

Associação dos Procuradores do Município de Salvador

Presidente: Francisco Bertino B. de Carvalho

Vice-Presidente: Wilson Chaves de França

1º Secretário: Tércio Roberto Peixoto Souza

2º Secretário: Emanuel Faro Barretto

Tesoureira: Sheili Franco de Paula

Diretora Cultural: Tamara Freire Mello

Diretor Social: Rafael Santos de Oliveira

Conselho Fiscal - Efetivos:

Thiago Martins Dantas

Lisiane Maria Guimarães Soares

Andrea Claudia Ribeiro Oliveira

Conselho Fiscal - Suplentes:

Geórgia Teixeira Jezler Campello

Eduardo Amin Menezes Hassan

JAM JURÍDICA é uma revista mensal produzida por
JAM JURÍDICA EDITORAÇÃO E EVENTOS LTDA.

Endereço Comercial:
Av. Praia de Itapuã, 1.137, Quadra 17, Lotes 49/52,
Shopping Vilas Boulevard, Salas D 2.8 e D 2.9 Vilas do Atlântico
Lauro de Freitas – Bahia
CEP 42700-000
Fones: (71) 3342-4531 / 3342-3756 / 3342-3880
www.jam-juridica.com.br
contato@jam-juridica.com.br

Editor:
JAM JURÍDICA EDITORAÇÃO E EVENTOS

Conselho Redacional:
Adilson Abreu Dallari
Afonso H. Barbuda
Alice Maria González Borges
André dos Santos Pereira Araújo
Carlos Alberto Sobral de Souza
Daniela Campos Libório Di Sarno
Luciano Ferraz
Rafael Carrera

Diretor Comercial:
André dos Santos Pereira Araújo
diretoria@jam-juridica.com.br

Coordenação Científica
Editoria Adjunta:
Angélica Guimarães

Revisão:
Rosângela Lyra

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Elizabet Häussler CRB-5/1237

JAM JURÍDICA: Administração Pública, Executivo e Legislativo.
Salvador: Jam Jurídica Editoração e Eventos Ltda. Ano XIX,
edição especial, novembro, 2014.

Periodicidade Mensal

ISSN 1806-1346

1. Administração Pública - Periódico. 2. Administração
Municipal - Periódico. I. Título.

CDU 35(05)

As idéias esposadas nos opinativos e demais matérias doutrinárias
subscritas pelos colaboradores desta revista são de sua exclusiva
responsabilidade.

2 | Ano XIX, edição especial, novembro/2014

ISSN 1806-1346



9 771 806 1341 14

Adilson Abreu Dallari

Advogado
Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP

Afonso H. Barbuda

Chefe da Assessoria Jurídica do Tribunal de Contas dos Municípios/BA

Alice González Borges

Professora Titular de Direito Administrativo da UCSAL
Membro do Conselho Superior do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo

André dos Santos Pereira Araújo

Administrador
Especialista em Gestão Pública Municipal
Bacharel em Direito
Pós-graduando em Direito Público – UNIFACS

Angélica Maria Santos Guimarães

Advogada
Mestra em Direito Público – UFPE
Procuradora Geral do Município do Salvador
Professora Universitária

Benjamin Zymler

Presidente do TCU
Mestre em Direito e Estado – UNB
Formado em Engenharia Elétrica pelo Instituto Militar de Engenharia – IME Formado em Direito pela Universidade de Brasília

Carlos Alberto Sobral de Souza

Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe

Carlos Ayres Britto

Presidente do Supremo Tribunal Federal

Carlos Pinto Coelho Motta (in memoriam)**Carmem Lúcia Antunes Rocha**

Professora Titular de Direito Constitucional da Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG

Celso Antônio Bandeira de Mello

Advogado
Professor Titular de Direito Administrativo da PUC/SP

Cláudio Brandão de Oliveira

Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
Mestre em Direito na área de Justiça e Cidadania
Professor de Direito Administrativo e Constitucional

Daniela Libório

Mestra e Doutora em Direito Urbanístico Ambiental
Professora da PUC/SP
Advogada

Darcy Queiroz

Assessora Jurídica do Tribunal de Contas dos Municípios/BA

Edgar Guimarães

Advogado
Mestre e Doutorando em Direito Administrativo pela PUC/SP
Professor de Direito Administrativo e de Licitações em cursos de Pós-graduação
Consultor Jurídico do TCE/PR

Edite Mesquita Hupsel

Advogada
Procuradora do Estado da Bahia

Evandro Martins Guerra

Advogado
Professor de Direito Administrativo e Direito Financeiro da Faculdade Milton Campos e Universidade FUMEC
Coordenador da pós-graduação em Direito Administrativo do CEAJUF

Fábio Nadal Pedro

Consultor Jurídico da Câmara Municipal de Jundiá/SP

Fabrizio Motta

Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCM/GO
Mestre em Direito Administrativo pela UFMG

Flavio C. de Toledo Jr.

Economista
Técnico do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

Francisco de Salles Almeida Mafra Filho

Doutor em Direito Administrativo pela UFMG
Professor Adjunto I de Direito Administrativo na UFMT

Francisco Ferreira Jorge Neto

Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de São Caetano do Sul
Professor Universitário
Mestre em Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho pela PUC/SP

Francisco Fontes Hupsel

Advogado

Gina Copola

Advogada

Gustavo de Castro Faria

Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho/RJ
Professor dos cursos de pós-graduação em Direito Processual e Poder Judiciário do Instituto de Educação Continuada da PUC Minas
Professor e membro do Conselho Acadêmico da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen
Professor do curso de Direito da Faculdade de Minas – FAMINAS BH
Advogado

Gustavo Justino de Oliveira

Advogado
Doutor em Direito do Estado pela USP
Professor Universitário

Hugo de Brito Machado

Professor Titular de Direito Tributário da UFC
Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários
Juiz aposentado do TRF – 5ª Região

Ivan Barbosa Rigolin

Advogado, parecerista e consultor jurídico de entes públicos
Autor de obras jurídicas especializadas na área do Direito Público

Jair Eduardo Santana

Mestre em Direito do Estado pela PUC de São Paulo
Consultor de entidades públicas e privadas
Advogado especializado em Governança Pública
Professor em cursos de pós-graduação

João de Deus Pereira Filho

Advogado
Economista

João Jampaulo Júnior

Advogado
Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP
Professor de Direito
Consultor em Direito do Estado

Jorge Jesus de Azevedo

Bacharel em Direito
Pós-graduando em Direito Público – UNIFACS

José Anacleto Abduch Santos

Advogado
Procurador do Estado do Paraná
Mestre em Direito Administrativo – UFPR
Professor de Direito Administrativo

José Aras

Professor de Direito Administrativo da Escola Livre de Direito Josaphat Marinho
Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UCSAL
Professor substituto de Direito Administrativo da UFBA
Advogado e Consultor Jurídico de Prefeituras Municipais

José Francisco de Carvalho Neto

Professor de Direito Administrativo da UCSAL
Superintendente Geral do TCM – BA

José Nilo de Castro (in memoriam)**Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante**

Advogado
Professor da Faculdade de Direito Mackenzie
Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Mackenzie
Mestre em Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo (USP/PROLAM).

Juarez Freitas

Professor de Direito Administrativo – UFRGS e Escola Superior da Magistratura – AJURIS

Karine Lillian de Sousa Costa Machado

Auditora Federal de Controle do TCU
Graduada em Direito
MBA em Gestão da Administração Pública

Kiyoshi Harada

Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP
Mestre em Processo Civil – UNIP
Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro
Ex-Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo

Licurgo Mourão

Mestre em Direito Econômico
Pós-graduado em Direito Administrativo, Contabilidade Pública e Controladoria Governamental
Bacharel em Direito e em Administração
Auditor e Conselheiro substituto do TCE/MG
Professor Universitário

Luciano Ferraz

Advogado
Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela UFMG
Professor de Direito Administrativo da UFMG
Professor de Direito Financeiro e Finanças Públicas da PUC/Minas

Luiz Alberto Blanchet

Mestre e Doutor em Direito
Professor nos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional e Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional
Membro do Instituto dos Advogados do Paraná

Marcos Juruena Villela Souto (in memoriam)**Marcus Vinícius Americano da Costa**

Professor de Direito Constitucional e Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da UCSAL
Professor de Direito Constitucional, Municipal e do Trabalho da Faculdade Ruy Barbosa – BA
Mestre em Direito – UFBA

Maria da Conceição Castellucci Ferreira

Assessora Jurídica do Tribunal de Contas dos Municípios/BA

Maria da Graça Diniz da Costa Belov

Professora Assistente da Cadeira de Direito Constitucional da Criança e do Adolescente – UCSAL

Maria do Carmo de Macêdo Cadidé

Auditora Jurídica do Tribunal de Contas do Estado da Bahia

Maria Elisa Braz Barbosa

Advogada
Mestra em Direito Administrativo – UFMG

Moacir Joaquim de Santana Junior

Bel. em Direito – UFS
Pós-Graduado em Gestão Pública – UNIT
Secretário de Controle Interno da Prefeitura de Aracaju
Diretor Presidente da Empresa de Serviços Urbanos de Aracaju – EMSURB

Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho

Especialista em Direito Público e Responsabilidade Fiscal pelo CEPPEV
Especialista em Processo Civil pelo CCJb
Agente de Controle Externo do TCE/BA
Advogada

Patrícia Verônica N. C. Sobral de Souza

Contadora e Advogada
Professora de Pós-graduação – UNIT
Pós-graduada em Auditoria Contábil – UFS
Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil
Assessora de Gabinete do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe

Paulo Borba Costa

Advogado
Procurador do Estado da Bahia
Professor da Faculdade de Direito da UCSAL

Paulo Modesto

Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia – UFBA
Membro do Ministério Público da Bahia
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA
e do Instituto dos Advogados da Bahia – IAB

Pedro Henrique Lino de Souza

Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado da Bahia

Petrônio Braz

Advogado
Assessor Jurídico

Rafael Carrera Freitas

Mestre em Direito Público pela UFBA
Professor Universitário
Procurador do Município de Salvador

Ricardo Maurício Freire Soares

Advogado
Professor de Graduação e Pós-Graduação da UNIME – Bahia
Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia

Rita Tourinho

Promotora de Justiça do Estado da Bahia
Mestra em Direito Público – UFPE
Professora de Direito Administrativo

Roberto Maia de Ataíde

Advogado

Rodrigo Pironi Aguirre de Castro

Mestre em Direito Econômico e Social PUC/PR
Especialista em Direito Administrativo e em Direito Empresarial
Professor Universitário

Rubens Nunes Sampaio

Procurador aposentado do Estado da Bahia
Membro do Conselho Estadual do Meio Ambiente – SEPRAM – BA

Sérgio de Andréa Ferreira

Advogado
Professor Titular de Direito Administrativo/RJ
Desembargador Federal aposentado

Sérgio Ferraz

Advogado
Ex-professor Titular de Direito Administrativo da PUC/RJ

Simone da Costa Neves Araújo

Bacharel em Direito
Pós-graduanda em Direito Público – UNIFACS

Tatiana Maria Nascimento Matos

Advogada

Toshio Mukai

Mestre e Doutor (USP)

Valéria Cordeiro

Pós-Graduada em Direito da Administração Pública – UFF
Atuação na Assessoria Técnica de Licitações no TRE/RJ, Presidente da CPL e Pregoeira Consultora e Professora

Walter Moacyr Costa Moura

Assessor Jurídico do Tribunal de Contas dos Municípios/BA

Weida Zancaner

Mestra em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Professora de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Yuri Carneiro Coelho

Advogado
Professor Universitário
Diretor Nacional Secretário da ABPCP – Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais
Mestre em Direito Público/UFBA

APRESENTAÇÃO

Caro Leitor

A edição especial da Revista JAM Jurídica, lançada pela Associação dos Procuradores do Município de Salvador – APMS em parceria com a JAM, visa divulgar artigos, pareceres e peças elaboradas pelos Procuradores do Município de Salvador, disseminando as suas teses e trabalhos no meio jurídico.

Os temas apresentados são fruto do estudo aprofundado do Direito Municipal demandado pelos casos apresentados e consultas formuladas à Procuradoria-Geral do Município, que exigem o enfrentamento das mais diversas questões relacionadas a nossa cidade.

Assim, é com grande satisfação que apresentamos o volume da Revista JAM Jurídica Edição Especial 2014.

Associação dos Procuradores do Município de Salvador

Presidente: Francisco Bertino B. de Carvalho

Vice-Presidente: Wilson Chaves de França

1º Secretário: Tércio Roberto Peixoto Souza

2º Secretário: Emanuel Faro Barretto

Tesoureira: Sheili Franco de Paula

Diretora Cultural: Tamara Freire Mello

Diretor Social: Rafael Santos de Oliveira

Conselho Fiscal - Efetivos:

Thiago Martins Dantas

Lisiane Maria Guimarães Soares

Andrea Claudia Ribeiro Oliveira

Conselho Fiscal - Suplentes:

Geórgia Teixeira Jezler Campello

Eduardo Amin Menezes Hassan

SUMÁRIO

DOUTRINA

É possível que uma empresa que atende a todas as condições editalícias seja alijada do certame em decorrência de um motivo externo? <i>Célia Maria Bastos de Almeida</i>	7
A hermenêutica e a ética do discurso de Habermas <i>Eduardo Amin Menezes Hassan</i>	11
Realização de eventos relacionados com inaugurações, celebração de contratos e licitações em período eleitoral <i>Felipe Santiago. João Deodato Muniz de Oliveira. Wilson Chaves de França. Kléber Morgado. Rui Nunes</i>	35
Da participação obrigatória da OAB em concurso público para provimento de cargo de Procurador Municipal <i>Geórgia Teixeira Jezler Campello</i>	49
Oportunidades para as cidades na utilização do mecanismo de desenvolvimento limpo: efetividade do princípio do desenvolvimento sustentável <i>Gisane Tourinho Dantas. Luís Gustavo Vilas Boas de Sena</i>	55
Bens públicos municipais: desafetação das áreas verdes e institucionais <i>José Andrade Soares Neto. Leiliane Godeiro Coelho</i>	74
A regularização fundiária e a concessão especial de uso para fins de moradia como instrumentos da política de desenvolvimento urbano do Município do Salvador <i>Luciana de Melo Borba Carneiro</i>	101
A contratação integrada na Lei nº 12.462/2011 – Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) <i>Luciana Rodrigues Vieira Lopes</i>	127

PRÁTICAS, ROTINAS E PROCEDIMENTOS

Suspensão de Liminar nº... <i>Carlos Alberto Nova Filho</i>	155
---	-----

É POSSÍVEL QUE UMA EMPRESA QUE ATENDE A TODAS AS CONDIÇÕES EDITALÍCIAS SEJA ALIJADA DO CERTAME EM DECORRÊNCIA DE UM MOTIVO EXTERNO?

Célia Maria Bastos de Almeida

Graduada em Direito pela Unifacs

Pós-Graduada em Direito Público pelo Juspodivm

Advogada

Procuradora do Município de Salvador

Ao me deparar com uma situação prática no âmbito da minha atuação profissional, acerca da regularidade em alijar ou não uma empresa habilitada por um motivo externo à licitação a qual disputa, tal dúvida inspirou-me a debruçar sobre o tema, pesquisando fontes jurídicas, instante em que traço as seguintes linhas, no intuito de que sirva de supedâneo a casos similares.

Vejam os.

Em um certame, na modalidade de pregão eletrônico, uma empresa prestadora de serviços de alimentos além de ter apresentado a menor proposta de preços, preencher todos os requisitos de habilitação, o que levaria a sua classificação e habilitação e, por conseguinte, sua declaração como vencedora. Ocorre que, antes da homologação e adjudicação dos serviços, o Município teve ciência de que a mesma fora autuada pela Vigilância Sanitária Estadual.

Ao se compulsar o relatório proferido pelo órgão supracitado, constatou-se que a ordem de readequação e a imposição de multa se deram pelo fato de que a autuada infringira normas de higiene, segurança e acondicionamento de alimentos.

Nesse momento, surge a famigerada dúvida: deve a Administração Pública Municipal afastar a licitante com base nesse motivo externo, em prol da Supremacia do Interesse Público? Ou declará-la como vencedora e, após homologado o certame, contratá-la?

Esmiuçando o caso em baila, inferi que em que pese a empresa ter sido autuada e penalizada, não fora interdita. Este ato administrativo implica a paralisação total ou parcial do estabelecimento, o que não ocorrera na situação *in examine*.

Destarte, uma mera autuação, seja esta oriunda de órgão de fiscalização da própria esfera estatal ou de outra, tal fato por si só não é capaz de excluir a empresa da presente licitação. Observe-se que a empresa atendeu a todos os requisitos exigidos pelo edital, tendo sido habilitada e classificada.

É cediço que a licitação é jungida pelo Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório. Tal matriz obriga tanto a Administração Pública, como o licitante, a fim de que observem as normas e condições estabelecidas no ato convocatório; portanto, nada poderá ser criado ou feito sem que haja previsão no edital.

O edital faz lei entre as partes. Trata-se de uma segurança para o licitante e para o interesse público, extraída do Princípio do Procedimento Formal, que determina que a Administração observe as regras por ela própria lançadas no instrumento que convoca e rege a licitação.

Sendo assim, a *priori*, um ato externo não pode resvalar sobre um procedimento licitatório, o que nos leva a depreender que a autuação realizada pela Vigilância Sanitária por si só não autoriza a Administração a alijar a empresa do certame, mormente porque não ocorrera a interdição, ou seja, a paralisação das suas atividades.

Por outro turno, diante do conhecimento de uma situação irregular em que a empresa se encontra, cabe a Administração Pública realizar diligências previamente à sua contratação, a fim de averiguar *in loco* o real estado de instalações do estabelecimento no tocante as suas condições de higiene, segurança, acondicionamento de alimentos, etc.

Ademais, agindo o Município da maneira sobredita aí sim não estará negligenciando ao Princípio da Supremacia do Interesse Público, norma esta tão basilar no âmbito administrativo.

Em que pese possa parecer tênue a diferença, trata-se de situações diversas: *uma coisa é afastar uma empresa de uma disputa licitatória por conta de um fato externo, mesmo quando atende a todos as condições dispostas no edital; outra é declará-la vencedora do certame, mas não a contratar por incorrer em irregularidades referentes a padrões básicos de higiene e segurança, razões estas que deverão ser muito bem motivadas*. Neste último exemplo, não estaríamos violando o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, mas, *ad contrarium*, primando pelo Princípio da Supremacia do Interesse Público.

Na hipótese de a Administração Pública, com suporte no seu poder de polícia, verificar que a empresa autuada ainda tem condições de satisfazer o interesse perquirido, sobretudo porque não foi interdita pela Vigilância Sanitária, deverá celebrar o contrato. Cumpre salientar que a execução do pacto deverá ser, eviden-

temente, rigorosamente acompanhada e fiscalizada pelo gestor do contrato, nos moldes do art. 67 da Lei 8.666/93, que assim prevê:

“Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.”

O gestor, inclusive, poderá realizar diligências durante a execução do contrato, determinado a regularização das faltas, o que poderá ensejar a rescisão contratual e aplicação de penalidades.

Sabe-se que em relação a *serviços*, o objeto será recebido provisoriamente mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes no prazo de até 15 dias da comunicação escrita do contratado, nos termos do art. 73, inciso I, alínea “a”, da Lei de Licitações e Contratos. Por outro lado, o art. 74, inciso I, preceitua que no tocante a gêneros perecíveis e alimentação preparada poderá ser dispensado o recebimento provisório, o que se aplica à situação em exame.

O recebimento definitivo do objeto também será feito por termo circunstanciado, após o decurso do prazo de observação e vistoria, que deverá ser feito em até 90 dias, salvo em casos excepcionais, devidamente justificado e previsto no edital, conforme dicção do art. 73, inciso II, e § 3º, da lei multicitada.

Destarte, se o fiscal verificar que o objeto está de acordo com o contrato, este será recebido, mas se ao revés constatar que não atende às especificações insertas no instrumento editalício e contratual ou que a empresa não está cumprindo com as determinações dos órgãos de controle e vigilância sanitária no que tange aos padrões de segurança, higiene e saúde, deverá rejeitar o objeto com fulcro no art. 76 da Lei 8.666/93, *in verbis*: “A Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato”.

Nesta senda, vale destacar a lição do professor Marçal Justen Filho: “A Administração não pode receber, por liberalidade, objeto que não seja perfeito, pois não está investida de competência para praticar atos desta natureza. Por isso, há o dever de rejeitar, total ou parcialmente, a prestação defeituosa”.

Diante de tudo quanto exposto, com arrimo no Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, depreende-se que não há pálio jurídico para alijar do certame empresa que fora penalizada por motivo externo à licitação se, no certame em que participa, atende a todas as condições editalícias.

Sendo assim, entendo que a solução intermediária que mais se coaduna com o Princípio da Razoabilidade é não excluir a empresa da licitação, adjudicando-lhe o serviço, uma vez que fora declarada vencedora, asseverando que, se após a homologação, a Administração verificar que a mesma não se ajusta aos padrões de higiene, segurança e acondicionamento, não sanando possíveis falhas, deixará de contratá-la, com suporte no Princípio da Supremacia do Interesse Público.

Finalmente, ainda que celebrado o contrato, mas durante a sua execução se a empresa cometer irregularidades, ocasionando uma inexecução total ou parcial do pacto, resultará, fatalmente, na rescisão unilateral por parte da Administração Pública, assim como na aplicação de penalidades.

Insta advertir que só assim a Administração estará se desincumbindo do seu mister de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos administrativos!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos**: orientações básicas. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética. 2012.

MAIA NETO, Geraldo de Azevedo. Licitação: princípio da vinculação ao instrumento convocatório no STF, STJ e TCU. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3399, 21 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22849>>. Acesso em: 25 jun.2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo. Malheiros. 2000.

A HERMENÊUTICA E A ÉTICA DO DISCURSO DE HABERMAS

Eduardo Amin Menezes Hassan

Advogado

Procurador do Município de Salvador

Professor substituto na Faculdade de Direito da UFBA

Ex-Defensor Público Federal

Ex-Diretor da ANADEF

Ex-Procurador do Município de Aracaju-SE

Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (2004)

Graduado em Administração de Empresas pela Universidade Federal da Bahia (2006)

Pós-graduado em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia (2006)

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (2013).

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Hermenêutica como arte e técnica da interpretação na visão de Schleiermacher. 3. O Círculo Hermenêutico. 3.1. As ideias de Hermenêutica de Gadamer. 3.2. A crítica de Habermas a Gadamer. 4. A Ética discursiva de Habermas. 4.1. A teoria do discurso de Habermas e seus fundamentos para o direito. 5. A importância da hermenêutica para o direito. 6. Considerações finais. Bibliografia.

1. Introdução

A ética discursiva de Habermas se fundamenta na razão comunicativa, na possibilidade de se alcançar o consenso pelo discurso, no qual os argumentos sejam a garantia de imparcialidade e impliquem a possibilidade de uma justiça moral. O objetivo deste artigo é trazer uma reflexão sobre a hermenêutica e a ética discursiva habermasiana, explorando os fundamentos da hermenêutica e entendendo como se dão os argumentos procedimentalistas de Habermas na construção de suas ideias.

Tratar-se-á, no capítulo seguinte, dos fundamentos de hermenêutica como arte e técnica da interpretação na visão de Schleiermacher, que é considerado um dos autores mais importantes para o desenvolvimento da hermenêutica. No

capítulo posterior tratar-se-á do círculo hermenêutico, que é fundamental para o entendimento da hermenêutica, bem como da sua relação com as outras ciências humanas, em especial o direito. Já o ponto seguinte, tecer-se-á sobre as ideias de Gadamer sobre hermenêutica, que são polêmicas por criticar em alguns aspectos as ideias de Schleiermacher e de Betti quando desenvolve a hermenêutica jurídica. No ponto último deste capítulo tratar-se-á da crítica de Habermas a Gadamer. No capítulo quatro virão à baila os argumentos de Habermas sobre a ética discursiva. Logo em seguida far-se-ão algumas observações sobre a relação da hermenêutica com o direito e a título de conclusão serão feitas as considerações finais.

A hermenêutica tem função fundamental frente ao direito, em especial para que se alcance, por meio dos melhores argumentos racionais, uma decisão justa. A hermenêutica é o farol que ilumina a estrada noturna do direito, utilizando-se de metáfora para ilustrar sua importância. Mas a hermenêutica cria ou não novo direito? Qual o papel da hermenêutica? Como se desenvolveram as teorias sobre o círculo hermenêutico? Como se desenvolve a ética discursiva e a que serve? Responderemos esses questionamentos ao longo do texto.

O que se busca é encontrar elementos para que possamos demonstrar que a hermenêutica é fundamental para o desenvolvimento do direito na sociedade, bem como demonstrar que a teoria discursiva de Habermas oferece aparatos para fundamentar um direito que deve alcançar o seu *mister*, ou seja, a justiça.

2. A Hermenêutica como arte e técnica da interpretação na visão de Schleiermacher

A hermenêutica precisa ser tratada com metodologia, não bastando os trabalhos magistrais dos artistas, precisando de exposição de forma adequada e científica toda a extensão e as razões do ser do processo¹. Schleiermacher foi o precursor da teoria hermenêutica ao elaborar as suas bases gerais reunindo diversas teorias em uma, tratou a hermenêutica como arte de interpretar, informou que ela não se restringe às obras literárias, mas também ao discurso oral, tratou da interpretação e compreensão, bem como da compreensão do discurso. Embora não tenha publicado livro algum, extraíram das anotações dos alunos de Schleiermacher fundamentos que mostram as principais ideias para um projeto de hermenêutica proposto por ele.

¹ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica: Arte e Técnica da Interpretação**. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. 9. ed. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2012, p. 26.

As principais ideias do projeto de hermenêutica proposto por Schleiermacher consistem na interpretação gramatical e na interpretação técnica, devendo haver combinação dessas técnicas; a compreensão do universal e do particular; a análise da aparente contradição; a descoberta da composição e os floreios; a necessidade de interpretar e conhecer o “espírito” do autor, isto é, o contexto.

O citado autor afirma, sobre uma das tarefas da hermenêutica: “[...] em todo lugar onde houver qualquer coisa de estranho, na expressão do pensamento pelo discurso, para um ouvinte, há ali um problema que apenas pode se resolver com a ajuda de nossa teoria [...]”².

E o problema a ser resolvido pela hermenêutica está além das obras literárias, já que no discurso oral cotidiano também é preciso que se utilize a arte da interpretação. Segundo o supracitado autor:

[...] A hermenêutica não deve estar limitada meramente às produções literárias; pois eu me surpreendo seguidamente no curso de uma conversa [familiar] realizando operações hermenêuticas, quando eu não me satisfaço com o nível ordinário da compreensão, mas procuro discernir como, em um amigo, pode se dar a passagem de uma ideia a outra, ou quando questiono acerca das opiniões, juízos, e tendências que fazem com que ele se expresse, sobre um assunto da discussão, deste modo e não de outro³.

Necessário é a compreensão do discurso; para que haja essa compreensão, utiliza-se o lado gramatical e o lado psicológico da interpretação para que esta compreensão seja completa. O Autor, ao tratar do método psicológico e do lado gramatical, afirma:

[...] se a compreensão segura e completa não se realiza simultânea e imediatamente com a percepção, os dois tipos de métodos deverão ser utilizados em ambos os lados – naturalmente em graus diferentes, proporcionais às diferenças do objeto – até que surja uma satisfação tão semelhante quanto possível à da compreensão imediata⁴.

² SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica: Arte e Técnica da Interpretação**. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. 9. ed. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2012, p. 31.

³ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. Op. cit., p. 33.

⁴ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. Op. cit., p. 43.

Além disso, é preciso observar o todo (universal) e o particular. Segundo Schleiermacher, a “constituição da hermenêutica parece ser mais um achado que uma descoberta, a saber, a ideia de que cada particular apenas pode ser compreendido por meio do todo e, portanto, toda explicação do particular pressupõe já a compreensão do todo.”⁵

Do universal se entende o todo e vice-versa; trata-se de princípio hermenêutico universal.

O princípio hermenêutico, exposto e desenvolvido em várias direções pelo Sr. Ast, que assim como o todo seguramente é compreendido a partir do particular, também o particular apenas pode ser compreendido a partir do todo, é de tal alcance para esta arte, e tão indiscutível que já as primeiras operações não podem ser estabelecidas sem o seu emprego, visto que uma grande quantidade de regras hermenêuticas repousam mais ou menos sobre ele⁶.

Além desse princípio fundamental para a hermenêutica, a interpretação e o “espírito” do autor são essenciais para o exercício completo dessa arte.

[...] para exercer completamente esta arte a propósito de qualquer discurso, nós devemos estar de posse, não somente das explicações das palavras e dos temas, mas também do espírito do escritor. E é isto o que, sem dúvida, Wolf quer dizer quando distingue uma interpretação gramatical, uma histórica e uma retórica⁷.

A interpretação gramatical e a técnica se complementam e uma é impossível sem a outra, sendo o ideal da gramatical a compreensão com abstração da técnica e o ideal da técnica a abstração da gramatical⁸. A interpretação gramatical deve ser feita primeiro e depois se utiliza a técnica.

O ponto máximo da interpretação gramatical está nos elementos através dos quais o objeto central é designado; o ponto máximo da técnica

⁵ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica: Arte e Técnica da Interpretação**. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. 9. ed. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2012, p. 46.

⁶ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. Op. cit., p. 47.

⁷ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. Op. cit., p. 62.

⁸ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. Op. cit., p. 96.

ca, nas grandes conexões e na sua comparação com as regras gerais de combinação. Por isso se deve igualmente apreender a conexão logo de início. Única solução possível, através da lição discursiva⁹.

A interpretação gramatical é utilizada para se encontrar o sentido determinado de um discurso específico. Ela é fundamental e primordial na hermenêutica, sendo a sua principal tarefa, “conforme o pressuposto conhecimento do significado, encontrar para cada caso dado o verdadeiro uso que o autor tinha em mente, evitando tanto os falsos como também o muito e o pouco¹⁰”.

Não poderíamos tratar de hermenêutica sem dedicarmos o início deste trabalho aos ensinamentos de Schleiermacher e sua ideia de como funciona a hermenêutica. Destarte, percebe-se, após as explicações do citado autor, a importância do círculo hermenêutico para a interpretação dos discursos.

Para se compreender um texto como um todo, devem-se conhecer as ideias de quem o escreveu. O que se observa é que a cada nível de interpretação há um círculo hermenêutico, assunto que passaremos a analisar a seguir.

3. O Círculo Hermenêutico

A compreensão é mais ampla do que o simples significado das palavras. “O que deve ser compreendido não é a literalidade das palavras e seu sentido objetivo, mas também a individualidade de quem fala e, conseqüentemente, do autor.¹¹” A interpretação por meio da hermenêutica é um vai e vem de ideias entre quem fala ou escreve e quem escuta ou lê. E isto implica a existência de um círculo hermenêutico.

Em princípio, compreender é sempre um mover-se nesse círculo, e por isso é essencial o constante retorno do todo às partes e vice-versa. A isso se acrescenta que esse círculo está sempre se ampliando, já que o conceito do todo é relativo, e

⁹ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica: Arte e Técnica da Interpretação**. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. 9. ed. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2012, p. 69.

¹⁰ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. Op. cit., p. 79.

¹¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer e revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 3. ed. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 1999, p. 290.

a integração em contextos cada vez maiores afeta sempre também a compreensão do individual¹².

A ideia de círculo hermenêutico seria a necessidade de se compreender o todo para compreender suas partes, bem como de se compreender as partes compreendendo o todo, conforme já havia explicado Schleiermacher. Dessa forma, para se compreender um texto, segundo Gadamer deve-se projetá-lo para que apareça sentido.

Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado¹³.

A hermenêutica objetiva explicar a compreensão e isto não se dá nem de forma objetiva nem de forma subjetiva. Destarte, o círculo hermenêutico não é nem objetivo nem subjetivo, conforme se infere das ideias de Gadamer:

O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é nem objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição.¹⁴

Segundo Grodin, “o ‘circulo hermenêutico’ implica um problema universal: de que modo o todo pode ser obtido a partir do particular e se o pressentimento de um todo não irá antes prejudicar a concepção do particular¹⁵”. Embora Grodin entenda que há um problema universal, percebe-se na verdade que esse círculo não envolve tanto mistério assim, senão vejamos:

¹² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer e revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 3. ed. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 1999, p. 297.

¹³ GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 402.

¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 439.

¹⁵ GRODIN, Jean. **Introdução à hermenêutica**. São Leopoldo-RS: Editora Unissinos, 1999, p. 102-121.

O círculo hermenêutico é menos misterioso do que freqüentemente parece. Um texto não tem de ser invariavelmente problemático. Um manuscrito irremediavelmente adulterado (ou um livro com erros de impressão) pode ser indecifrável. Mas se os manuscritos são confiáveis na parte principal do texto, o intérprete emprega o conhecimento dessa parte nas outras em que os manuscritos estão adulterados. Nem todas as palavras e frases são obscuras de modo idêntico; o relativamente transparente fornece um indício ao relativamente opaco. Portanto, a compreensão é uma questão de graus. Não posso compreender um texto por completo a não ser que compreenda por completo cada palavra e cada frase, e não posso compreender uma palavra ou uma frase por completo a menos que compreenda o todo. Se a compreensão completa e a incompreensão vazia fossem as únicas alternativas, eu não poderia compreender um texto de qualquer tamanho ou complexidade. No entanto, a compreensão não funciona assim: posso compreender um texto de maneira aproximada sem compreendê-lo por completo, e a compreensão aproximada me permite decifrar partes específicas.¹⁶

Da ideia acima transcrita, infere-se que não há uma obrigação de compreensão completa; pode-se muito bem compreender aproximadamente, decifrando partes específicas do texto. Isso implica uma inverdade sobre o que Grodin afirmou sobre um problema universal trazido pelo círculo hermenêutico, conforme acima descrito. Não se trata de um problema universal, já que se podem compreender partes do texto e com isto decifrar aproximadamente o todo.

Destarte, conclui-se que a ideia de círculo hermenêutico é bastante útil para compreensão e interpretação dos textos, sendo importante para compreender como se interpreta, isto é, como se compreende um texto ou um discurso. Vistas essas características, passemos a analisar como Gadamer trata a hermenêutica, mantendo a tradição das ideias de Heidegger.

¹⁶ INWOOD, Michael. **Hermenêutica**. Tradução de Rogério Bettoni. Publicado em *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, org. Edward Craig (Londres: Routledge, 1998). Disponível na internet em <http://criticanarede.com/hermeneutica.html>, acessado em 12 de março de 2012.

3.1 As ideias de Hermenêutica de Gadamer

Gadamer foi seguidor de Heidegger, mantendo as ideias deste último fora do esquecimento. Gadamer buscou responder ao questionamento de qual seria a interpretação verdadeira e criticou o fato de haver uma limitação do conceito de verdade pela ciência.

Segundo Gadamer:

Entender e interpretar os textos não é somente um empenho da ciência, já que pertence claramente ao todo da experiência do homem no mundo. Na sua origem, o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método. O que importa a ele, em primeiro lugar, não é estruturação de um conhecimento seguro, que satisfaça aos ideais metodológicos da ciência – embora, sem dúvida, se trate também aqui do conhecimento e da verdade. Ao se compreender a tradição não se compreendem apenas textos, mas também se adquirem juízos e se reconhecem verdades¹⁷.

A hermenêutica encontra na sua teoria uma verdade que implica um filosofar. O texto, após ganhar vida, se torna independente do seu autor; ao se transformar em escrito, todos que podem ler podem ser participantes deste processo. Gadamer aduz:

[...] a escrita possui, para o fenômeno hermenêutico, uma significação central, na medida em que nela a ruptura com o escritor ou autor, assim como com o endereço concreto de um destinatário é trazida, por assim dizer, a uma existência própria. O que se fixa por escrito se eleva de um certo modo, à vista de todos, a uma esfera de sentido na qual pode participar todo aquele que esteja em condições de ler¹⁸.

Os escritos criam a possibilidade de todos que os leiam poderem participar da construção do seu significado. Não existem barreiras intransponíveis no universo verdadeiramente hermenêutico, segundo Gadamer:

¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer e revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 3. ed. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 1999, p. 31.

¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 34.

O modo como vivenciamos uns aos outros, como vivenciamos as tradições históricas, as ocorrências naturais de nossa existência e do nosso mundo, é isso que forma um universo verdadeiramente hermenêutico, no qual não estamos encerrados como entre barreiras intransponíveis, mas para o qual estamos abertos¹⁹.

Além de resgatar as tradições históricas para a hermenêutica filosófica, Gadamer afirma que o entendimento do autor na hermenêutica, de forma a compreendê-lo internamente reproduzindo suas vivências, não se faz necessário.

Compreender o que alguém diz é, como já vimos, pôr-se de acordo sobre a coisa, não deslocar-se para dentro do outro e reproduzir suas vivências. Já destacamos que a experiência de sentido, que ocorre desse modo na compreensão, encerra sempre um momento de aplicação. Percebemos agora que *todo este processo é um processo linguístico*²⁰.

Segundo Gadamer, presente e passado se fundem para que haja uma compreensão de um texto; isto ocorre por uma “fusão de horizontes da interpretação”.

Na análise do processo hermenêutico, havíamos concluído que a obtenção do horizonte da interpretação é, na realidade, uma fusão horízontica. Isto se vê confirmado também a partir da lingüisticidade da interpretação. Através da interpretação o texto tem de vir à fala. Todavia, nenhum texto, como também nenhum livro fala, se não falar a linguagem que alcance o outro. Assim, a interpretação tem de encontrar a linguagem correta, se é que quer fazer que o texto realmente fale. Por isso, não pode haver uma interpretação correta “em si”, porque em cada caso se trata do próprio texto. A vida histórica da tradição consiste na sua dependência a apropriações e interpretações sempre novas. Uma interpretação correta em si seria um ideal sem pensamentos incapaz de conhecer a essência da tradição. Toda inter-

¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer e revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 3. ed. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 1999, p. 571.

²⁰ GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 559.

pretação está obrigada a entrar nos eixos da situação hermenêutica a que pertence²¹.

Essa “fusão de horizontes” implica uma interpretação criadora, que deve observar a situação hermenêutica a que pertence. A linguagem é tratada por Gadamer como horizonte de uma ontologia hermenêutica, a linguagem é o meio de experiência hermenêutica, que resume o Eu e o mundo. Não se transmite a vivência pela linguagem, mas se permite um entendimento.

No que se refere ao preconceito, Gadamer afirma não ser possível a existência de “compreensão que seja livre de todo preconceito, por mais que a vontade do nosso conhecimento tenha de estar sempre dirigida, no sentido de escapar ao conjunto dos nossos preconceitos”²².

Quanto à verdade, conclui o autor:

No conjunto da nossa investigação evidencia-se que, para garantir a verdade, não basta o gênero de certeza, que o uso dos métodos científicos proporciona. Isso vale especialmente para as ciências do espírito, mas não significa, de modo algum, uma diminuição de sua cientificidade, mas, antes, a legitimação da pretensão de um significado humano especial, que elas vêm reivindicando desde antigamente²³.

Toda interpretação tem um ponto de partida e isto deve ser compartilhado. Além disso, o aspecto universal da hermenêutica implica numa linguagem com estrutura especulativa rica em condições, que deve ser observado. A importância da linguagem não pode ser desprezada, já que para Gadamer a linguagem é também diálogo; além disso, a hermenêutica se contrapõe a um ideal iluminista de rompimento com os preconceitos e a tradição, sob a luz da razão. Habermas confecciona a sua crítica baseado, principalmente, neste aspecto de contraposição ao ideal iluminista.

²¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer e revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 3. ed. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 1999, p. 578.

²² GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 709

²³ GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 709.

Gadamer busca encontrar, outrossim, um fundamento ontológico ao processo de compreensão humana, anterior às ciências.

Dizendo de outro modo: estamos mergulhados em um mundo que somente aparece (como mundo) na e pela linguagem. Algo só é algo se podemos dizer que é algo. Esse poder-dizer é linguisticamente mediado, porque essa capacidade de agir e de dizer-o-mundo é limitado e capitaneado pela linguagem²⁴.

Para Gadamer, é a própria linguagem que determina a compreensão e o objeto da hermenêutica, sendo a tradição de grande importância por ser responsável pela pré-compreensão. Além disso, valoriza-se a história, que implica na fusão de horizontes quando se compreende o passado.

3.2. A crítica de Habermas a Gadamer

A crítica de Habermas²⁵ começa com a afirmação de que Gadamer urbaniza a província Heideggeriana – todavia, não compartilha com a concepção que Heidegger tem da história da metafísica grega. Gadamer segue Heidegger a distância, o que implica no prosseguimento da maneira produtiva de seu pensamento.

A hermenêutica de Gadamer busca a pretensão de verdade da filosofia e, para alcançá-la, ele tenta transpor três pontes²⁶, o que se explicará a seguir.

Primeira ponte é a crítica à teoria de Dilthey das ciências do espírito: contra a consciência histórica que aprisiona no museu das tradições, privando da força de convicção. Para Gadamer o momento histórico-efetual permanece produtivo em toda compreensão de tradição.

Segunda ponte: reconstrução da tradição do pensamento humanista que apela para a faculdade de julgar. Ataca um conceito de conhecimento e método objetivos que deve reservar para as modernas ciências da experiência um monopólio das possibilidades humanas do conhecimento. Gadamer quer mostrar a validade de uma compreensão que antecede ao pensamento objetivamente e que associa as formas de experiência da arte, da filosofia, das ciências do espírito e da história.

Terceira ponte: reabilitação do conteúdo objetivo da filosofia de Platão e

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 189.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., pp. 74-75.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., pp. 78-79.

de Hegel. Visa vencer a falsa oposição entre compreensão e mundo metafísico e moderno.

Habermas entende que Gadamer obscureceu a tradição iluminista, mas foi o primeiro a acentuar o caráter aberto do diálogo para que se aprenda a sabedoria fundamental da hermenêutica “de que é uma ilusão achar que alguém *possa* ficar com a última palavra²⁷”.

Segundo Habermas: “a hermenêutica se ocupa com a interpretação como uma realização, que só se torna necessária quando relevantes setores do mundo da vida ficam problemáticos, quando certezas do fundo culturalmente ensaiado se rompem e os meios normais do entendimento falham²⁸. Deve-se discordar de Habermas neste ponto, já que não nos parece ser este entendimento correto, já que mesmo não sendo problemático a hermenêutica também se ocupa com a interpretação. Dessa forma, a hermenêutica não serve apenas para resolução dos casos difíceis, mas de todos os casos em que seja necessária a interpretação.

Habermas afirma que:

O intérprete compreende então a significação de um texto na medida em que descobre por que o autor se sentiu no direito de apresentar determinadas afirmações (como verdadeiras), reconhecer determinados valores e normas (como corretos), externar determinadas vivências (como sinceras)²⁹.

Dessa forma, “[...] o intérprete não pode de maneira nenhuma presentificar-se razões sem as julgar, sem tomar posição em relação a elas, afirmativa ou negativamente³⁰, ou seja, o intérprete está sempre julgando.

Habermas³¹ critica Gadamer por entender que ele dá ao modelo exegético da compreensão um rumo estranhamente unilateral, o intérprete nem sempre ocupa posição de inferior. Gadamer afirma que o saber corporificado no texto é em princípio superior ao do intérprete. Embora Habermas tenha afirmado isso, não encontramos no texto de Gadamer essa posição de inferioridade afirmada por ele.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica**. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 85.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., pp. 86-87

²⁹ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 88.

³⁰ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 89.

³¹ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., pp. 92-93.

Habermas critica Gadamer por ele trazer um olhar hermenêutico contraditório ao ideal iluminista, que rompe com preceitos de tradição com base na razão, que parte do diálogo com a tradição, transformando-a e valorizando-a.

Destacam-se três pontos principais da crítica de Habermas a Gadamer: a importância que Habermas atribui ao conhecimento metódico e à crítica ao deslocamento, na filosofia de Gadamer, desse conhecimento a um status derivado; a segunda implica no fato de que a ciência, ela mesma, inseriu-se na nossa tradição, não sendo possível, portanto, desprezá-la; a última questiona a própria universalidade do pensamento de Gadamer, no momento que a ciência moderna cria uma linguagem própria não acessível à formulação filosófica da hermenêutica.

Segundo Stein, o confronto entre Gadamer e Habermas é “não excludente, mas antes busca de complementaridade, apesar da pretensão de universalidade apresentada tanto pela crítica como pela hermenêutica”.

Para Habermas a verdade implica argumento que leva ao diálogo e deste se desenvolve a ética discursiva. No capítulo seguinte, buscar-se-á tecer as ideias da ética discursiva de Habermas.

4. A Ética discursiva de Habermas

Habermas advoga a tese de uma ética da discussão como a melhor saída para se resolver os problemas éticos. Os fundamentos utilizados por ele são baseados no Imperativo Categórico kantiano, busca-se o consenso por meio do discurso. “É só na qualidade de participantes de um diálogo abrangente e voltado para o consenso que somos chamados a exercer a virtude cognitiva da empatia em relação às nossas diferenças recíprocas na percepção de uma situação”³².

Além disso, ele acredita que o princípio do discurso é fundamental para se alcançar a validade das normas jurídicas, na medida em que para se conseguir assentimento de todos os envolvidos, estes devem participar dos discursos racionais³³. Todavia, não é suficiente, por si só, na fundamentação de qualquer tipo de direito.

Segundo Habermas o discurso prático se compreende como uma forma específica de aplicação do Imperativo Categórico. “Aqueles que participam de um tal discurso não podem chegar a um acordo que atenda aos interesses de to-

³² HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla; 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 10.

³³ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 164.

dos, a menos que todos façam o exercício de ‘adotar os pontos de vistas um dos outros’[...]”³⁴.

A autonomia kantiana não se confunde com a liberdade subjetiva da tradição empirista, a vontade, no caso da autonomia, é determinada pela universalização. Essa autonomia não pode ser alcançada individualmente, dependendo de uma intersubjetividade, já que só pode haver liberdade para um se todos forem livres igualmente.³⁵

Dessa forma, percebe-se que Habermas adota a razão prática como fundamento da ética discursiva. Podendo haver razões em que todos possam influenciar em busca de uma descoberta que atenda a todos os interesses de forma igualitária. Habermas afirma que os dois pressupostos pragmáticos da discussão podem ser satisfeitos simultaneamente: “a primeira: que cada participante individualmente seja livre, no sentido de ser dotado da autoridade epistêmica da primeira pessoa, para dizer ‘sim’ ou ‘não’[...]”; “a segunda: que essa autoridade epistêmica seja exercida de acordo com a busca de um acordo racional; que, portanto, só sejam escolhidas soluções que sejam racionalmente aceitáveis para todos os envolvidos e todos os que por elas forem afetados”³⁶.

Os princípios da ética da discussão buscam a formulação de um novo projeto kantiano de estabelecer novo fundamento objetivo das normas práticas; busca-se, com isso, uma formulação nova do paradigma kantiano da subjetividade, baseada na substituição pelo paradigma da comunicação³⁷. Isto implica a necessidade de se alcançar uma intersubjetividade que é própria da comunicação nos discursos éticos.

Com efeito, o que a ética do discurso visa explicar?

A ética do discurso explica o conteúdo cognitivo de sentenças referentes ao dever sem fazer apelo a uma ordem evidente de fatos morais que se ofereceria à nossa contemplação. Os enunciados morais, que nos dizem o que fazer, não devem ser equiparados a afirmações descritivas que nos dizem como as coisas se articulam entre si. A razão prática é uma faculdade de cognição moral sem representação³⁸.

³⁴ HABERMAS, Jurgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla; 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 10.

³⁵ HABERMAS, Jurgen. Op. cit., pp. 12-14

³⁶ HABERMAS, Jurgen. Op. cit., pp. 15-16.

³⁷ HABERMAS, Jurgen. Op. cit., pp. 20-21.

³⁸ HABERMAS, Jurgen. Op. cit., pp. 63-64.

Além das explicações da ética do discurso, Habermas pretende se valer de um discurso da verdade para explicar a interpretação da justiça das normas e juízos morais como análogo da verdade. Para isso, devem-se utilizar os argumentos para comprovar a aceitabilidade racional dos juízos, que é a garantia de imparcialidade.

[...] A verdade de uma proposição expressa um fato, no caso dos juízos morais não há nada que equivalha a afirmação de que um determinado estado de coisas 'é'. Um consenso normativo, formado em condições de participação livre e universal no contexto de um discurso prático, *estabelece* uma norma válida (ou confirma sua validade). A 'validade' de uma norma moral significa que ela 'merece' o reconhecimento universal em virtude de sua capacidade de, por meio da razão somente, obter o consentimento da vontade daqueles a quem se dirige.³⁹

O que se percebe é a busca de legitimidade na construção de relações interpessoais. Nesse sentido, "cabe a ética do discurso provar que a necessária dinâmica de 'cada qual ver o que o outro vê' está embutida nos pressupostos pragmáticos do próprio discurso prático"⁴⁰.

A ética discursiva tem duas preocupações básicas: alcançar um universalismo ético (característica herdada da tradição kantiana) e preservar a diversidade cultural. "Não cabe à ética discursiva prescrever formas concretas de vida, ideais de felicidade, modelos comunitários [...] de virtude, e sim proporcionar os procedimentos que nos permitem legitimar normas e, portanto, prescrevê-las com uma validade universal."⁴¹

Destarte, a ética discursiva possui como papéis: "descobrir os procedimentos e premissas a partir dos quais as justificações podem ter um poder gerador de consenso"⁴²; bem como "ocupar-se dos procedimentos em virtude dos quais juízos ou preceitos são legitimados, e não de seus conteúdos"⁴³.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla; 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 65-66.

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 67.

⁴¹ CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010. p. 164.

⁴² CORTINA, Adela. Op. cit., p. 167.

⁴³ CORTINA, Adela. Op. cit., p. 168.

4.1. A teoria do discurso de Habermas e seus fundamentos para o direito

O Direito teve basicamente três correntes filosóficas ao longo da história: jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo. A primeira delas, o jusnaturalismo, baseia-se num direito anterior ao homem, bem como em princípios e valores filosóficos, que implicam a possibilidade de variação da validade material, o que causa certa insegurança.

Desenvolve-se, então, o positivismo, com a codificação das normas e utilização dos princípios como fonte subsidiária do direito, com objetivo de suprir lacunas. Dessa forma, a validade formal segue como âmago de sua estrutura, resolvendo-se o problema da segurança, mas falhando quanto à explicação dos princípios.

Contemporaneamente fala-se em pós-positivismo, que se desenvolve tentando resolver as falhas do jusnaturalismo e do positivismo. Os princípios passaram por uma normatização e por uma constitucionalização, o que implica a substancialização da Constituição e do Estado de Direito. Nessa teoria utiliza-se o melhor argumento racional e desenvolve-se a validade procedimental da norma. Essa corrente filosófica utiliza-se da teoria do discurso, que é procedimentalista no caso de Habermas, para fundamentação do direito.

Embora Habermas acreditasse na ideia kantiana de que o direito se fundamentava na moral, Habermas muda de posição, quando da chamada “virada jurídica habermasiana”, que se dá com a publicação de *Facticidade e Validade*; busca-se, então, um fundamento autônomo para o direito que não se fundamenta mais da moral.⁴⁴ “Isso não significa que razões morais não possam ser usadas no processo de produção das normas jurídicas (processo legislativo), mas tão somente que a fundamentação é, a partir de agora, autônoma”⁴⁵.

Habermas entende que existe a possibilidade de se decidir questões práticas de forma racional e imparcial; segundo ele:

O princípio do discurso explica apenas o ponto de vista sob o qual é possível *fundamentar imparcialmente* normas de ação, uma vez que eu parto da ideia de que o próprio princípio está fundado nas condi-

⁴⁴ GOMES, Alexandre Travessoni. **A moral e o direito em Kant: ensaios analíticos**. Belo Horizonte: Mandamentos 2007, p. 65.

⁴⁵ GOMES, Alexandre Travessoni. Op. cit., p. 65.

ções simétricas de reconhecimento de formas de vida estruturadas comunicativamente⁴⁶.

O direito faz parte das questões práticas, logo segue a lógica de resolução pelo princípio do discurso. Segundo Habermas: as normas de ação seriam aquelas relacionadas a expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente; além desse conceito, ele aduz que o discurso racional refere-se a toda tentativa de se entender pretensões de validades problemáticas, em virtude de ela se realizar através de comunicação, que permite a discussão e o desenvolvimento do tema num ambiente propício – espaço público – constituído por meio de obrigações ilocucionárias⁴⁷.

Ademais, o direito que se complementa com a moral, mas se baseia no princípio da democracia e não no princípio moral, fundamenta-se em um princípio do discurso, do qual depende a legitimidade das leis. As palavras diretas de Habermas parecem esclarecer melhor o tema sobre a distinção entre princípio moral e princípio da democracia, senão vejamos:

A fim de obter critérios precisos para a distinção entre princípio da democracia e princípio moral, parto da circunstância de que o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente. Por isso, o princípio da democracia não se encontra no mesmo nível que o princípio moral⁴⁸.

Além dessa distinção, Habermas entende que o princípio moral atua internamente enquanto o princípio da democracia refere-se ao nível de institucionaliza-

⁴⁶ HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 143.

⁴⁷ HABERMAS, Jurgen. Op. cit., p. 142.

⁴⁸ HABERMAS, Jurgen. Op. cit., p. 145.

ção externa, que se realiza por meio de uma comunicação garantida pelo direito⁴⁹. Alexy sofreu grandes influências de Habermas na construção de sua teoria sobre direito; embora não concordasse totalmente com o método habermasiano, ele afirma que “uma teoria adequada do direito pode somente dar bom resultado como teoria do sistema jurídico ampla”⁵⁰. Alexy advoga a tese do caso especial e aduz que “o discurso jurídico é um caso especial, caracterizado por vinculações institucionais, do discurso prático geral. As vinculações institucionais são feitas valer por argumentos linguísticos, genéticos e sistemáticos”.⁵¹

Segundo Alexy, Habermas se contradiz ao aduzir a tese de que o discurso jurídico não se desenvolve em universo fechado do direito vigente, sendo necessária a abertura para argumentos de outra origem⁵². E na discussão entre Alexy e Habermas, Alexy sugere que:

A solução correta deveria ser que os argumentos práticos gerais empregados no discurso jurídico, por um lado, permanecem o que são, que, porém, por outro, o discurso jurídico, como todo, expressa o ‘sentido limitado especificamente’ do direito e sua ‘dimensão de validade mais complexa. A tese do caso especial aponta para ambos os aspectos. Ela expressa, com isso, a unidade da razão prática realizada e realizável no direito⁵³.

Percebe-se que as ideias de Habermas, embora criticadas, são de grande importância para o desenvolvimento do direito dito pós-positivista e influenciaram uma série de grandes autores da filosofia do Direito, como é o caso de Alexy, que citamos acima.

5. A importância da hermenêutica para o direito

A hermenêutica exerceu e exerce grande influência nas ciências humanas, em especial no direito. “A hermenêutica como doutrina do entendimento correcto

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 146.

⁵⁰ ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito**. Tradução de Luis Afonso Heck. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 128.

⁵¹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 134.

⁵² ALEXY, Robert. Op. cit., p. 134.

⁵³ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 135.

e os critérios para a objectivação dos valores desempenham, aliás, em vez dele, o papel decisivo dentro do pensamento jurídico⁵⁴. O pensamento jurídico depende de decisões corretas para alcançar o *mister* maior do direito que é a justiça, sendo a interpretação de grande importância para a compreensão do direito.

A compreensão hermenêutica implica a necessidade de o homem conhecer a linguagem previamente e a partir daí ele passe a interpretar o direito, trata-se da aplicação da ideia de círculo hermenêutico para compreensão hermenêutica do direito. Além disso, a própria ideia de autonomia do direito surge a partir de um metadiscorso sobre o direito, cujo objeto é o próprio discurso sobre o direito.

Ademais, acreditamos que a interpretação não deve ser monopolizada exclusivamente pelos juristas; para que o direito, em especial a Constituição, concretize-se é necessário que todos os cidadãos se envolvam no seu processo de interpretação e aplicação; já que o titular do poder constituinte é a sociedade, por isso ela deve se envolver no processo hermenêutico de materialização da Constituição.

Não se poderia tratar da hermenêutica contemporânea e sua importância para o direito sem trazer, mesmo que sinteticamente, as ideias de Peter Häberle expressas na tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição⁵⁵

Que interpretação é essa que interessa ao direito? Segundo Betti: “a interpretação que interessa ao direito é uma atividade voltada a reconhecer e a reconstruir o significado a ser atribuído, na órbita de uma ordem jurídica, a formas representativas, que são fontes de avaliação jurídicas ou que de tais avaliações constituem o objetivo.”⁵⁶

⁵⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 33.

⁵⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p.13.

⁵⁶ BETTI, Emilio. **Interpretação das leis e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática**. Tradução de Karina Jannini. 1. ed. São Paulo-SP: Martins Fontes, 2007, p. 05.

Ao se deparar ao caso concreto o jurista precisa interpretar as normas para descobrir qual a melhor opção a se aplicar no caso concreto. “Certamente, à interpretação jurídica cabe a necessidade de escolher, entre as normas que disciplinam a interpretação, aquelas que melhor convêm ao tipo de ato jurídico ao qual o ato concreto corresponde”⁵⁷.

Como funciona a hermenêutica do direito, segundo Betti:

[...] a hermenêutica do direito comum mantém nitidamente distintos o procedimento voltado a aprofundar o sentido da norma, a *mens legis*, e que pode levar a uma *interpretatio lata dos verba legis* (chamada por Gammarus de ‘intensio’), e o procedimento voltado a desenvolver em sua expansão lógica (e axiológica) a *ratio legis*, de modo a adequá-la e adaptá-la a casos diferentes daqueles previstos, mas semelhantes a eles: procedimento esse denominado ‘*extensio*’⁵⁸.

Conclui o supracitado Autor que a analogia deve ser concebida como meio de interpretação – extensiva e integrativa – e não como meio de produção do direito. O objetivo da hermenêutica jurídica não é criar um novo direito, mas sim utilizar a interpretação para se alcançar a melhor decisão caso a caso.

Após a organização do positivismo transformando o direito num sistema hierarquizado de normas obrigatórias, Rocha afirma que surge uma nova hermenêutica para se pensar o direito: “trata-se de uma hermenêutica que surge quando se percebe as insuficiências da noção de norma jurídica, e se começa a entendê-la como algo que não é completo, um conceito que é limitado, que deve ser complementado pela interpretação social⁵⁹”.

O sistema, ordenado de forma teleológica e axiológica, é utilizado como meio de obtenção do direito. Com a ideia de sistema no direito, a interpretação judicial traz inovação, todavia limitada ao sistema, isto é, dentro dos limites próprios do sistema, suas premissas e seus princípios gerais.

Pode haver momentos de dúvidas na aplicação das normas jurídicas; sendo assim:

⁵⁷ BETTI, Emilio. **Interpretação das leis e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática**. Tradução de Karina Jannini. 1. ed. São Paulo-SP: Martins Fontes, 2007, p. 16.

⁵⁸ BETTI, Emilio. Op. cit., p. 107.

⁵⁹ ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 15.

É fácil compreender, então, a importância prática (ou seja, normativa) da interpretação, uma vez que ela se destina justamente a estabelecer o significado e o alcance dos preceitos jurídicos, que passam a ser aplicados, e o significado e alcance das espécies discutidas: determinação e configuração que podem mostrar-se diferentes segundo os critérios que governam sua orientação⁶⁰.

A hermenêutica é, no dizer de Streck⁶¹, a clareira na floresta, isto é, a condição de se possibilitar uma melhor visibilidade da essência do direito, o sentido teórico somente será visível a partir de um discurso que mostre o que está oculto. “À evidência, a tarefa hermenêutica de tornar visível o próprio Direito pressupõe a possibilidade de (re)significá-lo, de dizê-lo⁶²”. Essa ideia nos parece ser oposta ao que concluímos com o entendimento defendido por Betti, já que a hermenêutica não deveria criar um novo direito, mas sim melhorar o seu entendimento.

Entretanto, compartilhamos do entendimento de que a hermenêutica deve “clarear” a “floresta” do direito. Ademais, para que a hermenêutica cumpra esse papel de “clarear” é necessário se seguir a lógica do círculo hermenêutico, já que “toda explicitação tem sua aquisição prévia e sua antecipação”⁶³. A hermenêutica é necessária para compreensão do direito, já que este é tratado e desenvolvido a partir da ideia de discurso. O direito é um sistema dependente da realidade social e estruturado pela comunicação.

6. Considerações finais

A democracia é o fundamento que Habermas utiliza para o desenvolvimento do Direito por meio de uma teoria do discurso, baseada na filosofia da linguagem. A hermenêutica e a linguagem são essenciais para o desenvolvimento da teoria da ética da discussão. Segundo Grau, “a reflexão da hermenêutica instala a verificação de que a interpretação se desenvolve a partir de pressuposições”⁶⁴.

⁶⁰ BETTI, Emilio. **Interpretação das leis e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática**. Tradução de Karina Jannini. 1. ed. São Paulo-SP: Martins Fontes, 2007, p.173.

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 266.

⁶² STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 267.

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 269.

⁶⁴ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 110.

Schleiermacher foi de grande valia para que se desenvolvessem os argumentos para a formação de uma hermenêutica moderna. Por sua teoria concluí-se que para se compreender um texto como um todo, devem-se conhecer as ideias de quem o escreveu, e a cada nível de interpretação há um círculo hermenêutico.

A ideia de círculo hermenêutico é bastante útil para compreensão e interpretação dos textos, sendo importante para compreender como se interpreta, isto é, como se compreende um texto ou um discurso, entende-se o todo através das partes e vice-versa.

Para Gadamer, é a própria linguagem que determina a compreensão e o objeto da hermenêutica, sendo a tradição de grande importância por ser responsável pela pré-compreensão. Além disso, valoriza-se a história, que implica a fusão de horizontes quando se compreende o passado, sendo a pré-compreensão o ponto de partida para a interpretação do direito.

Destacam-se três pontos principais da crítica de Habermas a Gadamer: a importância que Habermas atribui ao conhecimento metódico e à crítica ao deslocamento, na filosofia de Gadamer, desse conhecimento a um status derivado; a segunda implica o fato de que a ciência, ela mesma, inseriu-se na nossa tradição, não sendo possível, portanto, desprezá-la; a última questiona a própria universalidade do pensamento de Gadamer, no momento que a ciência moderna cria uma linguagem própria não acessível à formulação filosófica da hermenêutica. Há de se concordar com Stein sobre o confronto entre Gadamer e Habermas, quanto ao fato de não se excluírem, mas se complementarem.

Conclui-se que a ética discursiva possui como papéis: “descobrir os procedimentos e premissas a partir dos quais as justificações podem ter um poder gerador de consenso⁶⁵”; bem como “ocupar-se dos procedimentos em virtude dos quais juízos ou preceitos são legitimados, e não de seus conteúdos”⁶⁶.

Percebe-se que as ideias de Habermas, embora criticadas, trazem a teoria do discurso para o direito, impregnada de conceitos kantianos, que são de extrema importância para o desenvolvimento do direito dito pós-positivista e influenciou uma série de grandes autores da Filosofia do Direito.

Compartilhamos do entendimento advogado por Streck de que a hermenêutica deve “clarear” a “floresta” do direito. Ademais, para que a hermenêutica cumpra esse papel de “clarear” é necessário se seguir a lógica do círculo herme-

⁶⁵ CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010. p. 167.

⁶⁶ CORTINA, Adela. Op. cit., p. 168.

nêutico, já que “toda explicitação tem sua aquisição prévia e sua antecipação”⁶⁷. Entendemos que a hermenêutica é o farol que ilumina a escura estrada do direito.

Ademais, deve-se concordar com as ideias de Peter Häberle que “[...] limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes ‘corporativos’ ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo. [...]”⁶⁸. Dessa forma, quanto maior a participação da sociedade na interpretação da Constituição maior a legitimação do direito numa democracia.

Destarte, percebe-se que a hermenêutica não cria novo direito, mas é fundamental para o seu entendimento, interpretação e aplicação. Essa hermenêutica é essencial para o desenvolvimento do direito na sociedade e para se alcançar o seu *mister*, que é a justiça.

Ademais, a sociedade atual repugna a ideia do fundamento religioso/metafísico do direito jusnaturalista, bem como a legalidade/discrecionalidade positivista, como mecanismos de legitimação do direito⁶⁹, sendo a complementação do direito com a moral, com base na teoria discursiva procedimentalista de Habermas, um bom caminho a ser trilhado para se alcançar o fundamento do Direito na atualidade.

Referências

ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito**. Tradução de Luis Afonso Heck. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BETTI, Emilio. **Interpretação das leis e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática**. Tradução de Karina Jannini. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 269.

⁶⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 34.

⁶⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. 2. ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008, p. 139.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Tradução de Flávio Paulo Meurer e revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 3. ed. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 1999.

GOMES, Alexandre Travessoni. **A moral e o direito em Kant: ensaios analíticos.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRODIN, Jean. **Introdução à hermenêutica.** São Leopoldo-RS: Editora Unissinos, 1999.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla; 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica.** Tradução de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

_____, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

INWOOD, Michael. **Hermenêutica.** Tradução de Rogério Bettoni. Publicado em *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, org. Edward Craig (Londres: Routledge, 1998). Disponível na internet em <http://criticanarede.com/hermeneutica.html>, acessado em 12 de março de 2012

ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica: Arte e Técnica da Interpretação.** Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. 9. ed. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 189.

REALIZAÇÃO DE EVENTOS RELACIONADOS COM INAUGURAÇÕES, CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS E LICITAÇÕES EM PERÍODO ELEITORAL

Felipe Santiago

Procurador do Município do Salvador

João Deodato Muniz de Oliveira

Procurador do Município do Salvador

Wilson Chaves de França

Procurador do Município do Salvador

Kléber Morgado

Auditor do Tribunal de Contas do Estado da Bahia

Rui Nunes

Auditor do Tribunal de Contas do Estado da Bahia

PALAVRAS CHAVE: Inaugurações, Licitações, Contratos, Período Eleitoral

SUMÁRIO

1. Sinopse do Tema Abordado
2. Fundamentação Jurídica
3. Conclusão

1. Sinopse do tema abordado

Sabe-se que durante o período compreendido entre 1º de junho de 2014 e 31 de dezembro de 2014, a legislação impõe uma série de restrições aos gestores públicos em face da realização das eleições.

Por se tratar de um tema bastante vasto, envolvendo inúmeras condutas, cuida-se, no presente trabalho, de traçar um panorama das condutas passíveis de gerar questionamentos no caso de realização de eventos, em especial inaugurações de obras públicas, celebração de contratos para realização de obras, emissão de ordens de serviço de contratos já assinados e realização de licitações relacionadas a obras, no período apontado, com destaque para o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral.

2. Fundamentação jurídica

Cabe observar que a matéria em apreço encontra sua disciplina básica nos arts. 73 a 78 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei Eleitoral), na Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e na Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 (Lei de Inelegibilidades), mormente em seu art. 22, que visa a impedir o uso do aparelho burocrático da administração pública de qualquer esfera de poder (federal, estadual, distrital ou municipal) em favor de candidatura para, com isso, manter a igualdade de condições na disputa eleitoral.

Inicialmente, deve-se ressaltar que os princípios básicos que norteiam as condutas dos agentes públicos são o equilíbrio de pleito e igualdade entre os candidatos, durante a campanha, daí a pertinência do art. 73 da Lei nº 9.504/97. Assim, de maneira geral é vedada toda ação ou omissão que possa ser caracterizada como abuso das funções e atribuições administrativas, possibilitando alguma forma de intervenção indevida no processo político eleitoral ou afetando o equilíbrio formal entre os candidatos.

Destaca-se, ainda, que as condutas enumeradas no artigo supramencionado, caracterizam atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429/92, que trata dos atos de improbidade praticados por agentes públicos e estabelece as respectivas sanções.

Assim, ressalta-se que a prática de condutas vedadas deve ser apurada em investigação judicial e ensejar, desde que demonstrada potencialidade de influir na disputa eleitoral, a aplicação do disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, que trata do uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículo ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou partido político (cf. TSE, AG nº 4.511/04, rel. Min. Fernando Neves).

Observa-se que o TSE, no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 105 da Lei nº 9.504/97, de expedir instruções para fiel execução da Lei das Eleições, expediu, após ter realizado audiência pública e ouvido delegados ou representantes dos partidos políticos, a Resolução nº 23.404, de 27 de fevereiro de 2014, dispondo, em relação às eleições de 2014, sobre a propaganda eleitoral e as condutas vedadas em campanha.

O texto legal (Lei 9.504/97), em seu Art. 73, traz, dentre outras, as seguintes vedações para o período em que se realizam as eleições:

“Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

(...)

VI - nos três meses que antecedem o pleito

a) realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública;

b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;

c) fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo;

VII - realizar, em ano de eleição, antes do prazo fixado no inciso anterior, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição.

(...)

§ 3º As vedações do inciso VI do caput, alíneas b e c, aplicam-se apenas aos agentes públicos das esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição.

(...)

§ 5º Nos casos de descumprimento do disposto nos incisos I, II, III, IV e VI do caput, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma. (Redação dada pela Lei nº 9.840, de 28.9.1999)

§ 6º As multas de que trata este artigo serão duplicadas a cada reincidência.

*§ 7º As condutas enumeradas no caput caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III.
(...)”*

Por outra via, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00), evita que titular de cargo público possa herdar dívidas provenientes de excesso discricionário de seu antecessor, ao estabelecer em seu Artigo 42, que o administrador público não pode contrair despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro do seu mandato, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte, sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para saldá-la.

“Art. 42. É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito”.

Quanto à identificação do agente público, o § 1º do artigo 73 da Lei nº 9.504/97 diz que:

“Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional”.

Verifica-se que a definição dada pela Lei é a mais ampla possível, de forma que estão compreendidos desde: os agentes políticos (Presidente da República, Governadores, Prefeitos e respectivos vices, Ministros de Estado, Senadores, Deputados federais e estaduais, Vereadores etc.), os servidores titulares de cargos públicos ou empregados, sujeitos ao regime estatutário ou celetista em órgão ou entidade pública (autarquias e fundações), empresa pública ou sociedade de economia mista, bem como as pessoas requisitadas para prestação de atividade pública (p. ex.: membro de Mesa receptora ou apuradora de votos, recrutados para o

serviço militar obrigatório etc.) e por fim os prestadores terceirizados de serviço, os concessionários ou permissionários de serviços públicos, e os delegados de função ou ofício público (p. ex.: os titulares de serventias da Justiça não oficializadas, conforme o art. 236 da Constituição Federal).

Todos os relacionados, acima estão sujeitos às penalidades das hipóteses de ocorrência das condutas vedadas, sem prejuízos de ações eleitorais tais como cancelamento de registro de candidatura e perda de diploma e ação civil de improbidade administrativa.

Para uma abordagem mais clara dos aspectos envolvidos, cuidou-se, na presente manifestação, de separar as condutas vedadas por tema. A descrição de cada uma delas vem acompanhada do período no qual a vedação deve ser observada, das penalidades aplicáveis em caso de descumprimento da legislação eleitoral e, quando necessário, de exemplos e observações que ajudem a distinguir as condutas vedadas daquelas permitidas.

Inaugurações e eventos

Nesse particular deve-se ter extremo cuidado para que inaugurações e outros eventos promovidos pela Administração Pública, em ano eleitoral, não sejam confundidos com propaganda de candidato ou de partido político.

Deve-se levar em conta a questão da publicidade, que possui íntima correlação com o Princípio da Impessoalidade, previsto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, que determina que a “publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos” (cf. art. 74 da Lei nº 9.504/97, e art. 51 da Resolução TSE nº 23.404/2014). A incidência dessa conduta configura abuso de autoridade para os fins do disposto no art. 22 de Lei Complementar nº 64/90 (cf. art. 74 da Lei nº 9.504/97).

De toda sorte, cabe lembrar que o TSE firmou entendimento no sentido de que a publicação de atos oficiais ou meramente administrativos não caracteriza publicidade institucional por não apresentarem conotação eleitoral (AgRgRespe nº 25.748/06, rel. Min. Caputo Bastos e AC nº 25.086/05, rel. Min. Gilmar Mendes).

Deve-se atentar que, segundo o TSE, “o art. 74 se aplica somente aos atos de promoção pessoal na publicidade oficial praticados em campanha eleitoral” (AG nº 2.768/01, rel. Min. Nelson Jobim).

Não é despidendo ressaltar que, mesmo nas hipóteses em que o legislador expressamente prescreve as vedações tão somente na circunscrição do pleito é necessário que se apure a repercussão das ações municipais e estaduais, porquanto, além de verificar a restrição legal, imperioso que seja apurado se determinada conduta não afetará a igualdade de oportunidades entre os candidatos nos pleitos eleitorais.

Na propaganda institucional, não pode o administrador público utilizar-se de nomes, frases, símbolos, siglas ou propagandas que, de uma forma ou de outra, explícita ou implicitamente, direta ou indiretamente, possam significar autopromoção com o uso do dinheiro público, a pretexto do cumprimento de uma obrigação constitucional. O texto constitucional impõe o dever de que toda publicidade dos órgãos ou entes públicos vise unicamente ao bem da sociedade brasileira.

Vale citar entendimento da jurisprudência a propósito dos requisitos permitidos para se proceder com a publicidade institucional sem que seja caracterizada a promoção pessoal, verbis:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROPAGANDA INSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE PROMOÇÃO DE IMAGEM PESSOAL. INTUITO INFORMATIVO. IMPROCEDÊNCIA. Não configura ato de improbidade a realização de campanha publicitária que não visa à promoção de sua imagem pessoal ou vincula o seu nome às obras e serviços realizados, já que não violados os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade. Recursos conhecidos. Provido o primeiro, não provido o segundo”. (TJMG - Processo nº 1.0470.08.044866-0/001 - Relator: Min. Albergaria Costa - Data da publicação: 02.10.2009)

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO POPULAR - ADMINISTRATIVO - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE - NÃO CARACTERIZAÇÃO - AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE PROMOÇÃO PESSOAL PELO PREFEITO - IRREGULARIDADES - AUSÊNCIA. A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo, ou de orientação social dela não podendo constar normas, símbolos ou imagens que caracterizam promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. Não havendo indícios e provas de que os cartões de natal distribuídos no Muni-

cípio de São Sebastião do Paraíso promoveram o Prefeito Municipal, lhe trazendo vantagens pessoais, não há que se falar em ilegalidade e, conseqüentemente, em ressarcimento”. (TJMG - Processo nº 1.0647.07.071694-7/001 - Relator: Des. Mauro Soares De Freitas - Data da publicação: 23.01.09)

Note-se o comando inserido no art. 51 da Resolução/TSE nº 23.404:

“Art. 51. A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos (Constituição Federal, art. 37, §1º)”.

Parágrafo único. Configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar no 64/90, a infringência do disposto no caput, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro de sua candidatura ou do diploma (Lei nº 9.504/97, art. 74)”.

Assim, necessário se faz que, para efeito da inaugurações e outros eventos, o gestor público proceda à veiculação de material institucional apenas de caráter educativo, informativo, ou de orientação social, sem que conste imagens ou símbolos que caracterizem promoção pessoal ou que possa ser entendido como auxílio aos candidatos que concorrem nas eleições.

Ressalva-se também a restrição imposta pela lei substantiva federal, referente ao limite no valor para contratação de publicidade, visto que não pode o Administrador Público realizar, em ano de eleição, despesas com publicidade que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem ao pleito, ou do último ano imediatamente anterior à eleição (Art. 73, VII, da Lei 9504/97). Obviamente, esta restrição aplica-se à esfera de governo (União, Estados, DF e Municípios) que se encontrar em período de sucessão eleitoral.

A respeito da propaganda institucional, divergem alguns autores quanto a sua limitação; para alguns, como Adriano Soares da Costa¹, referida limitação procura evitar a manipulação do eleitorado através de propagandas públicas, nas quais o que se pretende é divulgar informações favoráveis a determinado candi-

¹ Instituições de Direito Eleitoral, 8. ed., Lumen Juris, 2009.

dato ou partido político. Em lado diametralmente oposto, autores como Geraldo Brindeiro² não enxergam como propaganda eleitoral ilícita a “simples realização de propaganda institucional” e sustentam que a divulgação de obras e realizações administrativas é salutar para o aperfeiçoamento da Democracia.

Apesar de opiniões divergentes, é inquestionável que, em período eleitoral, a propaganda institucional, mesmo quando observados os requisitos constitucionais da impessoalidade e do caráter meramente “educativo, informativo ou de orientação social”, pode provocar influência no processo eleitoral, privilegiando, direta ou indiretamente, candidatos e partidos.

Ademais, com o advento da Emenda Constitucional nº 16, pela qual se permitiu a reeleição dos Presidentes, Governadores e Prefeitos, o “peso” da influência da publicidade oficial e a sua capacidade de interferir nas disputas eleitorais foi consideravelmente redobrada. Deste modo, imprescindíveis para a preservação da “igualdade de oportunidades entre candidatos” as severas limitações preconizadas na Lei nº 9.504/97.

Assevera o art. 73, § 3º, da Lei nº 9.504/97 que as restrições em apreço se aplicam aos agentes públicos das esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição. Em sendo assim, caso os cargos em disputa sejam da esfera municipal, pode o governo federal e estadual dar prosseguimento normalmente às suas campanhas publicitárias, não havendo qualquer restrição. Por sua vez, quando se tratar de eleições gerais – federais e estaduais, aos Municípios não será aplicada qualquer limitação em relação à sua publicidade.

No caso de eventos e inaugurações de obras públicas, nas quais possam estar presentes candidatos ao pleito eleitoral vindouro, deve-se ressaltar que é vedada a participação e até mesmo comparecimento de qualquer candidato, a estas inaugurações, nos três meses que precedem o pleito eleitoral. No caso em tela, tal vedação aplica-se a partir do dia 7 de julho de 2014. (Art. 77 da Lei 9.504/97, com redação dada pela Lei 12.034/2009).

A esse propósito, observe-se o mandamento contido na Resolução/TSE número 23.404:

“Art. 53. É proibido a qualquer candidato comparecer, a partir de 5 de julho de 2014, a inaugurações de obras públicas (Lei nº 9.504/197, art. 77, caput).”

² A justiça eleitoral e a democracia brasileira. Consulex: Revista Jurídica, v.1, n.12, p.30-31, dez. 1997.

Parágrafo único. A inobservância do disposto neste artigo sujeita o infrator à cassação do registro ou do diploma (Lei n° 9.504/97, art. 77, parágrafo único)”.

Nos julgados RESPE n° 15.732/99, rel. Min. Eduardo Alckmin; AAG n° 7.780/09, rel. Min. Marcelo Ribeiro, e RCED n° 703/09, rel. Min. Felix Fischer, o Tribunal Superior Eleitoral firmou que:

“Entende-se como ato de propaganda eleitoral aquele que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública”.

Não obstante, cabe observar, quanto à existência de decisões de Tribunais Eleitorais no âmbito estadual, que relativizam o mandamento referenciado, conforme exemplo seguinte:

“TRE-PA - Recurso Eleitoral RE 22033 PA (TRE-PA)

Data de publicação: 06/12/2012

Ementa: REPRESENTAÇÃO POR CONDUTA VEDADA. ARTIGO 77 DA LEI N.º 9.504 /97. COMPARECIMENTO DE CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO À **INAUGURAÇÃO DE OBRA PÚBLICA**. EVENTO RESTRITO. PERMANÊNCIA POR BREVE **PERÍODO**. PARTICIPAÇÃO DIMINUTA DA RECORRIDA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À IGUALDADE DE OPORTUNIDADES ENTRE CANDIDATOS. GRAVIDADE NÃO CARACTERIZADA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO IMPROVIDO. I - A jurisprudência mais recente do E. TSE aponta para a necessidade de averiguação do binômio potencialidade/proporcionalidade para a aplicação da sanção de cassação do registro ou diploma em virtude da prática de conduta vedada. II - Não há potencialidade lesiva, do ponto de vista do equilíbrio do Pleito e da isonomia de oportunidades, na conduta de candidato que comparece a evento restrito, fechado ao **público** em geral, por breve **período**, e não participa de qualquer ato solene. III - A ausência da mínima vantagem de natureza **eleitoral** retira a gravidade do fato e descaracteriza a conduta do art. 77 da Lei das Eleicoes . IV- Recurso improvido”.

A cabeça do artigo 22 da Lei 64/90, diz que qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político.

Nos incisos do artigo supramencionado existe a previsão legal de que, uma vez constatada tal conduta, ensejará inelegibilidade – do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato – para as eleições a se realizarem nos oito anos subsequentes à eleição em que se verificou a conduta vedada, seja o infrator candidato ou não, além de ocorrer o cancelamento do registro de candidatura ou, se eleito, ocorrer perda do diploma.

Alem das punições mencionadas, é também prevista a suspensão imediata da conduta vedada, quando for o caso; multa no valor de R\$ 5.320,50 a R\$ 106.410,00, aos agentes responsáveis, aos partidos políticos, às coligações e aos candidatos beneficiados, sem prejuízo de outras sanções de caráter constitucional, administrativo ou disciplinar fixadas pelas demais leis vigentes (§§ 4º e 8º do art. 73 da Lei nº 9.504, de 1997, e §§ 4º e 8º do art. 50 da Resolução TSE nº 23.404/2014).

Chama-se a atenção ao posicionamento do TSE, que diz:

“basta a veiculação de propaganda institucional nos três meses anteriores ao pleito para que se configure a conduta vedada no art.73, VI, b, da Lei nº 9.504/97, independentemente de a autorização ter sido concedida ou não nesse período”. (AG nº 5.304/04, rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira).

Enfim, é sabido que as restrições à publicidade em ano eleitoral buscam evitar situações que coloquem determinado candidato em situação de vantagem em relação aos demais, isto porque, quando da disputa pelos cargos eletivos, torna-se por demais tênue a divisa entre o que se pugna como publicidade institucional e o que, em verdade, é escamoteada propaganda de autopromoção de determinado candidato.

ASSINATURA DE CONTRATOS PARA A REALIZAÇÃO DE OBRAS

A propósito desse tema, deve-se observar questão atinente ao custeio das obras e serviços que se pretende realizar, especialmente se os valores forem, no

todo ou em parte, decorrentes de transferência voluntária de recursos, uma vez que existe vedação quanto a conduta consistente em: “realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios..., sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública” (art. 73, VI, “a”, da Lei nº 9.504, de 1997, e art. 50, VI, “a”, da Resolução TSE nº 23.404/2014).

No tocante à transferência para os Estados, a Advocacia Geral da União entende que:

“a) União está proibida de efetuar transferências voluntárias não somente aos Municípios, mas também aos Estados, incluindo os órgãos da Administração direta e as entidades da Administração indireta;

b) não há impedimento na Lei Eleitoral com relação às práticas de atos preparatórios necessários para a celebração de contratos, convênios ou outros atos assemelhados no período de três meses que antecedem as eleições, com cláusulas que determinem a transferência voluntária de recursos após este período pré-eleitoral, sendo, também, este o entendimento do TSE no Acórdão nº 16.469/02;

c) o prazo limite para a realização de operações de crédito pelos entes federados, incluídas aquelas para execução de programas com recursos do FGTS, será o período anterior a 4 de julho de 2004 – três meses que antecedem o pleito - conforme o estatuído no art. 73, inciso VI alínea ‘a’, da Lei nº 9.504/97”.

A definição de transferência voluntária pode ser encontrada no art. 25 da Lei Complementar nº 101/00, como sendo: “a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.” A título de exemplo pode-se citar a concessão de empréstimos, repasses de recursos mediante convênio etc.

Como demonstrado, observa-se que não é possível realizar operações de crédito com nenhum ente federativo no período eleitoral, tendo a AGU se manifestado no sentido de que “*entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital. Logo, diante disso, todos os entes federados estão*

sujeitos à aplicação do art. 73, VI, alínea ‘a’, da Lei nº 9.504/97, no que se refere a operações de crédito...” (Parecer da AGU nº AC-12, aprovado pelo Presidente da República).

O período eleitoral referenciado dá-se nos três meses anteriores à eleição, que na situação em apreço situa-se entre 7 de julho e 7 de outubro de 2014, podendo estender-se até 28 de outubro de 2014, nos locais onde venha ocorrer o segundo turno (art. 73, VI, da Lei nº 9.504/97, e art. 50, VI, “a”, da Resolução TSE nº 23.404, de 2014).

Contudo, deve-se atentar que existem exceções, conforme previsto na parte final da alínea “a” do inciso VI do art. 73 da Lei nº 9.504/97, onde são ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, ou os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública. Além disso, devem também ser ressalvados os repasses de recursos públicos determinados por lei e pela Constituição, como os recursos destinados aos órgãos municipais que compõem o SUS ou em virtude do Fundeb, por serem transferências obrigatórias, bem como os repasses para entidades privadas, tendo, quanto a essa última ressalva, se manifestado o TSE no Acórdão nº 266/04, rel. Min. Carlos Velloso.

Ordens de serviço de contratos já assinados

Com relação às ordens de serviço pertinentes aos contratos assinados antes do período eleitoral, para realização de obras e serviços, o TSE entende que *“a exceção de transferência voluntária de recursos para obras e serviços em andamento se refere àqueles já fisicamente iniciados” (Consulta nº 1.062, rel. Min. Carlos Velloso; e Acórdão nº 25.324/06, rel. Min. Gilmar Mendes).*

Se for o caso de transferência após situação de emergência ou estado de calamidade, o TSE veda a possibilidade de se liberar recursos para os municípios que não mais se encontram em situação de emergência ou estado de calamidade, mesmo que ainda necessitem de apoio para mitigar os danos decorrentes dos eventos adversos que deram causa à situação de emergência ou ao estado de calamidade (*Resolução nº 21.908/04, rel. Min. Peçanha Martins*).

Além dos aspectos referenciados, previstos na legislação eleitoral, deve-se atentar, ainda, ao quanto previsto no Art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, em especial a seguinte conduta:

“É vedada ao titular de poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito”. (Art. 42 da Lei Complementar nº 101/00).

A propósito dessa conduta, existe a possibilidade de incidência das penalidades previstas pelo Decreto-Lei nº 2.848/40 (Código Penal); pela Lei nº 1.079/50, Decreto-Lei nº 201/67, pela Lei nº 8.249/92, e demais normas da legislação pertinente (art. 73 da Lei Complementar nº 101/00).

Editais de licitações

Registre-se que o período eleitoral impõe aos gestores um cuidado e uma atenção maior na prática dos atos de gestão, a fim de que não sejam estes, entendidos como atos para beneficiar alguma candidatura ou partido político. Todavia, o período eleitoral também não pode ser um momento de paralisia da administração pública e da sua gestão.

No tocante à questão atinente à instauração de processo licitatório, no período em que se realizam eleições, efetivamente não há qualquer vedação ao agente público para que instaure processo licitatório no período eleitoral, para compra de bens ou contratação de serviços, uma vez que seria inadmissível interromper a atividade administrativa e a gestão pública, periodicamente, em razão da realização de pleito eleitoral.

Contudo, de maio a dezembro do ano de final do mandato, é vedado ao titular de Poder ou Órgão contrair obrigação ou despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro do seu mandato, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito (Art. 42, Lei Complementar 101/2000). Assim, o titular de cargo público não herdará dívidas provenientes de eventual excesso de seu antecessor.

Excetuando-se as limitações supramencionadas, não existe óbice à promoção de processo licitatório em ano eleitoral, até porque os serviços e políticas públicas não podem sofrer interrupções em função de pleito eleitoral. Assim, não há que falar-se em prazo – final ou inicial – para publicação do edital, podendo, essa publicação, ser efetivada a qualquer momento, sem que haja qualquer nulidade do ato.

3. Conclusão

Por tudo quanto exposto, tem-se:

Quanto a INAUGURAÇÕES E EVENTOS é possível realizá-los, pois é legalmente previsível a publicidade de atos oficiais, mesmo no período de que ora se cuida, desde que não haja conotação eleitoral. Atente-se que, no caso em apreço, aqueles que sejam candidatos não poderão comparecer a tais eventos se dali vierem a extrair condição de vantajosidade em relação a outros competidores.

No tocante a ASSINATURA DE CONTRATOS DE NOVAS OBRAS; ORDENS DE SERVIÇOS DE CONTRATOS PRÉ-EXISTENTES E EDITAIS DE LICITAÇÕES, também é possível realizá-los, desde que haja recursos suficientes no caixa da Fazenda contratante, para sua conclusão, e que tais recursos não decorram, no todo ou em parte, de transferência voluntária. Importante ressaltar que se o objeto da licitação for a publicidade, é necessário que seja observado o limite do valor a ser contratado.

Referências bibliográficas

BARRETTO, Lauro. Condutas vedadas aos agentes públicos pela Lei das Eleições e suas implicações processuais. Paraná, Edipro, 2006.

BRINDEIRO, Geraldo. A justiça eleitoral e a democracia brasileira. Consulex: Revista Jurídica, v.1, n.12, p.30-31, dez. 1997.

COSTA, Adriano Soares. Instituições de Direito Eleitoral, 8. ed., São Paulo, Lumen Juris, 2009

DA PARTICIPAÇÃO OBRIGATÓRIA DA OAB EM CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGO DE PROCURADOR MUNICIPAL

Geórgia Teixeira Jezler Campello

Presidente da Associação Nacional de Procuradores Municipais

Membro da Comissão Nacional de Advocacia Pública no Conselho Federal da OAB

Mestranda em Direito Tributário pela PUC/SP

Presidente da Comissão de Advocacia Pública da OAB/BA

Especialista em Direito Processual Civil pela Unifacs (JJ Calmon de Passos)

Pós-Graduada em Direito Tributário pela PUC/SP

Pós-Graduada em Filosofia Contemporânea pela Faculdade Mosteiro de São Bento da Bahia

O art. 132 da Constituição Federal estatui que:

Art. 132 - Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

A referida norma constitucional é autoaplicável e incide inevitavelmente sobre os concursos públicos de procurador municipal, realizado pelos municípios, cuja estrutura e funcionamento dos seus órgãos governamentais defluem das normas constitucionais.

O Brasil é uma República formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal (art. 1º da CF). A República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito e a forma do Governo brasileiro é integrada por **normas constitucionais relativas à estrutura e funcionamento dos órgãos governamentais e descritas nos arts. 44 a 134 da Carta Constitucional**¹, sendo que tal organização visa estruturar o estado inclusive para o aten-

¹ DA SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 90.

dimento dos direitos fundamentais contemplados na Constituição da República. Essas normas, que são pressupostos básicos para dar ao Estado uma organização democrática e que delineiam a sua estrutura, são normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Assim, a norma extraída do art. 132 da CF, compreendida dentro do conjunto de disposições reguladoras do princípio republicano, porta o caráter pleno necessário à sua aplicabilidade imediata.

No desate de questões afins, recorre o Supremo Tribunal Federal, por vezes, ao chamado **princípio ou regra da simetria**, que é construção pretoriana tendente a garantir, quanto aos aspectos reputados substanciais, homogeneidade na disciplina normativa da separação, independência e harmonia dos poderes, nos três planos federativos.

Em decorrência do princípio federativo e da igualdade constitucional dos entes, é que se concebe o princípio da simetria constitucional, pelo que, ressalvadas as exceções constitucionais, as mesmas regras e princípios aplicáveis à União, como ente federado, serão observadas necessariamente pelos demais entes, desde que não haja razão jurídica ou política para discriminar.²

A observância do princípio da simetria para os Municípios tem previsão no art. 29 da Constituição Federal, segundo o qual esses entes federados regem-se por lei orgânica, “atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado”.

Assim, por observância sistêmica à Constituição, os Municípios não podem criar sua Advocacia Pública, afastando regra constitucional explícita no sentido da participação da OAB em todas as suas fases.

O modelo, portanto, a se seguir é o constitucional, que impõe o ingresso na carreira da Advocacia Pública por meio de concurso público de provas e títulos e que deve ser repetido nas Leis Orgânicas Municipais, em atenção ao princípio da simetria e ao regime principiológico da administração pública.

Conforme GARCÍA DE ENTERRÍA³, reconhece-se à Constituição uma *supralegalidade material* que a ela assegura uma predominância jurídica hierárquica sobre todas as demais normas do ordenamento, produto dos poderes constituídos pela própria Constituição, obra do superior poder constituinte. Dessa forma, todos os atos normativos a ela devem reverência e só serão válidos se não a contra-

² DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 18. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000.

³ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La constitución como norma e el Tribunal Constitucional”. Madrid: Editorial Civitas, 1994, 50.

riarem, não apenas sob o ponto de vista formal de produção das normas por ela estabelecido, mas sobretudo, o quadro de valores e de limitação do poder em que a Constituição se expressa.

Afirma ainda o renomado jurista:

(...) la Constitución es "resistente" frente a cualquier norma u orden contraria a sus mandatos (...) Esta resistencia o plus de validez, o inmunidad de la Constitución frente a todas las normas y actos que de ella derivan, es la base misma de su supremacía, y, por tanto, la piedra angular de su eficacia como pieza técnica en la construcción del Estado y del ordenamiento jurídico.⁴

Significa dizer que a Constituição traça um sistema de fontes formais e mantém a supremacia em relação às demais normas, de sorte a afastar do ordenamento jurídico qualquer norma que a contrarie não apenas por razões meramente formais, mas substanciais.

Nessa esteira, qualquer aplicador da norma deve levar em consideração a supremacia da Constituição. Há uma inteira vinculação de todos os tribunais e sujeitos públicos e privados às normas constitucionais.

Por sua vez, o inciso X do art. 58 da Lei 8.906/94 dispõe que compete privativamente ao Conselho Seccional da OAB participar da elaboração dos concursos públicos, em todas as suas fases, nos casos previstos na Constituição e nas leis, no âmbito do seu território:

Art. 58. Compete privativamente ao Conselho Seccional:

(...)

X - participar da elaboração dos concursos públicos, em todas as suas fases, nos casos previstos na Constituição e nas leis, no âmbito do seu território;

Cumpra observar que a **interpretação conforme a Constituição** visa também dar sentido às normas infraconstitucionais, como é o caso da norma acima transcrita, de maneira que elas sejam mais adequadas aos valores e fins constitucionais; ou seja, dentre as interpretações possíveis, deve-se escolher a que mais se afina com a Constituição.

Nessa linha, entender que o lançamento de concurso público para provimento de cargo de Procurador Municipal deve-se prescindir da participação da

⁴ Op. cit. p. 64/65

OAB, seria malferir a norma constitucional ínsita no art. 132 da Constituição Federal, de modo que qualquer tentativa nesse sentido restaria maculada pela nulidade característica das normas inconstitucionais.

Vale asseverar que o sentido, das normas constitucional e infraconstitucional supramencionadas, de incluir a participação da OAB no referido certame não se dá apenas pelo suposto conhecimento que porta o advogado indicado, mas porque à OAB compete *defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas*. E mais, compete-lhe *promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil* (art. 44 da Lei 8906/94).

Não foi outro o entendimento do Ministro Moreira Alves no julgamento da ADIN 1.864, oportunidade em que foi deferida medida cautelar em ação direta requerida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, para suspender a eficácia do art. 2º da Resolução nº 3/97, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que, disciplinando o concurso de provas e títulos para ingresso na carreira da magistratura no cargo inicial de juiz substituto, determinou que “o Presidente do Tribunal de Justiça solicitará ao Presidente da OAB, Seção da Bahia, indicação de lista sêxtupla para escolha do seu representante que integrará a comissão de concurso”. Considerou-se, num primeiro exame, que caberia exclusivamente à OAB indicar o seu componente da banca examinadora tendo em vista que o art. 93, I, da CF garante a sua participação em todas as fases do referido concurso, não podendo o mencionado Tribunal coparticipar desta indicação⁵. Nessa linha, o relator proferiu o seu voto:

“Qual o sentido de o legislador incluir a OAB nos referidos concursos? Será que é só pelo saber jurídico do advogado a ser indicado?”

Com a devida vênia, não. A OAB não é uma exclusiva e limitada reunião ou associação de advogados, como, por exemplo, o INSTITUTO DOS ADVOGADOS e ACADEMIAS específicas. O Constituinte poderia sugerir representação de qualquer destas ilustres associações, mas não. Mencionou a OAB. Por que a OAB? Será que só, como uma gratidão pela sua história de glórias, de sangue em defesa da democracia brasileira?

⁵ ADInMC 1.684-BA, rel. Min. Moreira Alves, 23.10.97. Vide informativo n. 89 do STF.

Não. O art. 44 da Lei 8.906/94 diz que cabe à OAB defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.

O indicado pela OAB não só tem o dever de examinar os candidatos, MAS ANTES DE TUDO observar a seriedade do concurso a realizar e tem o dever legal de apontar qualquer que seja a irregularidade. O dever incontestavelmente, se encontra no artigo 44 supra transcrito.

Para se evitar, que na eventual lei complementar seja excluída a OAB, o constituinte teve o cuidado de ressaltar que no Estatuto da Magistratura, no ingresso da carreira deverá haver A PARTICIPAÇÃO DA OAB EM TODAS AS SUAS FASES.”

Em julgado mais recente, a pertinência da participação da OAB nos concursos para a atividade de assessoramento jurídico do Executivo restou reafirmada:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 500, DE 10 DE MARÇO DE 2009, DO ESTADO DE RONDÔNIA. ERRO MATERIAL NA FORMULAÇÃO DO PEDIDO. PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO PARCIAL REJEITADA. MÉRITO. CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Conhece-se integralmente da ação direta de inconstitucionalidade se, da leitura do inteiro teor da petição inicial, se infere que o pedido contém manifesto erro material quanto à indicação da norma impugnada.

2. A atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo dos Estados é de ser exercida por procuradores organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, nos termos do art. 132 da Constituição Federal. Preceito que se destina à configuração da necessária qualificação técnica e independência funcional desses especiais agentes públicos.

3. *É inconstitucional norma estadual que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo. Precedentes.*

4. *Ação que se julga procedente. (ADI 4.261, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 2-8-2010, Plenário, DJE de 20-8-2010.) No mesmo sentido: ADI 881-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2-8-1993, Plenário, DJ de 25-4-1997.*

Cumpra ainda ressaltar que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, através do Provimento Nº 114, de 10 de outubro de 2006, regulamentou as atividades dos advogados inscritos, no âmbito da Advocacia Pública, assim determinando:

Art. 2º. Exercem atividades de advocacia pública, sujeitos ao presente provimento e ao regime legal a que estejam submetidos:

(...)

“III - os membros das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das respectivas entidades autárquicas e fundacionais; IV -...”.

Art. 4º. A aprovação em concurso público de provas e de títulos para cargo na advocacia pública não exige a aprovação em exame de ordem, para inscrição em Conselho Seccional da OAB onde tenha domicílio ou deva ser lotado.

Assim, além das competências estabelecidas no art. 44 da Lei 8.906/94, a participação de membro da Ordem dos Advogados do Brasil, no concurso para advogado público municipal, intenta também auxiliar na seleção de profissionais que lhes são vinculados como entidade de classe e tem o caráter de fiscalizar o ingresso de especialistas, que, em última análise, serão os representantes e defensores do ente municipal em juízo e fora dele.

Por tais razões, tendo como premissa que o molde constitucional deve ser repetido no âmbito da legislação local, que impõe o ingresso na carreira da Advocacia Pública por meio de concurso público de provas e títulos, as Leis Orgânicas Municipais devem contemplá-lo, em atenção ao princípio da simetria e ao regime principiológico da administração pública, assim como o referido certame deve contar com a participação da OAB em todas as suas fases, sob pena de violação dos arts. 29 e 132 da Constituição Federal e 58, X, da Lei 8906/94.

OPORTUNIDADES PARA AS CIDADES NA UTILIZAÇÃO DO MECANISMO DE DESENVOLVIMENTO LIMPO: EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Gisane Tourinho Dantas

Procuradora do Município do Salvador, lotada na Procuradoria Fiscal.

Foi Chefe da Representação da Procuradoria na Secretaria de Serviços Públicos e Prevenção à Violência.

Ex-Defensora Pública do Estado de Sergipe.

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)
Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET)

Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Especialista em Direito pela Escola dos Magistrados da Bahia: Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* Preparatório à Carreira de Magistratura (EMAB/UCSAL)

Possui diversos artigos publicados em periódicos.

Luís Gustavo Vilas Boas de Sena

Advogado e Professor universitário.

Ex-Consultor do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) para Projetos de Crédito de Carbono

Mestre em Regulação de Energia da Indústria do Petróleo e Gás (UNIFACS)

Possui diversos artigos publicados em periódicos.

Sumário: Introdução – 1. O Princípio do Desenvolvimento Sustentável no contexto do Direito Ambiental Internacional. – 1.1. Normas nacionais e internacionais sobre mudança do clima. – 2. O Mecanismo de desenvolvimento Limpo (MDL). – 2.1. Projetos de MDL aplicáveis no âmbito municipal. – Considerações finais - Referências

Palavras-chave: Desenvolvimento sustentável; GEEs; Mecanismo de Desenvolvimento Limpo; Municípios.

Introdução

O alerta para a gravidade dos riscos ambientais ocorreu em 1972, em Estocolmo, com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, promovida pela ONU (Organização das Nações Unidas).¹

A partir desse momento, percebeu-se que os recursos naturais são escassos, enquanto que as necessidades humanas são inesgotáveis, razão pela qual seria preciso racionalizar a gestão da utilização dos recursos naturais, a fim de assegurar a vida das presentes e futuras gerações e de evitar conflitos intergeracionais. Daí falar-se em sustentabilidade e em desenvolvimento sustentável.

O desenvolvimento sustentável deve ensejar a internalização dos custos das externalidades negativas das atividades produtivas que fazem uso dos recursos naturais, a fim de que a gestão desses recursos seja eficiente e racional.

As externalidades são, segundo Paulo Henrique do Amaral², efeitos externos que “correspondem a custos e benefícios que circulam externamente ao mercado”. Essas externalidades podem ser positivas ou negativas.

Como um exemplo de externalidade positiva, Emília Soares³ cita a relação de proximidade entre um produtor de maçãs e um produtor de mel; “é fácil verificar que a “florada das maçãs” exerce efeito positivo sobre a produção de mel”. Em relação às externalidades negativas, um dos exemplos mais evidentes é o da poluição do ar.

Externalidades negativas são custos econômicos que circulam externamente ao mercado e que, portanto, não são compensados pecuniariamente, já que são transferidos sem preço.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁴ defende que existem diversos mecanismos de política ambiental aptos a ajudar no desenvolvimento sustentável, na medida em que tenta internalizar as externalidades ambientais, como: 1 – regulamentar ou comando-controle; 2 – instru-

¹ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco – Doutrina – Jurisprudência – Glossário*. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 59;

² AMARAL, Paulo Henrique do. *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 40;

³ SOARES, Emília Salgado. *Externalidades negativas e seus impactos no mercado*. 1999. Dissertação (Mestrado em Finanças Públicas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/5362/1199901398.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24 jan. 2014. pp.13-14.

⁴ Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). *Taxation, Innovation and the Environment: A Policy Brief*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/greengrowth/tools-evaluation/48178034.pdf>>. Acesso em: 27 ago.2013. p.1;

mentos de mercado (impostos e licenças negociáveis, por exemplo); 3 – acordos negociados; 4- subsídios; 5- sistema de gestão ambiental e 6- campanhas de informação.

O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), objeto do presente estudo, é justamente um instrumento de mercado que visa ajudar no desenvolvimento sustentável.

Com o aumento da urbanização, com o crescimento econômico e o desenvolvimento tecnológico, o consumo em massa e a geração de resíduos, inclusive eletrônicos passaram a ser um problema nos Municípios, haja vista a maioria não ter um plano para descarte ambientalmente seguro.

Com a Lei nº 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, o adequado tratamento e descarte dos resíduos passou a ser obrigação dos entes, sendo determinado o fim dos famigerados “lixões” até agosto de 2014.

Há ainda os problemas com o tratamento do esgoto. Muitos Municípios não possuem projetos de tratamento do esgoto, o que culmina que os dejetos são descartados diretamente nos rios e mares, poluindo essas águas, questões que devem ser solucionadas em decorrência do advento da Lei nº 11.445/2007, que estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico.

Não se pode olvidar, ainda, que a água, a energia, o desenvolvimento socioeconômico e a mudança do clima são interligados de forma fundamental. Segundo o PNUMA (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente), fontes tradicionais de produção de energia resultam em maiores emissões de gases do efeito estufa (GEE) e na mudança do clima que, por sua vez, contribuem para escassez da água, episódios climáticos extremos (inundações, secas etc.), aumento do nível do mar e perda de gelos dos mares polares e de geleiras.

Nesse contexto, no ano de 1997, quando da realização da 3ª Conferência das Partes, na cidade japonesa de Kyoto, na esteira de efetivar o quanto estabelecido no tratado denominado Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (CQNUMC), foi editada uma espécie de aditamento a essa convenção chamado Protocolo de Kyoto, onde ficou estabelecido o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo, através do qual países desenvolvidos podem ajudar países em desenvolvimento a diminuir suas emissões de GEEs, bem como outros aspectos que reportam à sustentabilidade.

O MDL pode ser utilizado pelos Municípios em diversos projetos que visam a redução da emissão dos GEEs, que também podem ser beneficiados com a obtenção de recursos provenientes na venda dos créditos de carbono certificados.

Assim, o presente artigo está dividido de forma a percorrer a origem do princípio do desenvolvimento sustentável, passando pelas normas nacionais e internacionais sobre mudança do clima até culminar com o estudo do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo e sua aplicabilidade no âmbito dos Municípios.

1. O Princípio do Desenvolvimento Sustentável no contexto do Direito Ambiental Internacional

De acordo com Humberto Ávila⁵, os princípios remetem o intérprete a valores. Na verdade, seriam autêntico juízo de valor, ao proteger interesses específicos nos casos concretos, sempre em busca do que se convencionou chamar Justiça.

O denominado Princípio do Desenvolvimento Sustentável é originário da Convenção de Estocolmo, embora ainda não tivesse essa denominação no documento final da Declaração. Entendem alguns autores que o termo foi originado por ocasião do Relatório Brundtland, na década de 1980, e chegou à consagração enquanto princípio jurídico em 1992, na Declaração do Rio⁶.

Édis Milaré ensina que:

O desenvolvimento sustentável é definido pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento como *aquela que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades*⁷.

Em outros termos, pode-se dizer que o princípio tem o complexo desafio de aliar o crescimento econômico com a preservação ambiental – que não deveria ser considerado uma dicotomia, pois, de fato, não é. Nesse escopo, é imperioso notar que não há limites à efetivação desse princípio, seja de ordem geográfica ou temporal, razão pela qual os municípios têm e terão imensa importância no itinerário a ser percorrido para tanto.

Há de se observar, portanto, que o desenvolvimento sustentável está inteiramente relacionado à questão climática, grande preocupação da humanidade nesse início de século. É justamente esse esforço de combater as mudanças do

⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 64;

⁶ SIRVINKAS, Luis Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 58;

⁷ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 7.

clima que leva à criação de normas como a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (CQNUMC), o Protocolo de Kyoto e, finalmente, ao Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), como veremos a partir deste momento.

1.1. Normas nacionais e internacionais sobre mudança do clima

A Ciência do Clima e o Direito realizam interseção entre si pelo menos desde 1972, ano do surgimento da Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, documento gestado na Conferência de Estocolmo. Mas é fato que essas duas ciências ainda necessitam de uma maior interação para que possam, conjuntamente, colaborar no combate às alterações climáticas nocivas ao bem-estar global. Não há dúvida que, passados mais de quarenta anos da Conferência sueca, evoluções foram observadas no âmbito das Ciências Jurídicas, em que ramos como Direito Ambiental e Direito Internacional passaram a se debruçar sobre os temas ali tratados.

Mas foi realmente a partir de 1992, ano da criação da CQNUMC, produto da Conferência do Rio de Janeiro, que a quantidade de juristas debatendo o tema, ainda que indiretamente, de fato aumentou. Isso pode ser verificado quando da adoção do Protocolo de Kyoto – tratado internacional vinculado à CQNUMC – documento internacional que, dentre outras coisas, criou o MDL, a ser tratado no item seguinte.

No plano interno, no dia 29 de dezembro de 2009, o Brasil passou a possuir uma Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC), instituída pela Lei n.º 12.187. Essa norma foi publicada no Diário Oficial da União poucos dias após o término da 15ª Conferência das Partes (COP-15) – rodada internacional de negociações entre os países componentes da CQNUMC, realizada em Copenhague, na Dinamarca.

Trata-se de uma lei inovadora e sem precedentes na história ambiental do Brasil. Isso porque traz, dentre outras inovações, metas de redução de emissão de gases de efeito estufa para algo entre 36,1% e 38,9% até 2020, o que demonstra de forma inequívoca que a busca pelo desenvolvimento sustentável há de ser constante e que, sem dúvida, importará em certos sacrifícios.

Ainda no âmbito interno e com relação aos municípios, há também o Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/2001), a Lei n.º 11.445/2007 (Diretrizes nacionais para o Saneamento Básico) e a Lei n.º 12.305/2010 (Política Nacional de Resíduos

Sólidos), dentre outras, que estabelecem diretrizes e instrumentos para que esses entes federativos alcancem a sustentabilidade. Portanto, a união entre a CQNUMC, o Protocolo de Kyoto e as normas internas deve ser capaz de tornar eficaz o princípio surgido em 1972.

2. O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL)

No ano de 1997, quando da realização da 3ª Conferência das Partes, na cidade japonesa de Kyoto, na esteira de efetivar o quanto estabelecido no tratado denominado Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, foi editado uma espécie de aditamento a essa convenção chamado Protocolo de Kyoto, configurando sob tal denominação, “protocolo”, um tratado dentro de outro.

Por esse documento, em seu art. 12, ficou estabelecido o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo, através do qual países desenvolvidos podem ajudar países em desenvolvimento a diminuir suas emissões de GEEs, bem como outros aspectos que reportam à sustentabilidade. Tanto assim é que uma das condições de validade do MDL é justamente que ele seja patrocinado por um país do Anexo-I (desenvolvido) em um país Não Anexo-I (em desenvolvimento), para utilizar a nomenclatura contida na Convenção.

O MDL, então, se tornou o grande instrumento no âmbito da Conferência das Partes para combater as mudanças climáticas. Isso porque ele permite que um país do Anexo-I – dotado, portanto, da obrigatoriedade de diminuir um certo percentual de suas emissões – que não alcance suas metas, implemente uma atividade de projeto de MDL em um país Não Anexo-I – que, não tendo metas fixadas nos acordos climáticos, prescindiria daquela atividade. Nesse escopo, esse país desenvolvido deve calcular a quantidade de emissões com e sem o projeto, a fim de que, com base nesses cálculos, se chegue à quantificação da redução das emissões. É a chamada adicionalidade.

Apesar de toda a questão técnica envolvida no MDL e de sua inegável contribuição para o desenvolvimento sustentável, é certo que seu viés econômico não pode ser olvidado. A verificação dessa realidade se dá ao se analisar o objetivo final do mecanismo: a obtenção do Certificado de Redução de Emissões (CRE), documento que constitui um título passível de ser negociado na bolsa de valores.

É de se ressaltar que os críticos do MDL veem nessa questão econômico-financeira o grande defeito do sistema, chegando a pregar sua substituição total por

outro, mais ambientalista e menos comercial. Já os entusiastas, afirmam que o MDL, ainda que, com efeito, possua o viés capitalista, traz inegáveis benefícios ambientais.

De acordo com as disposições contidas nos tratados e nas disposições dos mais diversos acordos climáticos, o responsável pelo gerenciamento do MDL no âmbito internacional é a ONU, através do *Executive Board*, o conselho executivo, que, além de seguir as determinações do Protocolo de Kyoto e da Convenção-Quadro, ainda edita outras normas, como resoluções que visam estabelecer novas regras, frente às novas demandas que vão surgindo no manejo do MDL ao longo dos anos. É, portanto, a ONU quem emite os CREs, quando os projetos são devidamente registrados e aprovados após um trâmite determinado.

Ainda no tocante à operacionalidade do MDL, tem-se que, antes da análise da ONU, os projetos hão de ser submetidos às autoridades dos países que os recebem, para que estes, após realizarem a verificação de acordo com suas regras internas, os enviem ao Conselho Executivo. Ou seja: os projetos são analisados em duas etapas. Passam primeiramente pelo crivo local e apenas posteriormente vão à ONU. E o fim desse processo é a emissão dos CRE pela autoridade internacional.

No âmbito doméstico, o Protocolo de Kyoto determina que, para poder se beneficiar do MDL, os países interessados em implementá-lo devem estabelecer uma Autoridade Nacional Designada (AND), que fará a gestão local dos projetos, antes de submetê-los à apreciação do Conselho Executivo do MDL. No Brasil, a AND é a Comissão Interministerial sobre Mudança Global do Clima, composta por onze ministérios. Por determinação legal, o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) é quem preside essa comissão, constituindo-se, em verdade, no grande gestor do MDL por essas plagas. Todas as atribuições brasileiras nesse mister ali se iniciam e ali terminam.

3. Projetos de MDL aplicáveis no âmbito municipal

O MDL objetiva, como já visto, a redução da emissão de GEEs na atmosfera e pode servir como outra fonte para obtenção de receitas pelos Municípios em decorrência dos créditos de carbono gerados.

No âmbito municipal, os projetos de MDL possuem aplicabilidade, especialmente, como geração de biogás em aterro sanitário e o tratamento de esgotos e efluentes para evitar a emissão de GEE gerados pelo lodo de esgoto.

Com a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS)⁸, a preocupação com o descarte e a destinação dos resíduos passou a ser maior pela cadeia produtiva e os entes públicos, haja vista que o art. 47 proibiu o lançamento dos mesmos em praia, no mar ou em quaisquer corpos hídricos, e vedou também o descarte *in natura* a céu aberto, os denominados “lixões”, salvo os resíduos de mineração.

O art. 48 da Lei 12.305/2010 ainda veda a utilização dos rejeitos e resíduos como alimentação, a criação de animais domésticos, a fixação de habitações temporárias ou permanentes, a fim de acabar com cenas chocantes já vistas em todos os lixões do país.

A mencionada lei concedeu prazo de 4 anos, após a data de sua publicação, para a implantação da disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos (fim dos “lixões”), cujo prazo se encerra no dia 2 de agosto de 2014, realidade da maioria dos municípios do país. Mas, em se tratando de ano eleitoral, já há uma movimentação política para que se prorrogue esse prazo por até 8 (oito) anos⁹, o que, *data venia*, seria um retrocesso.

Segundo levantamento realizado pelo Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), ligado ao Ministério das Cidades, revela que das 1.429 unidades de disposição em solo, apenas 37% são declaradas como aterros sanitários, 28% como aterros controlados e 35% como lixões, e segundo informação dos gestores municipais, ainda em 2010 existiam catadores de materiais recicláveis atuando nos lixões ou em aterros sanitários¹⁰.

Com o fim legal dos “lixões”, a coleta seletiva dos resíduos deverá ser primordial para os Municípios e o descarte dos rejeitos deverá ocorrer nos aterros sanitários. Os Municípios contam também com instrumentos econômicos aplicáveis para a implementação do plano de resíduos sólidos, previstos no art. 8º, inciso IX,

⁸ A Lei 12.305/2010, no art. 3º, incisos XV e XVI, diferencia os resíduos sólidos dos rejeitos. Resíduos sólidos implica em todo material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d’água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis. Já os rejeitos são os resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada.

⁹ Revista Veja on-line. [on-line], de 30.jul.2014. *Fim de lixões no país pode ser adiado por 8 anos*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/fim-de-lixoes-no-pais-pode-ser-adiado-por-8-anos>>. Acesso em: 31 jul. 2014;

¹⁰ BRASIL. Ministério das Cidades. *Déficit em saneamento básico*. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/index.php/saneamento/231-plansab/6031-41-deficit-em-saneamento-basico-pagina-4.html>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

da Lei 12.305/2010, que são incentivos fiscais, financeiros e creditícios, inserindo-se, nesse último caso, justamente os projetos de MDL.

A preocupação com o tratamento e a destinação dos resíduos sólidos pelos Municípios e pelo Distrito Federal deve ser primordialmente, é claro, em razão da proteção do meio ambiente, mas também financeira, pois o art. 18 da Lei nº 12.305/2010 impõe que a elaboração de plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, nos termos previstos pela mencionada lei, é condição para o Distrito Federal e os Municípios terem acesso a recursos da União, ou por ela controlados, destinados a empreendimentos e serviços relacionados à limpeza urbana e ao manejo de resíduos sólidos, ou para serem beneficiados por incentivos ou financiamentos de entidades federais de crédito ou fomento para tal finalidade.

Registre-se que há norma semelhante em relação aos Estados, prevista no art. 16, em que a elaboração de plano estadual de resíduos sólidos é condição para o Estado ter acesso a recursos da União.

Os objetivos da PNRS, previstos no art. 7º, são, dentre outros, a adoção de tecnologias limpas e o incentivo ao desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos sólidos, incluídos a recuperação e o aproveitamento energético.

E é justamente nessa seara de aproveitamento energético que se inserem os projetos de MDL para aproveitamento dos gases metano e dióxido de carbono (CO₂), decorrentes da decomposição do material orgânico nos aterros sanitários, para serem utilizados na geração de energia limpa. Esses gases, cuja mistura é o biogás, são altamente potentes e atuam no efeito estufa, e para se ter uma ideia, o gás metano é 20 vezes mais potente do que o CO₂¹¹.

Em Salvador, por exemplo, na década de 40, a limpeza pública da cidade, que tinha a denominação de “serviço de asseio público”, contava com 600 homens e utilizava cerca de 80 veículos. Na década de 50, passou a utilizar caminhões fechados e compactadores, e se tem notícia do aproveitamento econômico do lixo (recolhimento de sucatas, aproveitamento de matéria orgânica como adubo etc.). Até a década de 60, os resíduos de Salvador eram dispostos na região de Alaga-

¹¹ INSTITUTO CARBONO BRASIL. *Projetos de redução de emissões em aterros sanitários se multiplicam*. Disponível em: <<http://www.institutocarbonobrasil.org.br/noticias/noticia=731446>>. Acesso em: 31 jul. 2014;

dos¹², e foi apenas em 1974 que a destinação dos resíduos sólidos da capital baiana passou a ser o “lixão” em Canabrava, situação que perdurou até 1997.

Após esse período, foi construído, na via Parafuso e numa área de 250 hectares, o Aterro Sanitário Metropolitano Centro (AMC), que possui sistema de tratamento, de transporte e de disposição final dos resíduos sólidos urbanos, exclusivamente domésticos, dos Municípios de Salvador, Simões Filho e Lauro de Freitas¹³, e passou a operar em 1997. Implantado pela Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia (CONDER), o AMC foi também por ela gerido até 1998, quando foi transferido para o Município do Salvador, e em janeiro de 2000, por concessão municipal, a empresa Bahia Transferência e Tratamento de Resíduos S.A. (Battre) começou a operá-lo¹⁴.

O Aterro Metropolitano Centro recebeu, em 2012, cerca de 2.500 toneladas de resíduos sólidos por dia dos três municípios abarcados, sendo cerca de 1.500 toneladas provenientes da Estação de Transbordo de Salvador. Esses resíduos são de origem domiciliar, comercial, varrição de praias, feiras livres, capinação e podas de jardins.¹⁵

O aterro sanitário, cuja vida útil média é de 20 anos, é um grande projeto de engenharia ambiental, e consiste numa estrutura bem delimitada. Há prévia impermeabilização do solo do aterro e o selamento da base com argila e mantas de PVC, para evitar a contaminação do solo e do lençol freático com o chorume. O aterro sanitário ainda conta com sistema de captação do chorume para posterior tratamento, bem como conta com sistema de captação e armazenamento ou queima do gás metano¹⁶.

¹² SOUSA, Marcos Almeida. *Impactos socioambientais no entorno do Aterro Metropolitano Centro: Salvador/BA*. 2008. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Instituto de Geociências, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

Disponível em: <http://www.posgeo.ufba.br/disserta%C3%A7oes/Dissertacao_Final.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2014;

¹³ CAVALCANTI, Suzana S.; SATO, Hédison K.; LIMA, Olivar A.L. *Geofísica elétrica na caracterização da hidrologia subterrânea na região do Aterro Metropolitano Centro, Salvador, Bahia*. Rev. Bras. Geof. vol.19 no.2 São Paulo May/Aug. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-261X2001000200004>. Acesso em: 31 jul.2014;

¹⁴ MARCHI, Cristina Maria Dacach Fernandez; MENDES, Vera Lucia Peixoto; MARCHI, Roberto José Tripodi. *Meio Ambiente e Saneamento: Gestão do Aterro Sanitário Metropolitano Centro em Salvador – Bahia / Brasil*. In: CONVIBRA. Disponível em: < Meio Ambiente e Saneamento: Gestão do Aterro Sanitário Metropolitano Centro em Salvador – Bahia / Brasil >. Acesso em: 31 jul. 2014;

¹⁵ NASCIMENTO, Júlio César Fialho do; CARVALHO, Miriam de Fátima de; MACHADO, Sandro lemos; SANTOS, Átila Caldas. Geração de metano no Aterro Sanitário Metropolitano Centro, Salvador – Bahia. *Geotecnia*. – *Revista Luso-Brasileira de Geotecnia*, n. 126, Nov/2012. Disponível em: < <file:///C:/Users/Gustavo/Downloads/Revista%20126.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2014. p. 68;

¹⁶ ARRANJO. *Entenda a diferença entre lixão, aterro controlado e aterro sanitário*. 23 ago. 2012. Disponível em: < <http://blog.institutobrookfield.org.br/index.php/2012/08/entenda-a-diferenca-entre-lixao-aterro-controlado-e-aterro-sanitario/>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

Em março de 2011, no mencionado aterro sanitário, foi instalada a Termoverde Salvador, a primeira Usina Termoelétrica a Biogás do Nordeste e a terceira do país. Essa usina termoelétrica coleta e processa os gases metano e dióxido de carbono, que são os principais responsáveis pelo efeito estufa, gerados pela decomposição dos resíduos do Aterro Metropolitano, transformando-os em energia elétrica, que é distribuída pela Coelba (Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia) aos consumidores¹⁷.

Os gases são previamente tratados, ainda no aterro, para a retirada de umidade e partículas em suspensão, e depois são retirados por tubulações conectadas a um sistema de drenagem responsável por levar o biogás até à Termoverde¹⁸.

A mencionada termoelétrica possui uma potência de 19,73 megawatts e produz 150 mil megawatts ao ano, suficiente para atender cerca de 300 mil residências. A empresa que opera a termoelétrica vende energia elétrica no Mercado Livre de Energia e vende os créditos de carbono¹⁹, conforme o Protocolo de Kyoto, gerando receita de royalties para o Município do Salvador.

O Aterro Metropolitano Centro, em Salvador, está sendo ampliado, com obras previstas no Programa de Aceleração do Crescimento do Governo Federal (PAC), e orçadas em mais de 18 milhões de reais²⁰.

Já em São Paulo, existe o aterro sanitário com maior geração de biogás do país: o Aterro Sanitário Bandeirantes. Esse aterro sanitário funcionou entre 1979 e 2007, e recebia diariamente, na época, cerca de metade dos resíduos sólidos de São Paulo. Apesar de fechado, o lixo enterrado no mencionado aterro, estimado em cerca de 40 milhões de toneladas, ainda produz e ainda produzirá gás metano por alguns anos, razão pela qual, então, foi projetada a Usina Termoelétrica Bandeirantes. Foram instalados 400 pontos de captura do gás que é transportado até à referida termoelétrica, onde o gás é queimado para gerar energia. Segundo estimativas da empresa que administra a termoelétrica, 80% do metano do aterro seria liberado para a atmosfera; com a usina, apenas 0,01% é emitido²¹.

¹⁷ ARRANJO. Disponível em: < <http://www.skyscrapercity.com/showthread.php?t=1405654>>. Acesso em: 31 jul. 2014;

¹⁸ PINHEIRO, Wladimir. Aterro sanitário de Salvador produz biogás para termelétrica. *Correio da Bahia*, 28/11/2013. Disponível em: < <http://www.correio24horas.com.br/detalhe/noticia/aterro-sanitario-de-salvador-produz-biogas-para-termeletrica/>>. Acesso em: 31 jul. 2014;

¹⁹ Mais informações e fotos da Termoverde Salvador disponível em: < <http://www.skyscrapercity.com/showthread.php?t=1405654>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

²⁰ BRASIL. *Programa de Aceleração do Crescimento*. Disponível em: <http://www.pac.gov.br/obra/35576>. Acesso em: 31 jul. 2014.

²¹ INSTITUTO CARBONO BRASIL. *Projetos de redução de emissões em aterros sanitários se multiplicam*. Disponível em: < <http://www.institutocarbonobrasil.org.br/noticias/noticia=731446>>. Acesso em: 31 jul. 2014;

Segundo o Instituto Carbono Brasil²², em junho de 2012, o Município de São Paulo leiloou na Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros de São Paulo (BM&F Bovespa) um lote de 531.642 toneladas de crédito de carbono (Reduções Certificadas de Emissão) provenientes do aterro Bandeirantes, arrecadando R\$ 4,5 milhões. A empresa vencedora do leilão foi a suíça *Mercuria Energy Trading SA*, que pagou €3,30 por tonelada.

Todos esses dados revelam que a produção de biogás e a comercialização de créditos de carbono pelos Municípios, além de reduzirem drasticamente os níveis de emissão dos GEEs para a atmosfera, protegendo, portanto, o meio ambiente, servem de fonte rentável de recursos, que podem ser utilizados para as constantes e crescentes necessidades municipais.

O Município de São Leopoldo²³ possui projeto de MDL para compostagem, cujo objetivo é ampliar a vida útil das células do Aterro Sanitário da cidade, bem como contribuir para a diminuição da geração de GEEs em até 70%, pela substituição de metano por gás carbônico, através de MDL e produzir composto orgânico para reaproveitamento energético de matéria orgânica.

As metas do referido município gaúcho são audaciosas, pois a meta principal é não mais efetuar disposição de resíduos em aterro sanitário no prazo de 10 anos, ou seja, até 2018, momento em que todos os resíduos coletados no município terão como destino a reciclagem, a compostagem ou o reaproveitamento.

A utilização de biogás no país é tão importante que o Ministério das Cidades, por meio da Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental (SNSA/MCIDADES), juntamente com o Governo Alemão, no âmbito da Agência Alemã de Cooperação Internacional (GIZ), tem desenvolvido ações em torno de um projeto de cooperação técnica denominado PROBIOGÁS (Projeto Brasil-Alemanha de Fomento ao Aproveitamento Energético de Biogás no Brasil), com previsão de vigência de 5 anos, buscando contribuir para a ampliação do uso energético eficiente do biogás e, por conseguinte, para a redução de emissões de metano e de dióxido de carbono na atmosfera. O aludido projeto trabalhará em duas áreas temáticas: sistemas de tratamento de efluentes e de resíduos sólidos ²⁴.

²² INSTITUTO CARBONO BRASIL. *Projetos de redução de emissões em aterros sanitários se multiplicam*. Disponível em: <<http://www.institutocarbonobrasil.org.br/noticias/noticia=731446>>. Acesso em: 31 jul. 2014;

²³ BRASIL, Município de São Leopoldo-RS. *Programa de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos – Pró-Girs e o Projeto MDL – Compostagem de Resíduos Sólidos Urbanos Central Municipal de Resíduos*. Disponível em: <http://www.saoleopoldo.rs.gov.br/download_anexo/Projeto%20MDL%20Compostagem%20de%20Residuos.pdf. >; Acesso em: 31 jul. 2014;

²⁴ BRASIL. Ministério das Cidades. *Probiogas*. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/index.php/probiogas>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

Outra modalidade de projeto de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo aplicável aos Municípios é o tratamento de esgotos e efluentes para evitar a emissão de gases de efeito estufa gerados pelo lodo de esgoto, cuja concentração de metano é, muitas vezes, maior do que a dos lixões²⁵.

O saneamento básico, que consiste no conjunto de serviços, infraestrutura e instalações operacionais de abastecimento de água potável, de esgotamento sanitário, de limpeza e manejo de resíduos sólidos, dentre outras atividades, caracteriza-se pela sua interface com a saúde pública e com o meio ambiente.

A Lei nº 11.445/2007, que estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico, propiciou para que projetos de MDL para tratamento de esgotos e seus efluentes se tornassem mais propícios. A referida lei exigia a elaboração do Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB), e este foi concluído em 2013, após longo processo de discussão, iniciado em 2008, e coordenado pelo Ministério das Cidades²⁶.

O PLANSAB visa definir objetivos e metas nacionais e regionalizadas e estabelecer o engajamento de todos os entes federados pela universalização do Saneamento Básico nas áreas urbana e rural, e juntamente com os planos regionais de saneamento básico (que são elaborados e executados em articulação com os Estados, Distrito Federal e Municípios envolvidos para as regiões integradas de desenvolvimento econômico ou nas que haja a participação de órgão ou entidade federal na prestação de serviço público de saneamento básico) devem ter horizonte de 20 anos, avaliados anualmente e revisados a cada quatro anos, preferencialmente em períodos coincidentes com os de vigência dos planos plurianuais, nos termos do art. 52, § 2º, da Lei nº 11.445/2007.

Segundo a Lei nº 11.445/2007, um dos objetivos da Política Federal de Saneamento Básico é a de fomentar o desenvolvimento científico e tecnológico, a adoção de tecnologias apropriadas e a difusão dos conhecimentos gerados de interesse para o saneamento básico, bem como a de minimizar os impactos ambientais relacionados à implantação e desenvolvimento das ações, obras e serviços de saneamento básico e assegurar que sejam executadas de acordo com as normas relativas à proteção do meio ambiente, ao uso e ocupação do solo e à saúde.

²⁵ FARIAS, Luciana. Créditos de carbono. Fonte de receita para municípios. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1789, 25 maio 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11311>>. Acesso em: 30 jul. 2014;

²⁶ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *PLANSAB*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/AECBF8E2/Plansab_Versao_Conselhos_Nacionais_020520131.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2014;

A mencionada lei, ainda, determina que o PLANSAB deve abranger ações de saneamento básico de interesse para a melhoria da salubridade ambiental, bem como ações específicas de saneamento nas áreas indígenas, nas reservas extrativistas da União e nas comunidades quilombolas.

O Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento²⁷, no relatório de 2012, indica que a situação do serviço de tratamento de esgoto no país, ainda que tenha crescido, representa o índice médio de 69,4%. Em pleno século XXI esse índice ainda é baixo, o que implica, além de problemas de saúde pública, a contaminação do meio ambiente, já que o esgoto será lançado nos rios e mares sem tratamento.

Dessa maneira, visando melhorar esses índices, os projetos de MDL para tratamento de esgotos e efluentes para evitar a emissão de gases de efeito estufa gerados pelo lodo de esgoto, também colaboram para a reutilização da água, melhorando, portanto, a salubridade ambiental. Luciana Farias²⁸ descreve muito bem esses projetos de MDL:

Nesses projetos, o metano é transformado em biogás e gera energia elétrica, aproveitável pelo município. Além disso, a água resultante do tratamento pode ser reutilizada para diversos fins, como refrigeração, alimentação de caldeiras, limpeza, irrigação de jardins, descargas sanitárias, entre outros. A reutilização da água, após o tratamento, é capaz de gerar grande economia. Ainda, o lodo resultante do processo pode ser também utilizado como adubo orgânico.

Tal projeto também produz créditos de carbono passíveis de negociação e consequente geração de recursos financeiros aos municípios.

No âmbito estadual, também há projetos relacionados ao tratamento do esgoto, como em São Paulo. Segundo relatório de 2013 da SABESP (Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo),²⁹ foi assinado contrato para a transformação de mais de 70 toneladas diárias de lodo produzidas pela Estação de Tratamento de Lavapé, localizada em São José dos Campos, em composto agrícola, sendo já produzido experimentalmente. Contudo, a destinação aos produtores agrícolas está pendente de aprovação e registro de autorização do Ministério da Agricultura.

²⁷ BRASIL. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. Diagnóstico dos Serviços de água e Esgotos – 2012. Disponível em: <<http://www.snis.gov.br/PaginaCarrega.php?EWRErterterTERTer=103>>. Acesso em: 31 jul. 2014. pp.14-16;

²⁸ FARIAS, Luciana. *Créditos de carbono. Fonte de receita para municípios*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1789, 25 maio 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11311>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

²⁹ SABESP, ESTADO DE SÃO PAULO. *Relatório de Sustentabilidade 2013*. Disponível em: <<http://static.globalreporting.org/report-pdfs/2014/0da03321204c6e1d15c4299de514c545.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2014. p. 43.

Considerações Finais

A equação recursos naturais escassos e necessidades humanas crescentes pode não ter um resultado positivo. E é justamente visando a gestão adequada desses recursos que o desenvolvimento econômico deve ser sustentável.

O Protocolo de Kyoto previu o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo, em que países desenvolvidos podem ajudar países em desenvolvimento a diminuir suas emissões de GEEs, bem como outros aspectos que reportam à sustentabilidade.

O PNUMA tem estudo que revela que instrumentos normativos e determinadas ações podem acelerar a realização de metas acordadas internacionalmente, a exemplo de questões ligadas ao clima, com, por exemplo, a implementação da remoção de subsídios perversos ou prejudiciais ao meio ambiente, especialmente para combustíveis fósseis; impostos sobre emissões de carbono; incentivos florestais para o sequestro de carbono; esquemas de comércio de emissões; seguro contra o clima; capacitação e financiamento; preparação e adaptação à mudança de clima, tal como infraestrutura à prova do clima.

Em relação à terra, o PNUMA recomenda o manejo integrado de bacias hidrográficas; o crescimento inteligente das cidades; a proteção de terras agrícolas mais produtivas e espaços verdes; plantio direto e manejo integrado de pestes e/ou agricultura orgânica; o melhor manejo florestal, e, em relação aos resíduos e substâncias químicas, por exemplo, há a recomendação de responsabilidade ampliada do produtor; a análise de ciclo de vida; reduzir, reutilizar e reciclar (3Rs) e produção mais limpa; sistemas nacionais e regionais de tratamento de resíduos perigosos etc., e, por fim, em relação à energia, as recomendações estão amparadas na maior cooperação internacional na área de transferência e aplicação de tecnologias que economizam energia; na promoção de eficiência energética; maior uso de energia renovável; na adição de tarifas preferenciais para compra de energia de fontes renováveis; na restrição aos subsídios para combustíveis fósseis; nas zonas de baixa emissão dentro de cidades etc.

Nesse contexto de desenvolvimento econômico sustentável e de proteção ambiental, e em decorrência das Leis nºs 11.445/2007 (estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico) e 12.305/2010 (institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos), os Municípios brasileiros têm a grande oportunidade de utilizar o MDL, especialmente para geração de biogás em aterro sanitário e tratamento de esgotos e efluentes para evitar a emissão de GEEs gerados pelo lodo de esgoto.

Além desses benefícios ambientais e energéticos, aos Municípios é assegurada a possibilidade de obtenção de recursos financeiros com a venda dos créditos de carbono, gerando ingresso de numerário aos cofres públicos municipais, sempre sedentos de novos aportes para suprir as necessidades dos munícipes.

Referências

AMARAL, Paulo Henrique do. *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007;

ARRANJO. *Entenda a diferença entre lixão, aterro controlado e aterro sanitário*. 23 ago. 2012. Disponível em: <<http://blog.institutobrookfield.org.br/index.php/2012/08/entenda-a-diferenca-entre-lixao-aterro-controlado-e-aterro-sanitario/>>. Acesso em: 31 jul. 2014;

ARRANJO. Disponível em: <<http://www.skyscrapercity.com/showthread.php?t=1405654>>. Acesso em: 31 jul. 2014;

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009;

BRASIL. Ministério das Cidades. *Déficit em saneamento básico*. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/index.php/saneamento/231-plansab/6031-41-deficit-em-saneamento-basico-pagina-4.html>>. Acesso em: 31 jul. 2014;

_____. *Probiogas*. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/index.php/probiogas>>. Acesso em: 31 jul. 2014;

_____. Ministério do Meio Ambiente. *PLANSAB*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/AECBF8E2/Plansab_Versao_Consehos_Nacionais_020520131.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2014;

_____. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/>>. Acesso em: 31 jul. 2014;

_____. *Programa de Aceleração do Crescimento*. Disponível em: <<http://www.pac.gov.br/obra/35576>>. Acesso em: 31 jul. 2014;

_____. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. Diagnóstico dos Serviços de água e Esgotos – 2012. Disponível em: <<http://www.snis.gov.br/Pagina-Carrega.php?EWRErterterTERTer=103>>. Acesso em: 31 jul. 2014;

_____. *Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010* (Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm> Acesso em: 31 jul.2014;

_____. *Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007* (Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm> Acesso em: 31 jul.2014;

_____. Município de São Leopoldo-RS. *Programa de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos – Pró-Girs e o Projeto MDL – Compostagem de Resíduos Sólidos Urbanos Central Municipal de Resíduos*. Disponível em: <http://www.saoleopoldo.rs.gov.br/download_anexo/Projeto%20MDL%20Compostagem%20de%20Residuos.pdf. >; Acesso em: 31 jul. 2014;

CAVALCANTI, Suzana S.; SATO, Hédison K.; LIMA, Olivar A.L. *Geofísica elétrica na caracterização da hidrologia subterrânea na região do Aterro Metropolitano Centro, Salvador, Bahia*. Rev. Bras. Geof. vol.19 nº 2 São Paulo May/Aug. 2001. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-261X2001000200004>. Acesso em: 31 jul.2014;

FARIAS, Luciana. *Créditos de carbono. Fonte de receita para municípios*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1789, 25 maio 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11311>>. Acesso em: 30 jul. 2014;

INSTITUTO CARBONO BRASIL. *Projetos de redução de emissões em aterros sanitários se multiplicam*. Disponível em: <<http://www.institutocarbonobrasil.org.br/noticias/noticia=731446>>. Acesso em: 31 jul. 2014;

MARCHI, Cristina Maria Dacach Fernandez; MENDES, Vera Lucia Peixoto; MARCHI, Roberto José Tripodi. *Meio Ambiente e Saneamento: Gestão do Aterro Sanitário Metropolitano Centro em Salvador – Bahia / Brasil*. In: CONVIBRA. Disponível

em: <Meio Ambiente e Saneamento: Gestão do Aterro Sanitário Metropolitano Centro em Salvador – Bahia / Brasil>. Acesso em: 31 jul. 2014;

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000;

NASCIMENTO, Júlio César Fialho do; CARVALHO, Miriam de Fátima de; MACHADO, Sandro Lemos; SANTOS, Átila Caldas. Geração de metano no Aterro Sanitário Metropolitano Centro, Salvador – Bahia. *Geotecnia*. – *Revista Luso-Brasileira de Geotecnia*, n. 126, Nov/2012. Disponível em: <<file:///C:/Users/Gustavo/Downloads/Revista%20126.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2014;

Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). *Taxation, Innovation and the Environment: A Policy Brief*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/greengrowth/tools-evaluation/48178034.pdf>>. Acesso em: 27 ago.2013;

PINHEIRO, Wladimir. Aterro sanitário de Salvador produz biogás para termelétrica. *Correio da Bahia*, 28/11/2013. Disponível em: <<http://www.correio24horas.com.br/detalhe/noticia/aterro-sanitario-de-salvador-produz-biogas-para-termeletrica/>>. Acesso em: 31 jul. 2014;

PNUMA. Geo 5 – Panorama Ambiental Global. Resumo para formuladores de Políticas. Jun/2012. Disponível em: <http://www.pnuma.org.br/admin/publicacoes/texto/GEO5_RESUMO_FORMULADORES_POLITICAS.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2014;

Revista Veja on-line. [on-line], de 30.jul.2014. *Fim de lixões no país pode ser adiado por 8 anos*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/fim-de-lixoes-no-pais-pode-ser-adiado-por-8-anos>>. Acesso em: 31 jul. 2014;

SABESP, ESTADO DE SÃO PAULO. *Relatório de Sustentabilidade 2013*. Disponível em: <<http://static.globalreporting.org/report-pdfs/2014/0da03321204c6e1d15c4299de514c545.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2014;

SIRVINKAS, Luis Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009;

SOARES, Emília Salgado. *Externalidades negativas e seus impactos no mercado*. 1999. Dissertação (Mestrado em Finanças Públicas) – Escola de Administração de empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/5362/1199901398.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24 jan. 2014;

SOUSA, Marcos Almeida. *Impactos socioambientais no entorno do Aterro Metropolitano Centro: Salvador/BA*. 2008. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Instituto de Geociências, Universidade Federal da Bahia, Salvador. Disponível em: <http://www.posgeo.ufba.br/disserta%C3%A7oes/Dissertacao_Final.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2014.

BENS PÚBLICOS MUNICIPAIS: DESAFETAÇÃO DAS ÁREAS VERDES E INSTITUCIONAIS

José Andrade Soares Neto

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia – UFBA

Especialista em Direito Administrativo pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia – UFBA

Bacharel em direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA

Professor dos cursos de pós-graduação em direito do Estado da Fundação Faculdade da Bahia – UFBA e da Faculdade Baiana de Direito e Gestão

Professor de Direito Administrativo do curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito e Gestão

Foi assessor jurídico do TJBA (2004-2006)

Foi advogado da Petrobrás (2006-2007) Atualmente é Procurador do Município do Salvador, exercendo o cargo de Procurador-Chefe da Especializada Judicial PROAPO (Procuradoria do Meio Ambiente, Patrimônio, Urbanismo e Obras)

Advogado – sócio e coordenador dos núcleos de Direito Administrativo e Constitucional do Faro, Brito e Soares Neto Advogados Associados

Autor de obras jurídicas publicadas em sites, revistas e livros, na área de direito público

Leiliane Godeiro Coelho

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Assistente na Procuradoria Geral do Município do Salvador, com lotação na Procuradoria do Meio Ambiente, Patrimônio, Urbanismo e Obras.

Autora de obras jurídicas publicadas em revistas e sites jurídicos.

Resumo

Determinadas áreas especificadas em projeto de loteamento convertem-se em bens públicos após a inscrição ou registro de um parcelamento do solo no ofício predial, tornando-se, pois, inalienáveis e imprescritíveis por natureza. Todavia, em face de sua autonomia, diante da Lei de parcelamento do solo urbano (Lei Federal n.º 6.766/79) e em face dos entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, não há óbice aos municípios que pretendam realizar a desafetação de áreas desta

natureza, recebidas para a implantação de equipamentos comunitários ou áreas verdes, bem como a sua conseqüente venda ou permuta. O referido procedimento deve ocorrer mediante autorização legislativa, momento em que a utilização das mesmas, com destinação específica, passa a ter finalidade diversa da que lhe fora atribuída na sua afetação originária.

Palavras chaves: Áreas verdes; áreas institucionais; desafetação.

SUMÁRIO

1. Introdução 2. Dos Bens Públicos 2.1 Conceito 2.2 Classificação 3. Da afetação e desafetação dos bens públicos 4. Do parcelamento do solo urbano 4.1 Do parcelamento, loteamento e desmembramento 4.2 Das Áreas Verdes e Institucionais em Loteamentos Urbanos 4. 3 Dos requisitos urbanísticos e o domínio do Município 5. Da possibilidade de desafetação de bens públicos decorrentes de loteamento 6. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

As áreas institucionais e verdes possuem grande importância social por serem instrumentos eficazes para o fornecimento de serviços públicos à comunidade, tais como saúde, educação, lazer, além de assegurar um meio ambiente urbano saudável. Merecem, dessa forma, atenção especial do governo e da sociedade civil organizada. Atualmente, a maioria das cidades brasileiras carece desses bens e priva sua população do fácil acesso a esses serviços.

Vale dizer que, respeitadas certas exigências (realização de licitação e autorização legislativa), os bens públicos são passíveis de alienação (doação, venda, permuta) ou de livre disposição de posse (concessão de direito real de uso), *após regular processo de desafetação para o rol dos bens dominiais do município*.

Nesse sentido, o presente artigo trata das questões que envolvem a possibilidade de os municípios alterarem a destinação das áreas verdes e institucionais definidas nos projetos de loteamento, bem como das razões de ordem política e, sobretudo, jurídica, que envolvem a temática.

Nessa linha de raciocínio, necessária se fez a análise acurada da legislação urbanística brasileira, especialmente a lei de parcelamento do solo urbano (Lei n.º 6.766/79), sublinhando seus pontos mais relevantes, dentre os quais, a distinção de loteamento, parcelamento e desmembramento e os seus requisitos urbanísticos, além da conceituação de áreas verdes e institucionais.

Ademais, sendo as referidas áreas bens públicos municipais, há necessidade de um regime jurídico especial, tendo em vista ser imprescindível para que o Estado tenha condições materiais para prestar serviços públicos que lhe são privativos.

Portanto, somente mediante desafetação, por autorização legislativa, pode ser utilizada área institucional ou verde para finalidade diversa da que foi afetada. Preferencialmente a alienação deve atingir bens desafetados, todavia, desde que exista o interesse público devidamente justificado, não há evidência em tal prática de qualquer violação à legalidade ou à moralidade administrativa; pelo contrário, insere-se na autonomia do ente político sobre o destino dos bens públicos de sua propriedade.

2. Dos bens públicos

2.1 Conceito

Uma das principais formas de constatação, pelo administrado, da presença do Estado revela-se através do conjunto de bens que caracterizam o seu domínio público¹ e a atividade dos seus agentes públicos. Tais bens são pertencentes a toda coletividade e, nesta condição, devem ser revestidos de proteções legais que lhes são peculiares, como a inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade.

Ao conceituar os bens, a lei civil divide-os em públicos e particulares, definindo aqueles como os de domínio nacional pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios² ou a outras entidades públicas³ de acordo com a pessoa jurídica de direito público a que pertencem, sendo particulares todos os demais, por exclusão.

Para José Cretella Júnior¹, os bens públicos são as coisas materiais ou imateriais, assim como as prestações, pertencentes às pessoas jurídicas públicas, objetivando fins públicos e sujeitos a regime jurídico especial, de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum. Já para Helly Lopes Meirelles⁴, os bens públicos, em sentido amplo, são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e paraestatais.

¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 805, 1199/1200.

² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 152.

³ WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro: introdução e parte geral*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 162.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 412.

Importante destacar que os bens públicos apresentam traços que os distinguem dos bens particulares. Ambos, como objetos do mundo ou como objeto de direito, estão sujeitos a regimes jurídicos diversos, porque os bens particulares de que cuida o direito civil estão subordinados a regime jurídico de direito privado, sendo suscetíveis de apropriação por parte dos particulares. De outro lado, os bens públicos, regidos pelo direito administrativo, estão sob o impacto de regime jurídico de direito público, policiados e tutelados pelo Estado, permitindo-lhes o uso geral ou especial pelos administrados ou suscetíveis de relações patrimoniais, reguladas pelo direito comum, mas com aspectos disciplinados pelo direito público.

Destarte, bens públicos, em sentido amplo, são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis ou móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, aos Entes políticos, entidades estatais autárquicas, fundacionais e empresas governamentais da União, Estados ou Municípios.

Diógenes Gasparini⁵ conceitua os bens públicos como todas as coisas materiais ou imateriais pertencentes ou não às pessoas jurídicas de Direito Público e a terceiros quando vinculadas à prestação de serviço público.

Legalmente, a matéria estava posta no Código Civil de 1916 da seguinte forma:

“Art. 65. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.”

O atual Código Civil, em seu artigo 98, conceitua como públicos *apenas* os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros seriam particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem ou a atividade por eles exercida. Em redação mais apurada, dispôs, *in verbis*:

“Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.”

Destarte, bens públicos, em sentido amplo, são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis ou móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, aos entes políticos, entidades estatais autárquicas, fundacionais e empresas governamentais da União, Estados ou Municípios.

⁵ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 682.

Para uma compreensão mais profunda dos bens públicos torna-se imprescindível, entretanto, o estudo da sua classificação.

2.2 Classificação

Diversas são as classificações de bens públicos. Conforme se extrai da doutrina, os bens públicos podem ser classificados quanto à:

a) Titularidade. Podem ser federais, estaduais ou municipais, conforme pertençam, respectivamente, à União, aos Estados ou aos Municípios.

b) Destinação original. Podem ser bens públicos necessários, que se prestam a atender interesse coletivo, e bens públicos acidentais, que somente passam ao domínio público após determinado ato ou fato.

c) Natureza física. São de domínio público natural (terrestre, hídrico, aéreo e mineiro) e artificial, quando provenientes de obra do homem.

d) Disponibilidade. Os bens públicos podem ser indisponíveis, ou seja, sua alienação está vedada a princípio, uma vez que estão vinculados a uma função específica (como ocorre com as áreas verdes e as institucionais) e disponíveis, que são passíveis de alienação, desde que observada a disposição legal pertinente.

e) Destinação. Esta classificação merece especial abordagem, porquanto é a que se refere, mais especificamente, ao objetivo proposto. Diante disto, a classificação legal e doutrinária dos bens públicos, quanto à destinação, é composta da seguinte forma:

- Bens de uso comum do povo ou do domínio público. São aqueles cuja utilização é destinada à população em geral que, cumprindo os regulamentos, pode livremente utilizá-los.⁶ Como bem observa Washington de Barros Monteiro, tais bens pertencem ao ente de direito público, seja o Município, Estado ou a União, sendo que a comunidade possui para si seu uso e gozo.⁷ Portanto, são todas as áreas abertas, de acesso livre às pessoas do povo que podem utilizá-las, desde que observadas as regras impostas pelo Poder Público que, ainda, sob algumas hipóteses, pode exigir uma contrapartida para o seu uso, conforme dispõe o art. 68 do Código Civil. As ruas, praças, mares e rios são exemplos de bens de uso comum do povo, de acordo com o já mencionado art. 66 do mesmo diploma legal que traz rol meramente exemplificativo.

- Bens de uso especial ou do patrimônio administrativo. São os bens da administração do Estado destinados especialmente à execução dos serviços públicos, destinam-se especialmente à execução dos serviços públicos e, por isso mes-

⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 130.

⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 153.

mo, são considerados instrumentos desses serviços.⁸ Sua função está diretamente relacionada à atividade do ente estatal a que pertencem e, portanto, são afetados a estes fins. Por isso, é vedada, a princípio, a sua alienação. São exemplos desta categoria de bens o edifício do Paço Municipal, da Câmara de Vereadores, o Palácio do Planalto, bem como o Estádio e o Teatro Municipal.

- Bens Dominicais ou do patrimônio disponível. Também chamados de dominiais, são bens que fazem parte do patrimônio da pessoa jurídica de direito público, assim como os demais, porém, podem ser utilizados e alienados tal como os bens pertencentes aos particulares. Desta forma, conforme leciona Silvio Rodrigues, são bens dos quais o poder público é titular da mesma maneira que a pessoa de direito privado é dona de seu patrimônio⁹ e, portanto, são regidos por normas de direito privado.

Tal divisão é uníssona entre os publicistas, que está posta no Código Civil de 2002, art. 99:

“Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal ou real, de cada uma dessas entidades.”

Diante dessa classificação, conclui-se que esta última espécie de bens possui caráter exclusivamente patrimonial. Contudo, como bem observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰, hoje já se entende que a natureza desses bens não é exclusivamente patrimonial. A sua administração pode visar, paralelamente, objetivos de interesse geral, pois, não raro, esses bens são utilizados em benefício da coletividade.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 488.

⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Atlas: São Paulo, 1996, p. 431.

No tratamento dos bens públicos, é necessário lembrar que todos estão sujeitos à administração do Poder Público no âmbito federal, estadual, distrital ou municipal, o que justifica a importância de analisar mais profundamente o assunto sob o aspecto jurídico administrativo, tendo em vista o tema objeto do presente estudo.

Os bens de uso comum do povo e de uso especial são as maiores expressões da atividade administrativa pública destinada à população em geral. Por isso, sua alienação está sujeita a maiores limitações que dos demais bens públicos, o que será mais bem estudado a seguir.

3. Da afetação e desafetação dos bens públicos

Como já analisado, quanto à destinação, os bens públicos podem ser de uso comum do povo, de uso especial, ou dominicais. Nas duas primeiras situações, os bens possuem finalidade específica, ou seja, estão afetados a alguma atividade pública. Logo, qualquer bem que passe a integrar o domínio público será regido pela norma que o tutelar, nos casos de bem de uso comum do povo ou de uso especial, estarão afetados à finalidade que se destinam, como, p. ex., a aquisição de um imóvel para servir de praça ou, no caso de bem de uso especial, para servir de sede a uma autarquia.

Cumprido ressaltar que afetar é atribuir ao bem uma destinação pública que não possuía. Deste modo, os bens dominicais, por sua natureza, estarão sempre desafetados, pois não possuem destinação ou, até mesmo, utilização. Pode-se dizer que as chamadas áreas institucionais (em que se incluem os espaços livres), são afetadas para comportar equipamentos comunitários de educação, cultura, saúde, lazer e similares.

Para José dos Santos Carvalho Filho¹¹, pode-se conceituar afetação como sendo o fato administrativo pelo qual se atribui ao bem público uma destinação pública especial de interesse direto ou indireto da Administração.

Por outro lado, a desafetação consiste na alteração da destinação do bem, de uso comum do povo ou de uso especial, para a categoria de dominicais, desonerando-o do gravame que o vinculava à finalidade determinada. A desafetação poderá ocorrer por fato jurídico, ato administrativo ou lei. Quando o bem for de uso comum do povo poderá, em regra, ser desafetado por lei, ou ainda ter sua destinação alterada para uso especial.

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1055.

Portanto, o bem se diz desafetado quando não está sendo usado para qualquer fim público. Diógenes Gasparini conceitua desafetação como o inverso de afetação, ou seja, é o fato administrativo pelo qual um bem público é desativado, deixando de servir à finalidade pública anterior.¹²

Tais institutos demonstram que os bens públicos não se perenizam, em regra, com a natureza que adquiriram em decorrência de sua destinação por um loteamento, como exemplo. Até mesmo os bens de uso comum do povo, disciplina José dos Santos Carvalho Filho¹³, podem sofrer alteração em sua finalidade e, por terem natureza de fatos administrativos, independem de forma para se apresentarem. Embora alguns doutrinadores entendam a necessidade de haver ato administrativo para consumir-se a afetação ou a desafetação, os fatos administrativos podem ocorrer mediante a prática de ato administrativo formal, como através de fato jurídico de diversa natureza.¹⁴

Desse modo, a afetação e desafetação podem ocorrer tanto por ato administrativo ou por lei, sendo vinculado a cada uma dessas formalidades de acordo com a sua origem. Caso o bem seja afetado por ato ou lei, este poderá ser desafetado através do mesmo mecanismo da afetação, ato ou lei, respectivamente. Havendo, portanto, a desafetação de forma adequada, desde que não haja vedação constitucional, qualquer bem pode ser transformado em dominial e alienado.

A competência para desafetar está consagrada constitucionalmente aos entes públicos. Através da autonomia conferida constitucionalmente o que garante aos Entes Públicos o direito de, com as devidas ressalvas legais, dispor de todos os bens que estão sob o seu domínio.

Por fim, a formalidade, pela qual se processa a alteração da finalidade do bem quanto ao seu fim público mostra-se irrelevante quando, de outro lado, encontra-se uma necessidade em propiciar utilidade ao bem como prevalência da supremacia do interesse público. Desse modo, quando há um bem afetado, mas inutilizado ou inservível à coletividade, mostra-se adequada à desafetação e posterior alienação do bem, tendo como premissa maior o interesse público envolvido.

¹² GASPARINI, Diogenes, *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 485

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1055.

¹⁴ GASPARINI, Diogenes, *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 486; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. de. São Paulo: Atlas, 2013. p. 374.

Quando o artigo 67 do CCB preceitua que os bens públicos são inalienáveis, isso significa que o são somente enquanto destinados ao uso comum do povo ou a fins administrativos especiais, isto é, enquanto tiverem afetação pública (destinação pública específica). Desafetados os bens públicos, seja através de lei, fato ou ato administrativo, eles poderão ser alienados, transformando-se em bens dominiais.

4. Do parcelamento do solo urbano

É comum observar, no Município do Salvador e em diversas outras municipalidades, que as áreas verdes e institucionais dos loteamentos aprovados e registrados (espaços livres, vias de comunicação, parques, jardins, praças, áreas de lazer ou recreio, áreas para equipamentos públicos ou comunitários etc.) têm sido consideradas pelas Prefeituras e Câmaras Municipais como bens públicos de seu patrimônio ordinário.

Vale dizer que, nessa concepção, respeitadas certas exigências de licitação e autorização legislativa, eles são passíveis de alienação de seu domínio (doação, venda, permuta etc.) ou de livre disposição de posse (cessão de uso, concessão de direito real de uso etc.), após regular processo de desafetação para o rol dos bens dominiais do município.¹⁵

Essa prática é corriqueira para a formação dos chamados loteamentos fechados, figura de nosso ordenamento jurídico que integra o instituto do parcelamento do solo urbanizável.

Percebe-se que tanto o parcelamento do solo urbano como as demais questões urbanísticas, carecem, no direito brasileiro, de uma regulamentação mais abrangente, pois até pouco tempo não despertava o interesse do Poder Público e de alguns setores da sociedade, além dos empresários, que pouco respeitavam qualquer regra ao criar e comercializar loteamentos.

Dessa forma, a Lei *Lehmann* (Lei n.º 6.766/79) foi elaborada para mudar uma situação que se agravava, tendo em vista a grande explosão populacional que ocorria na maior parte das cidades brasileiras e, apesar de apresentar falhas e omissões quanto a algumas questões, trouxe, outrossim, inúmeros benefícios que devem ser destacados.

¹⁵ FREITAS, José Carlos de. Bens públicos de loteamentos e sua proteção legal. Disponível em: <http://www.mpba.mp.br/atuacao/ceama/material/doutrinas/arborizacao/bens_publicos_de_loteamentos_sua_protecao_legal.pdf>. Acesso em: 21 ago. 14. p. 01.

Com o advento da supracitada lei urbana, a Administração Pública da União, dos Estados e dos Municípios, passou a coordenar e disciplinar o crescimento urbanístico brasileiro, de forma a proporcionar um meio ambiente urbano mais saudável.

Houve uma maior contribuição dos loteadores e da própria Administração Pública a fim de se buscar uma preservação ambiental, por intermédio de uma inédita lei de âmbito nacional que tratasse da matéria urbanística, estabelecendo obrigações aos loteadores e conferindo poderes à Administração Pública para preservar o meio ambiente urbano.

Cumprir salientar também que o referido diploma legal tipificou como crime e estabeleceu as respectivas penas de determinadas condutas praticadas por pessoas que atuam no ramo de parcelamento do solo, especialmente no que toca à execução de parcelamentos clandestinos e irregulares nas cidades.

Frise-se, por fim, que a Lei n.º 6.766/79 concedeu maiores poderes aos municípios, atribuindo-lhes maior autonomia para coordenação e execução de políticas urbanas de interesse municipal. Acerca do tema, vale ressaltar o comentário do doutrinador Sérgio A. Frazão do Couto, feito a poucos anos de vigência da referida norma urbana:

“Ressalte-se a importância que a nova lei conferiu aos municípios, como condutores da política de uso do solo urbano, recuperando para esta esfera de poder as rédeas de decisão acerca de seus interesses, atualmente tão combatidos com a invasão de outros poderes e entidades estranhas aos problemas urbanísticos, como é o caso do INCRA.” (COUTO, Sérgio A. Frazão do. Manual teórico e prático do parcelamento urbano. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 406).

As normas urbanísticas desta lei federal, portanto, são de caráter geral e fixam parâmetros mínimos de urbanização da gleba e de habitualidade dos lotes, os quais podem ser complementados com maior rigor pelo Município, para atender às peculiaridades locais e às exigências do desenvolvimento da cidade.

Em conferindo maiores atribuições aos municípios, foi louvável a intenção do legislador de limitar os poderes de outros órgãos públicos que não conseguiram cumprir suas obrigações já naquela época. É certo, entretanto, que várias questões urbanas passaram por grandes e sadias evoluções, após o advento desta lei, como a preservação de mananciais, urbanização de áreas destruídas pela erosão, e criação, preservação e melhorias de áreas verdes, como bosques e praças, o que

se presencia em muitas cidades. Contudo, em muitos casos, os poderes públicos municipais não souberam administrar a autonomia que passaram a dispor sobre esta importante matéria urbana.

Não raro, após a aprovação do loteamento, muitos municípios alteram a destinação de áreas designadas a toda coletividade, tais como as áreas verdes e as institucionais, o que não deve ser proibido tendo em vista a regularidade do processo de desafetação para o rol dos bens dominiais das municipalidades.

4.1 Do parcelamento, loteamento e desmembramento

O surgimento das cidades e seu crescimento deram ensejo à divisão jurídica do solo, de forma a proporcionar uma melhor distribuição de riquezas, evitando que um grande número de terras pertencesse a um pequeno número de pessoas o que, sem dúvida, impediria o desenvolvimento urbano.

A partir disso, surgiu o parcelamento, que provém de parcela, palavra de origem francesa *parcelle*¹⁶, que se tornou ainda mais importante e fundamental no último século, com o crescente êxodo rural e o desordenado crescimento urbano que provocou enormes aglomerações humanas em espaços sem qualquer infraestrutura. Assim, viu-se, no parcelamento urbano, a única saída para pôr fim ou, ao menos, atenuar este grave problema.

Parcelar significa fracionar, dividir ou subdividir. O parcelamento do solo é a divisão de uma grandeza territorial em número legalmente limitado de grandezas territoriais menores, regidas e protegidas pelo direito¹⁷. Há que se destacar o importante magistério de Pontes de Miranda, para quem o parcelamento “é a transformação de terreno em dois ou mais de dois: o terreno velho desaparece, surgindo os novos...”.¹⁸

Para José Afonso da Silva, o parcelamento urbanístico do solo:

“(...) é o processo de urbanização de uma gleba, mediante sua divisão ou redivisão, em parcelas destinadas ao exercício das funções elementares urbanísticas. Importa na mudança das dimensões ou confrontações dos imóveis para fins de urbanificação”. (SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 166).

¹⁶ Por sua vez, a palavra francesa tem como base a palavra latina *pars*.

¹⁷ COUTO, Sérgio A. Frazão do. Manual teórico e prático do parcelamento urbano. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 5.

¹⁸ MIRANDA, apud SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 294.

Prossegue o autor ressaltando a diferença entre o parcelamento urbano e o rural: “*Falamos em parcelamento urbanístico do solo para distingui-lo do parcelamento da terra para fins rurais que é assunto do direito agrário, enquanto aquele é de Direito Urbanístico.*”

Portanto, existe o parcelamento de áreas rurais, que são tão importantes quanto o de áreas urbanas, objeto do presente estudo. O parcelamento urbano é o gênero que possui como espécies o loteamento e o desmembramento.

O loteamento possui definição legal no § 1º do art. 2º da Lei n.º 6.766/79:

§ 1º- Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

Partindo-se do princípio de que o loteamento é uma espécie de parcelamento, há o requisito básico de que exista, em primeiro lugar, a subdivisão de uma gleba em dois ou mais lotes. Para esclarecer a ideia de loteamento, oportuno trazer o conceito mais completo de José Afonso da Silva:

“Loteamento é a divisão das quadras em lotes com frente para logradouro público (...) este é um tipo de parcelamento do solo que se configura com o retalhamento de quadras para a formação de unidades edificáveis (lotes) com frente para a via oficial de circulação de veículos. O termo se refere tanto à operação de lotear como ao seu resultado (área loteada).” (SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 296).

Hely Lopes Meirelles pondera que:

“(...) o loteamento é o meio de urbanização e só se efetiva por procedimento voluntário e formal do proprietário da gleba, que planeja a sua divisão e a submete à aprovação da Prefeitura, para subsequente inscrição no registro imobiliário, transferência gratuita das áreas das vias públicas e dos espaços livres ao Município e a alienação dos lotes aos interessados (...)” (MEIRELLES, Hely Lopes, :Direito de Construir. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 135.)

Dessa forma, o loteamento constitui-se como um importante instrumento de urbanização que se caracteriza pela divisão de um espaço em dois outros ou mais,

em local que faça frente à via pública de trânsito, com plena condição para que se possa ali construir e morar, respeitadas todas as exigências legais para tanto.

Tal como o loteamento, o desmembramento é uma espécie do gênero parcelamento e está sujeito ao mesmo regime jurídico daquele, por imperativo do art. 11 da Lei de Parcelamento Urbano. A já revogada Lei n.º 9.785/99, que alterou a redação do § 2º do art. 2º, definia desmembramento como:

“Art. 2º O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desdobramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

§ 2º Considera-se desmembramento a subdivisão total ou parcial da gleba em lotes destinados à edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique a abertura de novas vias e logradouros públicos, ressalvados a modificação, a ampliação e o prolongamento dos já existentes ou a abertura de uma única via pública ou particular de acesso exclusivo aos novos lotes.”

A divisão da gleba em lotes, aproveitando-se toda a estrutura viária já existente naquele local, caracteriza o desmembramento e distingue-o do loteamento que sempre implicará a criação de novas vias e logradouros públicos, ou ainda na ampliação, modificação ou prolongamento das que já existem. Portanto, desmembramento é todo parcelamento que não for loteamento.

Existem, porém, semelhanças entre as duas espécies de parcelamento urbano. A principal delas é que, por imperativo da lei de parcelamento urbano, ambas se procedem com o objetivo de edificação para fins urbanos, cabendo aos municípios estabelecer normas complementares que regulem as construções nestes locais, de acordo com as particularidades de cada município.

4.2 Das áreas verdes e institucionais em loteamentos urbanos

A Lei n.º 6.766/79 que, no âmbito federal, atualmente rege o parcelamento do solo urbano e traça os contornos gerais para a implantação de loteamentos e desmembramentos, em nenhum de seus artigos define o que sejam áreas verdes e institucionais. A doutrina e a jurisprudência trazem importantes elementos que auxiliam a formação do conceito destas espécies de áreas públicas.

Áreas institucionais são aquelas que os loteadores devem reservar no loteamento para a implantação, pelo Poder Público municipal, de áreas verdes, de

lazer, equipamentos públicos de uso comum; enfim, espaços reservados à comunidade. Encontram-se previstas no art. 4º, inc. I, da Lei n.º 6.766/79 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano), e podem estar afetadas tanto a uso especial, ocasião em que se destinam à instalação de repartições públicas, como também ao uso comum do povo (p. ex., ruas e avenidas).

Trata-se, assim, de exigência legal voltada ao loteador de transferir ao Município parte da gleba a ser parcelada para que sejam instalados equipamentos públicos e comunitários, como praças, área de lazer, áreas verdes e áreas institucionais para a construção de escolas, unidades de saúde, repartições públicas, dentre outras.

O Desembargador Renan Lotufo, em Acórdão proferido no bojo de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ponderou que *“as áreas destinadas à implantação de equipamento urbano e comunitário e os espaços livres de uso público são áreas institucionais (...). Como visto, trata-se aqui de área destinada a sistema de lazer, destacada das áreas reservadas ao sistema de circulação, tais como ruas, praças e avenidas. É área reservada para fim específico comunitário e de utilidade pública, como é o lazer.”*¹⁹

Denomina-se área institucional a parcela do terreno reservada a edificação de equipamentos comunitários. Desse modo, por força da Lei Federal n.º 6.766/79, em que todo loteamento urbano, para ser aprovado perante a Prefeitura, precisa reservar parte do imóvel, em percentual definido em lei municipal, para construção de praças, escolas, postos de saúde e outros equipamentos comunitários necessários ao atendimento dos futuros moradores daquele empreendimento, sendo que, desde a data do registro do loteamento, essas áreas, também conhecidas como “áreas institucionais”, passarão a integrar automaticamente o domínio do município (art. 22), que no caso passa a funcionar como verdadeiro tutor da população.

Destarte, conceitua-se área verde como todo espaço urbano de vegetação formada pelo homem ou já existente, formado por um conjunto de elementos materiais voltados para o lazer e recreação da população, tais como os bosques, parques ou jardins, desde que com vegetação predominante.

¹⁹ “BENS PÚBLICOS – área destinada ao sistema de lazer – Concessão para exploração do comércio, clubes de serviço e indústrias – Possibilidade conversão em doação – Área originalmente destinada à implantação de um conjunto habitacional – Loteamento pertencente ao município desde à data do seu registro – Uso comum do povo – Lei 6.766/79 – Configuração da área como equipamento comunitário – Área institucional – Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade de lei – Votos vencedores e vencidos.” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 16.500.0 – São Paulo – Rel. Des. Renan Lotufo – j. 24/24/11/93 – JTJ, Lex, 154/266)

Segundo José Afonso da Silva:

“(...) porquanto o que caracteriza as áreas verdes é a existência de vegetação contínua, amplamente livre de edificações, ainda que recortada de caminhos, vielas, brinquedos infantis e outros meios de passeios e divertimentos leves, quando tais áreas se destinem ao uso público.

(...) cumpre apenas acrescentar que nem toda área urbana arborizada entra no conceito de área verde. Nestas, o verde, a vegetação, destinada, em regra, à recreação e ao lazer, constitui aspecto básico do conceito, o que significa que, onde isso não ocorrer, teremos arborização, mas não área verde, como é o caso de uma avenida ou uma alameda arborizada, porque, aqui, a vegetação é acessória, ainda que seja muito importante, visto que também cumpre aquela finalidade de equilíbrio ambiental, além de servir de ornamentação da paisagem urbana e de sombreamento à via pública.” (SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 247-248.)

Desta forma, tem-se que todo o espaço público de loteamento destinado ao sistema de circulação, à instalação de equipamento urbano para a comunidade, áreas verdes como praças e jardins, os espaços livres de uso da população em geral, vias públicas e áreas destinadas a prédios públicos consideram-se área institucional, vez que já definido assim pelo loteador, no projeto de loteamento, por imperativo legal.

As áreas institucionais seriam, segundo o doutrinador José Afonso da Silva, os espaços livres, com fins comunitários de utilidade pública, como escolas, hospitais, pronto socorros, áreas de convivência de idosos, dentre outros, e os sistemas de lazer, como exemplo, áreas reservadas para prática de esportes, assim como todos os espaços com fins públicos. Frise-se que, por força da Lei 6.766/79, estas áreas são definidas no projeto de loteamento para que estejam disponíveis de forma livre à população a fim de que ali encontre um local ideal para o lazer e a recreação. O lazer é a entrega à ociosidade repousante, e recreação é a entrega ao divertimento, ao esporte, ao brinquedo.²⁰ Ambos são direitos sociais constitucionalmente garantidos pelo art. 6º da Carta da República:

²⁰ SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 248.

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

Na redação anterior da Lei Federal n.º 6.766/79, o volume total dessas áreas deveria somar, no mínimo, 35% calculado sobre a área total da gleba a ser parcelada. Cabe ao Município, por meio de lei, discriminar as finalidades, isto é, o Município deve definir por meio de lei o percentual que será utilizado para cada uma das finalidades. Dessa forma, encontra-se, nas leis locais, a fixação de percentuais que somam os 35% distribuídos em percentuais menores e destinados a vias, praças e outros.

4.3 Dos requisitos urbanísticos e o domínio do município

O bem-estar da população depende de vários fatores que devem, em conjunto, satisfazer de forma eficiente todas as necessidades fundamentais à boa qualidade de vida dos habitantes de cada lugar. Desta forma, áreas de lazer, como praças e jardins, além de ruas e calçadas adequadamente construídas e uma estrutura para os serviços públicos essenciais, dentre outros, são algumas das necessidades da comunidade que habitam determinado lugar, pois, se assim não fosse, certamente enormes prejuízos causariam a toda a coletividade.

Pela importância do bem maior que é a vida digna, a lei de parcelamento do solo urbano impôs algumas condições para a aprovação do projeto de loteamento e foi além, delegando ao Poder Público local a faculdade de ampliá-las, de acordo com as carências e necessidades de cada região.

Como procedimento ou atividade de repartição do solo urbano ou urbanizável, o loteamento sujeita-se a cláusulas convencionais e a normas legais de duas ordens: civis e urbanísticas. As cláusulas convencionais são as que constarem do memorial arquivado no Registro Imobiliário, para transcrição nas escrituras de alienação dos lotes.

Dentre elas, a mais importante é a exigência do inciso I e parágrafo único do art. 4º, que foram alterados pela Lei n.º 9.785/99 e estabelecem que:

“Art. 4º Os loteamentos deverão atender, pelo menos, os seguintes requisitos:

I – as áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, serão proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem.

E transfere a lei ao legislador municipal a faculdade de estabelecer outros requisitos:

§ 1º A legislação municipal definirá, para cada zona em que se divida o território do Município, os usos permitidos e os índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, incluirão, obrigatoriamente, as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes máximos de aproveitamento.”

Ressalte-se que, dentre as alterações provocadas pela Lei n.º 9.785/99, a principal delas, sem dúvida, foi a extinção da obrigação do mínimo de 35% (trinta e cinco por cento) da gleba reservada às áreas a que se refere o inciso I, ou seja, as áreas institucionais, de acordo com a conceituação que se fará oportunamente, salvo quando os loteamentos tivessem destinação industrial e fossem maiores que 15.000 m² (quinze mil metros quadrados), hipótese em que o Poder Público municipal poderia reduzir este limite mínimo.

Dessa forma, o § 1º deixou de referir-se aos requisitos dispostos no inciso I. Contudo, certamente não se reduziram a importância e, principalmente, a necessidade urbana de fornecer à população áreas destinadas a sistemas de circulação, equipamentos urbanos e comunitários (segundo o art. 5º, em seu parágrafo único, a estrutura destinada ao abastecimento de água, serviços de esgotos, energia elétrica, coletas de águas pluviais e rede de telefonia e de gás canalizado) e, finalmente, espaços livres de uso público, que serão determinados conforme a concentração de habitantes do parcelamento.

Uma vez observados os requisitos contidos no art. 4º, a Prefeitura Municipal ou o Distrito Federal, conforme cada situação, deverão ser solicitados do loteador para que defina os parâmetros que deverão ser seguidos pelo projeto de loteamento. Superada esta etapa, o projeto deverá ser detalhadamente elaborado e submetido à aprovação daqueles mesmos entes da Federação, observado assim o que estabelece o art. 12 da Lei n.º 6.766/79.

Somente após cumprido este procedimento é que o loteamento poderá ser encaminhado ao Registro de Imóveis e, a partir daí, por força do art. 22, todas as

vias, praças, espaços livres e áreas destinadas a prédios do Poder Público e a outros equipamentos urbanos, passarão ao domínio do Município, quando então, tais áreas não poderão ter sua destinação alterada pelo loteador, desde a aprovação do loteamento, salvo nas hipóteses de caducidade da licença ou desistência daquele, respeitando, portanto, o disposto no art. 17.

Uma vez submetido ao registro de imóveis, as áreas verdes e as institucionais, assim como as demais descritas no art. 22, contidas no projeto, passam a pertencer ao domínio do Município:

“Art. 22. Desde a data do registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo.”

Esta forma de transmissão de domínio independe de qualquer outra formalidade, bastando, para tanto, o ato de registro do loteamento no Cartório de Imóveis. A partir disso, essas áreas passam a integrar o domínio do Município. Tal integração é conhecida pela doutrina como concurso voluntário, uma vez que o proprietário da gleba perderá parte da área e o ente público a adquirirá.²¹

Trata-se de ato jurídico perfeito que cria direito adquirido para o Município sobre aquelas áreas de uso da população em geral (*“As áreas destinadas a vias e logradouros públicos passam para o domínio público, independentemente de título aquisitivo e transcrição no registro de imóveis”* STF, RE 73.044, RTJ, 62/465 e RE 71.994, RTJ, 62:152-6). Desta forma, a municipalidade poderá dispor desses espaços da forma que melhor lhe aprouver, respeitados os limites impostos por leis hierarquicamente superiores.

Ressalte-se, por oportuno, que o particular que, compulsoriamente, cede essas áreas para o poder municipal não tem direito de reclamar indenização pelas mesmas, já que não há razão para tanto, uma vez que a lei de parcelamento procurou prestigiar o interesse público, superior ao particular (*“Loteado o imóvel, as áreas destinadas a ruas, como bens de uso público, ficam excluídas do domínio do loteador e não são indenizáveis pelo Município a título de expropriação indireta”* STF, RE 79.716, 5-11-74, RTJ, 79:914-20).

²¹ OLIVEIRA, Carolina Camarine de. Obra citada, p. 57.

A partir disso, as áreas de uso comum, dentre as quais os espaços verdes e as áreas institucionais, não mais poderão ter sua destinação alterada pelo loteador, exceto nos casos de caducidade ou desistência do loteamento, observadas as condições impostas pelo art. 23. Frise-se, ainda, que este efeito retroage à data da aprovação do projeto de loteamento:

“Art. 17. Os espaços livres de uso comum, as vias e praças, as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo, não poderão ter sua destinação alterada pelo loteador, desde a aprovação do loteamento, salvo as hipóteses de caducidade da licença ou desistência do loteador, sendo, neste caso, observadas as exigências do art. 23 desta lei.”

É clara a intenção do legislador em transferir ao administrador municipal a função de proteger tais áreas públicas, concedendo-lhes o domínio sobre as mesmas, passíveis, como se verá a seguir, de serem desafetas.

5. Da possibilidade de desafetação de bens públicos decorrentes de loteamentos

Como já explicitado, as áreas institucionais possuem classificação, segundo o Código Civil Brasileiro, de bens públicos de uso comum do povo, podendo ser áreas de saúde, verde ou escolar.

Dentro deste conceito, os imóveis somente podem ser alienados após a sua desafetação, conforme lei específica. Retirando a qualificação de bem de uso comum do povo ou de bem especial o imóvel se torna um bem dominical, que pode ser alienado por permuta. Nesse sentido, têm-se os artigos 100 e 101 do Código Civil Brasileiro:

“Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.”

Merece transcrição a opinião Hely Lopes Meirelles, em seu Direito Municipal Brasileiro, 14ª edição:

“Os bens públicos, quaisquer que sejam, podem ser alienados, desde que a Administração satisfaça certas condições prévias para sua transferência ao domínio privado ou a outra entidade pública. O que a lei civil quer dizer é que os bens públicos são inalienáveis enquanto destinados ao uso comum do povo ou a fins administrativos especiais, isto é, enquanto tiverem afetação pública, ou seja, destinação pública específica. Exemplificando: uma praça pública ou um edifício público não podem ser alienados enquanto tiverem esta destinação, mas qualquer deles poderá ser vendido, doado ou permutado desde o momento em que seja, por lei, desafetado da destinação originária que tinha e transpassado para a categoria de bem dominial, isto é, do patrimônio disponível do Município.” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito municipal brasileiro. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 440/441).

Quando a Lei n.º 6.766/79 exige, nos loteamentos, a destinação de áreas para a implantação de sistemas de circulação, de equipamentos urbanos e comunitários, bem como de espaços livres de uso público, proporcionais à densidade de ocupação da gleba, tal como previsto no plano diretor ou na lei referente à zona de situação do imóvel (art. 4º), impõe uma regra cuja intenção é garantir condições adequadas de urbanização. Deseja, de um lado, obrigar o cumprimento da legislação urbanística existente e, de outro, proteger os interesses dos que vão residir no loteamento, aos quais são devidas condições básicas para o exercício da vida comunitária, da cidadania e da inserção no meio urbano.

O art. 17 da Lei, com efeito, preceitua:

“Art. 17. Os espaços livres de uso comum, as vias e praças, as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo, *não poderão ter sua destinação alterada pelo loteador*, desde a aprovação do loteamento, salvo as hipóteses de caducidade da licença ou desistência do loteador, sendo, neste caso, observadas as exigências do art. 23 desta Lei.”

Pela simples leitura do texto legal, em momento nenhum tal dispositivo impede o Município de desafetar os bens de uso comum do povo existentes em loteamentos e a sua posterior alienação. A regra é endereçada ao loteador, tal como consta do destaque dado acima. Se geral fosse a regra, dirigida a todos ou dirigida,

também, ao Município, a expressão “pelo loteador” seria desnecessária, sendo certo que as leis não possuem palavras ou expressões desnecessárias, inúteis, sem sentido. Se, na hipótese presente, diz a norma “pelo loteador”, a proibição contida no artigo é destinada, única e exclusivamente, ao loteador.

Assim, deve-se entender como possível a desafetação de áreas recebidas pelos Municípios em processos de loteamento, se presente o interesse público, em face da autonomia municipal e diante da inexistência de impedimento da Lei Federal.

A permuta de bem público, como as demais alienações, exige a autorização legal e avaliação prévia, mas não exige licitação, pela impossibilidade de sua realização, uma vez que a determinação dos objetos de troca não admite substituição ou competição licitatória, conforme o doutrinador Hely Lopes Meirelles.²²

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de ser plenamente possível a desafetação, sendo que a alteração da categoria de uso das áreas só pode ser realizada mediante lei.²³ A Terceira Turma já se posicionou acerca da exigibilidade de autorização legislativa para a realização de alienação de bem público imóvel para a realização de alienação de bem público imóvel.²⁴

Apesar disso, alguns interpretam que a autorização legal para a desafetação da categoria de bem recebido pelo Município, para o fim de lhe dar destinação diferente da originalmente prevista, necessária em todos os casos, pode não ser suficiente com relação às áreas transferidas em processos de loteamento. Nessa alternativa, pode ser exigível a prévia concordância dos adquirentes de lotes (art. 28 de Lei n.º 6.766/79).

Diz o mencionado art. 28:

“Art. 28. Qualquer alteração ou cancelamento parcial do loteamento registrado dependerá de acordo entre o loteador e os adquirentes de lotes atingidos pela alteração, bem como da aprovação pela Prefeitura Municipal ou do Distrito Federal quando for o caso, devendo ser depositada no Registro de Imóveis, em complemento ao projeto original, com a devida averbação”.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, p. 537.

²³ (...) O comando contido no art. 17 da Lei n.º 6.766/79 dirige-se ao loteador, proibindo-o de alterar a destinação dos espaços livres de uso comum. A municipalidade poderá fazê-lo, desde que por regular autorização legal.” (RESP n.º 33.493-SP, 1ª T., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, in DJU de 13.12.93).

²⁴ (Resp 11831/PB; STJ – 3ª Turma, Min. Relator: Dias Trindade; julgamento no dia 30/03/1993; e publicação no DJ em 17/05/1993; pág. 09329)

Impõe-se a regra diante do fato de que, ao adquirir o lote, o comprador torna-se titular do uso e goza de uma parcela de terras inserida num conjunto, o loteamento, que segundo o projeto, aprovado pela Prefeitura e inscrito no Registro de Imóveis, contém áreas verdes, áreas destinadas a equipamentos públicos e comunitários e um arruamento pré-definido. Qualquer alteração no loteamento afeta, desse modo, o direito de cada qual dos adquirentes, conforme ensina José Afonso da Silva:

“A inscrição do loteamento produz os seguintes efeitos urbanísticos: a) legitima a divisão da gleba em lotes, com a perda da individualidade objetiva do terreno loteado e a aparição das individualidades objetivas dos lotes; b) torna imodificável unilateralmente o plano de loteamento e o arruamento; c) transfere para o domínio público do Município e torna inalienáveis, por qualquer título, as vias de comunicação, e os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes dos planos de arruamento e loteamento e do memorial, independentemente de qualquer outro ato alienativo. (...)

As modificações no plano de loteamento são geralmente admitidas, mediante autorização da Prefeitura, desde que se observem as normas vigentes sobre o assunto, bem como do adquirente de lote (...). (In Direito Urbanístico Brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, pp. 391-3).

Veja-se, contudo, que a lei trata dos “adquirentes de lotes atingidos pela alteração”. Não de todos os adquirentes de lotes, salvo se todos forem atingidos, o que não corresponde ao intuito ou à previsão da lei, que os individualiza. O Tribunal de São Paulo tem firmado entendimento de que só em casos muito específicos pode a desafetação ser anulada, como ocorre em casos que não há interesse público envolvido.²⁵ No julgado envolvido, estava em jogo regra específica da Constituição do Estado de São Paulo, que dispõe:

“Art. 180. No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão: (...) VII

²⁵ TJSP, Ac. 024.180.5/4, 7ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Jovino de Sylos Neto, j. em 02.04.01, in Interesse Público, ano 3, nº 10, abril/junho de 2001, Sapucaia do Sul: Notadez, 2001, p. 219

– as áreas definidas em projetos de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão, em qualquer hipótese, ter sua destinação, fim e objetivos originalmente estabelecidos alterados.”

A decisão estava escudada em regra somente válida para o Estado de São Paulo. A desafetação de áreas de uso comum do povo, como exemplo das áreas institucionais e verdes, não encontra proibição na Lei Orgânica do Município do Salvador e na legislação pertinente, sendo então passíveis de ocorrer, atendendo, assim, ao interesse público, e, de modo especial, aos reclamos e necessidades dos adquirentes dos lotes.²⁶

Há casos, contudo, em que os loteamentos já se encontram ou passam a ser servidos pelo conjunto das facilidades urbanas referentes à saúde, educação, lazer e demais exigências, não se justificando o uso das áreas reservadas ao uso público, para a implantação de novos equipamentos. De outro lado, pode ocorrer que as áreas recebidas pelo Município não se prestem aos fins originalmente previstos, em face de sua posição ou características físicas ou em face de suas dimensões.

Em tais hipóteses, é razoável admitir a desafetação das áreas e sua alienação ou permuta, de modo a permitir, ao Poder Público, melhor organizar o uso do solo da cidade e atender aos interesses públicos da coletividade.

Ao mesmo tempo, se não ocorrer prejuízo para os adquirentes de lotes, incabível a indenização, uma vez que esta só seja válida, só se justifica na ocorrência de danos. Inexistindo esses, não cabe cogitar-se de indenização.

Nada há, portanto, que possa impedir o Município de continuar a, nos casos em que for julgado necessário e com a devida justificativa, autorizar e executar a desafetação de áreas de loteamentos, recebidas para a implantação de equipamentos comunitários ou áreas verdes, e sua venda ou permuta, mesmo porque a lei não impede tais atos, tendo elas sido admitidas por decisões do Superior Tribunal de Justiça.²⁷ Argumentar ao contrário, significa dizer que a sociedade não progride, que os comportamentos são imutáveis, que as necessidades de hoje serão as mesmas no final da próxima década.

²⁶ RESP 95.300-SP, 1ª T., Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, in DJU de 18.11.96, p. 44.849.

²⁷ REsp nº 28058, Relator Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, DJU de 18.12.98, p. 314; RMS 12958/SP - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - Terceira Turma, DJU de 31.03.03, p. 213.

Cabe, por último, dizer que a Constituição de 1988 concedeu plena autonomia ao Município (art. 18), assim explicitada por Hely Lopes Meirelles:

“A autonomia administrativa confere ao Município a faculdade de organizar e prover seus serviços públicos locais, para a satisfação das necessidades coletivas e pleno atendimento dos munícipes, no exercício dos direitos individuais e no desempenho das atividades de cada cidadão. Essa autonomia abrange a prerrogativa de escolha das obras e serviços a serem realizados pelo Município, bem como do modo e forma de sua execução ou de sua prestação aos usuários.” (in “Estudos e Pareceres de Direito Público, cit. por Fábio Nadal Pedro, opus cit.).

E aduz Fábio Nadal Pedro:

“Logo, a destinação dos bens públicos integrantes do patrimônio municipal possuem destinação cambiável, segundo os superiores interesses da comuna. Com efeito, Alfredo Buzaid, citado pelo Des. Oetterer Guedes, ensina: “O bem público de uso comum pode sofrer modificações em sua qualificação jurídica, e tornar-se alienável, sempre que a Municipalidade, para atender a fins urbanísticos, lhe retire a condição de bem de uso comum, por lei especial devidamente sancionada pelo Chefe do Executivo.” (TJ/SP – ADIn nº 39.949-0/0-00 – São Paulo – voto nº 17.309).

Na mesma trilha, Vicente Ráo consigna:

“É preciso considerar-se que os bens públicos conservam sua qualificação peculiar, enquanto realizam o destino correspondente à sua respectiva categoria, perdendo-a, conseqüentemente, quando, por determinação legal, receberem destino outro ou diverso.” (in “O Direito e a Vida dos Direitos” apud, Des. Oetterer Guedes, TJ/SP, ADIn nº 39.949-0/0-00 – São Paulo – voto nº 17.309).

Em face de sua autonomia, diante da Lei de Loteamentos (Lei Federal n.º 6.766/79) e em face dos entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, nada há que possa impedir o Município de realizar a desafetação de áreas de loteamento, recebidas para a implantação de equipamentos comunitários ou áreas verdes e sua conseqüente alienação, desde que precedida da necessária autorização legislativa.

6. Conclusão

Com o advento da Lei Federal n.º 6.766/79, a Administração Pública da União, dos Estados e dos Municípios, passou a coordenar e disciplinar o crescimento urbanístico brasileiro, de forma a proporcionar um meio ambiente urbano mais saudável, de modo a impedir o crescimento desordenado das cidades, tendo se estabelecido regras mínimas de parcelamento e desmembramento do solo urbano.

O legislador federal determinou que em todo parcelamento para fins urbanísticos deverá ser reservada área mínima, em percentual estabelecido pela legislação local, para implantação de sistema de circulação, equipamentos urbanos, comunitários e espaços livres para uso público, proporcionais à densidade de ocupação (art. 4º da Lei Federal n.º 6.766/79), sendo que, desde a data do registro do loteamento, essas áreas, também conhecidas como áreas institucionais, passarão a integrar automaticamente o domínio do município (art. 22), que no caso passa a funcionar como verdadeiro tutor da população. Assim, tais áreas seriam afetadas por lei como de uso comum do povo.

Vale dizer que, *após regular processo de desafetação para o rol dos bens dominiais do município*, não há óbice ou afronta constitucional a alienação (doação, venda, permuta) ou a livre disposição de posse (concessão de direito real de uso) de bens públicos oriundos de loteamento que se mostram inservíveis ao interesse público, desde que sejam respeitadas certas exigências (realização de licitação e autorização legislativa).

Insera, pois, na competência discricionária da Administração em resolver qual a melhor finalidade a ser dada a estas áreas institucionais e verdes oriundas de loteamento, tendo sempre em vista a real necessidade de propiciar utilidade ao bem público como prevalência da supremacia do interesse público.

As referidas áreas foram colocadas sob a tutela do Município para preservar os interesses dos administrados, principalmente os adquirentes dos lotes. A importância desse patrimônio público deve ser aferida em razão da importância de sua destinação tendo em vista sua função *ut universi*, o que implica, em muitos casos, a necessidade de desafetá-lo, através de lei ou ato administrativo, permitindo a alienação como qualquer bem de particular, transformando-se em bens dominiais e resguardando o interesse público envolvido.

Referências bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUSSADA, Wilson. Loteamento e parcelamento do solo urbano: interpretados pelos tribunais. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COUTO, Sérgio A. Frazão do. Manual teórico e prático do parcelamento urbano. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CRETELLA JÚNIOR, José. Direito Administrativo brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DALLARI, Adilson Abreu e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Temas de direito urbanístico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Disciplina urbanística da propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994.

FREITAS, José Carlos de. Bens públicos de loteamentos e sua proteção legal. Disponível em: <http://www.mpba.mp.br/atuacao/ceama/material/doutrinas/arborizacao/bens_publicos_de_loteamentos_sua_protecao_legal.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2014.

GASPARINI, Diogenes, Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Direito de Construir. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Direito municipal brasileiro. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. 29. ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1990.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1978.

SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Curso de direito constitucional positivo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Direito ambiental constitucional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Maurício Fernandes da. A desafetação de áreas verdes advindas de aprovação de loteamentos perante a tutela ambiental. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 113, 25 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4208>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

WALD, Arnoldo. Curso de direito civil brasileiro: introdução e parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E A CONCESSÃO ESPECIAL DE USO PARA FINS DE MORADIA COMO INSTRUMENTOS DA POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DO MUNICÍPIO DO SALVADOR

Luciana de Melo Borba Carneiro

Procuradora do Município do Salvador

Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia

Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Universidade Federal de Pernambuco

Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco

Graduada em Administração de Empresas pela Universidade de Pernambuco

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O cumprimento da função social da propriedade por meio da política de desenvolvimento urbano. 2.1. O princípio da função social da propriedade. 2.2. A política urbana prevista na Constituição Federal e sua regulamentação por meio do Estatuto da Cidade. 2.2.1. O Estatuto da Cidade. 3. A Regularização Fundiária e a Concessão de Uso Especial para fins de moradia como instrumentos da política de desenvolvimento urbano. 3.1. A Regularização Fundiária promovida no Município do Salvador. 3.2. A concessão de uso especial para fins de moradia. 4. Considerações finais. Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Função social da propriedade. Política de desenvolvimento urbano. Estatuto da Cidade. Regularização Fundiária. Concessão de uso especial para fins de moradia.

1. Introdução

O direito de propriedade passou a ter uma nova concepção com a evolução do princípio da função social da propriedade, não mais sendo considerado como direito individual absoluto, mas devendo seu titular usufruir do seu direito em ob-

servância aos interesses da coletividade bem como dando ao seu bem o devido e adequado uso, tudo objetivando alcançar o bem-estar social.

Essa foi a intenção do legislador constituinte quando afirmou em várias passagens no texto constitucional que a propriedade deverá atender a sua função social, ou seja, reconheceu o direito individual de propriedade desde que seja utilizado levando em consideração os valores da sociedade e o bem comum.

A realidade atual de grande parte dos Municípios brasileiros, notadamente os grandes centros urbanos, é bastante preocupante. As cidades vêm se desenvolvendo e crescendo de maneira desordenada, gerando sérios problemas sociais, razão pela qual se faz indispensável a execução de uma política de desenvolvimento urbano consistente por parte do Poder Público Municipal.

Mencionada política de desenvolvimento urbano está prevista nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal e deve ter seus dispositivos analisados e interpretados em conformidade com os princípios orientadores da ordem econômica, a exemplo da função social da propriedade. As suas diretrizes estão fixadas na Lei Federal n.º 10.257/2001, mais conhecida como Estatuto da Cidade.

O Estatuto da Cidade estabelece normas de caráter geral direcionadas aos Municípios, poder público competente para executar a política urbana, a fim de orientar na elaboração e execução de seu Plano Diretor. Dispõe sobre normas de ordem pública e de 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.

Em seu artigo 4º, traz instrumentos a serem utilizados na política de desenvolvimento urbano dos municípios a fim de solucionar e/ou minimizar os principais problemas que afetam à coletividade, a exemplo da regularização fundiária e da concessão de uso especial para fins de moradia, instrumentos que objetivam minimizar um dos maiores problemas existentes nos municípios, qual seja, ausência de moradia digna.

Nesse contexto, pretendeu-se, inicialmente, tecer algumas considerações relevantes sobre o princípio da função social da propriedade e sua influência na execução da política de desenvolvimento urbano. Ainda no primeiro capítulo, foram abordados os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, que tratam da política urbana, bem como analisados os seus fundamentos e princípios norteadores. Ao final do capítulo, discorreu-se sobre o Estatuto da Cidade e suas finalidades, assim como sobre algumas das diretrizes trazidas em seu artigo segundo, a exemplo da garantia do direito a cidades sustentáveis e gestão democrática por meio de participação da população.

No segundo momento, foram abordados, de uma maneira geral, dois dos instrumentos previstos no rol do artigo 4º do Estatuto, a saber: a regularização fundiária e a concessão de uso especial para fins de moradia.

Na conclusão do segundo capítulo, ganhou atenção o programa de regularização fundiária e a utilização da concessão de uso especial para fins de moradia no Município do Salvador como instrumentos da política urbana capazes de minimizar os problemas relativos à habitação na cidade, sendo trazidas algumas informações e dados estatísticos relevantes para o presente estudo.

2. O cumprimento da função social da propriedade por meio da política de desenvolvimento urbano

2.1. O princípio da função social da propriedade

O direito de propriedade está previsto em diversas passagens na Constituição Federal de 1988, sendo assegurado como direito fundamental. Este mesmo texto constitucional condiciona o direito de propriedade ao atendimento de sua função social, fazendo surgir o princípio da função social da propriedade.

Referido princípio foi mencionado no texto constitucional expressamente por quatro vezes, quais sejam: no rol dos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, XXIII), no rol dos princípios gerais da atividade econômica, no título da Ordem Econômica e Financeira (artigo 170)¹, no capítulo que trata da Política Urbana (182, § 2º) e no que dispõe sobre a política agrícola e fundiária (art. 186).

A propriedade – que é assegurada como direito individual – passou a ter uma concepção coletiva ao invés de individualista a partir do momento que foi condicionada ao atendimento da função social, visando alcançar o bem-estar social.

O direito de propriedade – considerado aquele direito de usar, dispor e fruir do bem como também de reivindicá-lo de quem o possuísse indevidamente – não é concebido mais como um direito absoluto. O ordenamento constitucional, ao assegurar o direito de propriedade, impõe ao proprietário deveres de uso adequado do

¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

(...)

bem, notadamente em relação a sua exploração econômica, sempre em observância aos interesses da sociedade.

A respeito da matéria, vale citar RANGEL, DA SILVA (2012, p. 35):

O conceito de direito de propriedade evoluiu a ponto de ser tratado em caráter transdisciplinar, eis que encontra guarida e fundamento tanto no direito privado como no direito público. A propriedade deixou de ser um direito eminentemente privado e absoluto, para relativizar-se em prol de sua função social. Desse modo, não mais se desvincula do Direito Constitucional, que é o fundamento de validade de todos os ramos do Direito.

O Ministro Celso de Mello, relator no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.213-MC, manifestou-se sobre o caráter relativo do direito de propriedade:

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. – 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. A desapropriação, nesse contexto – enquanto sanção constitucional impositiva ao descumprimento da função social da propriedade – reflete importante instrumento destinado a dar conseqüência aos compromissos assumidos pelo Estado na ordem econômica e social. – Incumbe, ao proprietário da terra, o dever jurídico-social de cultivá-la e de explorá-la adequadamente, sob pena de incidir nas disposições constitucionais e legais que sancionam os senhores de imóveis ociosos, não cultivados e/ou improdutivos, pois só se tem por atendida a função social que condiciona o exercício do direito de propriedade, quando o titular do domínio cumprir a obrigação (1) de favorecer o bem-estar dos que na terra labutam; (2) de manter

níveis satisfatórios de produtividade; (3) de assegurar a conservação dos recursos naturais; e (4) de observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade.

A Constituição de 1946 foi a que primeiro condicionou o uso da propriedade ao atendimento da sua função social. Por sua vez, a Constituição de 1967 trouxe expressamente em seu texto o princípio da função social da propriedade. Com a Constituição em vigor, a função social da propriedade passou a figurar como direito fundamental, bem como princípio norteador da atividade econômica, tendo sido ultrapassada a ideia da propriedade como direito meramente individual.

Percebe-se uma contraposição de normas na medida em que o legislador constituinte condiciona o direito de propriedade ao atendimento da função social ao mesmo tempo em que insere a propriedade privada como princípio geral da atividade econômica.

O intuito do legislador foi o de reconhecer o direito individual de propriedade desde que seja utilizado levando em consideração os valores da sociedade e o bem comum. Se o proprietário está usufruindo do seu direito sem observância ao atendimento da função social, pode e deve o Estado intervir na propriedade para fazer cumprir o princípio da função social, razão pela qual mencionado princípio configura fundamento político e jurídico da intervenção do Estado na propriedade.

CANUTO (2010, p. 42) discorre sobre a função social da propriedade em sua obra *Direito à Moradia Urbana*:

A função social deve, pois, ser entendida como um elemento determinante para estabelecer o grau de proteção constitucional ao direito de propriedade. Nesse contexto, a Constituição prevê a perda da propriedade, com respectivo ressarcimento, exceto no caso de cultivo ilegal de plantas psicotrópicas.

O conjunto de normas constitucionais sobre a propriedade mostra que não se pode mais considerá-la um direito individual, nem instituição de direito privado. Embora prevista como direito individual (artigo 5º, XXII, da CF/1988), o seu conceito e significado foram minorados em razão do seu fim, o de assegurar uma existência digna a todos, de acordo com os princípios de justiça social. (...) O direito de propriedade, de uma relação entre uma pessoa e uma coisa, foi evoluindo com o passar dos tempos até chegar à concepção da propriedade como função social.

As modificações ocorridas na sociedade moderna que alteraram a concepção individualista do direito de propriedade, fazendo surgir no texto constitucional o princípio da função social da propriedade, influenciaram também a legislação infraconstitucional, que passou a observar em seus textos referido princípio, a exemplo da Lei n.º 10.406/2002, mais conhecida como o Novo Código Civil.

O conteúdo social do direito de propriedade foi abordado pelo Código Civil vigente em diversas passagens, notadamente quando dispõe em seu artigo 1.228, § 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.

Outros artigos do citado diploma legal trazem exemplos claros de como os interesses da coletividade superaram o caráter individualista do instituto da propriedade, senão vejamos: 1) Proibição de atos que tenham a intenção de prejudicar outrem e não tragam qualquer vantagem ao proprietário (artigo 1.228 § 2º); 2) Privação da propriedade por desapropriação ou requisição, nos casos de necessidade ou utilidade pública/interesse social e iminente perigo público, respectivamente (artigo 1.228 § 3º); 3) Proibição de construções aptas a poluir ou inutilizar a água do poço (artigo 1.309), entre outros.

A respeito da matéria, CARVALHO FILHO (2008, p. 690) leciona:

O texto constitucional revela a existência de um direito contraposto a um dever jurídico. Dizendo que a propriedade deve atender à função social, assegura o direito do proprietário, de um lado, tornando inatacável sua propriedade se consonante com aquela função, e, de outro, impõe ao Estado o dever jurídico de respeitá-la nessas condições. Sob outro enfoque, o dispositivo garante ao estado a intervenção na propriedade se descompassada com a função social, ao mesmo tempo em que faz incidir sobre o proprietário o dever jurídico de mantê-la ajustada à exigência constitucional.

É importante esclarecer que não foi abolida a propriedade privada, mas apenas foi extinto o seu caráter individualista, no momento em que passou a ser condicionada ao atendimento da função social. É certo que continua sendo autori-

zada, pelo nosso sistema constitucional, a apropriação privada dos meios de produção tendo em vista que o Brasil é um país capitalista; entretanto, o proprietário deve estar atento ao papel social que deve desempenhar ao exercer o direito sobre seus bens.

À luz desse entendimento, resta evidente que a propriedade privada que cumpra a sua função social está protegida juridicamente.

A Constituição Federal dispõe ainda em seu artigo 182 – que trata da política urbana – em seu parágrafo segundo, que a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais expressas no plano diretor da cidade.

Observa-se que o legislador não definiu o conteúdo do princípio objeto de estudo deste item. Em se tratando de princípio, sua aplicação no caso concreto se dá por meio da ponderação dos princípios, distinguindo-se das regras que são aplicadas ao caso concreto por meio da subsunção.

A este respeito, MENDES (2010, p. 1536) cita *Robert Alexy*, em sua obra *Curso de Direito Constitucional*:

Sendo a função social da propriedade, como sabemos, um princípio jurídico e não uma regra de direito, a sua implementação insere-se no jogo concertado de complementações e restrições recíprocas em que consiste o processo de aplicação/concretização dessas pautas axiológicas – por natureza abertas, indeterminadas e plurissignificativas – enquanto mandatos de otimização.

Essa qualificação, por conseguinte, remete-nos à idéia de que a função social da propriedade é um tipo de norma que não se implementa em termos absolutos e excludentes de outras – antes opera gradualmente e dentro do possível –, a depender tanto de condições fáticas, que são impostas pela realidade extranormativa, quanto de condições jurídicas, a serem determinadas pelos princípios e regras contrapostos.

Ainda sob este enfoque, GAMA (2005, p. 60):

Na propriedade encontramos dois interesses, o individual que é exclusivo do proprietário e o coletivo que vai atender os anseios da sociedade. Isto vai ter repercussões jurídicas diretas, assim, o juiz deste início de século, a cada decisão, deve fazer um balanceamento de valores, os quais são indicados pela ética como o valor da pessoa humana, o valor da liberdade, o valor da igualdade, o valor da justiça, o valor do bem

comum, o valor ecológico dentre outros, tendo em conta que nenhum destes valores é absoluto isoladamente. A propriedade, como entidade social e jurídica, não pode ser analisada no sentido puramente individual. A justa aplicação do direito de propriedade depende do encontro do ponto de equilíbrio entre o interesse coletivo e o interesse individual.

Percebe-se que em não existindo qualquer hierarquia determinada no texto constitucional entre o direito de propriedade e a função social à qual deve se submeter, eventual conflito deve ser resolvido no caso concreto por meio da ponderação de interesses, buscando o aplicador do direito concretizar a intenção do legislador constituinte, visando ao bem-estar social.

Importante citar SILVA (2010, p. 284) sobre esta matéria:

Enfim, a função social da propriedade se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens.

Mas é certo que o princípio da função social não autoriza a suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada. Contudo, parece-nos que pode fundamentar até mesmo a socialização de algum tipo de propriedade, onde precisamente isso se torne necessário à realização do princípio, que se põe acima do interesse individual.

Importante ainda sobre este tema, esclarecer que quando se fala em função social da propriedade, entende-se que é da propriedade privada uma vez que a propriedade “estatal” já se destina de alguma forma ao atendimento do interesse coletivo, não havendo razão de ser o princípio da função social da propriedade aplicado a qualquer propriedade que não seja a privada.

Ressaltam-se os ensinamentos do Ministro Eros Roberto GRAU (2010, p. 252) ao distinguir a propriedade dotada de função social e a propriedade dotada de função individual, senão vejamos:

À propriedade dotada de função individual respeita o art. 5º, XXII, do texto constitucional; de outra parte, a “propriedade que atenderá a sua função social”, a que faz alusão ao inciso seguinte – XXIII – só pode ser aquela que exceda o padrão qualificador da propriedade como dotada de função individual.

À propriedade-função social, que diretamente importa à ordem econômica – propriedade dos bens de produção – respeita o princípio inscrito no art. 170, III.

Conclui-se este item afirmando que o princípio da função social da propriedade impõe uma prestação positiva por parte do proprietário para exercer o seu direito levando em consideração os seus interesses individuais, mas também em benefício da coletividade, estando o mesmo intimamente ligado à função social da cidade. Busca-se por meio de um planejamento urbanístico, um meio ambiente saudável a fim de que a sociedade possa ter qualidade de vida digna, notadamente nos grandes centros urbanos onde há uma maior desorganização na ocupação do solo urbano.

2.2. A política urbana prevista na Constituição Federal e sua regulamentação por meio do Estatuto da Cidade

A Constituição Federal vigente dispõe em seus artigos 182 e 183² sobre a Política Urbana. Observa-se que foi a primeira constituição a trazer um capítulo específico tratando desta matéria em razão da competência que foi atribuída à União, em seu próprio texto, no artigo 21, inciso XX, para instituir diretrizes voltadas ao

² Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

desenvolvimento urbano, sendo assunto de competência concorrente dos demais entes federados.

Aquela foi inserida como capítulo no título VII - Da Ordem Econômica e Financeira – e deve ter seus dispositivos analisados e interpretados em conformidade com os princípios orientadores da ordem econômica, a exemplo da função social da propriedade (princípio este já estudado no item anterior), da propriedade privada, da defesa do meio ambiente entre outros dispostos no artigo 170.

A Política Urbana prevista no texto constitucional se baseia nas seguintes premissas: 1) As diretrizes gerais são fixadas pela União por meio de Lei Federal, no caso, a Lei 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade, objeto de estudo adiante; 2) A sua execução se dá pelo Poder Público municipal, a quem compete definir a política de desenvolvimento urbano de cada cidade, com o objetivo de ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes; 3) A propriedade urbana submete-se ao atendimento da função social; 4) O plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana e será elaborado pelos Municípios, sendo obrigatório para aqueles com mais de vinte mil habitantes; 5) Possibilidade de desapropriação com fins urbanísticos; 6) Instituição do usucapião especial no solo urbano para fins de moradia.

Importante transcrever a definição proposta por BULOS (2011, p. 1507):

Política urbana é o conjunto de providências que objetivam ordenar os espaços habitáveis, organizando todas as áreas em que o ser humano exerce funções sociais indispensáveis à sua sobrevivência, isto é, habitação, trabalho, recreação (lazer) e circulação. Visa, a um só tempo, proporcionar melhoria das condições de vida do homem na comunidade.

Ainda sobre o tema, CASIMIRO (2003, p. 41) relata:

A política urbana descrita no texto constitucional foi composta de agremiação de princípios pulverizados em toda a Constituição e que unidos se formatam nos fundamentos e objetivos previstos nos artigos 1º e 3º, ficando clara a importância de se balizar o desenvolvimento, a ordem econômica e financeira por princípios como a função social da propriedade e a função social da cidade, que incidem diretamente no acesso a direitos sociais. (...) Desta feita, a determinação de conteúdo funcional para a propriedade, que observe adequação às necessidades coletivas, se estrutura no anseio de justiça social e na proteção à dignidade humana.

Utilizando-se da sua competência para editar normas gerais, a União editou a Lei Federal n.º 10.257/2001, conhecida como Estatuto da Cidade, que estabelece normas gerais e diretrizes para os Municípios executarem a política de desenvolvimento urbano.

A política urbana é definida pelo Estatuto da Cidade como o conjunto de ações municipais interventivas no espaço urbano, reguladoras do uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança, do bem-estar dos cidadãos e do equilíbrio ambiental.

O parágrafo segundo do artigo 182 dispõe que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

O instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana é o plano diretor, a ser elaborado pelas Câmaras Municipais, que se torna obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes. Trata-se de lei municipal que deve tratar sobre exigências para edificar, zoneamento do solo, sistema viário entre outras matérias pertinentes, de interesse local. Deve conter as diretrizes e indicações para as operações a serem realizadas na execução de obras e serviços em benefício da sociedade.

O parágrafo terceiro do artigo 182 em estudo afirma que “as desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro”, com exceção da hipótese prevista no parágrafo quarto deste mesmo dispositivo que permite pagamento mediante títulos da dívida pública.

Por sua vez, o parágrafo quarto trata sobre medidas que podem ser utilizadas pelo Poder Público Municipal para coibir a manutenção do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado. Para possibilitar a exigência do adequado aproveitamento, deve existir lei específica para área que esteja incluída no plano diretor. Este mesmo parágrafo dispõe ainda sobre medidas de caráter sancionatório que podem ser adotadas nas hipóteses que o proprietário não estiver utilizando o solo da maneira adequada, a saber: 1) parcelamento ou edificação compulsórios; 2) Cobrança do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbano progressiva no tempo, e 3) Desapropriação-sanção, esta tem o objetivo de punir o descumprimento de obrigação ou dever imposto ao proprietário das áreas urbanas.

Por fim, o artigo 183 prevê uma hipótese especial de aquisição da propriedade urbana mediante usucapião ao afirmar que “Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família,

adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”. Sendo certo que a usucapião não se aplica a imóveis públicos nem pode ser reconhecida ao mesmo possuidor mais de uma vez.

A partir dessas normas constitucionais, a propriedade urbana cumpre sua função social, qual seja, a de propiciar um meio ambiente saudável, com condições adequadas de trabalho, habitação digna, lazer e circulação da coletividade.

2.2.1. O Estatuto da Cidade

A realidade atual de grande parte dos Municípios brasileiros, notadamente os grandes centros urbanos, é bastante preocupante. As cidades vêm se desenvolvendo e crescendo de maneira desordenada, gerando sérios problemas sociais, a exemplo da ocupação não planejada dos espaços urbanos; excesso de veículos nas cidades e ausência de vias expressas bem como de transporte coletivo acessível à população, causando um trânsito caótico; falta de habitação com condições dignas; deterioração do meio ambiente e da paisagem urbana, entre outros diversos problemas que apenas serão solucionados com o ativismo do Poder Municipal no sentido de desenvolver e executar uma Política de Desenvolvimento Urbano consistente e capaz de sanar ou pelo menos amenizar grande parte dessas questões.

Diante deste cenário e levando em consideração as premissas constitucionais as quais se baseia a Política Urbana, é que surge a Lei 10.257, de 10 de julho de 2011, estabelecendo normas de caráter geral direcionadas aos Municípios, poder público competente para executar a política urbana, a fim de orientar na elaboração e execução de seu Plano Diretor.

Referida lei, que se autodenominou de Estatuto da Cidade, regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988, referentes à Política Urbana, já analisada neste capítulo, dispondo sobre normas de ordem pública e de 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, tudo conforme descrito no parágrafo único do seu artigo 1º.

No entendimento de CANUTO (2010, p. 116):

As inovações do Estatuto estão em três pontos: um conjunto de instrumentos de natureza urbanística, para induzir, mais do que normatizar, as formas de uso e ocupação do solo; uma concepção de gestão democrática das cidades, que incorpora a ideia de participação direta do

cidadão nos processos decisórios sobre seus destinos e a ampliação das possibilidades de regularização da posse urbana, ainda situada no limite entre o legal e o ilegal.

Em seu artigo 2º, o Estatuto traz as diretrizes gerais para execução de uma política urbana capaz de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, notadamente: 1) Garantia do direito a cidades sustentáveis; 2) Gestão democrática por meio da participação da população; 3) Planejamento urbano; 4) Regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, entre outras previstas ao longo de seus dezesseis incisos.

No tocante à garantia do direito a cidades sustentáveis, prevista no inciso I, importante falar sobre a definição de cidade. O dicionário da língua portuguesa Aurélio traz como definição do termo cidade: “Designação das povoações de maior amplitude e importância. Conjunto dos habitantes da cidade. Grande centro industrial e comercial (em oposição ao campo). A parte central ou o centro comercial de uma cidade.”

A cidade engloba inúmeras pessoas vivendo num mesmo ambiente, cada uma com sua rotina de vida, utilizando-se dos espaços físicos comuns, convivendo entre si e com os problemas existentes, tais como dificuldade de circulação, difícil acessibilidade ao trabalho, saúde e lazer, entre outros.

A respeito desse assunto, discorre AMORIM (2008, p. 66):

Não se pode pensar a cidade como “espaço absoluto” ou como espaço receptáculo que nenhuma interferência exerce sobre as relações sociais, ou seja, como um mero palco que em nada influencia na encenação dos atores. Pelo contrário, a cidade deve ser entendida como “um espaço relativo” que exerce sim, influência sobre as relações sociais ali desenvolvidas. Ora, a produção de conhecimento, o florescimento do debate, a ação comunicativa não estão imunes à influência do espaço.

Assim sendo, garantido e propiciado o “ambiente de urbanidade”, a cidade constitui-se como espaço produtivo, como ator social capaz de impulsionar intervenções e promover transformações na estrutura socioeconômica.

A garantia trazida no Estatuto é a de um direito a uma cidade sustentável. No entendimento de DA SILVA (2004, p. 164):

Falar em cidade sustentável significa dizer aquela apropriada a fornecer a seus habitantes as condições mínimas de bem-estar, segurança, vida saudável, etc., devendo ser ordenadas, bem regidas, sem deixar deteriorar ou degradar, em suas vias, construções, permitindo que a vida nas cidades seja o menos sofrida possível, na doutrina de Regis Fernandes de Oliveira, que ressalva que há o direito à moradia, mas não pode ela ser inapropriada, ou seja, sem esgoto, água, luz etc., isto é, condições para saneamento ambiental, limpeza dos canais fluviais, canalização adequada etc.

Pode-se afirmar que a ideia de cidade sustentável tem íntima relação com o direito a uma moradia digna, que proporcione ao indivíduo o atendimento aos demais direitos fundamentais, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, a saber, segurança, saúde, privacidade e lazer.

Outra diretriz trazida pelo Estatuto é a gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, tudo conforme disposto no inciso II.

O Poder Público Municipal é o responsável pela execução das políticas públicas de desenvolvimento urbano nas cidades, sendo seus atos direcionados ao atendimento das necessidades da população. Em sendo os cidadãos, moradores dos municípios, os reais destinatários das ações da administração municipal, deve o Gestor Público nortear suas ações políticas levando em consideração a opinião pública, por meio de efetiva participação dos cidadãos nos processos de elaboração e execução dos projetos.

O planejamento urbano disposto no inciso III é umas das importantes diretrizes traçadas pela União para auxiliar os Municípios na elaboração de seus planos diretores para fins de execução de uma efetiva política de desenvolvimento urbano. Planejamento no sentido de melhorar ou organizar a distribuição espacial da população e das atividades econômicas a fim de evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente.

A intenção do legislador foi a de racionalizar o uso do espaço público no sentido de organizar a ocupação e habitação dos espaços físicos sem prejuízos à preservação e manutenção do meio ambiente. O planejamento urbano deverá fazer parte do plano diretor, instrumento principal para execução das políticas públicas municipais de desenvolvimento urbano.

Mencionamos ainda a regularização fundiária prevista no inciso XIV como diretriz prevista no Estatuto da Cidade, que será analisada no próximo capítulo.

Por meio da edição do Estatuto da Cidade, surgiu a esperança na busca de uma sociedade mais justa, de um ambiente no qual as pessoas possam viver e conviver com dignidade, onde possam ter acesso a uma moradia digna, a meios de transportes eficientes, a um meio ambiente saudável e seguro, entre outras aspirações que permitam um crescimento ordenado das cidades e um mínimo de qualidade de vida aos seus habitantes.

3. A Regularização Fundiária e a Concessão Especial de Uso para fins de Moradia como instrumentos da Política de Desenvolvimento Urbano do Município do Salvador

Um dos grandes problemas sociais encontrados atualmente, notadamente nas grandes cidades, refere-se à ausência de moradia. O direito à moradia está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. O direito a uma vida digna inclui o direito a uma moradia digna. Assim, quando a Constituição Federal assegura o direito à moradia não está se restringindo apenas a um espaço físico, mas sim a uma moradia que proporcione ao indivíduo o atendimento aos demais direitos fundamentais com base na dignidade da pessoa humana, a exemplo de segurança, privacidade, lazer, dentre outros.

As pessoas não residem nos Estados ou na União, elas moram nos Municípios. Em razão disso, estes entes federados são os responsáveis em identificar os problemas relacionados à moradia, elaborar projetos e executá-los a fim de solucioná-los ou ao menos minimizá-los, conforme orientações fixadas no Estatuto da Cidade.

Segundo se depreende do texto constitucional, a missão do Poder Público Municipal consiste em ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Para cumprimento deste fim, o legislador constituinte instituiu como obrigação, para os municípios que tiverem mais de vinte mil habitantes, a elaboração do plano diretor como instrumento da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

Em oportuna citação de Nelson Saule Jr., GAZOLA (2008, p. 79), em sua obra “Concretização do direito à moradia digna – teoria e prática”, dispõe sobre as diretrizes constitucionais que devem ser observadas tanto no planejamento quanto na implantação de políticas públicas urbanas, a saber:

- a) respeito efetivo aos direitos humanos
- b) promoção de medidas de proteção do meio ambiente natural e construído, de modo a garantir a função social da propriedade na cidade;

- c) incentivo às atividades econômicas que resultem na qualidade de vida, mediante sistema produtivo gerador de trabalho e de distribuição justa da renda e riqueza;
- d) combate às causas da pobreza priorizando os investimentos e recursos para as políticas sociais (saúde, educação, habitação);
- e) democratização do Estado, assegurando a participação popular no processo de formulação, planejamento e execução de políticas públicas.

Essas são orientações para o planejamento e implantação de políticas públicas de um modo geral, entretanto, perfeitamente aplicáveis no que tange às políticas urbanas referentes aos problemas de habitação dos municípios.

Discorrendo sobre políticas públicas, CANUTO (2010, p. 181, 182):

As políticas públicas atuam e intervêm na vida social com a finalidade de estender os direitos fundamentais, incluídos todos os direitos sociais, a todos os indivíduos; tudo para a materialização de uma ordem social mais justa. As disparidades sociais se aprofundam cada dia mais e, além das dificuldades técnicas e financeiras do setor público, as políticas públicas não se mostram duradouras, com limites restritos a cada governo, ou seja, passíveis de modificação ou paralisação, sempre que um novo governante assume o poder.

(...) As políticas públicas devem ser fruto de um compromisso Estado-sociedade, com a finalidade de promover a igualdade, o que exige, naturalmente, a modificação das situações existentes em cada área específica de atuação, mediante a concretização dos objetivos presentes nessas políticas.

Ressalta-se então a importância das políticas urbanas para a concretização do direito à moradia a fim de buscar sua plena eficácia social. Apesar de reconhecida formalmente, possuindo, pois, eficácia jurídica, esta não é suficiente para realização do direito. As políticas públicas são instrumentos necessários previstos em lei que devem ser exigidos pelos indivíduos para que tenham seus direitos fundamentais sociais implementados.

Nesse contexto, o Estatuto da Cidade disciplina institutos relativos às questões urbanas oferecendo instrumentos para melhor ordenação do solo urbano, levando em consideração o meio ambiente e os graves problemas sociais, a exemplo da moradia que atinge, notadamente, a população mais carente.

Em seu artigo 4^o,³ fornece um rol de instrumentos exemplificativos a serem utilizados pelos Poderes Públicos a fim de efetivar as políticas urbanas e, por conseguinte, atender às necessidades das pessoas quanto à realização dos seus direitos fundamentais sociais expressos na Constituição Federal.

- ³ Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:
- I – planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;
 - II – planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões;
 - III – planejamento municipal, em especial:
 - a) plano diretor;
 - b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo;
 - c) zoneamento ambiental;
 - d) plano plurianual;
 - e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual;
 - f) gestão orçamentária participativa;
 - g) planos, programas e projetos setoriais;
 - h) planos de desenvolvimento econômico e social;
 - IV – institutos tributários e financeiros:
 - a) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU;
 - b) contribuição de melhoria;
 - c) incentivos e benefícios fiscais e financeiros;
 - V – institutos jurídicos e políticos:
 - a) desapropriação;
 - b) servidão administrativa;
 - c) limitações administrativas;
 - d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano;
 - e) instituição de unidades de conservação;
 - f) instituição de zonas especiais de interesse social;
 - g) concessão de direito real de uso;
 - h) concessão de uso especial para fins de moradia;
 - i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios;
 - j) usucapião especial de imóvel urbano;
 - l) direito de superfície;
 - m) direito de preempção;
 - n) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso;
 - o) transferência do direito de construir;
 - p) operações urbanas consorciadas;
 - q) regularização fundiária;
 - r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos;
 - s) referendo popular e plebiscito;
 - t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária; (Incluído pela Medida Provisória nº 459, de 2009)
 - u) legitimação de posse. (Incluído pela Medida Provisória nº 459, de 2009)
 - t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária; (Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009)
 - u) legitimação de posse. (Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009)
 - VI – estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).
- § 1º Os instrumentos mencionados neste artigo regem-se pela legislação que lhes é própria, observado o disposto nesta Lei.
- § 2º Nos casos de programas e projetos habitacionais de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública com atuação específica nessa área, a concessão de direito real de uso de imóveis públicos poderá ser contratada coletivamente.
- § 3º Os instrumentos previstos neste artigo que demandam dispêndio de recursos por parte do Poder Público municipal devem ser objeto de controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil.

A regularização fundiária e a concessão de uso especial para fins de moradia encontram-se no rol do artigo 4º acima transcrito e serão destacadas neste artigo por serem instrumentos da política urbana capazes de minimizar um dos mais graves problemas existentes na cidade de Salvador, qual seja, a falta de moradia digna para grande parte de seus habitantes.

3.1. O programa de Regularização Fundiária promovido no Município do Salvador

A Regularização Fundiária é um dos programas adotados pela Política Nacional de Habitação do Governo Federal que se consolidou no ano de 2003 com a criação do Ministério das Cidades. Mencionada política habitacional está inserida como uma das políticas setoriais que compõem a Política Nacional de Desenvolvimento Urbano.

Em nível federal, a regularização fundiária foi prevista no Estatuto da Cidade tanto como diretriz geral da política urbana como instrumento para atender às finalidades da lei. Consiste em ações interventivas do Poder Público em áreas urbanas de assentamentos irregulares cujo objetivo maior é proporcionar uma moradia digna aos cidadãos.

Por moradia digna entende-se aquela que proporciona à pessoa humana um padrão de vida adequado, incluindo condições salutaras de vida, como segurança, localização adequada, acessibilidade, disponibilidade de serviços, infraestrutura e equipamentos públicos, entre outros.

Os programas de regularização fundiária não objetivam apenas a regularização jurídica da propriedade no sentido de conferir um título de propriedade. Envolvem intervenção pública com a execução de ações sociais e assistenciais bem como de melhorias físicas, sanitárias e ambientais nas comunidades beneficiárias do programa, entre outras ações.

Nas palavras de GAZOLA (2008, p. 119):

Regularização Fundiária é um conjunto de projetos e ações integradas que objetivam a promoção da regularização jurídica, urbanística, ambiental e social, objetivando a promoção do desenvolvimento humano e urbano, em assentamentos irregulares, de forma incluyente e sustentável.

Ainda sobre a matéria, CASTRO (2008, p. 131) define:

Fenômeno social, a regularização fundiária é processo de verificação das propriedades e posse de áreas urbanas e rurais, públicas ou privadas que se constituíram em desacordo com as normas legais. Este processo é multidisciplinar, requerendo a intervenção de profissionais de diversas áreas do conhecimento científico, que demanda tempo, dinheiro, boa vontade, seja do ente público, do loteador e da população interessada.

Em trâmite na Câmara dos Deputados, existe o Projeto de Lei n.º 20/2007 que dispõe sobre o parcelamento do solo para fins urbanos e sobre a regularização fundiária sustentável de áreas urbanas, e dá outras providências. Referido projeto traz em seu texto uma definição para regularização fundiária, em seu artigo 3º, inciso III, a saber:

Regularização fundiária sustentável: o conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais, promovidas pelo Poder Público por razões de interesse social ou de interesse específico, que visem a adequar assentamentos informais preexistentes às conformações legais, 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.

A fim de executar a competência que lhe é atribuída como ente federado municipal competente para execução da política urbana, o Município do Salvador instituiu a Política de Habitação de Interesse Social de Salvador, cujos objetivos principais são: 1) viabilizar para a população de menor renda o acesso à terra urbanizada, à moradia digna e sua posse, aos serviços públicos essenciais e aos equipamentos sociais básicos; 2) garantir o melhor aproveitamento da infraestrutura da cidade, dos equipamentos urbanos e do patrimônio construído; 3) promover os meios para assegurar a diversidade dos programas e dos agentes promotores da Política de Habitação de Interesse Social, entre outros.

Os programas habitacionais são instrumentos utilizados pelo poder público para enfrentar o problema da ausência de moradia digna nas cidades. Entre os programas habitacionais estabelecidos no Plano de Habitação de Interesse Social de Salvador, está a regularização fundiária das áreas ocupadas irregularmente.

Em estudo promovido pela Secretaria de Habitação Municipal na época de elaboração do Plano de Habitação de Interesse Social de Salvador, foram identificadas cerca de 450 mil unidades localizadas em áreas irregulares.

A regularização fundiária do Município do Salvador tem a finalidade de promover o acesso legal à posse do uso da terra a comunidades carentes que ocupam de forma irregular terras públicas municipais consideradas de interesse social, por meio de Escritura de Legalização – de acordo com o Estatuto da Cidade –, promovendo a titulação da terra através da Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia e da Concessão de Direito Real de Uso⁴.

O programa é executado a partir do cadastro georreferenciado de todas as áreas de propriedade municipal ocupadas por habitação de interesse social.

O título de legalização é concedido pelo Município de forma gratuita, sem qualquer pagamento de taxa de habilitação e contempla todas as ocupações habitacionais em situação consolidada, desde que os requisitos legais estejam preenchidos.

3.2. A Concessão de Uso Especial para fins de Moradia

O artigo 183 da Constituição Federal vigente dispõe sobre o usucapião especial de imóvel urbano sobre a propriedade privada. Tendo em vista que os imóveis públicos não podem ser adquiridos por usucapião, surgiu o instituto da concessão de uso especial para fins de moradia com requisitos similares aos exigidos constitucionalmente pelo usucapião especial, porém aplicável aos terrenos públicos.

A concessão de uso especial para fins de moradia está prevista no rol dos instrumentos para efetivação da política urbana trazidos pela Lei 10.275/2001, o Estatuto da Cidade. No entanto, os artigos deste diploma legal que tratavam do instituto, foram vetados pelo Presidente da República, que editou a Medida Provisória n. 2.220/01 acerca da matéria.

Em seu artigo 1º, dispõe:

Art. 1º 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

⁴ Disponível em http://www.desenvolvimentourbano.salvador.ba.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=56&Itemid=68. Acesso em 05 set. 2013.

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.

§ 1º A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Verifica-se que mencionado instituto é instrumento da política urbana de natureza social que objetiva garantir o direito à moradia de parcela da população que ocupa área pública de forma irregular e passa a ter legalizada sua situação de moradia, desde que atendidas as exigências previstas na lei. Trata-se de ato vinculado da Administração Pública.

Sobre este tema, CARVALHO (2008, p. 1036):

Ao exame do regime jurídico desse tipo de concessões, que tem lineamentos singulares, está claro que o legislador atribuiu à Administração atividade vinculada para o fim de reconhecer ao ocupante o direito subjetivo à concessão para moradia, desde que cumpridos os requisitos legais. Quer dizer: cumprido o suporte fático do direito pelo ocupante, outra conduta não se espera da Administração senão a de outorgar a concessão. A lei não lhe outorgou qualquer margem de liberdade para decidir sobre a outorga ou não da concessão.

A Concessão de Uso Especial para fins de moradia está prevista também no rol dos direitos reais do artigo 1.225, do Código Civil de 2002, tendo sido acrescentado pela Lei n.º 11.481, de 31 de julho de 2007.

Sobre esta matéria, discorreu PRESTES, Vanêsa Buzelato (2004, p. 209):

(...) a concessão de uso especial para fins de moradia decorre do direito à moradia expressamente consagrado na Constituição Federal como direito social e constitucionalmente previsto no capítulo da polí-

tica urbana por intermédio do art. 183 e seus parágrafos. O Estatuto da Cidade, legislação complementar à Constituição Federal que é, apenas regulamentou o direito previsto, cabendo aos entes federativos, União, Estados e Municípios, cada qual no âmbito de sua competência, a sua aplicação, para o fim de atribuir consecução prática à Carta Magna.

Na legislação municipal de Salvador, o instituto foi disposto no artigo 31 dos Atos de Disposições Transitórias da Lei Orgânica do Município de Salvador, que dispõe:

Art. 31. Aquele que, até 30 de junho de 2001, possui como seu, por 05 (cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia e da sua família, tem direito a 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.

Como já mencionado anteriormente, trata-se de ato administrado vinculado. Deve a Administração Municipal conceder o título de legalização sobre o imóvel objeto de posse do beneficiário, quais sejam: 1) moradia por mais de 05 anos anteriores a 30 de junho de 2001; 2) área integrante do programa habitacional, situada em área urbana com no máximo 250m²; 3) finalidade habitacional; 4) renda do requerente no valor de um a seis salários mínimos regionais; 5) não proprietário e não concessionário de outro imóvel urbano ou rural.

Além das exigências legais expressas, a concessão de uso especial para fins de moradia utilizada como instrumento da política urbana de Salvador envolve outras questões e observações, a saber:

1) Avaliação de risco geológico na área ocupada, pois se houver risco de desabamento ou desmoronamento do local, não cabe ao Poder Público Municipal legalizar uma área urbana que oferece risco aos seus habitantes;

2) Confirmação de domínio do Município da área pela qual se pleiteia a legalização, uma vez que o Poder Público Municipal só está autorizado a conceder o uso especial para fins de moradia de imóveis que sejam de sua titularidade;

3) A área deve ser integrante do Programa Habitacional de Interesse Social para fins de habitação popular, nos termos do Decreto Municipal n.º 13.532/2002.

O artigo 31, parágrafo 4º, dos Atos de Disposições Transitórias da Lei Orgânica do Município, alterado pela Emenda 16, dispõe: “A transferência por ato inter vivos somente considerar-se-á operada mediante a prévia e expressa anuência do município.”

Verifica-se, pois, que cabível é a transferência do título de concessão de uso especial para fins de moradia, desde que haja prévia e expressa autorização do Município.

É sob essa perspectiva que a regularização fundiária e a concessão de uso especial para fins de moradia são utilizados pela Administração Pública Municipal do Salvador como instrumentos da política de desenvolvimento urbano, sob a ótica do princípio da função social da propriedade, a fim de solucionar ou ao menos minimizar um dos mais graves problemas dos grandes centros urbanos, qual seja, a ausência de moradia digna, como forma de concretizar e efetivar o direito social fundamental à moradia previsto constitucionalmente.

4. Considerações Finais

Por meio do estudo apresentado, pretendeu-se demonstrar que o Município do Salvador vem executando a sua política de desenvolvimento urbano, com base nas premissas constitucionais que orientam a política urbana nacional bem como considerando as diretrizes gerais estabelecidas pelo Estatuto da Cidade.

Com o objetivo de melhorar a situação de ocupações irregulares de terras públicas que atinge a cidade, solucionando ou minimizando o problema de ausência de moradia digna para grande parte da população, a Administração Pública Municipal vem se utilizando do Programa de Regularização Fundiária e do instituto da Concessão de Uso Especial para fins de moradia, como instrumentos 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.

No decorrer do trabalho, observou-se que ao direito de propriedade foi atribuída uma nova concepção a partir do condicionamento de seu uso ao atendimento da função social, princípio este norteador da política urbana prevista nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal.

Verificou-se que o artigo 182 da Constituição Federal, que trata da Política Urbana em geral, foi regulamentado no ano de 2001 (1 ano após a Emenda citada) com a edição da Lei Federal n.º 10.257, o denominado Estatuto da Cidade, que trouxe um rol exemplificativo de políticas públicas a serem adotadas pelos Poderes

Executivos dos entes federados, não olvidando que a própria Constituição determinou ao Poder Público Municipal o papel de executor da política urbana, cabendo a ele, detentor do poder-dever de agir, a implementação de ações concretizadoras do direito fundamental à moradia.

Nesse contexto, constatou-se que o Município do Salvador se utiliza dos instrumentos da regularização fundiária e concessão de uso especial para fins de moradia previstos no Estatuto da Cidade, para minimizar os problemas relativos à ausência de moradia digna existente na cidade, tudo sob a ótica da função social da propriedade.

Apesar de o Estado vir agindo de forma a buscar soluções para o problema e já existirem diversas legislações e programas públicos, a exemplo do Estatuto da Cidade, que trouxe diversos instrumentos como o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano, programa de regularização fundiária, entre outros, a verdade é que ainda existe um longo caminho pela frente para que referidas políticas públicas se tornem suficientes a regularizar a situação e concretizar de fato uma moradia digna para todos os cidadãos brasileiros

Por fim, é certo que, existindo boa vontade, competência e interesse dos gestores públicos, aos poucos se consegue alcançar o fim maior, qual seja, o de uma cidade sustentável que possa oferecer a seus habitantes condições mínimas de moradia, lazer, segurança, transporte, visando a uma boa qualidade de vida.

Referências

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Gestão Democrática das Cidades*, in Direito Público, v. 5, n. 24. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc26.htm. Acesso em 26 ago. 2013.

_____. Congresso. *Câmara dos Deputados*. Projeto de Lei n.º 20/2007, que dispõe sobre o parcelamento do solo para fins urbanos e sobre a regularização fundiária sustentável de áreas urbanas, e dá outras providências. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C84BF10870BEF27A8967A112BF00F3EF.node1?codteor=433737&filename=PL+20/2007. Acesso em 05 set. 2013.

_____. *Regularização Fundiária*. Disponível em http://www.desenvolvimentourbano.salvador.ba.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=56&Itemid=68. Acesso em 05 set. 2013.

_____. *Lei Federal n.º 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 26 ago. 2013.

_____. *Lei Federal n.º 10.257*, de 10 de julho de 2001. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em 24 ago. 2013.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. ADIN 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 23/04/2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28direito+de+propriedade+e+carater+absoluto%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lqr655u> Acesso em 03 set. 2013.

_____. *Dicionário do Aurélio*. Disponível em <http://www.dicionariodoaurelio.com/Cidade.html>. Acesso em 3 set. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANUTO, Elza Maria Alves. *Direito à moradia urbana*. Aspectos da dignidade da pessoa humana. Belo Horizonte: Forum, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASIMIRO, Ligia Maria Silva Melo de. *20 anos de Constituição: uma análise sobre o dever de planejar e executar políticas públicas para cidades sustentáveis*, in A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, ano 3, n. 11. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

CASTRO, José Nilo de. *Regularização Fundiária Urbana*. Políticas Públicas – possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DA SILVA, Sidney Pessoa Madruga. *Relação Jurídica Constitucional da Moradia*, in Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União, ano III, n. 10. Brasília: ESMPU, 2004.

GAMA, Lidia Elizabeth Penalzoza Jaramillo. *Princípio da função social e ambiental da propriedade*, in Revista Jurídica Consulex n. 195, Brasília: Consulex, 2005.

GAZOLA, Patrícia Marques. *Concretização do Direito à Moradia Digna – Teoria e Prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. *A Concessão Especial para fins de Moradia na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade – da Constitucionalidade da Medida Provisória nº 2.220 de 04 de setembro de 2000*. In *Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade: Diretrizes, Instrumentos e Processos de Gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

RANGEL, Helano Márcio Vieira. DA SILVA, Jacilene Vieira. *O Direito Fundamental à Moradia como mínimo existencial, e a sua efetivação à luz do estatuto da cidade*. In: *Juris Plenum: Doutrina – Jurisprudência – Legislação*, nº 44. Caxias do Sul, RS: Plenum, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

A CONTRATAÇÃO INTEGRADA NA LEI Nº 12.462/2011 – REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC)

Luciana Rodrigues Vieira Lopes

Procuradora Geral do Município do Salvador

Especialista em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia e em Direito Processual Civil pelo Juspodivm/Universidade Jorge Amado Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Sumário: 1) Introdução: considerações sobre a Lei nº 12.462/11 e sua aplicação – 2) Regimes de execução indireta de obras e serviços – 3) Conteúdo dos artigos 8º e 9º da Lei nº 12.462/11 – 3.1) Conceito e características do regime de contratação integrada – 3.2) Pressupostos da adoção do regime. A contratação de resultados – 4) Riscos e benefícios da adoção do regime de contratação integrada – 5) Considerações finais.

Palavras-chave: Regime Diferenciado de Contratação Pública; regime de contratação integrada.

1. Introdução: considerações sobre a Lei 12.462/11 e sua aplicação

Visando recuperar o tempo perdido para dotar o País da infraestrutura necessária para sediar a Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - FIFA 2013, a Copa do Mundo FIFA 2014 e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, foi editada a Medida Provisória nº 527/11, convertida na Lei nº 12.462/2011¹, publicada no DOU de 5 de agosto de 2011.

A referida Lei estabeleceu um regime diferenciado de contratações públicas (RDC) aplicável às licitações e contratos relacionados com os três grandes

¹ Ressalte-se que o texto original da MP nº 527/11 não contemplava o Regime Diferenciado de Contratações, tendo sido este introduzido por meio de emenda parlamentar. Em 11 de outubro de 2011, foi editado o Decreto nº 7.581, que regulamentou a Lei 12.462/11.

eventos acima citados, bem como para as obras de infraestrutura e contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos mundiais.²

Posteriormente, a Lei nº 12.688, de 18 de julho de 2012, incluiu no âmbito de abrangência do RDC as obras do PAC – Programa de Aceleração ao Crescimento³, a Lei nº 12.722, de 3 de outubro de 2012, incluiu as obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino⁴ e a Lei nº 12.745, de 19 de dezembro de 2012, incluiu as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS⁵. Com estas alterações, ampliou-se de forma significativa a possibilidade de utilização do RDC, que foi criado, como visto, apenas para aplicação em certos e específicos eventos.

A Lei nº 12.462/11 sofreu, e ainda sofre, severas críticas⁶, especialmente

² Lei nº 12.462/11: “Art. 1º. É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização: I – dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e II – da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo – Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para realização da Copa do Mundo FIFA 2014 – CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebradas entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; III – de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350Km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sede dos mundiais referidos nos incisos I e II.”

³ A Lei nº 12.688/12 alterou a Lei nº 12.462/11 para inserir em seu art. 1º, o inciso IV, com a seguinte redação: “IV – das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)”.

⁴ A Lei nº 12.722/12 alterou a Lei nº 12.462/11 para inserir em seu art. 1º, o § 3º, com a seguinte redação: “§ 3º- Além das hipóteses previstas no *caput*, o RDC também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino.”

⁵ A Lei nº 12.745/12 alterou a Lei nº 12.462/11 para inserir, em seu art. 1º, o inciso V, com a seguinte redação: “V – das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS”.

⁶ Importante mencionar que existem duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI nº 4.645 e nº 4.655) questionando a constitucionalidade da Lei nº 12.462/11. A primeira delas, proposta por partidos políticos, impugna a constitucionalidade sob o aspecto formal, apontando o descabimento da utilização da medida provisória e a extrapolação da competência parlamentar para emendar o texto original da medida provisória submetida ao Congresso. Além disso, questiona especificamente a constitucionalidade da disciplina instituída pelo art. 6º, relativamente ao sigilo inicial do orçamento estimado, por ofensa ao princípio da publicidade, consagrado nos artigos 5º, XXXIII, e 37 da CF. A segunda ADI, proposta pelo Procurador-Geral da República, questiona igualmente a constitucionalidade formal da Lei nº 12.462/11 e ainda a constitucionalidade material de diversos de seus dispositivos (art. 1º, I e II; 2º, parágrafo único, V; 4º, §1º, II e §2º; 8º, §5º; 9º, *caput* e parágrafos; 14, parágrafo único, II; 29, I; 30, I e II e parágrafos 1º ao 5º; 36, §1º; e 65), mas não questiona a constitucionalidade do art. 6º. Ambas as ações encontram-se (até a data de conclusão deste trabalho) pendentes de apreciação pelo STF.

com relação ao sigilo do orçamento estimado e à possibilidade de transferência do planejamento ao terceiro contratado para a execução das obras – ora objeto do presente trabalho, que visa abordar o disciplinamento legal do tema, tecendo considerações acerca do posicionamento da doutrina mais abalizada e da jurisprudência recente dos Tribunais pátrios.

2. Regimes de execução indireta de obras e serviços

Como é cediço, os Órgãos e Entidades da Administração podem se valer de seus próprios meios para executar obras ou prestar serviços – a conhecida execução direta –, ou podem contratar terceiros para obtenção do fim pretendido, a denominada execução indireta.

Na execução indireta, “a responsabilidade pelo cumprimento das prestações é assumida por um terceiro, que é juridicamente o realizador da obra ou prestador do serviço”⁷.

A Lei nº 8.666/93 (Lei Geral de Licitações e Contratos da Administração Pública) previu em seu artigo 6º, inciso VIII, diversos regimes de execução indireta de obras e serviços de engenharia.

Assim dispõe o citado dispositivo legal:

“Art. 6º. Para fins desta Lei, considera-se:

(...)

VIII – Execução indireta – a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob quaisquer dos seguintes regimes:

- a) empreitada por preço global – quando se contrata a execução da obra ou do serviço 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;
- c) (Vetado)
- d) tarefa – quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;
- e) empreitada integral – quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, servi-

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 126.

ços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada;”

Segundo Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, empreitada seria a “contratação da execução de obra ou serviço, sem relação de subordinação ou dependência (relativa autonomia de gestão e instalação da obra ou serviço), com vistas a obter certo resultado”⁸.

E complementam:

“Funcionando com ou sem a aplicação de materiais, a prestação encomendada no âmbito da empreitada caracteriza-se pela produção de certo resultado, ainda que tal se dê também sob um controle sobre os meios (próprio do *modus operandi* dos contratos administrativos gerais regidos pela LGL).

Como tal, a empreitada distingue-se da mera locação de mão de obra, em que inexistente qualquer margem de gestão ou autonomia do contratado quanto à produção dos resultados esperados pela Administração-contratante. Afinal, na empreitada o contratado é responsável pela execução do objeto contratual como um todo, ficando a seu encargo a responsabilidade por todas as despesas do empreendimento (mão de obra, materiais necessários, custos administrativos etc.).”

Dado o conceito geral de empreitada, relevante diferenciar cada uma das empreitadas previstas na Lei acima transcrita, tendo em vista que a definição do regime de execução é de suma importância para definir a disciplina jurídica da remuneração do contratado e as consequências do seu inadimplemento, devendo sua especificação, inclusive, constar expressamente no edital de licitação, a teor do disposto no *caput* do artigo 40 da Lei nº 8.666/93⁹.

⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública. A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p 195.

⁹ Eis o dispositivo: “Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo de licitação, (...)”.

A empreitada por preço global caracteriza-se pela indivisibilidade do objeto licitado, ou seja, a Administração pretende obter a integralidade da execução da obra ou serviço por um só preço, já determinado, sendo que os pagamentos serão feitos durante a execução, após as medições periódicas dos trabalhos.

Tem-se como exemplo deste tipo de empreitada a construção de uma ponte, de uma determinada rodovia e, até mesmo, a contratação de parecer de um jurista.

Em todos estes casos é impossível o fracionamento do objeto, haja vista que o interesse da coletividade só será satisfeito com a execução integral do quanto pretendido no contrato.

Quanto ao preço, para ser possível aos licitantes a sua prefixação, a Administração deve muni-los com todas as informações e elementos necessários à elaboração da proposta.

Nesse sentido, estabelece o artigo 47 da Lei nº 8.666/93 que:

“nas licitações para execução de obras e serviços, quando for adotada a modalidade de execução de empreitada por preço global, a Administração deverá fornecer obrigatoriamente, junto com o edital, todos os elementos e informações necessárias para que os licitantes possam elaborar suas propostas de preços com total e completo conhecimento do objeto da licitação.”

Poder-se-ia dizer que os riscos do contratado na empreitada por preço global seriam maiores que nos demais regimes; afinal, nesta modalidade o contratado assume a responsabilidade de executar a integralidade do objeto pelo preço global contratado; entretanto, isto não se justifica, pois a teor do artigo acima transcrito, cabe à Administração fornecer todos os elementos e informações necessárias para completo conhecimento do objeto licitado; assim, caso exista alguma inexatidão ou erro nas definições deste objeto, caberá a alteração do projeto e, se for o caso, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Sobre o tema discorreram Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães:

Vale aqui uma breve nota sobre o nível de risco assumido pelo contratado no regime de empreitada por preço global. Costuma-se ponderar que, sob este regime, o contratado assume o risco de executar a integralidade do objeto pelo preço global contratado, ainda que os

quantitativos estabelecidos pelo projeto e pelo edital sejam insuficientes. É este, aliás, um raciocínio que recorrentemente é utilizado para justificar a distinção fundamental entre o regime de empreitada por preço global e o de empreitada por preço unitário. Diz-se que naquela o contratado oferece um preço global para a execução de todo o objeto, independentemente do acerto das referências de quantidades e de estimativas previstas em edital e no projeto. Já, na empreitada por preço unitário, ante as incertezas em relação às quantidades, o preço ofertado é por unidade, o que elimina a responsabilidade do contratado relativamente ao todo.

Não nos parece que seja assim. O regime de empreitada por preço global não pressupõe o deslocamento de riscos ampliados ao contratado, transferindo-lhe o ônus de arcar com as diferenças e a inexatidão dos quantitativos. A aplicação deste regime exige necessariamente a correta definição, pela Administração, dos quantitativos necessários à execução da integralidade do projeto, assim como a disponibilização de suficiente e adequado projeto básico. É evidente que tais documentos e informações vinculam a responsabilidade da Administração. Lembre-se que o art. 47 da LGL estabelece que, “nas licitações para execução de obras e serviços, quando for adotada a modalidade de execução de empreitada por preço global, a Administração deverá fornecer obrigatoriamente, junto com o edital, todos os elementos e informações necessárias para que os licitantes possam elaborar suas propostas de preços com total e completo conhecimento do objeto da licitação”.

Por isso é descabido imputar ao contratado os riscos pela inexatidão dos quantitativos e do projeto. Inclusive porque sua proposta é formulada exclusivamente a partir dos elementos fornecidos pelo edital e seus anexos. Caso se verifiquem erros nas quantidades definidas pelo edital e seus anexos, a Administração poderá corrigi-los mediante alteração do projeto, nos termos do art. 65 da Lei 8666/93 – o que exigirá em todos os casos o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato.¹⁰

¹⁰ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública. A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 197/198.

A segunda espécie de empreitada prevista na Lei 8.666/93 é a chamada empreitada por preço unitário. Esta, por definição legal, tem lugar quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas.

Para tanto, a obra ou serviço a ser contratado devem ser divisíveis e passíveis de realização por etapas, ficando o contratado responsável exclusivamente pela etapa assumida. Por conseguinte, a remuneração do contratado se dará a partir da execução das unidades autônomas, segundo o seu preço unitário contratado (que será multiplicado pela quantidade efetivamente executada).

Sobre o tema, se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

I – Demonstrado que o contrato de empreitada foi realizado com etapas, ou seja, por preço unitário, o termo de recebimento e entrega definitivo da obra é desnecessário para comprovar a execução dos serviços, devendo haver o pagamento dos valores ajustados no contrato sob pena de enriquecimento ilícito do Estado.

II – O termo de recebimento e entrega definitivos da obra somente é lavrado quando do término da execução da obra, não tendo relação com os serviços executados e cujo preço reclamado foi faturado pelo executor da obra e permanece sem pagamento. (STJ. REsp nº 687774/MT, 1ª Turma. Rel. Min. Francisco Falcão. Julg. 16.6.2005. DJ, 27 jun.2005)

Vale ressaltar que a escolha desta modalidade de empreitada não é discricionária, ou seja, não sendo possível a prévia quantificação dos trabalhos, o regime obrigatoriamente incidente será a empreitada por preço unitário.

Neste sentido, importante trazer à baila os ensinamentos de Renato Geraldo Mendes, que afirma só ser possível a empreitada por preço unitário “quando, devida e motivadamente, não houver condições técnicas de precisar a quantidade do objeto”, não se tratando “de mera opção do agente ou mesmo ausência de previsão resultante de desídia da Administração. Em princípio, a escolha do regime de empreitada por preço unitário decorre da impossibilidade absoluta e não relativa.”¹¹.

Exemplo bastante elucidativo foi trazido por Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães:

¹¹ MENDES, Renato Geraldo. **O Regime Jurídico da Contratação Pública**. Curitiba. Zênite, 2008, p. 144.

Imagine-se a construção de uma usina hidrelétrica a ser instalada no leito de um rio e que necessite de muitas toneladas de concreto – tudo a depender de números altos de variáveis, algumas delas a serem definidas no exato momento da execução (condições geológicas, topográficas, hidráulicas etc.). Em casos como este muitas vezes é impossível definir *a priori* qual a exata quantidade de material e o respectivo trabalho demandado para a execução da obra. Daí a necessidade de serem estabelecidos com rigor cartesiano os preços unitários, bem como os critérios e momentos das medições.

Narrando sobre as diferenças entre os regimes de empreitada acima mencionados, Marçal Justen Filho esclareceu o seguinte:

A diferença entre as modalidades de empreitada não envolve direta e exclusivamente o valor a ser pago ao particular, mas o critério para apuração desse valor. Sendo por preço global, o contrato definirá o valor devido ao particular tendo em vista a prestação em seu todo. Sendo por preço unitário, a prestação devida ao particular será fixada em função de unidades a serem executadas. Não significa que, em um caso, a Administração contrate o total e, no outro, apenas uma parte. De regra, o contrato tem um objeto global, a ser executado pelo particular. A escolha entre as duas modalidades deriva das características da própria prestação. Muitas vezes é impossível a contratação por preço unitário, pois é impossível fracionar o objeto contratado em unidades equivalentes. Assim, por exemplo, a contratação de um jurista para fornecer um parecer não comporta a modalidade “empreitada por preço unitário”. Se, porém, o jurista for contratado para fornecer dez pareceres, seria imaginável fixar sua remuneração em função de cada parecer fornecido.

É relevante destacar que a escolha entre empreitada por preço global e por preço unitário não envolve uma decisão discricionária da Administração Pública. Se a contratação tiver um objeto global e insuscetível de fracionamento, é obrigatório promover a contratação mediante empreitada por preço global. Lembre-se que a empreitada por preço unitário somente se aplica quando a Administração contratar o particu-

lar para executar obra ou serviço “por preço certo de unidades determinadas”. Se a Administração pretende obter uma obra em seu conjunto, não há cabimento de promover empreitada por preço unitário. Nenhuma relação tem a questão com a obrigatoriedade de exigência de preços unitários. A empreitada por preço global não elimina a necessidade de o edital exigir que o particular apresente a planilha demonstrativa de preços unitários. Mais ainda, é indispensável que o edital estabeleça os critérios de aceitabilidade de preços máximos e unitários. A planilha de preços unitários não se destina a julgar as propostas segundo os preços unitários, mas a verificar a sua seriedade e exequibilidade.¹²

A última hipótese de empreitada prevista na Lei nº 8.666/93 é a chamada empreitada integral¹³.

Nos termos do artigo 6º da Lei nº 8.666/93, a empreitada integral é a contratação de “um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada”.

Pela leitura do dispositivo supra, depreende-se que a empreitada integral é uma espécie de empreitada por preço global, pois há a contratação do objeto por preço certo e global, mas a abrangência da responsabilidade do contratado relativamente à execução do objeto é ampliada, tendo em vista que deve ser entregue à Administração Contratante o empreendimento pronto e acabado, em plena condição de funcionamento.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 126.

¹³ Como visto, o art. 6º da Lei nº 8666/93 também previu a tarefa como forma de execução indireta de obra ou serviço público. No referido dispositivo legal, a tarefa seria utilizada nas contratações de mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais. Este regime pressupõe trabalhos reduzidos, sob remuneração certa e de pequena dimensão, cujo contratado apenas se compromete a fornecer mão de obra qualificada para a execução e excepcionalmente os materiais necessários. Por sua simplicidade e pequeno valor envolvido, a tarefa normalmente dispensa a licitação e o termo de contrato (substituído pela ordem de execução de serviço).

Segundo Diogo Albaneze Gomes Ribeiro:

A doutrina e a jurisprudência, pelas características da empreitada integral, costumam chamá-la de *turn-key* (“ligar a chave”, “chave na mão”). Isso porque o que a caracteriza é o fato de o contratado ter o dever de executar e entregar o empreendimento pronto, acabado e em plenas condições de funcionamento. O fundamental nesse tipo de contrato é que a obra, ao ser entregue, esteja apta a funcionar sem mais formalidades – daí a expressão *turn-key*, que se refere a acionar uma chave ou controle para dar partida na produção.

Portanto, não basta que a empresa contratada finalize a obra ou serviço. O contratado só terá dado integral cumprimento à sua obrigação após a entrega da obra e da comprovação de que esteja ela em condições de funcionamento.

Assim como na empreitada por preço global, a contratação pelo regime da empreitada por preço integral se dá por preço certo e total. Contudo, a escolha entre ambas também não representa uma decisão discricionária por parte da Administração. Há hipóteses em que é cabível a empreitada integral e outras em que tal opção se mostra inadequada.¹⁴

Para Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, a “diferença que poderia ser apontada comparativamente à empreitada por preço global reside nas minúcias do projeto, no detalhamento da execução e na amplitude do encargo”.

E complementam:

Na empreitada integral há a definição acerca da completude do objeto, configurando-se um empreendimento pronto. O contratado assume o risco de fornecer um objeto acabado – mas, para que isto aconteça e não venha a instalar dificuldades no controle da execução, faz-se necessário que o instrumento convocatório contenha o mais completo e

¹⁴ RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. Os regimes admitidos pela Lei nº 12.462 para a execução indireta de obras e serviços. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 141.

minucioso rol de informações. Assim, esta espécie de contratação traz vantagens (eficiência, redução dos prazos, precisão do preço, negócio unitário etc.) e desvantagens (custos do edital e projetos, necessidade do domínio de várias técnicas, risco da utilização de equipamentos mais baratos e técnicas que transfiram o risco, menor possibilidade de alterações no projeto etc.).¹⁵

Para Marçal Justen Filho:

A empreitada integral é uma variação da empreitada por preço global. O que a peculiariza é a abrangência da prestação imposta ao contratado, que tem o dever de executar e entregar um “empreendimento” em sua integralidade, pronto, acabado e em condições de funcionamento. A expressão “empreendimento” indica uma obra ou um serviço não consumível que serve de instrumento para produzir outras utilidades. A diferença entre os conceitos de empreitada por preço global e de empreitada integral fica evidente no caso de fracionamento de obra. Nesse caso, não haverá empreitada integral, pois o contratado executará apenas uma parte do empreendimento. No entanto, poderá existir empreitada por preço global. Basta que a fração da obra seja contratada por um preço que abranja todas as prestações do particular.¹⁶

Feitas as considerações acerca dos regimes de execução indireta previstos na Lei nº 8.666/93, pode-se analisar pormenorizadamente o novo regime previsto na Lei nº 12.462/11, denominado de contratação integrada¹⁷.

¹⁵ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública. A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 200.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p.128.

¹⁷ Neste íterim, importante mencionar que, muito embora o regime de contratação integrada represente uma novidade em relação à Lei nº 8.666/93, não se trata de um regime inédito em nosso ordenamento jurídico. Com efeito, o Regulamento Licitatório Simplificado da Petrobras, aprovado pelo Decreto nº 2745, prevê que “Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRAS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas”.

3. Conteúdo dos artigos 8º e 9º da Lei nº 12.462/11

A mencionada Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratação, ampliou o elenco de regimes de execução indireta ao incluir a modalidade contratação integrada como mais uma opção a ser utilizada às contratações submetidas ao RDC.¹⁸

Com efeito, assim dispõe o artigo 8º da nova Lei:

Art. 8º. Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

I – empreitada por preço unitário;

II – empreitada por preço global;

III – contratação por tarefa;

IV – empreitada integral; ou

V – contratação integrada.

§ 1º Nas licitações e contratações de obras e serviços de engenharia serão adotados, preferencialmente, os regimes discriminados nos incisos II, IV e V do *caput* deste artigo.

§ 2º. No caso de inviabilidade da aplicação do disposto no § 1º deste artigo, poderá ser adotado outro regime previsto no *caput* deste artigo, hipótese em que serão inseridos nos autos do procedimento os motivos que justificaram a exceção.

§ 3º O custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários.

§ 4º No caso de inviabilidade da definição dos custos consoante o disposto no § 3º deste artigo, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da Administração Pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

¹⁸ Importante registrar que a nova legislação, em seu artigo 2º, reprisou as definições de empreitada por preço unitário, empreitada por preço global, empreitada integral e tarefa estabelecidas no artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.666/93.

§ 5º Nas licitações para contratação de obras e serviços, com exceção daquelas onde for adotado o regime previsto no inciso V do *caput* deste artigo, deverá haver projeto básico aprovado pela autoridade competente, disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório.

§ 6º Nos caso de contratações realizadas pelos governos municipais, estaduais e do Distrito Federal, desde que não envolvam recursos da União, o custo global de obras e serviços de engenharia a que se refere o § 3º deste artigo poderá também ser obtido a partir de outros sistemas de custo já adotados pelos respectivos entes e aceitos pelos respectivos tribunais de contas.

§ 7º É vedada a realização, sem projeto executivo, de obras e serviços de engenharia para cuja concretização tenha sido utilizado o RDC, qualquer que seja o regime adotado.

A simples leitura dos dispositivos legais acima transcritos impõe reconhecer que, além da previsão de um novo regime de execução indireta (a contratação integrada), nas licitações para contratação de obras e serviços de engenharia, este novo regime, juntamente com a empreitada por preço global e a empreitada integral serão adotados preferencialmente. A adoção de outro regime é tida como exceção a ser devidamente justificada nos autos do certame.

Ainda sobre a contratação integrada, o legislador dispôs, no artigo 9º da Lei em comento, o seguinte:

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada.

§ 1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

§ 2º No caso de contratação integrada:

I – o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo:

a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;

b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no *caput* e no § 1º do art. 6º desta Lei;

c) a estética do projeto arquitetônico; e

d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;

II – o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela Administração Pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedida ou paramétrica; e

III – será adotado o critério de julgamento de técnica e preço.

§ 3º Caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução, o instrumento convocatório estabelecerá critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas.

§ 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:

I – para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e

II – por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração Pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no §1º do art. 65 da Lei n. 8666, de 21 de junho de 1993.

Com efeito, o referido e transcrito artigo estabelece que a utilização da contratação integrada terá vez apenas se for técnica e economicamente justificada (exigência não prevista para os demais regimes).

Contudo, a maior novidade do regime de contratação integrada é a possibilidade de a Administração Pública transferir, ao terceiro contratado para a execução das obras, a elaboração e o desenvolvimento do projeto básico e do projeto executivo, como será melhor esclarecido nos itens seguintes.

3.1. Conceito e características do regime de contratação integrada

O conceito de contratação integrada é facilmente extraído do § 1º do artigo 9º da Lei 12462/11, ou seja, é um regime de execução indireta que *compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.*

De acordo com Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, o regime de contratação integrada:

(...) se justifica ante a necessidade de a Administração obter do contratado a entrega de um empreendimento completo e pronto, em condições de pleno funcionamento, projetado, executado e testado na esfera das atribuições contratadas. Trata-se de modelo praticado na experiência internacional sob a sigla anglo-saxônica de *design & built*, em que há prevalência de obrigações de resultados tomadas pelo contratante.

Na contratação integrada, que é aplicável restritivamente a obras e serviços de engenharia, o que se tem é o fato de o contratado incumbir-se da execução não apenas da obra e/ou do serviço e fornecimento em si, mas, inclusive, de sua concepção, tendo o encargo integrado de realização do projeto básico e do executivo. (...). Além do desenvolvimento dos projetos e da execução das obras e/ou serviços, compreende-se nos escopos contratados a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.¹⁹

Em verdade, o novo regime de contratação integrada pode ser considerado como mais uma espécie de empreitada, só que mais ampla que a empreitada integral, como bem esclarecem os referidos doutrinadores Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães:

¹⁹ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública. A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 201/202.

O regime de contratação integrada não deixa de ser uma manifestação do regime de *empreitada* – numa configuração mais abrangente que a empreitada integral. Trata-se de *empreitada de concepção-construção*, que envolve necessariamente a transferência ao empreiteiro não apenas de sua realização, mas da elaboração da própria concepção da obra a ser executada. (...). O novo regime de contratação integrada pressupõe a integração da *expertise* e criatividade do particular, interessado na execução da obra, na sua concepção e o desenvolvimento dos melhores esforços para a entrega do bem de molde a atingir o escopo contratual.²⁰

No mesmo sentido, salientou Diogo Albaneze Gomes Ribeiro:

Assim como na empreitada integral, também na contratação integrada o particular terá a obrigação de executar e entregar o empreendimento pronto e em plenas condições de funcionamento. Tanto que, após a execução, o contratado será responsável também pela realização de testes, pela pré-operação e por todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (§ 1º, art. 9º, da Lei nº 12462). Contudo, na contratação integrada o projeto básico ficará a cargo do particular. (...) No caso da contratação integrada, diante da ausência de projeto básico para delimitar minimamente o objeto licitado, a Lei nº 12462 exige que no instrumento convocatório conste, pelo menos, o anteprojeto de engenharia que, de certo modo, substitui o projeto básico nestes casos, estabelecendo um mínimo de elementos para definição do objeto da contratação (art. 9º, § 2º). (...) Já o projeto executivo de etapa posterior poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução da etapa anterior, desde que autorizado pelo órgão ou entidade contratante (parágrafo único do Decreto nº 7581).²¹

Fazendo um contraponto entre os regimes de empreitada por preço global, empreitada integral e contratação integrada, Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer assim se manifestou:

²⁰ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública. A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 202/203.

²¹ RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. Os regimes admitidos pela Lei nº 12.462 para a execução indireta de obras e serviços. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 142/143.

O ponto de identidade entre esses três regimes reside em que eles devem ser, em regra, reservados a prestações contratuais não fracionáveis, isto é, a objetos cuja execução deve ser promovida de forma conjunta ou unitária. Utilizam-se esses regimes quando, por razões técnicas ou econômicas, resta afastada a viabilidade de licitar parcelas desses serviços ou obras de engenharia como unidades autônomas. É o que se configura da leitura conjugada dos artigos 8º, § 1º, e 11, § 2º, da Lei nº 12462: enquanto o primeiro dispositivo prevê que as obras e serviços de engenharia devem ser contratados preferencialmente mediante a adoção dos regimes acima mencionados, o segundo esclarece que tais prestações não podem ser objeto de contratação simultânea de mais de uma empresa para o objeto contratado. Ou seja, devem ser desenvolvidas de forma unitária.

A rigor, as maiores semelhanças encontram-se sobretudo entre os regimes de contratação integrada e empreitada integral. De acordo com o art. 2º, I, da Lei nº 12462, a empreitada integral é aplicável quando o objeto da contratação abrange a totalidade das etapas de obras, serviços e instalações, sendo responsabilidade da contratada entregar a obra em condições de operação de acordo com os requisitos necessários. Estes requisitos, no entanto, são prefixados pelo Poder Público, visto que os projetos constituem encargo seu. Salvo quando se contrata também a formulação do projeto executivo, apenas a execução da obra ou do serviço é transferida ao particular.

De forma similar, no regime de contratação integrada o particular será responsável pela “execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de teste, a pré-operação e toda as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto” (art. 9º, § 1º). O ponto comum entre os regimes de empreitada integral e de contratação integrada, como se vê, consiste no propósito de conferir uma margem de autonomia mais ampla ao particular em relação à concepção da prestação a ser executada.

Mas a autonomia do particular na contratação integrada é ainda mais ampla do que aquela relativa à empreitada integral. Tendo em vista o disposto no art. 9º, § 1º, da Lei nº 12462, pode-se dizer que a contratação integrada abrange os mesmos encargos da empreitada integral, com o acréscimo da participação da particular na própria concepção do projeto básico do objeto contratado. Caberá ao contratado desen-

volver os projetos básico e executivo da obra ou do serviço a ser executado.²²

Importante mencionar que nos três regimes: empreitada por preço global, empreitada integral e na contratação integrada (ver § 3º do artigo 8º da Lei nº 12462/11, acima transcrito), o edital deverá exigir que o particular apresente planilha demonstrativa de preços unitários, para possibilitar à Administração a verificação da seriedade e exequibilidade da proposta, bem como para se permitir a aferição da compatibilidade dos valores unitários orçados com os propostos.

Nesse sentido se posicionou o Tribunal de Contas da União:

Importante salientar que esta Corte, em nenhum momento, determinou a transformação ou conversão da modalidade em que foi celebrado o contrato AS – 01 de “turn key” para “preços unitários”. O que restou afirmado no voto que fundamentou o já referido Acórdão 2369/2006-Plenário foi que mesmo na modalidade “turn key” a administração é obrigada a elaborar orçamento prévio, detalhado em preços unitários, como única forma de estimar o custo da futura obra e de aferir se os preços oferecidos pelas licitantes são compatíveis com aqueles de mercado. (TCU. Acórdão nº 1167/2008, Plenário. Processo 007.162/2006. Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti. Sessão: 18.6.2008. DOU, 24 jun.2008)

Conceituado o regime de contratação integrada e pontuadas as suas características principais, passamos a analisar os pressupostos para sua adoção.

3.2) Pressupostos da adoção do regime. A contratação de resultados

Como visto, o regime de contratação integrada é preferencial no RDC, junto com a empreitada por preço global e a empreitada integral; todavia, será cabível em hipóteses bem específicas e excepcionais, devendo constar nos autos do procedimento a motivação técnica e econômica para sua aplicação.

²² REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações públicas. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 150/151.

Do ponto de vista técnico, deve ser demonstrado que a complexidade do empreendimento objetivado pela Administração exige concentrar sob um único contratado a concepção dos projetos básico e executivo e a execução das obras em si.

Além disso, ainda sob o prisma da motivação técnica, cumpre à Administração explicitar os motivos que autorizam a unificação e a integração na mesma contratação das diversas etapas e parcelas de uma obra.

Neste sentido, salientam Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães:

Vale lembrar que o inciso VI do art. 4º da Lei 12.462/2011 acolheu o parcelamento do objeto com diretriz a ser seguida na modelagem das contratações submetidas ao RDC. (...). Mas o parcelamento não será uma solução generalizadamente aplicável a todos os casos. Há hipóteses que exigem exatamente o inverso: a integração de prestações diversas, como forma de evitar perdas e ineficiências na execução do contrato. Razões de ordem econômica e técnica poderão recomendar a união e integração de escopos sob a mesma contratação, o que excepcionará o dever de fracionamento. E a aplicação do regime contratação integrada dependerá de uma suficiente fundamentação neste particular, explicitando-se os motivos relevantes pelos quais determinada contratação excepciona o dever de parcelamento.²³

Sob o enfoque econômico, deverão ser demonstrados os ganhos de eficiência obtidos com a concentração sob o mesmo contratado da elaboração dos projetos básico e executivo, execução das obras e seu aparelhamento. Com a integração destas fases, na prática, cria-se um grande incentivo para o contratado perseguir a concepção e formatação mais econômica e eficiente para o projeto, assim como em relação à construção da obra e seu aparelhamento, tudo com vistas ao adequado funcionamento do empreendimento.

Em suma, as deficiências do projeto se retratarão em maiores custos ao longo da execução da obra. Daí a razão econômica a legitimar a responsabilização pela execução do projeto daquele encarregado de executar a obra. Com isso, a Administração (e a sociedade em geral) poderá obter relevantes ganhos de eficiência.

²³ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública. A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 206.

Sobre a busca por melhores resultados, confirmam-se os apontamentos de Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer:

Essas contratações e a atribuição do encargo de desenvolvimento do projeto básico ao particular são inspiradas por uma lógica de cooperação mais acentuada, que se revela na medida em que o particular é chamado a participar da concepção da prestação a ser contratada. Ademais, a iniciativa de atribuir a elaboração do projeto básico encontra justificativa em imperativos de eficiência. Por um lado, reputa-se que em alguns casos o envolvimento do parceiro privado na elaboração do projeto pode possibilitar a obtenção de ganhos de eficiência na execução do contrato, dada a sua potencial *expertise*. Parte-se da premissa de que a possibilidade de produção de ganhos de eficiência é diretamente proporcional à abrangência das responsabilidades transferidas pelo contrato ao parceiro privado. Ou seja, quanto maior o conjunto de atividades delegadas ao parceiro privado, maior espaço ele terá para aumentar a eficiência na prestação do serviço. Por outro lado, promove-se o deslocamento de uma parcela maior de riscos relativos à execução do contrato ao particular, na proporcional medida das novas responsabilidades assumidas em razão da concepção do projeto a ser implementado. É razoável que, para contratações mais simples (como considerável parte daquelas regidas pela Lei n° 8666), a Administração assumam para si a maior parcela dos riscos relacionados à futura execução do contrato. Nesses casos, ela poderá prever e mensurar, com maior segurança e precisão, as variáveis e riscos inerentes à execução de uma determinada prestação contratual. Contudo, para as prestações dotadas de maior complexidade, é igualmente razoável que a Administração pública busque a *expertise* do particular e remeta a ele parcela dos riscos ligados à concepção do que será contratado. É essa a *ratio* que inspira os contratos administrativos acima referidos e a contratação integrada regida pelo RDC.²⁴

²⁴ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações públicas. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei n° 12.462 e ao Decreto n° 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.152.

No regime de contratação integrada, a Administração, além de perquirir a presença dos requisitos técnicos e econômicos para sua adoção, deve deixar claro quais os resultados pretendidos no certame, afinal, o que se busca com esta nossa modalidade é o alcance de resultados.

4. Riscos e benefícios da adoção do regime de contratação integrada

A Lei nº 12.462/11 sofreu, e ainda sofre, severas críticas, especialmente com relação à possibilidade de transferência do planejamento (elaboração dos projetos básico e executivo) ao terceiro contratado para a execução das obras, característica mais marcante do regime de contratação integrada.

Com efeito, é grande o risco assumido pela Administração ao transferir a responsabilidade de elaborar, principalmente, o projeto básico, para o terceiro contratado.

Em primeiro lugar, iniciar uma licitação sem o projeto básico pronto e acabado (na contratação integrada a licitação será lançada apenas com o anteprojeto), aumenta e muito o risco de propostas inconsistentes por falta de correto dimensionamento do objeto licitado e de seus custos.

Ademais, sem o projeto básico haverá grande dificuldade no estabelecimento de condições objetivas de disputa, e, por conseguinte, prejudicará a comparação entre as propostas na fase de julgamento.

Sobre o tema, posicionaram-se Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães:

Não se olvide que o regime de contratação integrada é apto a produzir efeitos desastrosos nas contratações administrativas se aplicado sem certas cautelas fundamentais. A falta de projeto básico prévio à licitação pode propiciar enormes dificuldades em relação ao dimensionamento dos custos envolvidos na contratação (impedindo a confecção de orçamentos confiáveis). Além disso, a incompletude do projeto impede o estabelecimento de condições objetivas de disputa, que propiciem a plena comparabilidade entre propostas.

Esta vulnerabilidade do regime às incertezas quanto ao orçamento e às condições objetivas de disputa deve ser mitigada pelo refinamento das técnicas de orçamento e, sobretudo, pelo adequado nível de detalhamento do anteprojeto – exigido como documento a ser disponibi-

lizado aos licitantes. É fundamental que a Administração se utilize de técnicas eficientes quanto ao dimensionamento dos valores atinentes ao objeto do contrato, mesmo sem dispor de projeto final e acabado. É preciso minimizar os riscos de sobrepreços (ou, mesmo, de preços insuficientes) na composição do preço contratado. Para isso, será necessário avançar na confecção dos anteprojetos de molde a reunir todas as informações fundamentais para a adequada caracterização e dimensionamento das soluções buscadas pela Administração. É importante, também, que a licitação preveja adequado controle acerca do conteúdo dos projetos (ou, melhor: das propostas de projeto). Sua plena exeqüibilidade deve ser atestada pela Administração, a partir de demonstrações específicas que podem ser exigidas por ocasião da licitação. Não seria admissível que a Administração deixasse de verificar a correção e a exatidão veiculadas pelo conteúdo do projeto, inclusive para fins de avaliação de sua correlação com a proposta econômica apresentada pelo licitante. Não por acaso, então, o RDC exigiu que as licitações sob o regime de contratação integrada sejam processadas pelo critério de técnica e preço, o que possibilitará um exame qualitativo e classificatório das soluções propostas pelos licitantes para o projeto básico.²⁵

Como visto, os referidos autores defendem, para mitigar os riscos do novo regime, um “refinamento das técnicas de orçamento” e, sobretudo, que a Administração elabore o anteprojeto com adequado nível de detalhamento. E mais, ressaltam que a licitação preveja adequado controle acerca do conteúdo das propostas de projeto, munindo a Administração de instrumentos para analisar a correção da proposta e sua exeqüibilidade.

Na teoria parece fácil, mas na prática os argumentos para minimizar os riscos advindos da adoção do regime de contratação integrada são de difícil execução e esbarram, justamente, no grande argumento utilizado pelos doutrinadores como benefício do regime, qual seja, a ausência de capacitação das Administrações para a elaboração de projetos básico e executivo confiáveis e adequados.

Argumentam Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães:

²⁵ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública. A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 211/212.

O regime de contratação integrada tem sido alvo de críticas diversas, sempre apoiadas no argumento de que a falta de projeto básico compromete as condições objetivas da disputa. Não nos parece que assim seja, inclusive porque – tal como demonstrado adiante – há necessidade de disponibilização prévia à licitação de anteprojeto que forneça todas as características técnicas necessárias à elaboração das propostas. Ademais, a experiência histórica com as licitações vem demonstrando ausência de vocação das Administrações quanto à execução de projetos confiáveis e adequados. Isso vem produzindo a banalização das alterações supervenientes de projeto, com custos revertidos à própria Administração.²⁶

Em suma, se a Administração não detém *expertise* para elaborar um bom projeto básico, quem garante que fará um anteprojeto completo, adequado e confiável? E mais, como equacionar o problema da elaboração do orçamento sem o prévio projeto básico?

Estas respostas ainda estão em aberto e, de fato, só serão respondidas quando o regime de contratação integrada for aplicado na prática pelas Administrações Públicas.

Importante ressaltar, contudo, que os regimes atuais previstos pela Lei nº 8.666/93 estão longe de ser perfeitos. Como visto, a dificuldade da Administração na elaboração do projeto básico ocasiona a necessidade de rever os contratos inúmeras vezes.

É recorrente, para quem acompanha diuturnamente os contratos de obras públicas, a necessidade de aditamentos em contratos cujos projetos básicos foram elaborados de forma equivocada pela Administração.

Neste sentido, salutar conferir os apontamentos de Guilherme Jardim Jurksaitis:

Atualmente, sob o regime da Lei 8666/1993, entre os grandes problemas que a Administração enfrenta estão os aditamentos em contratos que tiveram seu projeto totalmente modificado já durante sua execução. Em geral, o problema é que o projeto básico feito para a licitação

²⁶ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública. A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 203.

é ruim ou irrealista. De que adianta um projeto básico que é completamente modificado uma vez vencida a licitação? E, pior, com custos para a Administração? Assim, vale a pena apostar em outras soluções para melhorar o sistema. Uma delas é a contratação integrada.²⁷

No mesmo caminho, esclarece Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer:

Um dos principais problemas historicamente apontados nas licitações públicas diz respeito ao planejamento falho ou incompleto das contratações públicas. A Lei n° 8666 estabelece uma série de diretrizes e requisitos para o planejamento da futura contratação. Permite que se licite um determinado objeto apenas a partir da existência de um projeto básico, podendo o desenvolvimento do projeto executivo ser concomitante à execução do contrato (art. 7°, § 1°). Contudo, não raro constata-se no curso do contrato a formulação equivocada do projeto básico. É recorrente que os contratantes deparem-se com algum aspecto defasado ou, mesmo, com algum erro ou imprecisão no projeto originalmente licitado. Isto acaba por impor a revisão do contrato e a ampliação dos custos inicialmente previstos.²⁸

Do exposto, resta claro que existem riscos na adoção do regime de contratação integrada; todavia, também existem pontos positivos e avanços. O principal deles é solucionar (ou ao menos evitar) os constantes erros e equívocos existentes na formulação do projeto básico pela Administração e, por conseguinte, evitar os diversos aditamentos nos contratos e maiores custos para o ente público.

5) Considerações finais

A Lei n° 12.462/2011 estabeleceu um regime diferenciado de contratações públicas (RDC) aplicável às licitações e contratos relacionados à Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - FIFA 2013, a Copa do

²⁷ JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Em defesa do regime diferenciado de contratações. DISPONÍVEL EM [HTTP://www.sbdp.org.br/artigos](http://www.sbdp.org.br/artigos), acesso em 6.9.2013

²⁸ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações públicas. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei n° 12.462 e ao Decreto n° 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 153.

Mundo FIFA 2014 e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, bem como para as obras de infraestrutura e contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350km das cidades sedes dos mundiais.

Posteriormente, a Lei nº 12.688, de 18 de julho de 2012, incluiu no âmbito de abrangência do RDC as obras do PAC – Programa de Aceleração ao Crescimento, a Lei nº 12.722, de 3 de outubro de 2012, incluiu as obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e a Lei nº 12.745, de 19 de dezembro de 2012, incluiu as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, ampliando consideravelmente o âmbito de abrangência da referida lei do RDC, bem como o período de sua vigência (até então o novo regime seria restrito aos grandes eventos acima mencionados).

A Lei nº 12.462/11 sofreu, e ainda sofre, severas críticas, especialmente com relação à possibilidade de transferência do planejamento ao terceiro contratado para a execução das obras.

Como é cediço, os Órgãos e Entidades da Administração podem se valer de seus próprios meios para executar obras ou prestar serviços – a conhecida execução direta –, ou podem contratar terceiros para obtenção do fim pretendido, a denominada execução indireta.

A Lei nº 8.666/93 (Lei Geral de Licitações e Contratos da Administração Pública) previu em seu artigo 6º, inciso VIII, diversos regimes de execução indireta de obras e serviços de engenharia.

A empreitada por preço global caracteriza-se pela indivisibilidade do objeto licitado, ou seja, a Administração pretende obter a integralidade da execução da obra ou serviço por um só preço, já determinado, sendo que os pagamentos serão feitos durante a execução, após as medições periódicas dos trabalhos. Nela é impossível o fracionamento do objeto, haja vista que o interesse da coletividade só será satisfeito com a execução integral do quanto pretendido no contrato.

A segunda espécie de empreitada prevista na Lei 8.666/93 é e chamada empreitada por preço unitário. Esta, por definição legal, tem lugar quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas. Para tanto, a obra ou serviço a ser contratado devem ser divisíveis e passíveis de realização por etapas, ficando o contratado responsável exclusivamente pela etapa assumida. Por conseguinte, a remuneração do contratado se dará a partir da execução das unidades autônomas, segundo o seu preço unitário contratado (que será multiplicado pela quantidade efetivamente executada).

A última hipótese de empreitada prevista na Lei nº 8.666/93 é a chamada empreitada integral. Nos termos do artigo 6º da Lei nº 8.666/93, a empreitada in-

tegral é a contratação de “um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada”.

Pela leitura do dispositivo supra, depreende-se que a empreitada integral é uma espécie de empreitada por preço global, pois há a contratação do objeto por preço certo e global, mas a abrangência da responsabilidade do contratado relativamente à execução do objeto é ampliada, tendo em vista que deve ser entregue à Administração Contratante o empreendimento pronto e acabado, em plena condição de funcionamento.

A mencionada Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratação, ampliou o elenco de regimes de execução indireta ao incluir a modalidade contratação integrada como mais uma opção a ser utilizada às contratações submetidas ao RDC.

Além da previsão de um novo regime de execução indireta (a contratação integrada), nas licitações para contratação de obras e serviços de engenharia, este novo regime, juntamente com a empreitada por preço global e a empreitada integral serão adotados preferencialmente. A adoção de outro regime é tida como exceção a ser devidamente justificada nos autos do certame.

O conceito de contratação integrada é facilmente extraído do § 1º, do artigo 9º da Lei 12.462/11, ou seja, é um regime de execução indireta que *compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.*

O regime de contratação integrada será cabível em hipóteses bem específicas e excepcionais, devendo constar nos autos do procedimento a motivação técnica e econômica para sua aplicação.

Do ponto de vista técnico, deve ser demonstrada que a complexidade do empreendimento objetivado pela Administração exige concentrar sob um único contratado a concepção dos projetos básico e executivo e a execução das obras em si. Além disso, ainda sob o prisma da motivação técnica, cumpre à Administração explicitar os motivos que autorizam a unificação e a integração na mesma contratação das diversas etapas e parcelas de uma obra.

Sob o enfoque econômico, deverão ser demonstrados os ganhos de eficiência obtidos com a concentração sob o mesmo contratado da elaboração dos projetos básico e executivo, execução das obras e seu aparelhamento. Com a integração destas fases, na prática, cria-se um grande incentivo para o contratado perseguir a concepção e formatação mais econômica e eficiente para o projeto, assim como em relação à construção da obra e seu aparelhamento, tudo com vistas ao adequado funcionamento do empreendimento.

Importante mencionar que é grande o risco assumido pela Administração ao transferir a responsabilidade de elaborar, principalmente, o projeto básico, para o terceiro contratado.

Em primeiro lugar, iniciar uma licitação sem o projeto básico pronto e acabado (na contratação integrada a licitação será lançada apenas com o anteprojeto) aumenta e muito o risco de propostas inconsistentes por falta de correto dimensionamento do objeto licitado e de seus custos. Ademais, sem o projeto básico haverá grande dificuldade no estabelecimento de condições objetivas de disputa, e, por conseguinte, prejudicará a comparação entre as propostas na fase de julgamento.

Para mitigar os riscos do novo regime, a doutrina mencionada no decorrer deste trabalho defende um “refinamento das técnicas de orçamento” e, sobretudo, que a Administração elabore o anteprojeto com adequado nível de detalhamento. E mais, que a licitação preveja adequado controle acerca do conteúdo das propostas de projeto, munindo a Administração de instrumentos para analisar a correção da proposta e sua exequibilidade.

Na teoria parece fácil, mas na prática os argumentos para minimizar os riscos advindos da adoção do regime de contratação integrada são de difícil execução e esbarram, justamente, no grande argumento utilizado pelos doutrinadores como benefício do regime, qual seja, a ausência de capacitação das Administrações para a execução de projetos básico e executivo confiáveis e adequados.

Em suma, se a Administração não detém *expertise* para elaborar um bom projeto básico, quem garante que fará um anteprojeto completo, adequado e confiável? E mais, como equacionar o problema da elaboração do orçamento sem o prévio projeto básico? Estas respostas ainda estão em aberto e, de fato, só serão respondidas quando o regime de contratação integrada for aplicado na prática pelas Administrações Públicas.

Do exposto, resta claro que existem riscos na adoção do regime de contratação integrada; todavia, também existem pontos positivos e avanços. O principal

deles é solucionar (ou ao menos evitar) os constantes erros e equívocos existentes na formulação do projeto básico pela Administração e, por conseguinte, evitar os diversos aditamentos nos contratos e maiores custos para o ente público.

REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lamêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000.

JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **Em defesa do regime diferenciado de contratações**. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/artigos>, acesso em 6.9.2013

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Renato Geraldo. **O Regime Jurídico da Contratação Pública**. Curitiba: Zênite, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública. A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012.

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações públicas. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. Os regimes admitidos pela Lei nº 12.462 para a execução indireta de obras e serviços. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Excelentíssimo Senhor Presidente do colendo Supremo Tribunal Federal

Carlos Alberto Nova Filho

Procurador do Município do Salvador

Ref. à Suspensão de Liminar nº...

O MUNICÍPIO DE ..., Capital do Estado de ..., pessoa jurídica de Direito Público Interno, com sede na Rua ..., ..., por Procurador infrafirmado, vem, tempestivamente, nos autos da *Suspensão de Liminar nº ...*, promovida pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, em face de acórdão do eg. Tribunal de Justiça de ..., prolatado nos autos do Agravo de Instrumento de nº ..., manifestar-se, posto que determinado por Vossa Excelência (cf. DJe, de ...), fazendo-o como a seguir.

1. A medida ora buscada pela denodada DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO guarda absoluta improcedência, repetindo malogrado pleito, antes submetido ao Superior Tribunal de Justiça (cf. *Suspensão de Liminar e de Sentença nº ... – ...*, rel. min. ... – Dje/STJ nº ..., de ...).

2. Como já se disse ao Tribunal de Justiça do Estado de ..., o que se pretende, na Ação Civil Pública nº ..., de onde se origina a medida pleiteada pela DEFENSORIA PÚBLICA FEDERAL, é que o Poder Judiciário 1) declare a nulidade da audiência pública realizada para discutir o projeto viário denominado de "...", em ..., e 2) proíba a licitação referente a tal obra.

3. Tendo em vista que a pretensão da DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ..., acolhida liminarmente pelo Juízo da ...ª Vara da Fazenda Pública local, ofendia, como está a ofender, a autonomia constitucional do Município, esta Procuradoria, em recurso próprio (cf. Agravo de Instrumento ..., rel. des. ...), obteve, por unanimidade, a suspensão dos efeitos da decisão de primeiro grau (cf. cópia juntada pela DPU, às fls. desta SL ...).

4. Intentou, então, a Autora da Ação Civil Pública originária (autos ...), a suspensão dos efeitos do acórdão, perante o Superior Tribunal de Justiça, o que, como já afirmado acima, restou indeferido.

5. Diante do insucesso, perante a Justiça infraconstitucional, aciona, agora, a ilustrada DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, a Corte Suprema, buscando, numa última cartada, a decisão que, nas instâncias anteriores, lhe foi negada.

6. Mas, apesar da bem elaborada peça exordial, não consegue ultrapassar os impedimentos de Direito Positivo e dos princípios que o conformam. Em consequência, *data venia*, há de ser-lhe, mais uma vez, indeferida a pretensão.

7. Com efeito, tenta a DPU que o excelso Supremo Tribunal Federal se debruce sobre a questão da via expressa “...” (projeto viário do MUNICÍPIO DE ..., Capital de ...), dispondo sobre a regularidade do procedimento adotado, *in casu*, pelo Poder Executivo municipal.

8. Ocorre que, muito embora se esforce em demonstrá-lo (cf. petição inicial, fl. 5: “II. Da Competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar a Matéria”), a ilustrada Autora do ora examinado pedido de “Suspensão dos Efeitos da Decisão” (*sic*), de fato, não consegue apontar a existência de normas que lhe autorizem o pleito.

9. É verdade que a Lei 8437/92 cuida de suspensão da liminar exarada em ação civil pública. Também é verdade que a matéria se acha prevista no Regimento Interno da Suprema Corte (art. 297). Entretanto, para que sejam tais disposições de Direito Positivo, invocadas, especialmente diante do STF, necessário é que, preliminarmente, se ultrapassem duas questões fundamentais: **1)** que esteja em discussão preceito da Constituição Federal, e **2)** que haja legitimidade ativa de quem pretenda provocá-lo.

10. Na espécie, porém, *venia concessa*, não se apresenta qualquer dessas condições. Deve, pois, ser indeferida a inicial.

DA COMPETÊNCIA DO STF

11. Como é cediço, ao Supremo Tribunal Federal reservam-se apenas as causas que envolvam matéria constitucional. Entretanto, a simples leitura do acórdão emi-

tido no Agravo de Instrumento nº ..., do Tribunal de Justiça de ... mostra-nos que a base daquela decisão foi inteiramente o disposto na legislação ordinária, ou seja, infraconstitucional.

12. Assim sendo e observando-se o disposto no *caput* do art. 102 do Texto Fundamental (“*Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição*”), a matéria versada na SL ..., *data venia*, não está afeta a essa Corte.

13. Por sua vez, prescreve o art. 4º da Lei 8437/92: “**Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes**, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas” (sem destaque, no original).

14. Sem dúvida, é, pois, de lógica irrefutável, considerar que, ao atribuir ao Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, a competência para suspender a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a Lei afastou, *in casu*, a legitimidade do STF, para rever a decisão do Tribunal de Justiça de E, assim, é forçoso concluir-se, porque o acórdão censurado pela inicial não cuida de qualquer matéria de natureza constitucional, mas funda-se na afirmação do respeito a norma inserta em lei ordinária (art. 39 da Lei 8666/93).

DA ILEGITIMIDADE ATIVA, NA ESPÉCIE DOS AUTOS A DEFENSORIA PÚBLICA E O PEDIDO DE “SUSPENSÃO DE SEGURANÇA”

15. Por outro lado, volvendo os olhos para a faceta ocupada pela questão da *legitimatío ad causam* ativa, vê-se que (sem prejuízo do seu caráter institucional de louvável e indispensável trabalho advocatício, no sistema da Justiça nacional – art. 134-CF) falece à Defensoria Pública, legitimação para exercer suas relevantes funções, em sede de “suspensão de segurança”.

16. Conforme estabelecido pela Lei 8437/92, no *caput* do já invocado art. 4º,

Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (destacamos).

17. Sua redação deixa claro, indubitavelmente claro, que a suspensão poderá ser determinada pelo “*presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso*”, a “***requerimento do Ministério Público ou da pessoa de direito público interessada***”.

18. Portanto, a norma há de ser interpretada restritivamente, a fim de reconhecer-se que a legitimidade para o pedido de suspensão, em tais casos, é exclusivamente do Ministério Público e da pessoa de direito público interessada. Não pode ser ampliada, ainda que em favor dos nobres propósitos da Defensoria Pública.

19. A esse respeito, traz-se à colação o entendimento jurisprudencial, retratado em arestos do STJ e do STF, a seguir transcritos:

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE MEDIDA LIMINAR. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS. À luz do artigo 4º da Lei nº 8.437, de 1992, só o Ministério Público ou a pessoa jurídica de direito público interessada podem requerer a suspensão dos efeitos de medida liminar, de antecipação de tutela ou de sentença. Agravo regimental não provido (AgRg na SLS 1.519/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministro PRESIDENTE DO STJ, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/05/2012, DJe 18/05/2012).

Decisão: Trata-se de pedido de suspensão de liminar formulado pelo Espólio de José Luiz de Freitas contra decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Felix Fischer, nos autos da SLS 1.758. Referida decisão suspendeu a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada pelo ora requerente à imissão na posse: “[...] de 50% do imóvel rural denominado Fazenda Belauto e, ainda, em uma área de 1100

(mil e cem) alqueires, bem como determinou, também, a transferência das famílias assentadas para uma área delimitada pelo referido ato decisório, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas”. Diz o requerente, textualmente: “Lastimavelmente o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária tem deixado de lado seu valioso papel de promover a organização agrária de nosso país, e promovendo verdadeiramente a desordem e balbúrdia agrária por todo o país. Seus dirigentes tem utilizado-se de seus status de servidores do Governo Federal, para empreenderem reiteradas invasões, com o deliberado mau uso das verbas públicas. In casu, a prepotência do Estado brasileiro se revela de maneira absolutamente arbitrária e abusiva, pois o Ministro a quo é certo de que não há recurso hábil para combater seu ato teratológico, nulo de pleno direito. De caráter meramente político. Totalmente antijurídico. Os autos dão conta de que o espólio de José Luiz de Freitas está sofrendo a privação de estar usufruindo de seu patrimônio em razão da morosidade injustificável do INCRA, o qual age reiteradamente na contra-mão dos princípios constitucionais da Legalidade, Eficiência e, sobretudo, da Moralidade. O Ministro a quo, de modo inverso, aplicou a pena da morosidade do INCRA, no espólio de José Luiz de Freitas, através de uma decisão nitidamente paradoxal. A decisão que deferiu a posse ao requerente foi prolatada exatamente nos autos de Regularização Fundiária, a qual o requerente viu-se obrigado a ajuizar, ante a desídia injustificável da autarquia fundiária. A emissão dos títulos dominiais não é uma faculdade, mas sim uma obrigação/dever do INCRA, os quais deveriam ter sido emitidos há tempos e de maneira voluntária pela autarquia fundiária. A autarquia fundiária, não cumprindo seu dever/obrigação, pleiteou de modo transversal, agindo de manifesta má-fé, a posse do imóvel em questão, denominado fazenda Belauto. E assim não conseguindo, tendo sido a posse da autarquia no imóvel vedada judicialmente, a mesma desafiou a Justiça e promoveu a invasão no imóvel em questão, conforme incontroversamente comprovado nos autos. E mais, após a invasão, desafiando a Justiça que vedou a posse do imóvel ao INCRA, o escárnio por parte da autarquia fundiária frente à Justiça, não para. Conforme exposto, a mesma cometeu o disparate de publicar a Portaria, onde supostamente cria um assentamento no

*imóvel em questão, num ato de chofre, nitidamente às margens da Lei e em total desafio a Justiça”. Ante o exposto, pede-se a suspensão da decisão prolatada nos autos da SLS 1.758. As informações foram prestadas (Pet. 59.649/2013). O Ministério Público Federal opina pelo indeferimento do pedido, em parecer elaborado pelo procurador-geral da República, Dr. Rodrigo Janot. É o relatório. Decido. **Sem me comprometer de pronto com quaisquer das teses de fundo, considero que esse pedido de suspensão de liminar não reúne condições de prosseguir. Nos termos da legislação de regência, apenas o Estado e seus agentes têm legitimidade para propor pedidos de contracautela extraordinária. Confira-se: “Lei 8.038/1990: Art. 25 - Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal. Lei 8.437/1992: Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Lei 12.016/2009: Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.”** (grifei). Se bem ou mal decidiu a*

autoridade-requerida ao interpretar os rigorosos requisitos de cabimento da contracautela extraordinária, a formulação de pedido de suspensão de liminar que tenha por objeto essa primeira decisão (uma suspensão “metalinguística”) não é o meio adequado para questionar o erro ou o acerto desse juízo. Ante o exposto, nego seguimento ao pedido para suspensão da suspensão de liminar (art. 38 da Lei 8.038/1990 e art. 21, § 1º do RISTF). Publique-se. Int.. Brasília, 27 de fevereiro de 2014. Ministro Joaquim Barbosa, Presidente. Documento assinado digitalmente

(STF - SL: 734 PA, Relator: Min. Presidente, Data de Julgamento: 27/02/2014, Data de Publicação: DJe-045 DIVULG 06/03/2014 PUBLIC 07/03/2014).

20. Não fora essa expressa disposição de lei, sobre a legitimidade específica para o pedido de “suspensão de segurança”, há de considerar-se a questão da legitimidade ativa da valorosa Defensoria Pública, para a ação civil pública, *in genere*.

21. Em ação de tal natureza, a ilustrada DP é parte ilegítima. Não se afirma, todavia, que não tenha ela, dentre suas atribuições, a de propor ações civis públicas. Devem, porém, as ações por ela propostas estar marcadas pelos fatores constitucionais que o autorizam.

22. Diz o art. 134 da Constituição Federal: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

23. Por sua vez, estabelece o art. 5º, LXXIV, da Lei Maior: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

24. Assim, a teor do texto constitucional, legitimar-se-á a Defensoria Pública a atuar em Juízo, quando sua defesa se fizer 1) em favor de necessitados, 2) comprovada sua insuficiência de recursos. Sem a ocorrência desses dois requisitos, a atuação judicial da Defensoria Pública torna-se ilegítima. Ou inconstitucional.

25. A Autora não o demonstrou, na inicial. Ainda que se admita, portanto, sua legitimidade para a ação civil pública, não há de ser ela admitida, se não se demonstrar

que o provimento jurisdicional se requer em proveito de pessoas ou coletividade comprovadamente necessitadas.

26. Este é o entendimento de TEORI ALBINO ZAVASCKY, Ministro do Supremo Tribunal Federal (*in* Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, pág. 63, *apud* EUDÓXIO CÊSPEDES PAES, *in* Inquérito Civil e Ação Civil Pública, GUILHERME FERNANDES NETO – coordenador, pág. 59, São Paulo, Atlas Editora S. A., 2013).

27. Não se argua que a Lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007, alterando a Lei 7.347/85, legitimou a Defensoria Pública a atuar como autora de ações em prol de coletividades. Ainda que haja expresso texto normativo nesse sentido, o que ora se alega é a sua inconstitucionalidade irrestrita. A Defensoria Pública pode, sim, requerer em nome próprio, ação civil pública, desde que demonstre fazê-lo a benefício “*dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV*”. É o que proclama o art. 134 da Constituição Federal, acima transcrito, que se erige como baliza do agir da instituição.

28. Ainda segundo EUDÓXIO CÊSPEDES PAES,

“A matéria também é conflituosa nos tribunais. Nas instâncias ordinárias, continua controversa, conforme exame dos julgados das cortes federais brasileiras.

Nos tribunais superiores, a discussão prossegue. Tanto que a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o dispositivo legal que atribuiu legitimidade à Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas. Essa ação foi tombada sob nº 3943 no STF. Seu pedido principal corresponde à declaração de inconstitucionalidade do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/1985 e, em caráter subsidiário, a sua interpretação conforme para restringir a legitimidade da Defensoria Pública à defesa dos interesses e direitos individuais homogêneos.

.....
Existe precedente desfavorável à legitimidade da Defensoria Pública, para a tutela coletiva no âmbito do STF. Trata-se do quanto decidido

na ADI nº 558/RJ, relatada pelo Min. Sepúlveda Pertence, que declarou inconstitucionais dispositivos da Constituição do Rio de Janeiro que atribuíram à Defensoria Pública estadual legitimidade para a propositura de ações coletivas” (idem, págs. 59/60).

29. Muito embora a ADI nº 3943 não se encontre julgada, pelo exposto, a orientação dessa Suprema Corte, até o momento, é no sentido da ilegitimidade da Defensoria Pública, para ações civis públicas, como a de que ora tratamos. A verdade é que, a pretexto de ampliar-se o acesso à Justiça, se não podem sacrificar preciosos princípios constitucionalmente estabelecidos. A “*pertinência temática*”, para usar de uma expressão de autor acima citado, é inafastável para reconhecimento da legitimidade ora considerada. A nobre Defensoria Pública possui louváveis atribuições, limitadas, todavia, pelo texto constitucional que criou a instituição. No Estado Democrático de Direito, todos podem em certa medida e ninguém pode tudo.

30. É salutar a lembrança de que “*o termo suspensão de segurança passou a ser utilizado para designar esse instrumento processual que objetiva sustar a eficácia de toda e qualquer medida antecipatória proferida contra o Poder Público (decisão ou sentença), tenha ela sido proferida no bojo de um mandado de segurança ou de ação diversa” (apud EUDÓXIO CÊSPEDES PAES, in Inquérito Civil e Ação Civil Pública, GUILHERME FERNANDES NETO – coordenador, pág. 81, Ed. Atlas S/A, 2013, São Paulo).*

31. Um olhar sobre a evolução histórica do instituto da “suspensão de segurança” mostra-nos que, desde a sua adoção, no Direito brasileiro, pela Lei 191, de 16 de janeiro de 1936, passando pelo Código de Processo Civil, em 1939 (art. 328), e por advindas leis extravagantes (v. g., Lei 1533/51, Lei 4348/1964, Lei 7347/85, Lei 8437/92), até chegar à atual Lei 12016/2009, esse instrumento processual sempre se estabeleceu, em favor das pessoas de Direito Público. Por tal motivo, a legitimidade para sua proposição foi invariavelmente atribuída ao Ministério Público e, mais recentemente, às próprias pessoas de Direito Público.

32. Assim sendo, pode-se mesmo considerar como teratológico o uso do pedido de “suspensão de segurança” (liminar, antecipação de tutela, etc., que, de ordinário, se concede em desfavor da pessoa de Direito Público), por quem dela, “segurança” (liminar, antecipação de tutela, etc.), se beneficiaria.

A QUESTÃO DE FUNDO

33. Pudesse o presente pedido de suspensão de segurança ultrapassar a análise dos aspectos preliminares acima levantados e, ainda assim, haveria de ser indeferido, por força da matéria de natureza substantiva que compõe a lide.

34. Destarte, *ad argumentandum*, repise-se, para conhecimento direto de Vossa Excelência, Senhor Presidente e de toda a Corte, o quanto se levou ao exame do eg. Tribunal local.

35. Em suma, como já demonstrado perante o nobre Colegiado de origem, a insurgência da Defensoria Pública do Estado de ..., em face do processo licitatório da via expressa “...” circunscreve-se, efetivamente, à observância das normas contidas na Lei 8666/93. E, no seu âmbito, de forma mais precisa, ao dispositivo do art. 39, *in litteris*:

Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea “c” desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

36. Portanto, *data venia*, o julgador haverá de estar atento, para a correta compreensão e condução da lide, exclusivamente aos requisitos prescritos por essa norma legal. Não cabe, a pretexto de controle dos atos do Poder Executivo, adentrar-se na consideração da conveniência ou inconveniência da obra que a Administração Municipal pretende realizar. Esse é um juízo que, *venia concessa*, refoge às atribuições dos Poderes Judiciário e Legislativo.

37. É de conhecimento elementar que, por regramento constitucional, o Estado brasileiro adota o sistema da tripartição de Poderes, quais sejam o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Têm todos, suas conhecidas atribuições institucionais.

38. A esse respeito, ou seja, da configuração do Estado nacional, transcrevam-se, a seguir, apenas com intuito ilustrativo, as autorizadas considerações do Prof. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

Como se sabe, as funções legislativas, administrativas (ou executivas) e judiciais estão distribuídas, entre três blocos orgânicos, denominados “Poderes”, os quais, de regra, são explicitamente mencionados nas constituições modernas do Ocidente. Tais unidades orgânicas absorveriam, senão com absoluta exclusividade, ao menos com manifesta predominância, as funções correspondentes a seus próprios nomes: Legislativo, Executivo e Judiciário (in Curso de Direito Administrativo, págs. 30 e 31, 29ª edição, Malheiros Editores, janeiro-2012, São Paulo).

.....
Deveras, o critério adequado para identificar as funções do Estado é o critério formal, ou seja, aquele que se prende a características impregnadas pelo próprio Direito à função tal ou qual.

Assim, função legislativa é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, que se fundam direta e imediatamente na Constituição.

Função jurisdicional é a função que o Estado, e somente ele, exerce por meio de decisões que resolvem controvérsias com força de “coisa julgada”, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso.

Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário (ibidem, págs. 35/36).

39. Tendo em vista a especificidade da lide, havemos de ressaltar, as funções que se atribuem ao Poder Executivo, podem apresentar-se como conteúdo de um Poder vinculado ou um **Poder discricionário**. Por isso, é que tornamos ao escólio do

eminente BANDEIRA DE MELLO, no desenvolvimento deste raciocínio. Ainda, diz ele que

No Estado de Direito, a Administração só pode agir em obediência à lei, esforçada nela e tendo em mira o fiel cumprimento das finalidades assinadas na ordenação normativa (idem, pág. 976).

*A lei, todavia, em certos casos, regula dada situação em termos tais que resta para o administrador margem alguma de liberdade, posto que a norma a ser implementada prefigura antecipadamente com rigor e objetividade absolutos os pressupostos requeridos para a prática do ato e o conteúdo que este obrigatoriamente deverá ter uma vez ocorrida a hipótese legalmente prevista. Nestes lanços, diz-se que há vinculação e, de conseguinte, que o ato a ser expendido é vinculado. Reversamente, **fala-se em discricionariedade, quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo da administrador uma certa esfera de liberdade, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei** (idem, pág. 978, sem grifo no original).*

40. Destarte, sem embargo de considerações que podem ser levantadas em torno da significação de obra de tal vulto, do seu sentido e utilidade, como da sua conveniência ou adequação às necessidades sociais ou até sobre a utilidade pública que encerra, há de respeitar-se, nas considerações a ela referentes, o fato inquestionável de ser a opção pela "...", dentre as inúmeras que possam atender à mobilidade urbana de ..., uma deliberação do Poder Executivo Municipal perfeitamente moldada pelos princípios do ato discricionário.

41. Neste caso, *data venia*, ao Estado-Juiz cabe, tão somente, decidir sobre a legalidade ou ilegalidade do projeto, e respectivo procedimento, adotado pelo Poder Executivo. Não se há de atribuir-lhe (ao Estado-Juiz), em tais circunstâncias, juízo de valor.

42. Reconheça-se o fato de que o fundamento da decisão atacada pelo Agravo de Instrumento nº ... é limitado à regularidade do procedimento deflagrado pelo Município de ..., no intuito de efetivar-se a construção da "...". Em seu exame, concluiu o

Juízo originário haver inobservado a Administração Pública Municipal, preceito normativo que deve nortear o caso. Contudo, essa conclusão é, *data venia*, equivocada, pois centrada em mácula inexistente na conduta dos gestores deste Município.

43. Nesse campo, o MUNICÍPIO DE ..., salientou ao Tribunal de Justiça de ..., concretamente, requisito por requisito, conforme no parágrafo seguinte se contém.

44. Segundo a Lei, são indispensáveis à licitude da licitação para a contratação da obra "...": **1)** que se faça por concorrência, conforme art. 23, I, c, da Lei 8.666/93, pois se estima que o seu valor alcançará o montante de R\$1.500.000.000,00 (um bilhão e quinhentos milhões de reais); **2)** que o processo licitatório se inicie com UMA audiência pública (destacamos); **3)** que a audiência pública anteceda o pertinente edital, em quinze dias, no mínimo; **4)** que a audiência seja divulgada com antecedência de dez dias; **5)** que a divulgação da audiência se faça pelos meios previstos para a publicidade da licitação; **6)** que os interessados possam ter acesso e direito a todas as informações pertinentes, podendo manifestar-se.

45. Entendendo a excelsa Corte de lançar-se à consideração desses aspectos, roga-se que atente para o quanto arguiu a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ..., na exordial da Ação Civil Pública ... e o quanto de fato ocorreu:

- O MUNICÍPIO DE ... promoveu apenas uma audiência pública, para debater o seu projeto (cf. fl. 9, segundo parágrafo).

Não é verdadeira, a assertiva, pois: **1)** a questão da "..." vem sendo tratada, desde a Administração anterior à atual; **2)** não é um projeto do Governo que ora administra o MUNICÍPIO DE ...; **3)** os documentos que instruem estas razões de agravo, comprovam que várias foram as discussões efetivadas nesse sentido; **4)** a vereadora ..., presidindo comissão afim, da Câmara Municipal, promoveu diversas audiências públicas, para debater o tema; **5)** Note-se que a própria DEFENSORIA PÚBLICA, transcrevendo notícia encontrada no site eletrônico www.politicalivre.com.br/.../, informa que a audiência de ... foi "**a quarta audiência pública da ...**" (cf. fl. 18, g. n.); **5)** todos os dados relativos ao projeto da "..." foram disponibilizados no site www...

- O convite para a audiência pública foi divulgado apenas no Diário Oficial do Município, de ... (cf. fl. 10, parágrafo terceiro).

Também isso não é verdade, pois referido convite foi veiculado, em ..., nos jornais “...” e “...” (cópias anexas).

- Os que optaram por assistir a audiência por sítio eletrônico, não participaram do debate (cf. fl. 20).

Ora, negar, nos dias que correm, a validade dos atos praticados por meios virtuais, é contestar com absoluta improcedência, os recursos tecnológicos que caracterizam o grau de civilização humana dos dias atuais. O próprio Poder Judiciário já o admitiu, através da prática do processo digital, em que se incluem até mesmo as audiências *on line*. Afirmam os estudiosos da contemporaneidade, esse estágio de desenvolvimento é irreversível, para o Homem.

46. Em paralelo, entender que a audiência pública não atingiu a sua finalidade é um juízo um tanto quanto subjetivo, afastado da realidade dos fatos, sem qualquer dúvida. Não se pode negar que, obedecendo aos preceitos legais, debates públicos se fizeram sobre essa importante obra que busca melhorar a qualidade de vida dos soteropolitanos – “...”. Observem-se, com atenção, todas as medidas, a seguir discriminadas, que foram adotadas, com o propósito de debater o projeto da “...”, bem como investigar sobre os reflexos ambientais da sua implantação.

- A Companhia de Governança Eletrônica de ... – XXX, justificando a escolha do Parque Tecnológico, para realização da audiência do dia 16 de setembro último, diz, em declaração anexa às presentes razões de agravo, que *“a sugestão do local se deu, principalmente, em razão de termos ponto de fibra ótica municipal que permite a transmissão, via rede mundial de computadores, de sons e imagens em tempo real com qualidade e velocidade satisfatórias”*.
- Declaração da XXX, no sentido de haver desenvolvido o site WWW..., com conteúdo sobre o projeto da “...”, onde aponta inúmeros usuários que o acessaram, desde ..., e que a audiência pública de ... foi transmitida ao vivo, através do mesmo endereço eletrônico.
- Relação de endereços eletrônicos para os quais foi encaminhado o convite para a audiência pública de ...

- Antes da audiência pública realizada com a publicidade exigida por lei, em 05 daquele mês, realizou-se na Secretaria Municipal de ..., reunião com diversas comunidades, a pedido dos seus representantes, conforme ata anexa.
- Após a audiência, reuniram-se no prédio do Ministério Público do Estado de ..., na Rua ..., bairro de ..., nesta cidade, o Sr. Secretário Municipal, Chefe da Secretaria de ..., Promotoras de Justiça e Vereadores, para debaterem sobre o projeto “...” (ata anexa).
- Através de comunicado publicado no DOM, de ... de ... de ..., levou-se ao conhecimento da população, que o Relatório de Impacto Ambiental – RIMA da ... “...” encontrava-se à disposição da comunidade interessada, em diversos órgãos estaduais e municipais, nesta cidade (cópia anexa).
- Parecer do Conselho Municipal do Meio Ambiente, deste Município, que não levanta qualquer oposição à Licença Prévia, tendo em vista aquela obra viária.
- A XXX disponibilizou aos interessados “DVDs” contendo minuta do edital e anexos da licitação, entregando-os a quantos a ela se dirigiram para tanto (cf. anexos protocolos de entrega).
- Diversos órgãos de imprensa, de ..., inclusive *sites* locais que tratam de questões políticas e administrativas, divulgaram, previamente, a audiência pública de ... (cf. docs. anexos).

47. Ocorre que obra de tal vulto jamais deixará de ter um enfoque político; jamais será considerada apenas sob o ângulo técnico. Desse modo, não há dificuldade em entender que a zelosa DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ... não se ateve à análise jurídica dos fatos, passando a julgar o acerto, ou desacerto, do projeto municipal.

48. Portanto, tal empreendimento, como salientado acima, é da exclusiva escolha do Executivo Municipal, democraticamente eleito para cumpri-lo. Não se pode admitir a ingerência de órgãos privados ou públicos, nem de outros Poderes (até mes-

mo, *data venia*, do Judiciário), no específico campo de atuação do Executivo, assim como não se há de admitir a ingerência do Executivo, na função constitucional do Judiciário ou em sua economia interna.

49. Demonstrado fica, portanto, que não se debateu sobre a "...", apenas na audiência de ... Tal audiência se fez e, por si só, bastaria para atender às exigências do Direito Positivo (a Lei fala em UMA audiência, não em duas, três ou quatro... ou mais). Apesar disso, a discussão da obra não se restringiu só àquela audiência. Foi muito mais ampla.

50. Saliente-se que a participação popular, na audiência do Parque Tecnológico, foi intensa e ampla. Leiam-se, em anexo, as transcrições dos debates procedidos pelo Povo. Isso demonstra que nada se ocultou da população de ...

51. Uma coisa é certa: ainda que a audiência pública houvesse sido designada até mesmo para a conhecida "...", ou espaço que a ela equivalesse, ainda assim é possível que houvesse quem não conseguisse participar dos debates e nem todos restariam satisfeitos.

52. Porém, é necessário salientar que a escolha do Parque Tecnológico se fez por algumas razões, que restaram apontadas:

- 1) o Parque Tecnológico situa-se à margem da ..., no sentido do centro da cidade, que é servida por um sem número de linhas de ônibus. Portanto, de fácil acessibilidade a todos (cf., em anexo, relação das diversas linhas de ônibus que permitem acessibilidade ao local da audiência);
- 2) o Parque Tecnológico situa-se em local próximo à população diretamente afetada pela "...";
- 3) o Parque Tecnológico dispõe de fibra ótica que faculta a transmissão *on line* dos eventos que lá se realizem, como ocorreu *in casu*.

53. Como se vê, o procedimento pré-licitatório foi legalmente deflagrado e cumprido. As exigências da norma foram, sem qualquer sombra de dúvida, respeitadas.

Destarte, era a liminar do Juízo da ...^a Vara da Fazenda Pública de ... que, *data venia*, trazia inegável prejuízo a esta metrópole, a ... cidade brasileira, em densidade populacional, e que anseia por medidas efetivas, a fim de minorarem para seus habitantes as dificuldades de nela trabalharem, ou mesmo se divertirem. Em suma, de qualquer forma nela viverem.

PEDIDO

54. Ante o exposto, o MUNICÍPIO DE ..., em face do pedido de “*Suspensão dos Efeitos da Decisão*” (*sic*), sob nº ..., formulado pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, requer: **a)** seja indeferido, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, I, VI, combinado com o art. 295, II, III, ambos do Código de Processo Civil; **b)** acaso ultrapassadas as preliminares levantadas, seja julgado improcedente.

Termos em que espera deferimento.

..., 20, agosto, 2014

Assinatura Digital (Lei 11.419/06)

