estratégico trata a cidade como empresa e aplica nela técnicas de gestão empresarial. A cidade passa a ser tratada como um produto a ser vendido e é pensada e planejada de acordo com o com as características dos compradores visados. Tais características, auxiliam a cidade seu objetivo no seu já cidade objetivo de atrair consumidores.

Um dos pilares do planejamento estratégico é o processo democrático de sua elaboração, ou seja, necessita-se de apoio e participação popular, necessita-se de consenso. A realização de um megaevento é um meio de se conseguir esse consenso, pois pode fazer a população se unir através do desejo de realizá-lo. Os megaeventos:

São programas de vários equipamentos que beneficiam economicamente uma cidade inteira, como jogos olímpicos, as exposições internacionais, etc. Promovem a imagem da cidade, ao mesmo tempo que adotam, através de financiamentos externos, a cidade de equipamentos urbanos numa escala impensável para ser custeada exclusivamente com o orçamento municipal, adquirindo por esta razão um forte poder simbólico, como ocorreu em Barcelona e em Sevilla (COMPANS, 1996).

Barcelona 1992: um novo modelo de cidade

A década de 1970 foi marcada por grande crise urbana, e foi sucedida por uma era no qual a atuação local ganha destaque. Nesse cenário, Barcelona tornou-se referência ao realizar os Jogos Olímpicos de 1992. A cidade já havia começado a se destacar no início da década de 1980. Após a Espanha passar por uma ditadura de 37 anos sob o comando do general Francisco Franco, Barcelo-

na teve seu primeiro governo municipal democraticamente eleito. Com a democracia restabelecida, era consenso entre os catalães a necessidade de se realizar um planejamento para a cidade, a fim de melhorar a qualidade de vida da população. O planejamento era urgente, já que Barcelona sofreu fortes impactos com a crise dos anos 70. O que se via era uma cidade degradada, com ampla segregação social. Essa consciência de crise foi fundamental para a construção política de um projeto de cidade.

Na década de 1980 a cidade se recuperou, através do planejamento urbano, os efeitos da crise foram contidos, a atividade econômica ganhou força. Era um modelo de desenvolvimento baseado em intervenções de pequena escala. Por exemplo, no ano de 1985 iniciou-se uma campanha, com o slogan “Barcelona, ponte guapa”, a fim de restaurar fachadas, em 1988 já haviam sido restauradas 1.121 fachadas. Mas as intervenções mudaram drasticamente quando Barcelona, em meados da década, foi eleita para sediar os Jogos Olímpicos de 1992. O que fez a cidade receber recursos financeiros cada vez maiores, e as intervenções, que antes eram pequenas, foram crescendo proporcionalmente. E a prioridade que antes era melhorar a qualidade de vida da população, passou a ser preparar a cidade para a realização dos Jogos.

Dentre as ações propostas pelo Plano Estratégico de Barcelona, cerca de 30% foram classificadas como imediatas – correspondendo a projetos que já se encontravam em execução; 20 % consideradas como de curto prazo – projetos para os quais se criavam comissões ou consórcios entre instituições para assegurar-lhes a implementação; sendo que o restante consistia na descrição de 25 ações com um nível escasso de definição, em geral não estratégicas mas que “se haviam introduzido em função de que um processo participativo sempre

obriga a aceitar propostas de setores que não querem ficar à margem do processo, apesar de sua escassa relevância estratégica”. (COMPANS, 1996)

Ao se dar um novo uso ao espaço urbano, busca-se torna-lo mais atrativo a seus usuários. O desenvolvimento de Barcelona teve como pilares reforçar a capacidade de atração da cidade como centro cultural, comercial e turístico. E os espaços de consumos são imprescindíveis para construir essa imagem da cidade. Esses espaços, apesar de serem privados, são de uso público e se transformaram num mundo em si mesmos, tendo uma realidade diferente a que há fora de seus muros. Com isso, o ato de comprar torna-se necessário para participar dessa cultura.

Mais de 80% das intervenções foram em projetos urbanos e infraestrutura não relacionada aos espaços esportivos, esse projeto de uso da cidade gerou uma imagem positiva. Como exemplo dessas intervenções, está a faixa marítima. Começa-se um projeto de recuperação da frente litoral que cria novas praias, passeios marítimos e bairros residenciais.

Entre esses espaços criados, há o L'illa: um grande centro comercial. Possui uma área comercial de 35.000 m² e 48.000 m² de escritórios, com uma frente de 334 m. Está localizado ao noroeste do centro de Barcelona, entre a Avenida Diagonal e as ruas Deu Mata, Numancia e Pau Romeva . Foi promovido por campanhas, tais como “Barcelona ciudad de compras” e “Barcelona shopping line”. Sua construção fez uso de uma prática que veio a se tornar comum com o planejamento estratégico: a revitalização, que substitui as construções antigas por novas em uma determinada área, resignificando-as.

Também foi construído o Maremagnum, um centro comercial feito numa área a beira mar remodelada, que além de comércio, trouxe um novo estilo de vida noturna para a cidade, tornando-se

um point boêmio que fez sucesso com os turistas e os próprios espanhóis. Contudo, com o tempo, o lugar perdeu todo seu simbolismo, virando uma construção que fazia menos sucesso que o planejado, dadas as suas proporções, e encerrou suas atividades noturnas em 2002, limitando-se as suas atividades comerciais.

Outra construção de destaque foi Porto Olímpico, um porto esportivo situado em frente à Vila Olímpica, entre as praias de Somorostro e Nova Içària. Ele foi fruto de um grande projeto que modificou o litoral completamente. Sendo inaugurado em 1991, serviu de sede para as competições de vela e após os jogos se consagrou como um grande ponto turístico e de lazer, oferecendo diversos restaurantes especializados em frutos do mar, lojas, além de diversas discotecas, o que garante a presença de turistas tanto ao dia quanto a noite.

Mais uma intervenção de destaque foi a revitalização da praça Glòries Catalanes, que fica situada entre três vias: Gran Vía, Diagonal e Meridiana. Na ocasião, construiu-se um viaduto a partir da Gran Vía que atravessa toda a praça. Para quem mora nas redondezas, o viaduto tornou-se um grande empecilho, pois é uma barreira no meio do bairro. Na época, foi dito que isto seria temporário, mas um artigo de 2013 mostra que o transtorno ainda existia até aquela presente data. Importante destacar, que, além disso, o Bairro Poble nou – onde se localiza a praça – que era um antigo bairro industrial, com as intervenções, transformou-se em um bairro destinado a servir de sede para pequenas e grandes empresas.

Pelas características das intervenções expostas, todas foram alvo de muitas críticas. Uma das mais criticadas foi a Vila Olímpica de Nova Içaria Ela foi construída para abrigar os atletas dos Jogos Olímpicos de 1992. Ao estabelecer o uso residencial para as quadras projetadas, o projeto visava fazer alojamentos para os atletas, que, findo os jogos, pudessem servir de habitação para a população. Além disso o projeto se propôs a recuperar a frente marítima desta antiga zona da cidade, ocupada, até então, por instalações portuárias e indus-

trias desativadas, pela linha férrea e pelo anel viário. Bem como a recuperação total da orla – tornando-a um espaço turístico -. A orla foi planejada pelos estrangeiros Álvaro Siza, Frank Gehry e o escritório SOM. Junto com revitalização da orla, um grande centro comercial que oferta uma grande variedade de serviços foi construído.

A crítica sobre o projeto da Nova Icaria recaí sobre sua principal característica: a revitalização. Pois o remodelamento daquela antiga área é visto como um ataque a história local. Isso somado ao fato dos gastos com as obras terem ficado além do necessário para as necessidades olímpicas, como foi o caso da remodelação do Estádio Olímpico, feita por Vittorio Gregotti. A crítica aumentou ao término dos jogos, pois ao invés da área residencial se tornar habitação para a população de classe média, tornou-se um polo turístico. O que favoreceu a especulação imobiliária, havendo uma grande valorização dos imóveis dessa área, e o que era para ser um bairro de classe média, torna-se um bairro de luxo, voltado para as necessidades da classe alta, a burguesia. Esse fato dificultou a ocupação do local.

Outra crítica recaí sobre a publicidade feita para transmitir a ideia de diversidade cultural na “nova” Barcelona, como se a cidade estivesse sendo feita por todos e para todos. O que não é verdade, já que o sucesso do projeto, consistia na retirada dos cidadãos de baixa renda das principais áreas da cidade, marginalizando-os. Um exemplo disto, foi o desalojamento de uma comunidade local de ciganos . Essa marginalização da pobreza se dá através de um processo de gentrificação. Bairros indesejáveis são enobrecidos e, por conta disso, tornam-se inacessíveis a população de origem. Esse processo violento é mascarado ao ser rotulado com eufemismos como “renovação”, “reabilitação” e “requalificação” urbana. Junto a esse processo vem a especulação imobiliária, que encarece o solo e torna a cidade inacessível ao cidadão comum.

Transformado em uma máquina de crescimento que patrocinou o turismo e a especulação imobiliária

ria, o desvio que o “Modelo Barcelona” tomou nos anos que antecederam os Jogos Olímpicos e após os mesmos tornou-o irreconhecível até para alguns de seus criadores. Era apenas uma questão de tempo até que a insustentabilidade do modelo se tornasse evidente. Desde o início da crise econômica e da recessão, em 2008, um “estado de emergência social” tem agravado problemas persistentes associados ao turismo de massa e à gentrificação. Dezenas de milhares de famílias que não tinham condições de pagar hipoteca foram despejadas de suas casas à força; níveis de desemprego dispararam, especialmente entre os jovens; esforços para arcar com contas de luz e água tornaram-se uma realidade generalizada; e os riscos reais de exclusão social se multiplicaram. (ILL-RAGA, 2016)

Rio 2016: Qual será o seu legado?

Assim como Barcelona usou os Jogos Olímpicos de 1992, o Rio de Janeiro candidatou-se para sediar os mesmos jogos em 2004.

A instrumentação da démarche empreendida na reestruturação urbana da Catalunya inicia-se logo nos primeiros meses do governo Cesar Maia, em 1993, com a realização de um seminário - Estratégias Urbanas: Rio- Barcelona - cujo objetivo foi o de apresentar a bem-sucedida experiência de transformação urbana e econômica ocorrida naquela cidade, contanto para isso com a participação dos seus principais responsáveis técnicos. Além dos convidados catalães, o seminário reuniu prefeito, vice-prefeito, secretários municipais, técnicos do órgão público e ONG's, professores universitários, estudantes e assessores de diversos partidos. (COMPANS, 1996)

Como as características da cidade-empresa são pensadas de acordo com o público alvo, a cidade catalã e a carioca são muito parecidas porque tem como foco os mesmos compradores: não visam a um público amplo, visam a uma classe restrita, a elite. Por isso, ambas as cidades se utilizaram dos mesmos instrumentos para o projeto: parcerias público-privadas, intervenções urbanas pontuais em áreas com potencial de valorização, revitalização de áreas centrais e portuárias.

A prefeitura do Rio de Janeiro, em 22 de novembro de 1993, faz um acordo com a Associação Comercial (ACRJ) e a Federação de Indústrias (FIRJAN), que deu início a elaboração do Plano Estratégico do Rio de Janeiro (PECRJ). Como já foi dito, um dos pilares do planejamento estratégico são as parcerias públicos-privadas (PPP), assim, em 4 de fevereiro de 1994, 46 empresas e associações empresárias instauraram o Consórcio Mantenedor do PECRJ. O próximo passo, foi a contratação de uma empresa consultora catalã, a Tecnologias Urbanas Barcelona S.A. (TSUBASA) para assumir a Direção Executiva do Plano.

Para mostrar ao mundo a aptidão da cidade à sede de um megaevento, publicidade e propaganda é fundamental. O marketing externo realizado pela prefeitura do Rio sobre a candidatura da cidade à sede das Olimpíadas, tinha o intuito de mostrar diversas qualidades urbanas, uma cidade ordenada, com instituições locais competentes e uma violência controlada. Já o marketing interno ressaltava todos os benefícios que seriam conquistados a partir de novos recursos que seriam captados, e o aumento de investimento do setor privado, além do destaque internacional que a cidade ganha, além do destaque internacional que a cidade ganharia, o que traria orgulho não só para os cariocas, mas para todos os brasileiros.

Por conta disso, em 31 de outubro de 1994, foi criado o Conselho da Cidade – a cúpula do PECRJ. Sua composição é ampla:

[...] mais de 300 membros. Dentre esses é possível contar cerca de 20 entidades associativas

populares e sindicatos, bem como algumas instituições acadêmicas. Muitas empresas, o Lyons Club, a Liga Independente das Escolas de Samba, o Tijuca Tênis Clube, organizações não governamentais para todos os gostos.... À primeira vista, temos aí uma razoável, embora não proporcional, representação do espectro social e cultural da cidade. Os critérios, no entanto, não são nada claros: há indivíduos (personalidades), empresas, entidades representativas, lado a lado. (VAINER, 1996)

Também foi criado um Conselho Diretor, composto empresários e representantes de associações comerciais, empresas jornalísticas, reitores das principais universidades da cidade, o secretário de urbanismo do município, o secretário estadual de planejamento e políticos conservadores. Importante notar, que aqui, não há representantes de entidades sindicais ou comunitárias. Com a PECRJ estruturada, grupos de trabalhos seguindo a metodologia catalã de identificar pontos fracos e fortes, definiram as prioridades do projeto, o que resultou, finalmente, na consolidação do documento final, que foi homologado pelo Conselho da Cidade.

O Rio não foi eleito para sediar os Jogos de 2004, mas os políticos e empresários continuaram engajados no projeto, e, como vimos a partir da experiência catalã, o consenso da população entorno do empreendimento é essencial. A fim de construí-lo, a Prefeitura do Rio, de 2006 a 2009, gastou entre R\$ 100.000 e R\$ 800.000 por ano em publicidade e propaganda, segundo o FINCON, o sistema municipal de administração. Após a cidade conseguir ser eleita como sede, o prefeito Eduardo Paes, que assumiu o cargo em 2009, elevou esse gasto para R\$ 27 milhões em 2010 e para R\$ 127 milhões em 2015. Todo esse investimento foi para vender a ideia de como a cidade melhoraria com o legado olímpico. O programa “Morar Carioca” lançado em 2010, por exemplo,

foi muito vendido como legado social dos jogos, uma vez que ele previa a urbanização de todas as favelas até 2020. Mas até 2016, não vemos a efetivação do projeto. Esse foi outro projeto que não contou com nenhuma participação popular.

Agora, vamos entrar mérito do legado olímpico, isto é, aquilo que a olímpiada deixou para a cidade após seu término. Socialmente, o legado foi negativo. A Vila Autódromo, por exemplo, que em outros tempos era formada por 700 famílias, hoje só têm 20 famílias, devido as remoções.

Para amenizar esses efeitos, em 08 de março de 2016, o prefeito do Rio, Eduardo Paes, apresentou um Plano para a Vila Autódromo para um restrito grupo de jornalistas. O que gerou indignação, e fez a população exigir que o plano fosse debatido abertamente com a comunidade. Mais uma vez o direto à cidade não foi efetivado, e a cidade foi pensada de “de cima para baixo”. Atualmente, tudo que existe publicamente a respeito do plano é um Powerpoint. E, ao lê-lo, vemos que o na pratica foi remoção e demolição, é chamado de urbanização.

As propostas da prefeitura não vão de encontro as propostas formuladas pela população, que formam o Plano Popular. Tal plano, foi idealizado a fim apresentar alternativas para construção de uma cidade inclusiva. Enquanto, o Plano Popular apresenta a manutenção das estruturas existentes, juntamente com a construção de novas casas para os moradores que tiveram suas casas demolidas, mesmo não aceitando as ofertas da prefeitura. O Plano da Prefeitura propõe demolir todas as casas existentes e construir novas em uma única rua.

A prefeitura planeja fornecer serviços públicos exigidos de esgoto e iluminação para as ruas refeitas. O plano também prevê uma igreja e uma quadra de basquete, mas é perceptível a falta de planos para a maioria dos espaços propostos pelos moradores para atender às necessidades especí-

ficas da comunidade, incluindo uma creche, um espaço multiuso com atividades que vão desde cursos de educação para adultos a uma agência de emprego, e espaços de exercício para os idosos, além de outros espaços de lazer. O mapa do plano da prefeitura carece de um edifício para a Associação de Moradores, apesar do fato de que a Associação é parte integrante da história e do senso de comunidade da Vila Autódromo, além de ser esperado que exista uma em todas as favelas para representá-las legalmente. (ROBERTSON, 2016)

Há 7 anos, desde 2009, quando foi anunciada a remoção da Vila por conta das Olimpíadas. Nesse período, 80% das famílias foram removidas do local, e as que permaneceram enfrentaram grandes empecilhos por uma vida digna. Durante todos esses anos, ocorreu muita mobilização popular, através de redes sociais, vigílias, ocupações e o já mencionado Plano Popular para a Vila.

Uma proposta dos moradores, para uma cidade inclusiva, não acatada pela prefeitura, foi o retorno de uma linha de ônibus para facilitar o acesso à cidade. A área de transporte é outro legado olímpico.

Em seu mandato de sete anos até agora como prefeito do Rio, Eduardo Paes sublinhou investimentos em transporte como seu principal legado de infraestrutura: mais de R\$200 milhões nos teleféricos que circulam em todo o Complexo do Alemão e outro sobre a Providência; BRTs foram instaladas; uma expansão do sistema de metrô vai ligar a Zona Sul à Barra da Tijuca; e em abril um VLT (veículo leve sobre trilho) vai cobrir a área do Porto e do Centro da cidade. Atualmente, existem mais meios de transporte disponíveis do que nunca. (SALVESEN, 2015)

Todo esse investimento foi destinado a tornar o Rio de Janeiro ainda mais exclusivo: até 3 de outubro de 2015, 11 linhas de ônibus que ligam a Zona Oeste ao Centro da cidade foram cortadas. Em seguida, até 24 de outubro de 2015, 8 linhas da Zona Norte ao Centro foram extintas. Essas mudanças só geraram transtornos para a população de renda mais baixa, que antes só precisava pegar um ônibus para chegar ao centro, onde muitos trabalham. Agora, precisam pegar 2 ônibus. Além do tempo adicional de viagem, o que por si só já prejudica a qualidade de vida, ainda a questão do custo. Os usuários do Bilhete Único podem se transferir de um ônibus para o outro pagando uma única tarifa de R\$ 3,40, quando a conexão é feita em menos de duas horas e meia. Com essas novas rotas, muitos passageiros têm seus Bilhetes Únicos expirado, ao terem que esperar no ponto para pegar o segundo ônibus. Sem contar, quando ele não expira porque a primeira viagem é longa demais (passa o prazo de duas horas e meia), o que acontece muito nas linhas integrada 8 (Recreio-Rio Sul) e integrada 9 (Piabas-Rio Sul).

Por fim, outro problema acentuado com o remanejamento das linhas de ônibus, é o aumento de preconceito. Uma vez que, por conta de arrastões cometidos por uma minoria, ocorreu inúmeros relatos de policiais parando ônibus saindo da Zona Norte para a Zona Sul, prendendo e detendo jovens negros que estavam indo ter um momento de lazer nas praias, a fim de evitar um possível arrastão. Quando há pessoas que não tem livre acesso a toda e qualquer parte da cidade, algo está errado.

Conclusões

É evidente a dificuldade de comparação entre a cidade catalã e a carioca. A primeira, tem 1,6 milhões de habitantes, a segunda, 6,4 milhões. O crescimento de Barcelona após os Jogos de 92 teve relação direta com a entrada da Espanha na União Europeia. O Rio, por sua

vez, realizou os jogos num contexto de crise econômica nacional, instabilidade política e o estado de calamidade pública do Rio de Janeiro.

Outra diferença, é que se em Barcelona a Olimpíada foi realizada para catalisar projetos já existentes em seu plano de reestruturação urbana, no Rio de Janeiro o planejamento da cidade e a prioridade dos investimentos públicos é que passam a ser determinados pelo projeto do evento.

Contudo, é possível traçar semelhanças entre os dois projetos olímpicos: mobilização dos moradores para defender seus interesses coletivos e direito à cidade - contra a gentrificação e as remoções - e o marketing feito na cidade para transformá-la numa marca. Em Barcelona, associações de moradores e organizações civis lutaram contra o projeto olímpico, que destruía o patrimônio histórico e pela melhoria de condições de vida nos bairros mais periféricos. Outra semelhança: a pressão do setor privado sobre as políticas urbanas, como é o caso do Porto Maravilha.

Com as experiências catalã e carioca, percebe-se que a cidade-empresa nega a cidade enquanto espaço político. Uma vez que ela não é um espaço democrático. A população fica vinculada às decisões tomadas por um pequeno grupo. Não há espaço para o contraditório. Na empresa, tudo que importa é a obtenção de lucro - para o pequeno grupo. Um processo legítimo, precisa de um processo verdadeiramente democrático, com consenso da população, e não um consenso “maquiado” como visto nos exemplos expostos nesse trabalho.

Nota-se, em ambos os casos, que o sentimento de crise é um fator decisivo para criar o consenso, pois faz a população apoiar o projeto, na esperança da remediação dos conflitos internos. Por isso, o governo e empresários temem que o sentimento de crise acabe e a população desapegue do projeto. Para evitar isso, cria-se um “patriotismo da cidade”, um orgulho da cidade que está sendo construída, que não deixa o apoio popular se dissolver. Os megaeventos criam esse orgulho, os cidadãos se orgulham do destaque

internacional que a cidade ganha. Como explica Vainer (2013, p.9): o patriotismo da cidade, ao contrário do sentimento de crise, não é condição, mas resultado do sucesso do próprio projeto”.

No âmbito do direito, a escolha de Barcelona e Rio de Janeiro, não passou por qualquer plebiscito e referendo. E documentos privados de entidades supranacionais assumem hierarquia normativa superior a Constituição, no qual cria-se um estado de exceção, editando-se legislações de emergência. Por exemplo, no Rio, manifestações políticas pacíficas foram impedidas dentro das instalações olímpicas, além do Estado abrir mão de tributar grandes empresas. A Lei 12.780/2013 concede isenção fiscal ao Comitê Olímpico Internacional, ao Comitê Organizador Rio 2016 e a uma série de empresas envolvidas nos Jogos.

A partir da experiência catalã, constata-se que apesar desta ter tido um processo um mais democrático, socialmente, a cidade sofreu nos mesmo pontos que o Rio vem sofrendo: a especulação imobiliária, que gera gentrificação, remoções, e investimentos em áreas privilegiadas em detrimento das áreas periféricas. Por exemplo, a Barra da Tijuca, área destinada à classe-média alta, com intensa especulação imobiliária e historicamente privilegiada pelos recursos públicos, foi uma grande beneficiária dos investimentos. Já os subúrbios, que têm a maior parte da população e carências, não foram contemplados pelo poder público.

Com essas experiências, nota-se que os moradores de cidades que recebem as olimpíadas, não devem esperar para ver se os Jogos melhorarão a situação urbana, eles devem se mobilizar e se organizar para não terem negado o seu direito à cidade. Megaeventos esportivos são alienantes, e deve-se tomar cuidado. Os desígnios de um grupo restrito não são suficientes para erradicar os conflitos e desigualdades do espaço urbano. Não existe cidade perfeita, há uma grande distância em um projeto de “cidade ideal” e a “cidade real”, com conflitos de interesses e contradições que lhe são inerentes.

Para efetivar o direito à cidade e assim criar uma sociedade melhor em todos os planos de integração territorial. Precisa haver

preocupação com o controle dos processos de urbanização e fazer investimentos públicos capazes de assegurar a qualidade de vida. Para isso, se faz necessário, propor intervenções que substituam as livres forças do mercado.

Precisa-se de alternativas ao modelo de cidade expansionista e empresarial. Essa alternativa precisa vir dos autênticos atores sociais: movimentos sociais, ecologistas, sindicais, cooperativas, associações.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

CAMPANS, Rose. A Emergência De Um Novo Modelo De Urbanismo No Rio De Janeiro: O “Urbanismo De Resultados”. p. 215-223, nov.1996

ILL-RAGA, Marta. De Barcelona 1992 ao Rio 2016: Uma história de Duas Cidades Olímpicas. ago. 2016. Disponível em: <<http://riononwatch.org.br/?p=21516>> . Acesso em: 05 set. 2016.

HARVEY, David. The right to the city. *New Left review*, nº 53, set/out 2008.

_____. Do gerenciamento ao empresariamento: a transformação da administração urbana no capitalismo tardio. *Espaços e Debates*; ano XVI, n. 39, 1996, p.48-64.

FORN, Manoel de. *Estratégias de Transformación Urbana y Económica*. Barcelona: Mimeo, 1993, p. 10-11.

LOPES, Marcelo Lopes de. *ABC do Desenvolvimento Urbano*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

ROBERTSON, Cerianne. *Analizando os Prêmios e Reconhecimentos Internacional da Cidade Olímpica*. mai. 2016. Disponível em:

< <http://rioonwatch.org.br/?p=19553#prettyPhoto> > . Acesso em: 10 set. 2016

SELVESEN, Sam. *Cortes de Rota de Ônibus e o Legado de Investimentos no Transporte do Rio São Questionados*. nov. 2015. Disponível em: < <http://rioonwatch.org.br/?p=16943> > . Acesso em: 09 set. 2016

VAINER, Carlos B. *Pátria, Empresa e Mercadoria. Notas sobre a estratégia discursiva do planejamento estratégico urbano*. mar. 1999. p.75-103.

_____. *Os liberais também fazem planejamento urbano? Glossas ao 'Plano Estratégico da Cidade do Rio de Janeiro'*. Proposta, Rio de Janeiro, n. 69, p. 28-34, jun.1996

Este livro foi composto em ITC Slimbach pela
Editora Multifoco e impresso em papel offset 75 g/m².
