

11

REVISTA JURÍDICA

DA PROCURADORIA
GERAL DO MUNICÍPIO
DE SÃO PAULO

Abril de 2021



**REVISTA JURÍDICA DA
PROCURADORIA-GERAL DO
MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO
PAULO
Procuradoria Geral do Município

PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO
PAULO
Bruno Covas

PROCURADORA-GERAL DO
MUNICÍPIO
Marina Magro Beringhs Martinez

COORDENADOR DO CENTRO DE
ESTUDOS JURÍDICOS LUCIA MARIA
MORAES RIBEIRO DE MENDONÇA
Roberto Angotti Júnior

Autor corporativo: CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS LUCIA
MARIA MORAES RIBEIRO DE MENDONÇA

Pátio do Colégio, nº 5

01016-040 São Paulo - SP - Brasil

Telefones: (11) 3116-1655 / 3116-1658

Periodicidade: Anual

CORPO EDITORIAL

Procuradores: Roberto Angotti Júnior, Vinícius Gomes dos
Santos

Bibliotecárias: Beatriz de Oliveira Royer Massonetto, Raquel
Barioni Abdalla

Assessores Técnicos: Letícia Figueiredo Collado, Emanuel
Guedson Ferreira Guedes, Andre Alves Barreto

Capa

Foto Pátio do Colégio

CEJUR

Ficha catalográfica

Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo/
Centro de Estudos Jurídicos Lucia Maria Moraes Ribeiro de
Mendonça. Procuradoria Geral do Município de São Paulo.
n. 11, 2021.

Periodicidade: Anual

ISSN 2175-649X (impresso)

1. Direito – periódicos 2. Direito Público

CDU 34(05)

SUMÁRIO

Plano diretor como instrumento jurídico de organização do espaço urbano e as perplexidades causadas por sua aplicação <i>Alexandre Levin</i>	6
Cortes de Contas, SRP e a nova Legislação <i>Gilmar Pereira Miranda</i>	75
Por um Concurso Público Transparente – Da necessidade de divulgação de critérios objetivos de correção, motivação das decisões e contraditório no Estado Democrático de Direito <i>Ricardo Bucker Silva</i>	97
Interpretação do Interesse (público) Local: Conflitos e Critérios de Decisão Antes e Depois da COVID-19 à luz dos Princípios da Preponderância de Interesses, Subsidiariedade e Proporcionalidade <i>Lucas Reis Verderosi</i>	113
A aplicação do artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil nos cumprimentos individuais de sentença coletiva <i>Camila Perissini Bruzzese e Fabio Paulo Reis de Santana</i>	139
O giro que ainda falta no Direito Administrativo: por uma discricionariedade funcional e a serviço da cidadania <i>Arthur Pinel</i>	162
Panfletagem imobiliária e abuso de direito: proposições para a tutela do meio ambiente urbano <i>Artur de Albuquerque Torres e José Roberto Strang Xavier Filho</i>	190
Transparência administrativa e proteção à privacidade econômica do agente público: perspectiva brasileira <i>Vinicius Gomes dos Santos</i>	227
O Naufrágio da Lei: História e Crise <i>Roberto Angotti Junior</i>	267

Plano diretor como instrumento jurídico de organização do espaço urbano e as perplexidades causadas por sua aplicação

Alexandre Levin¹

RESUMO: A Constituição Federal alçou o plano diretor à categoria de instrumento jurídico fundamental de organização do espaço urbano (art. 182), mas não são raras as dúvidas a respeito da aplicação da lei que institui o plano. A relação do plano diretor com outras leis que versam sobre matéria urbana ainda gera controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais importantes, especialmente porque as formas tradicionais de solução de conflito entre normas jurídicas não são aplicáveis às antinomias existentes entre a lei que institui o plano diretor e outras leis urbanísticas locais. Há dúvidas sobre até onde vai a autonomia da legislação municipal/distrital para versar sobre ocupação do solo urbano, diante do assim denominado princípio da reserva do plano; questiona-se, por exemplo, se leis locais podem regular instrumentos urbanísticos não previstos no plano diretor, como o loteamento fechado, por exemplo. O tema, aliás, foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 607.940-DF, que será objeto de análise em capítulo específico. O presente estudo pretende abordar essas e outras questões, como o processo legislativo específico para a edição do plano diretor, a abrangência do plano, sua alteração, seu conteúdo mínimo e seu processo de revisão periódica.

¹Doutor e Mestre em Direito Urbanístico pela PUC-SP. Professor do Curso de Especialização em Dir. Administrativo da COGEAE/PUC-SP. Professor de Direito Administrativo e de Direito Ambiental no curso de graduação da Escola Paulista de Direito (EPD). Procurador do Município de São Paulo.

PALAVRAS-CHAVE: Planejamento urbano. Plano diretor. Instrumento urbanístico. Princípio da reserva de plano.

1 Introdução

Todos aqueles que têm algum contato, ainda que superficial, com o direito urbanístico, sabem do papel fundamental desempenhado pelo plano diretor municipal em matéria de ordenação do espaço urbano.

Basta ler a Constituição Federal. O seu art. 182, §1º, prevê expressamente que o plano diretor municipal “é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” e que sua edição é obrigatória para cidades com mais de vinte mil habitantes. O Texto Constitucional utiliza o termo “básico”, aqui, como sinônimo de “fundamental”, ou seja, o plano é fundamental para a criação e execução da política de desenvolvimento urbano. Em resumo: sem plano diretor não há como prever e implementar a política urbanística local.

Não se ignora a importância dos planos nacionais, regionais e metropolitanos para a ordenação do território (CF, art. 21, inc. IX, e art. 25, §3º), mas não há dúvida de que o plano local é o que contém as prescrições que mais diretamente influem na organização do espaço urbano. E nem poderia ser diferente, já que a Constituição estabelece ser de competência municipal “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (CF, art. 30, inc. VII).

A lei que institui o plano diretor municipal prevê as linhas mestras de expansão e composição do espaço urbano e fornece os parâmetros urbanísticos para a utilização da propriedade privada e pública situada em seus limites.

Não obstante a singeleza de tais conclusões, remanesce na doutrina e na jurisprudência pátria relevantes dúvidas acerca: a) da natureza do plano diretor; b) de sua

aplicabilidade; c) de sua posição na hierarquia de normas que compõem o nosso ordenamento jurídico; d) do que deve constar obrigatoriamente de sua redação; e e) da possibilidade de previsão de normas de ordenação do espaço urbano por outros diplomas legais, não incluídos no texto do plano diretor.

O tema foi objeto de debate no Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 607.940/DF, que teve como Relator o Ministro Teori Zavascki. Nesse julgado, proferido em 29.10.2015, foi aprovada, por deliberação majoritária do Plenário, tese com repercussão geral no sentido de que

os municípios com mais de vinte mil habitantes e o Distrito Federal podem legislar sobre programas e projetos específicos de ordenamento do espaço urbano por meio de leis que sejam compatíveis com as diretrizes fixadas no plano diretor. (RE nº 607.940/DF)

O acórdão será objeto de estudo em outro ponto deste estudo, mas, em resumo, o que a Corte Suprema afirmou é que os Municípios que devem contar com plano diretor – aqueles com mais de vinte mil habitantes (CF, art. 182, §1º) – podem editar leis específicas em matéria urbanística, desde que os textos desses diplomas sejam compatíveis com as diretrizes impostas pelo plano.

Mas a tese aprovada pelo Supremo Tribunal, dada a generalidade de sua redação, não foi capaz de resolver as questões que envolvem o conteúdo obrigatório do plano diretor e as matérias que podem ser objeto de tratamento por outras leis municipais de direito urbanístico. Aliás, conforme será adiante abordado, a Corte, no aresto em questão, permitiu que matéria que, a nosso ver, deveria ser tratada pelo plano diretor (loteamentos fechados), fosse objeto de regramento por outro ato normativo, independentemente da previsão de diretrizes gerais sobre o tema pela lei que institui o plano diretor.

Buscar-se-á, a seguir, expor as razões das controvérsias que envolvem a aplicabilidade e o conteúdo do plano diretor municipal, bem como apontar alguns caminhos que levem à solução dessas questões.

2 A planificação urbanística

O desenvolvimento da ciência do urbanismo permitiu a criação de instrumentos destinados a transformar o espaço urbano. Esses instrumentos (ou técnicas) estão relacionados a determinadas concepções (ou métodos) do urbanismo. O uso de cada instrumento dependerá do método de urbanismo que se pretende aplicar para transformar a realidade do espaço urbano. Cada método conta com diferentes instrumentos urbanísticos para alcançar suas finalidades.

Por exemplo, o método do *urbanismo operacional*, que busca promover o desenvolvimento urbano (ou a renovação dos tecidos urbanos) por meio de ações organizadas de construção, restauração e instalação de equipamentos urbanos, conduzidas pelo poder público, ou por ele orientadas, utiliza, dentre outros, o instrumento da desapropriação urbanística. O método do *urbanismo concertado*, que concebe o desenvolvimento urbano como um processo decorrente da conjugação de esforços entre o poder público e a iniciativa privada, utiliza os instrumentos da operação urbana consorciada e da concessão urbanística, dentre outros. Já o *urbanismo regulamentar* consiste em uma forma de organizar o espaço urbano fundamentada na imposição de regras de limitação à propriedade urbana, mais especificamente à liberdade de construir em solo privado. Por meio de regulamentos (normas de caráter geral e abstrato), a Administração controla a atividade privada de edificação. Impõem-se limites à altura dos edifícios; prescrevem-se recuos mínimos frontais e laterais às construções; definem-se requisitos mínimos de segurança e de salubridade das edificações;

fixam-se condições de edificação de acordo com a utilização pretendida (comercial ou residencial).

Os diferentes métodos de urbanismo não se excluem mutuamente. Podem ser aplicados ao mesmo tempo em um mesmo espaço territorial, visando ao (re)ordenamento urbanístico da área. O Município, por exemplo, pode promover a desapropriação urbanística visando à readequação estrutural de determinada região da cidade (*urbanismo operacional*) e, ao mesmo tempo, promover operações urbanas consorciadas em outras áreas (*urbanismo concertado*). E tudo isso sem ignorar as regras de construção previstas no código de obras e edificações local (*urbanismo regulamentar*).

Todos esses métodos de urbanismo podem estar regulamentados por um instrumento denominado *plano urbanístico*. O plano pode prever a utilização das técnicas até aqui indicadas e de outras, como o zoneamento, por exemplo.

O método do urbanismo que faz uso do *plano* para alcançar suas finalidades de desenvolvimento urbanístico é denominado de *urbanismo de planificação*. O urbanismo de planificação consiste, em termos gerais, em elaborar um plano urbanístico que define a organização espacial e direciona o desenvolvimento e a expansão urbana de um Município, de um conjunto de municípios limítrofes ou de todo o território de um país. O desenho do espaço urbano é estabelecido por meio de um ato normativo estatal que prescreve regras gerais de ordenação do território.

A técnica de planificação urbanística, embora exista desde a Antiguidade Clássica,² passou a ser aplicada em

² Os romanos já traçavam os desenhos de suas cidades e Luís XIV foi o responsável por planejar a construção da cidade de Versalhes e da famosa *Champs-Élysées*, em Paris. São exemplos indicados por Le Corbusier. Nas palavras do famoso urbanista, *os romanos eram grandes legisladores, grandes colonos, grandes chefes de negócios. Quando chegavam a algum lugar, à encruzilhada das estradas, à beira do rio, pegavam o esquadro e traçavam a cidade retilínea, para que ela fosse clara e ordenada, pudesse ser polida e limpa, para que as pessoas se orientassem nelas facilmente, para que a*

larga escala, na primeira metade do século XX, por obra de uma corrente urbanística denominada *funcionalismo racionalista*.³ O desenvolvimento dessa doutrina foi fruto dos trabalhos desenvolvidos nos Congressos Internacionais de Arquitetura Moderna (C.I.A.M.), realizados a partir de 1928. Seus fundamentos estão consagrados na *Carta de Atenas*, emanada do Congresso ocorrido em Atenas, de 29 de julho a 13 de agosto de 1933, cujo processo de redação foi liderado por Le Corbusier.⁴

Como solução para os graves problemas urbanísticos que assolavam as cidades europeias e americanas na época, a doutrina funcionalista veiculada pela *Carta de Atenas* defende que o dimensionamento de todas as coisas no espaço urbano deve ser regido pela escala humana,⁵ o que significa que a cidade deve ser organizada

percorressem com facilidade – tanto a cidade de trabalho (a do Império) como a cidade de prazer (Pompéia). [...] Eles foram, com Luís XIV, os únicos grandes urbanistas do Ocidente. (LE CORBUSIER. **Urbanismo**. Fundação Le Corbusier. Tradução de Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p.7-9). Em Portugal, a reconstrução de Lisboa, após o devastador terremoto de 1755, foi realizada por meio de um plano de reconstrução, aprovado em 1758 por Marques de Pombal. (CORREIA, Fernando Alves. **Manual de direito do urbanismo**. 3.ed. v.I. Coimbra: Livraria Almedina, 2006, p.47-48).

³ Ressaltam Eduardo García de Enterría e Luciano Parejo Alfonso que o desenvolvimento e a aceitação dessa técnica urbanística foi tamanho que na língua inglesa o urbanismo é chamado simplesmente de *planning*, e o direito urbanístico de *planning law*. (GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano. **Lecciones de derecho urbanístico I**. Madrid: Civitas, 1979, p.42, tradução livre).

⁴ Fernando Alves Correia atribui a Le Corbusier a paternidade espiritual da *Carta de Atenas* (CORREIA, Fernando Alves. **Manual de direito do urbanismo**. 3.ed. v.I. Coimbra: Livraria Almedina, 2006, p.48), enquanto Eduardo García de Enterría e Luciano Parejo Alfonso afirmam que o documento foi primordialmente redigido pelo urbanista, e por ele logo amplamente comentado. (GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano. **Lecciones de derecho urbanístico I**. Madrid: Civitas, 1979, p.43).

⁵ No original: *Le dimensionnement de toutes choses dans le dispositif urbains ne peut être régi que par l'échelle humaine*. LE CORBUSIER. **La Charte d'Athènes** (suivi de Entretien avec les étudiants des écoles d'Architecture). Paris: Les Éditions de Minuit, 1957, p.99.

com base nas quatro necessidades essenciais do homem: habitar, trabalhar, divertir-se e circular. Dessa forma, o urbanismo passa a ter quatro funções principais: assegurar aos homens uma moradia digna; organizar os locais de trabalho, de maneira que trabalhar não se torne uma sujeição penosa; prever instalações necessárias à boa utilização das horas livres e estabelecer uma ligação entre as diversas organizações mediante uma eficiente rede de circulação.⁶

De acordo a teoria funcionalista, o instrumento a ser utilizado pelo urbanismo para cumprir suas funções é o plano. São os planos que determinam a estrutura de cada um dos setores atribuídos às quatro funções-chave e fixam suas localizações dentro do conjunto. Por meio da técnica do *zoneamento*, o solo urbano é dividido de acordo com o tipo ou os tipos de utilização a que será destinado: industrial, residencial, comercial, desportivo, cultural, viário ou turístico. Fixam-se áreas nas quais é proibido edificar, zonas destinadas à conservação de áreas verdes e perímetros destinados à habitação social. Essas prescrições, somadas às disposições próprias do urbanismo regulamentar (dimensões mínimas das habitações, índices de ocupação do solo, coeficientes de aproveitamento, distância mínima dos edifícios desde a rua e do imóvel vizinho)⁷, resultam em um sistema normativo que indica

⁶ No original: *Les clefs de l'urbanisme sont dans les quatre fonctions: habiter, travailler, se récréer (dans les heures libres), circuler*. Extraído de LE CORBUSIER. **La Charte d'Athènes** (suivi de Entretien avec les étudiants des écoles d'Architecture). Paris: Les Éditions de Minuit, 1957, p.99-100.

⁷ Conforme afirmamos, não há substituição de um método urbanístico por outro. A aplicação das técnicas do urbanismo de planificação convive com as de urbanismo regulamentar. O que diferencia os dois métodos é a existência de um plano urbanístico, que passa a direcionar a utilização da propriedade com vistas ao atingimento de um *estado futuro desejável* de organização urbana. Nas palavras de Ramón Parada, trata-se da passagem de uma fase *mecânico-regulamentar* para uma fase *orgânica-planificada*. (PARADA, Ramón. **Derecho administrativo III** – Bienes públicos e Derecho urbanístico. 10.ed. Madrid: Marcial Pons, 2004, p.320, tradução livre).

como a cidade deve se organizar⁸ e de que forma deve ocorrer sua expansão e seu desenvolvimento.⁹

3 Plano urbano como instrumento jurídico e antinomias legais aparentes e reais

Esse sistema de regras de ocupação e expansão do solo urbano, justamente por criar limitações à propriedade privada, passa a ser imposto, nos países que o utilizam, por um ato normativo estatal, ou seja, pela lei. Caso contrário, seu caráter seria meramente orientador.¹⁰ Em nome da adequada organização do espaço urbano, a lei que institui o plano passa a fixar coeficientes de aproveitamento mínimo (a fim de combater a especulação imobiliária) e máximo (para evitar densidades excessivas) do imóvel, de acordo

⁸ Nas palavras de Luciano Parejo Alfonso, *o zoneamento consiste na reserva de um solo fixado graficamente a determinado ou a determinados destinos, usos ou aproveitamentos, de sorte que a reserva define a licitude ou a ilicitude das correspondentes atividades sobre o solo em questão.* (ALFONSO, Luciano Parejo. **Derecho urbanístico**: instituciones básicas. Mendoza: Ediciones Ciudad Argentina, 1986, p.9, tradução livre).

⁹ A função de direcionamento sobre a expansão e o crescimento das cidades que o plano exerce é relacionada pela doutrina ao *urbanismo prospectivo*, expressão utilizada por Jacqueline Morand-Deviller. (MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit de l'urbanisme**. 3.ed. Paris: Éditions Dalloz, 1996, p.6).

¹⁰ Na França, como ensina Hubert Charles, a *Loi d'orientation foncière* de 30.12.1967 adotou o princípio de divisão da planificação urbana, mas criou dois tipos de planos: o *schéma directeur d'aménagement et d'urbanisme* (S.D.A.U.), de caráter não vinculativo, destinado à ordenação urbanística de aglomerações supracomunais, a servir apenas de referência para as escolhas fundamentais de desenvolvimento urbano; e os *plans d'occupation des sols* (P.O.S.), esses sim de observância obrigatória, destinados a regular a organização urbanística das comunas.(CHARLES, Hubert. **Les Principes de l'urbanisme**. Paris: Dalloz, 1993, p.8, tradução livre). José Afonso da Silva explica que “a doutrina reconhece a existência de dois tipos de planos relativamente à sua obrigatoriedade: o plano imperativo e o plano indicativo”. (SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.91). No Brasil, os planos são imperativos, impostos por meio de lei municipal, conclusão a que se chega a partir da simples leitura do art.182, §1º, da Constituição Federal, segundo o qual o plano diretor deve ser “aprovado pela Câmara Municipal”.

com o zoneamento definido para cada região da cidade. O desrespeito a essas regras resulta na aplicação de sanções legais ao proprietário faltoso.

É nessa fase histórica (início do século XX) que se observa um significativo desenvolvimento do direito urbanístico europeu. Afinal, o plano urbano deixa de ser mero instrumento administrativo e passa à qualidade de diploma legal, de observância obrigatória pelo poder público e pelos particulares.¹¹

¹¹ A afirmação é feita sem ignorar as críticas que o funcionalismo racionalista e sua técnica planificadora receberam de urbanistas contrários aos seus métodos. Talvez o ataque mais contundente ao urbanismo de planificação foi realizado pela escritora Jane Jacobs, em seu *Morte e Vida de Grandes Cidades*. Nessa obra, a autora combate com veemência as premissas do planejamento urbano ortodoxo (expressão por ela mesma utilizada), que promoveram o surgimento de técnicas urbanísticas como a cidade-jardim, proposta por Ebenezer Howard, a *Ville Radieuse*, criada por Le Corbusier, e a *City Beautiful*, impulsionada por Daniel Burnham. Defende que a diversidade (de usos, de tipologia das edificações, de nível socioeconômico dos habitantes) das zonas urbanas deve ser a tônica da ocupação das cidades e que o monofuncionalismo proposto pelos planejadores há de ser definitivamente afastado. Algumas passagens da obra dão o tom do descrédito da autora em relação aos referidos métodos urbanísticos. Afirma, por exemplo, que “mesmo que os utópicos tivessem planos que socialmente fizessem sentido nas cidades, está errado separar uma parte da população, segregada pela renda, separada em seus próprios bairros, que têm uma organização comunitária própria e diferente. Segregados mas iguais não resulta senão em problema numa sociedade em que não se ensina às pessoas que a casta faz parte da ordem divina. Segregados mas em melhores condições é uma contradição intrínseca onde quer que a separação seja imposta por uma forma de inferioridade”. (JACOBS, Jane. **Morte e vida de grandes cidades**. Tradução de Carlos S. Mendes Rosa. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p.360). Em outro trecho assevera que a crença na separação de usos, que moldam as diretrizes do zoneamento urbano, transforma a reurbanização “na coisa estéril, rígida e vazia que é. Atrapalham o planejamento urbano, que poderia encorajar deliberadamente a diversidade espontânea, propiciando as condições necessárias para seu crescimento. E complementa afirmando que as intrincadas combinações de usos diversos nas cidades não são uma forma de caos. Ao contrário, representam uma forma de organização complexa e altamente desenvolvida”. (JACOBS, Jane. **Morte e vida de grandes cidades**. Tradução de Carlos S. Mendes Rosa. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p.245). Françoise Choay também critica a

Ocorre que a transformação do plano urbanístico em instrumento jurídico gerou – e gera até hoje – inúmeras dúvidas a respeito da aplicabilidade de suas prescrições. Há muitas questões, por exemplo, sobre como proceder em caso de conflito entre uma regra jurídica de direito urbano e o plano diretor. Qual delas deve prevalecer?

Pense nos critérios estabelecidos pela teoria geral do direito para resolver casos de conflito entre duas normas válidas de conteúdo diverso, conflito esse conhecido como *antinomia*.

No processo tradicional de aplicação da norma jurídica, uma lei editada posteriormente revoga a lei anterior. Cuida-se do conhecido *critério cronológico* de solução de antinomias – nesse caso, de uma antinomia aparente.¹² Na hipótese de duas leis incompatíveis, proferidas pelo mesmo ente político, prevalece a norma posterior: *lex posterior derogat priori*. A revogação da lei

imposição de modelos de cidade pelo plano funcionalista. Para autora, o modelo de cidade imaginado pelos urbanistas *dá forçosamente acesso ao arbitrário*. Discorrendo sobre a construção de Brasília, a historiadora afirma que a cidade, conquanto *edificada segundo as regras mais estritas do urbanismo progressista, é o grandioso manifesto de uma certa vanguarda, mas de modo algum a resposta a problemas sociais e econômicos precisos. O arbitrário desse tipo de método e de solução vai ser plenamente percebido diante do espetáculo – a que ponto banal – do arquiteto urbanista brincando de deslocar suas maquetes, ao sabor do humor ou da fantasia, os pequenos cubos que simbolizam moradias, locais de reunião, os elementos de uma cidade.* (CHOAY, Françoise. **O urbanismo: utopias e realidades – uma antologia**. 5.ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, p. 50). Não obstante a reprovação que recebe por parte de importantes estudiosos, o fato é que a técnica da planificação urbanística é amplamente utilizada em todo o mundo, ainda que sem a rigidez inicial proposta pelos funcionalistas. Os instrumentos típicos de outros métodos do urbanismo foram, na realidade, incorporados ao plano urbanístico, como, por exemplo, as técnicas de concertação público-privada, a abrandar o caráter arbitrário do planejamento.

¹² A antinomia é chamada de aparente porque o conflito entre normas é solúvel, ou seja, não se trata de antinomia real. Na feliz expressão de Norberto Bobbio, o conflito entre lei anterior e lei posterior configura um caso de *antinomia solúvel*. (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 5.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 92).

anterior pela posterior pode ser expressa ou tácita, isto é, ou a nova legislação expressamente prescreve que a lei precedente está revogada, ou regula inteiramente a matéria tratada pela primeira norma.¹³

Assim, por exemplo, uma lei local que disciplina integralmente os direitos e deveres do servidor municipal revoga o estatuto anterior: a vontade mais recente do legislador deve prevalecer e o diploma anterior perde a validade. A vida funcional dos funcionários públicos municipais passa a ser disciplinada, por inteiro, pela nova legislação.

Outro critério para a solução de conflito entre normas legais é o *critério da especialidade*, representado pela máxima *lex specialis derogat legi generali*. A lei especial derroga a lei geral nas situações específicas (especiais) por ela reguladas. Imagine uma lei municipal que determina que todo o proprietário de imóvel urbano deva pagar o imposto de propriedade territorial (conhecido, no Brasil, como IPTU). Trata-se de uma lei geral, que impõe o pagamento do tributo para todo o proprietário de imóvel urbano. Mas imagine que outra regra isente do pagamento do tributo os proprietários de imóveis atingidos por enchentes. Há uma regra especial que é aplicável nesses casos específicos, a afastar a incidência da norma geral – que continua válida para as demais espécies de proprietários. A regra especial não revoga a regra geral – como o faz a lei posterior que regula integralmente a matéria tratada pela lei antecedente; ela apenas regula de forma específica uma situação especial. Nas palavras de Norberto Bobbio, a lei especial “subtrai de uma norma uma parte de sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente”.¹⁴

¹³ No direito brasileiro, o critério cronológico está previsto no art. 2º, §1º, do Decreto-lei nº 4.657/1942, que é *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Nos termos desse dispositivo, *a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior*.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 5.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 96. Nas palavras de Paulo de

Há, ainda, outro critério utilizável para solucionar os conflitos aparentes de normas: o *critério hierárquico*. De acordo com ele, no embate entre duas regras legais que ocupam diferentes níveis na escala hierárquica, a norma superior prevalece sobre a inferior. As normas que compõem o ordenamento jurídico são organizadas em uma escala hierárquica. No topo da escala estão as normas constitucionais, seguidas pelas leis infraconstitucionais, que, por sua vez, são seguidas pelos decretos, pelos contratos, pelas sentenças judiciais, pelos atos administrativos. Formase, desse modo, uma estrutura piramidal, cuja parte superior é ocupada pela Constituição. Cada uma dessas normas encontra seu fundamento de validade na norma que lhe é superior.¹⁵ Assim, a Administração Pública, ao aplicar uma multa a um motorista infrator, fundamenta-se no Código de Trânsito, que é uma lei ordinária, que, por sua vez, foi editada com base em regras constantes do Texto Constitucional. O decreto regulamentar é expedido pelo Chefe do Executivo para dar fiel execução a uma lei, produzida de acordo com as normas de competência previstas na Carta Maior. O decreto, portanto, é inferior à lei, que, de sua parte, é inferior à Constituição.

Desse modo, um ato administrativo – por exemplo, uma multa – expedido contrariamente à lei deve ser anulado; um decreto editado sem observância da regra legal

Barros Carvalho, *a regra de isenção ataca a própria esquematização formal da norma-padrão de incidência, para destruí-la em casos particulares, sem aniquilar a regra-matriz, que continua atuando regularmente para outras situações*. (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 6.ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 617).

¹⁵ Nas palavras de Norberto Bobbio, a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Hans Kelsen, serve para explicar a unidade de um ordenamento jurídico complexo, isto é, um ordenamento cujas normas não nascem de uma única fonte. (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 5.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 49). Com efeito, as normas localizadas em cada um dos graus hierárquicos encontram seu fundamento de validade nas normas imediatamente superiores, ou seja, não há uma fonte única de produção de todas as regras que compõem o ordenamento.

que lhe serve de fundamento deve ser sustado; uma sentença judicial que condena alguém ao arrepio da lei deve ser reformada; um contrato ilegal deve ser anulado; uma lei inconstitucional deve ser invalidada. Portanto, no conflito entre uma norma que ocupe um nível hierárquico maior e outra que lhe é inferior, prevalece a primeira: *lex superior derogat legi inferiori*.

Até aqui expusemos os critérios de solução das chamadas antinomias de primeiro grau, também chamadas de antinomias aparentes ou solúveis. A doutrina costuma denominá-las dessa forma justamente porque existem critérios normativos à disposição do intérprete para solucioná-las (lei posterior revoga anterior; norma especial prevalece sobre a geral; regra superior prevalece sobre a inferior).

Mas, ao lado dessas espécies de antinomias, reconhece-se a existência de antinomias reais ou insolúveis: são casos em que inexistem critérios legais para a solução do conflito, ou que entre os critérios disponíveis existe um conflito.¹⁶ Imagine duas regras legais, igualmente gerais e promulgadas ao mesmo tempo – dois artigos contraditórios previstos em um mesmo diploma legal, por exemplo. O conflito entre esses dispositivos não pode ser solucionado pelo critério hierárquico (as duas normas ocupam o mesmo grau de hierarquia), pelo critério de especialidade (as duas normas são igualmente genéricas) ou pelo critério cronológico (as duas regras foram promulgadas ao mesmo tempo). É por isso que esse conflito é chamado de antinomia insolúvel: não existe critério para solucioná-la; o intérprete, nesse caso, deve recorrer à interpretação equitativa¹⁷, ao costume, à doutrina, ou a princípios gerais

¹⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 208. Nas palavras do autor, a antinomia real corresponde a uma *lacuna de regras de solução de antinomia*.

¹⁷ Explica Tercio Sampaio Ferraz Junior que a *solução de litígios por equidade é a que se obtém pela consideração harmônica das circunstâncias concretas, do que pode resultar um ajuste da norma à especificidade da situação, a fim de*

do direito para dirimir o embate entre as regras antagônicas e resolver a controvérsia que lhe é apresentada. Mas, não obstante a solução do caso concreto, o fato é que a oposição entre as regras antagônicas permanecerá presente no ordenamento jurídico, até que, por exemplo, uma outra lei seja promulgada, a revogar uma das normas, ou as duas.

4 Inaplicabilidade dos critérios tradicionais de solução de antinomias aos conflitos havidos entre plano diretor e leis locais que regulam matéria urbana

Pois bem. Na aplicação do plano urbanístico, o uso desses critérios de solução de conflito entre normas jurídicas sofre limitações importantes.

Há diferenças relevantes no processo de aplicação da lei que institui o plano urbanístico. Pensemos, por exemplo, no emprego do critério cronológico para decidir a controvérsia existente entre uma regra do plano e outra regra legal posterior que lhe seja contrária, editada pelo mesmo ente político. Uma lei municipal de direito urbano não tem a força de revogar disposição do plano urbanístico, ainda que lhe seja posterior. Trata-se, à primeira vista, de antagonismo entre duas leis municipais que, pelos métodos tradicionais de conflito entre normas, seria facilmente solucionado a partir da utilização do critério cronológico, segundo o qual *lei posterior revoga a anterior*. Afinal, entre duas normas de mesma hierarquia, editadas pelo mesmo ente político e com o mesmo grau de generalidade, vale a regra editada por último.

Mas não é isso o que ocorre na aplicação da lei que institui o plano urbanístico. O planejamento deve ser obedecido, executado. Suas prescrições direcionam a atuação estatal e privada a um estado futuro desejável da organização urbana. O projeto traçado não pode ser alterado a todo o momento, sob pena de inviabilizar o

que a solução seja justa (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 244).

alcance das finalidades estabelecidas pelo planejamento urbano. Um plano que é alterado constantemente deixa de ser um plano – a modificação de suas regras deve ser limitada ao estritamente necessário para o alcance de seus objetivos.

É por essas razões que as leis que disciplinam a organização do espaço urbano devem obedecer às normas estabelecidas pelo plano diretor. Ainda que sejam expedidas pelo mesmo ente político, leis posteriores ao plano não podem contrariá-lo.

Ora, isso é o oposto do estabelecido pelo critério cronológico de solução de antinomias. Edita-se uma lei – o plano diretor – que não pode ser revogada por leis posteriores do mesmo grau hierárquico. A transformação do planejamento meramente administrativo em instrumento jurídico provoca uma importante alteração na forma como as regras legais são aplicadas. Cria-se uma nova hierarquia legal: as leis do plano urbano passam a ser superiores a outras leis que tratam de matéria urbanística, ainda que editadas pelo mesmo ente político. Diplomas legais que tratam de matéria urbana devem obedecer aos parâmetros legais impostos pelo plano, ainda que todos se situem na mesma escala hierárquica.

Fácil perceber que esse novo modo de aplicação da lei não se encaixa no sistema piramidal kelseniano. Afinal, as leis urbanísticas buscam o seu fundamento de validade em uma norma do mesmo nível hierárquico, e não em uma norma superior.

Essa dificuldade de enquadramento do plano nas categorias tradicionais de atos legislativos é lembrada com frequência pela doutrina estrangeira que trata do tema.

O autor francês Grégory Kalflèche, por exemplo, afirma que as relações entre as normas urbanísticas são distintas das relações normalmente encontradas no sistema kelseniano de normas.¹⁸ O português Fernando Alves Correia conclui

¹⁸ KALFLÈCHE, Grégory. **Droit de l'urbanisme**. Paris: Presse Universitaires de France, 2012, p. 51.

que as categorias jurídicas tradicionais herdadas do Estado de Direito liberal “são incapazes de abranger a variedade das intervenções da Administração Pública na sociedade dos nossos dias, entre as quais se encontra a actividade de planificação territorial”.¹⁹ Na mesma linha, Eduardo García de Enterría e Luciano Parejo Alfonso ensinam que a natureza jurídica do plano urbanístico ainda é objeto de controvérsia, a refletir as dificuldades encontradas para enquadrar devidamente a planificação em geral entre as formas típicas de atuação do Estado de Direito contemporâneo. Os dois autores espanhóis explicam que, para muitos doutrinadores, o plano urbano não se encaixa em nenhuma das formas clássicas de atuação do Estado de Direito – não é lei e nem ato administrativo. Trata-se de um ato relevante do ponto de vista jurídico, mas que não é enquadrável em nenhuma das categorias jurídicas tradicionais.²⁰

5 Perplexidades causadas pela introdução do plano urbano no ordenamento jurídico pátrio

As perplexidades causadas pela introdução do plano urbanístico no ordenamento jurídico dos países que adotaram o urbanismo de planificação são compreensíveis. Até a primeira metade do século XX, o plano não era um instrumento juridicamente formalizado; a Administração Pública podia até planejar suas atividades – não há nem mesmo impedimento lógico para que isso ocorresse²¹ –, mas as metas traçadas não eram legalmente exigíveis. Ou seja, o planejamento (econômico, financeiro, administrativo,

¹⁹ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de direito do urbanismo**. 3.ed. v.l. Coimbra: Livraria Almedina, 2006, p.516.

²⁰ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano. **Lecciones de derecho urbanístico I**. Madrid: Civitas. 1979, p. 179-183. Não obstante, os autores esclarecem que, na Espanha, jurisprudência e doutrina majoritária reconhecem o caráter normativo dos planos urbanísticos.

²¹ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de direito do urbanismo**. 3.ed. v.l. Coimbra: Livraria Almedina, 2006, p. 313.

territorial etc.) não vinculava juridicamente as ações do poder público. O conteúdo dos planos não era obrigatório nem para o Estado, nem para os particulares.

Mas o aumento da intervenção estatal na ordem econômica e social, característico da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, intensificou a atividade planificadora do poder público. O plano passou a ser utilizado em larga escala pelo poder público para implementar as políticas de intervenção na ordem social e econômica; e passou a ser veiculado por lei, ou seja, assumiu de vez a qualidade de instrumento jurídico, de observância obrigatória, portanto.

Cria-se, assim, uma espécie de ato legislativo que, em razão do seu conteúdo planificador, passa a servir de fundamento de validade para leis situadas no mesmo grau hierárquico, de modo que a edição dessas leis não revoga a lei que instituiu o plano; ao contrário, a lei posterior com conteúdo contrário às disposições do plano carece de validade, ainda que editada pela mesma autoridade pública.

Um exemplo extraído do ordenamento brasileiro pode ajudar a compreender a questão. Pense na lei que institui o plano plurianual (PPA), editada pela União, nos termos do art. 165, inc. I, da Constituição Federal. Cuida-se de um plano, instituído por lei, que estabelece as diretrizes, objetivos e metas da administração para a realização das despesas de capital e daquelas relativas aos programas de duração continuada (CF, art. 165, §1º). As demais leis orçamentárias, como a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e a lei orçamentária anual (LOA) devem obediência aos preceitos do PPA, sob pena de invalidade. Da mesma forma, a LDO orienta a elaboração da LOA (CF, art. 165, §1º), que lhe deve, portanto, obediência: as regras previstas na lei orçamentária anual devem ser editadas com fundamento nos preceitos da lei de diretrizes orçamentárias.

Note: a Constituição cria uma hierarquia entre leis da mesma espécie, editadas pelo mesmo ente da Federação. O PPA, a LDO e a LOA são leis ordinárias, criadas a partir do

mesmo processo legislativo, que obedece a regras específicas previstas no art. 166 do Texto. Ou seja, os projetos de lei relativos às três leis orçamentárias passam pelo mesmo procedimento de aprovação (apreciação pelas duas Casas do Congresso Nacional, exame por Comissão mista permanente de Senadores e Deputados etc.), ou seja, são aprovados a partir de regras comuns a todos eles. Não há nada que indique, do ponto de vista formal, qualquer diferença hierárquica entre as normas. A lei orçamentária anual não pode ser considerada um ato administrativo expedido com base na LDO: sua natureza é de lei ordinária, assim como as outras duas componentes do trio de leis orçamentárias.

Não obstante, o conteúdo da LOA não pode contrariar as prescrições da LDO, e as duas devem respeito ao definido pela lei que define o PPA. Deve ser considerada ilegal uma disposição da LOA que contrarie dispositivo da LDO, ainda que os dois diplomas estejam situados – formalmente – na mesma escala hierárquica.

No mesmo diapasão, nenhum diploma legal que verse sobre orçamento público pode contradizer o que diz a lei orçamentária anual de cada ente federativo. A LOA não pode ser revogada, ainda que parcialmente, por outras leis durante o transcurso do exercício financeiro ao qual se refere. Esse impedimento decorre, na verdade, dos princípios da universalidade e da unidade, que informam o direito financeiro e podem ser extraídos da redação do art. 165, §5º, da Constituição Federal. Essa norma impõe a unidade da peça orçamentária, visando justamente permitir que o planejamento fiscal seja eficaz. Afinal, para que o plano dê certo, necessário que todas as receitas e despesas estejam previstas em uma única lei orçamentária – é por essa razão que o dispositivo constitucional citado impõe deva constar da LOA o orçamento fiscal de todos os Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração pública direta e indireta e empresas em que a União

detenha a maioria do capital social com direito a voto, além do orçamento da seguridade social.

Todas as receitas e despesas devem estar previstas em um único documento, sob pena de tornar impossível ao administrador público saber, com razoável grau de precisão, o montante total de recursos financeiros disponíveis e o valor das despesas a serem cobertas. Sem unidade de planejamento, também não há como estabelecer metas de déficit e superávit fiscais e muito menos tentar diminuir a dívida total do ente público. Nenhum plano que objetive melhorar a situação fiscal da administração poderá dar certo se não incluir todas as despesas e receitas em um único documento.

É nesse sentido que a doutrina que trata do direito financeiro se refere ao “princípio da universalidade”, que significa justamente que todas as receitas e despesas devem estar previstas na lei orçamentária.²²

6 Intensificação da atividade planificadora do Estado e o plano como ato normativo

Pois bem. Os ordenamentos jurídicos dos países que intensificaram a atividade planificadora do Estado passaram a prever o plano como espécie de ato normativo. O plano (orçamentário, econômico, urbanístico etc.) passou a ser imposto por meio de lei;²³ uma lei que, como visto, deve ser acatada também por leis que pertençam à mesma escala

²² Nas palavras de Regis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvath, *o princípio ganha novo conteúdo com o advento da nova Constituição Federal. Não há possibilidade de qualquer exclusão. Tudo deve estar previsto no orçamento*. OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. **Manual de direito financeiro**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 122.

²³ Nas palavras de José Afonso da Silva, *o planejamento não é mais um processo dependente da mera vontade dos governantes. É uma previsão constitucional e uma provisão legal. Tornou-se imposição jurídica, mediante a obrigação de elaborar planos, que são os instrumentos consubstanciadores do respectivo processo*. (SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 90).

hierárquica, ainda que editadas posteriormente. Diplomas legais posteriores com conteúdo contrário ao plano não o revogam – ao contrário, são considerados inválidos justamente por contrariar a lei que institui o plano. Não são aplicáveis, como visto, os critérios cronológico e de especialidade para a solução desse tipo de conflito normativo.

A ordem jurídica brasileira também passou a prever o plano como ato legislativo, isto é, como instrumento normativo de observância obrigatória pelo poder público e por cidadãos em geral.

Além dos casos já citados, relacionados ao direito financeiro, como, por exemplo, o plano plurianual, (CF, art. 48, inc. II, e art. 165, inc. I), encontra-se no Texto Constitucional dispositivo que impõem sejam definidos por meio de lei os planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento (CF, art. 48, inc. IV).

A Constituição Federal atribui à União a competência para a elaboração de “planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social” (CF, art. 21, inc. IX). São planos que estabelecem as diretrizes gerais de ordenação de todo o território brasileiro. Seu alcance é limitado pela competência atribuída aos Estados (CF, art. 25, §3º) e, principalmente, aos Municípios (CF, art. 30, inc. VIII) para disciplinar a ocupação do espaço urbano.²⁴ Afinal, o Texto Constitucional não deixa dúvidas de

²⁴ Nas palavras de José Afonso da Silva, nossa experiência na edição de planos nacionais de ordenação do território é praticamente nenhuma. Nas palavras do autor, *o único exemplo destacado que tivemos foi o Capítulo IX do II PND* (Plano Nacional de Desenvolvimento – Lei nº 6.151/74) (SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 117). Já como exemplos de planos regionais de ordenação do território, podem ser citados os planos diretores previstos nas leis federais que criaram superintendências de planejamento supraestaduais, como a Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE – Lei nº 3.692/1959) e a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM – Lei nº 5.173/1966). A Lei nº 3.692/1959 (SUDENE), por exemplo, faz referência expressa ao *plano diretor plurienal*, que deve discriminar, *pelos diferentes setores, os empreendimentos e trabalhos destinados ao*

desenvolvimento específico da região (art. 8º, *caput*). Trata-se de disposições que, por óbvio, interferem diretamente na ordenação dos territórios dos municípios localizados na área de abrangência da lei. No mesmo sentido, a Lei nº 5.173/1966 (SUDAM) prevê a edição do *Plano de Valorização Econômica da Amazônia* (art. 3º), que deve conter, dentre outras disposições a *definição dos espaços econômicos suscetíveis de desenvolvimento planejado, com a fixação de polos de crescimento capazes de induzir o desenvolvimento de áreas vizinhas* (art. 4º, *b*). A SUDAM e a SUDENE foram extintas (MP nº 2.157-5/2001 e MP nº 2.156-2/2001) e substituídas, respectivamente, pela Agência de Desenvolvimento da Amazônia (ADA) e pela Agência de Desenvolvimento do Nordeste (ADENE), que passaram a ser competentes para elaborar os respectivos planos de desenvolvimento. Posteriormente, a Lei Complementar nº 125/2007 instituiu novamente a SUDENE como autarquia especial, na forma do art. 43 da Constituição Federal, com a finalidade *de promover o desenvolvimento includente e sustentável de sua área de atuação e a integração competitiva da base produtiva regional na economia nacional e internacional* (art. 3º). Essa lei complementar também previu ser competência da SUDENE a elaboração de planos *para o desenvolvimento de sua área de atuação, em consonância com a política nacional de desenvolvimento regional, articulando-os com os planos nacionais, estaduais e locais* (art. 4º, inc. II). A SUDAM também foi recriada, nos mesmos moldes, pela Lei Complementar nº 124/2007, que também a definiu como uma autarquia especial integrante do Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal (art. 1º), com a finalidade *de promover o desenvolvimento includente e sustentável de sua área de atuação e a integração competitiva da base produtiva regional na economia nacional e internacional*. À SUDAM também foi atribuída a competência para a edição de planos regionais, que devem ser editados em consonância com a política nacional de desenvolvimento regional e com os planos nacionais, estaduais e locais (LC 124/2007, art. 4º, inc. II). Sobre a questão, lembra Gilberto Bercovici que existe, no federalismo brasileiro, a possibilidade de cooperação no planejamento regional (CF, art. 174, §1º). Entretanto, ressalta o autor, *é difícil uma efetiva colaboração federativa na elaboração e compatibilização dos planos nacionais e regionais de desenvolvimento (compatibilização esta que é fundamental) quando os órgãos responsáveis pelo planejamento regional no país são todos parte da Administração Indireta federal* (SUDAM e SUDENE, por exemplo). O autor ressalta, ainda, que a vinculação dos planos regionais ao plano plurianual dificulta a sua concretização e reforça a tendência existente no Brasil de limitação do planejamento ao orçamento. Nas suas palavras, *estes Planos de Desenvolvimento Regional estão limitados à proposta orçamentária, sem garantir, efetivamente, os recursos para sua execução e sem fixar objetivos para a atuação do Estado. Um plano plurianual, como vimos, é uma simples previsão de gastos, que pode ocorrer ou não, sem qualquer órgão de controle de sua execução e garantia nenhuma de efetividade* (BERCOVICI, Gilberto).

Desigualdades regionais, Estado e Constituição. São Paulo: Editora Max

que o protagonista da política de desenvolvimento urbano é o Poder Público municipal (CF, art. 182, *caput*). É certo que está prevista, em outro dispositivo, a competência expressa da União para “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos” (CF, art. 21, inc. XX). Ocorre que à legislação federal cabe impor apenas normas gerais de disciplina urbanística, sob pena de invasão da competência municipal para dispor sobre a ordenação urbanística de seu território. As questões urbanas devem ser resolvidas localmente: é o poder público local e a população da urbe que devem decidir como será organizado o território do Município, pois, afinal, são eles que conhecem como ninguém os problemas de sua cidade.

De qualquer modo, as diretrizes gerais expedidas pela União devem ser respeitadas quando de sua suplementação pela lei local, de acordo com a disciplina imposta pela Constituição para o exercício da competência concorrente (CF, art. 24, §§ 1º a 4º, e art. 30, inc. II). Ao ente federal cabe apenas a edição de normas gerais sobre

Limonad, 2003, pp. 213-214). Com efeito, a Constituição Federal prevê que *os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional* (art. 165, §4º). A conexão entre o PPA e os planos nacionais, regionais e setoriais visam à adequação orçamentária dos objetivos traçados no planejamento – não há como cumprir as metas fixadas se não houver recursos financeiros para tanto. Ademais, muitas dessas metas correspondem à execução de obras públicas que demandam mais de um exercício financeiro para serem concluídas. Assim, a previsão no PPA é fundamental, inclusive para fins de enquadramento na exceção prevista no art. 57, inc. I, da Lei 8.666/93, que permite que os prazos dos contratos administrativos sejam prorrogados para mais de um exercício financeiro, desde que relacionados a projetos contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual. De outra parte, a necessidade de apreciação do plano pelo Congresso Nacional está diretamente relacionada, por óbvio, ao caráter obrigatório do plano e à sua natureza legislativa, conforme já disposto pelo art. 48, inc. IV, da nossa Carta Federal. Os planos de desenvolvimento não podem ser impostos por mero decreto do Poder Executivo: são peças legislativas que devem ser aprovadas pelos representantes do povo.

planejamento urbano e sobre direito urbanístico em geral (CF, art. 24, inc. I) – as normas suplementares sobre a matéria, que regularão com detalhes a disciplina do espaço urbano, devem ser editadas, principalmente, pelo Poder Público municipal. Nesse mesmo sentido, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) determina ser competência da União à instituição de “diretrizes para desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico, transporte e mobilidade urbana, que incluam regras de acessibilidade aos locais de uso público” (art. 3º, inc. IV). Trata-se de diretrizes gerais, que devem ser suplementadas pelos entes locais, de acordo com suas particularidades.

7 Planos de natureza indicativa

Não obstante todas essas referências sobre a obrigatoriedade dos planos e a sua instituição por meio de lei, há ainda na doutrina alguma discussão acerca do alcance de suas disposições. Há quem defenda a existência de dois tipos de planos no que toca à sua compulsoriedade: o *plano imperativo* e o *plano indicativo*. As normas do primeiro são de observância obrigatória por toda a coletividade, ao passo que as disposições do segundo são apenas sugeridas pelo Poder Público – os indivíduos são livres para segui-las ou não.²⁵

O Constituinte reconheceu a existência do plano indicativo, ao menos no que toca ao plano indutor de

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 91. A discussão está presente, também, em outros países. Na França, como ensina Hubert Charles, a *Loi d'orientation foncière* de 30.12.1967 adotou o princípio de divisão da planificação urbana, mas criou dois tipos de planos: o *schéma directeur d'aménagement et d'urbanisme (S.D.A.U.)*, de caráter não vinculativo, destinado à ordenação urbanística de aglomerações supracomunais, a servir apenas de referência para as escolhas fundamentais de desenvolvimento urbano; e os *plans d'occupation des sols (P.O.S.)*, esses sim de observância obrigatória, destinados a regular a organização urbanística das comunas.(CHARLES, Hubert. **Les Principes de l'urbanisme**. Paris: Dalloz, 1993, p.8, tradução livre).

comportamentos do setor privado na seara econômica. O art. 174 do Texto dispõe sobre o papel do Estado como agente normativo e regulador da economia e prevê como um dos seus instrumentos o planejamento econômico, que é “determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (CF, art. 174, *caput*). Não obstante o seu caráter indicativo para os particulares, o fato é que o plano, como instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico, é vinculante para a Administração Pública, ou seja, não há como negar o seu caráter compulsório e, portanto, a sua natureza legislativa. Por outro lado, o setor privado pode não ser obrigado a cumprir as determinações do plano, mas também não lhe é permitido atuar deliberadamente contra suas diretrizes.²⁶ De todo o modo, o art. 174 da Carta prevê expressamente que a função de planejamento – assim como as funções de fiscalização e incentivo – deve ser exercida na forma da lei. Não resta dúvida, portanto, sobre a submissão da atividade planificadora do Estado ao princípio da legalidade.²⁷

No que toca especificamente ao planejamento urbanístico, pode-se afirmar que, no direito brasileiro, estão previstas as duas modalidades de plano. O plano de organização do espaço urbano é, em regra, vinculativo. Afinal, trata-se de instrumento imposto por meio de lei municipal, conclusão a que se chega pela simples leitura do art. 182, §1º, da Constituição Federal, segundo o qual o plano diretor deve ser *aprovado pela Câmara Municipal*. Portanto, as regras que definem o zoneamento urbano, os coeficientes de aproveitamento, as taxas de ocupação, os tamanhos mínimos e máximos de lotes e os demais índices urbanísticos são todas elas de observância obrigatória pelo

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 93.

²⁷ BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003, p. 205. Nas palavras do autor, *é a condição do plano enquanto lei, debatida e aprovada pelos representantes do povo, que dá o caráter democrático ao planejamento*.

setor privado. Sua vinculação por meio de lei é atendimento direto ao princípio da legalidade, que deve informar toda e qualquer limitação estatal à propriedade privada. É disso que se trata: os poderes do proprietário sobre o imóvel urbano sofrem restrições em favor da ordem urbanística, mas essas limitações somente podem ser impostas por lei, em respeito ao direito fundamental à proteção da propriedade privada, que é constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, inc. XXII).

Mas há de se reconhecer, também, a previsão, no direito pátrio, de planos urbanísticos de caráter indicativo. Exemplo desse tipo de plano é aquele previsto na lei que cria uma operação urbana consorciada, conforme previsto, em linhas gerais, nos arts. 32 a 34-A do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001). A operação urbana consorciada é um instrumento de readequação do espaço urbano característico de um método de urbanismo denominado *urbanismo concertado*, já referido em capítulo anterior deste estudo. Como típica ferramenta de concertação público-privada, a operação consorciada depende, para que seus objetivos sejam atingidos, da adesão dos particulares interessados em participar da parceria com o poder público municipal. É nesse sentido o dispositivo constante do art. 32, §1º, da Lei nº 10.257/2001, que define a operação urbana consorciada como o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, *"com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental"*. Ou seja, a concretização das metas definidas pelo plano da operação consorciada depende da adesão do setor privado, razão pela qual é possível afirmar que o plano urbanístico da operação é apenas e tão somente indicativo para os particulares.

Com efeito, o plano previsto na lei específica que cria a operação urbana consorciada pode fixar índices

urbanísticos diferenciados para a área de abrangência da operação. Isto é, as regras de ocupação definidas pelas leis municipais de uso e ocupação do solo para a área objeto da operação podem ser alteradas por lei específica que institui a intervenção urbana.²⁸ Essas medidas servem para atrair os investimentos privados necessários ao alcance dos objetivos da operação urbana consorciada, já que os proprietários e investidores pagam,²⁹ ou dão algum outro tipo de

²⁸ A Lei nº 13.769/2004 do Município de São Paulo, que instituiu a *Operação Urbana Consorciada Faria Lima*, por exemplo, em seu art.6º, autoriza o Executivo a efetuar, de forma onerosa, a outorga de potencial adicional de construção e de alteração dos usos e parâmetros urbanísticos estabelecidos na legislação de uso e ocupação do solo *vigente à data de protocolamento do processo*, para os lotes contidos no perímetro da operação, na conformidade dos valores, critérios e condições estabelecidos no mesmo diploma municipal, como forma de obtenção de recursos para a realização da ação consorciada. E o parágrafo único do mesmo dispositivo prescreve que “o total de potencial adicional de construção, outorgado para utilização nos lotes contidos no interior do perímetro descrito do art.1º, fica limitado a 2.250.000 (dois milhões, duzentos e cinquenta mil) metros quadrados, devendo ser deduzidos todos os metros quadrados de outorga de adicional de construção aprovados até a data de aprovação da presente lei [...]”. Isto é, a lei municipal autoriza o poder público a “vender” potencial adicional de construção aos proprietários em construir acima dos índices ordinários previstos no plano diretor, desde que os interessados arquem com determinadas contrapartidas previstas na mesma lei. Já tivemos a oportunidade de afirmar que o perímetro urbano no qual será aplicada a operação consorciada é uma região da cidade sujeita às novas regras impostas pela lei que cria a operação, e não às leis de uso e ocupação do solo, válidas para todo o território municipal (e que são obrigatórias também para a área objeto da operação consorciada antes de sua implantação). Trata-se de um “recorte” no mapa urbano, do qual resultará um território objeto de regras diferenciadas de ocupação. (LEVIN, Alexandre. **Operação Urbana Consorciada**: concertação público-privada para a justa distribuição dos benefícios decorrentes da atividade urbanística. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 194).

²⁹ Esse pagamento pode ser realizado por meio de certificados de potencial adicional de construção (os CEPAC), valores mobiliários emitidos pelo Município e livremente negociáveis no mercado, emitidos justamente com a finalidade de servirem para o “pagamento da área de construção que supere os padrões estabelecidos pela legislação de uso e ocupação do solo, até o limite fixado pela lei específica que aprovar a operação urbana consorciada” (art.34, §2º, do Estatuto da Cidade).

contrapartida (como, por exemplo, construir um conjunto habitacional para a população de baixa renda), em troca do direito de construir de acordo com os novos índices urbanísticos fixados pelo plano urbanístico previsto na lei que institui a operação urbana consorciada. Note: a construção de acordo com os novos índices definidos no plano da operação consorciada somente é possível se o interessado arcar com as contrapartidas previstas na lei que institui a ação concertada. A concretização do plano da operação depende, portanto, da adesão do setor privado, razão pela qual é possível defender a natureza indicativa desse tipo de plano. Caso não haja adesão, a edificação na área seguirá os parâmetros definidos no plano diretor municipal, esse sim um plano de observância obrigatória por toda a coletividade.

8 O Plano da Operação Urbana Consorciada (Plano Indicativo) não revoga o Plano Diretor

Seria o caso, nesse momento, de perguntar: a lei que define o plano específico da operação consorciada não revoga, ainda que parcialmente, a lei que institui o plano diretor municipal? Nesse caso, não haveria a incidência do critério cronológico (lei posterior que cria a operação urbana consorciada revoga a lei anterior que institui o plano diretor) ou do critério da especialidade (lei específica para a área da operação revoga a lei que define os índices urbanísticos para toda a cidade)?

A resposta é negativa. Veja: a possibilidade de aplicação do instrumento da operação urbana consorciada deve constar do plano diretor municipal. O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.527/2001) prevê que a lei municipal específica que delimita área para a aplicação da operação consorciada deve estar baseada em prescrição do plano diretor (art. 32, *caput*), isto é, o instrumento da operação urbana consorciada somente pode ser utilizado se a lei que

institui o plano diretor autorizar.³⁰ O Estatuto prevê, ainda, que as disposições relativas às operações urbanas consorciadas (área de abrangência, modificações dos índices urbanísticos, contrapartidas dos beneficiários, plano da operação, finalidades, forma de controle etc.) devem constar obrigatoriamente do plano diretor municipal, como um dos seus requisitos mínimos (Lei nº 10.257/2001, art. 42, inc. II).

Deveras, tendo em vista que efetivar a operação urbana consorciada pressupõe alterar os parâmetros urbanísticos do plano diretor, e que o plano é um instrumento fundamental da política de desenvolvimento urbano (Constituição Federal, art.182, §1º, e Lei nº 10.257/2001, art.40), a possibilidade de utilizar a ação consorciada deve estar prevista no seu texto. Caso contrário, a lei que institui o plano diretor seria alterada por uma lei municipal produzida sem obediência às regras que regulam sua elaboração, previstas na Lei nº 10.257/2001 (arts. 39 a 42-B). Assim, somente o plano diretor municipal pode autorizar a aplicação da operação urbana consorciada, visto que esta pressupõe a alteração dos índices urbanísticos por ele previstos, nos moldes do art.32, §2º, da Lei nº 10.257/2001.

Trata-se, na realidade, de aplicação do princípio da reserva do plano (CF, art. 182, §§ 1º e 2º), que promove o plano diretor à categoria de principal instrumento da política de desenvolvimento e de expansão urbana³¹. O texto

³⁰ O Plano Diretor do Município de São Paulo (Lei nº 16.050/2014), por exemplo, prevê que *a Prefeitura poderá realizar Operações Urbanas consorciadas, de acordo com a Lei Federal nº 10.257, de 2001, com o objetivo de promover, em um determinado perímetro, transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental, previstas no Projeto de Intervenção Urbanística elaborado para a área* (art. 137). A mesma lei municipal prevê, ainda, que *novas operações urbanas consorciadas poderão ser criadas, por lei específica, apenas na Macroárea de Estruturação Metropolitana, com prioridade para a realização de estudos nos seguintes subsetores: I – Arco Tamanduateí; II – Arco Tietê; III – Arco Jurubatuba; IV – Arco Pinheiros* (art. 137, parágrafo único).

³¹ Nesse sentido, o Estatuto da Cidade determina que muitos dos instrumentos urbanísticos indicados em seu texto somente serão aplicados

constitucional é expresso nesse sentido, ao determinar que as exigências fundamentais de ordenação da cidade devem estar definidas na lei que institui o plano (art.182, §2º). A finalidade da norma constitucional é, justamente, evitar que leis municipais esparsas regulamentem – cada qual a seu modo – a organização do espaço urbano, em evidente prejuízo ao planejamento urbano local, que deve ser único para todo o território.³²

Portanto, não há revogação, ainda que parcial, da lei que institui o plano diretor pela lei que cria a operação urbana consorciada. Afinal, a edição desta última deve ser prevista pela primeira. A lei do plano diretor funciona, na verdade, como requisito de validade da lei que regula a ação consorciada. Esta só pode existir se sua edição estiver prevista naquela outra. De outra parte, cabe lembrar que a lei da operação vale apenas para uma área específica da cidade – que, aliás, também deve estar delimitada, ainda que em termos genéricos, pelo plano municipal (Lei nº 10.257/2001, art. 32, *caput*)³³ – todo o restante do território

se sua instituição for prevista pelo plano diretor municipal. Dentre eles, pode-se citar: a) o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios de imóveis urbanos (Lei nº10.257/2001, art.5º), inclusive no que se refere à delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o instrumento, considerando a existência de infraestrutura e de demanda para utilização (art.42, I); b) o direito de preempção (art.42, II c/c Lei nº10.257/2001, art.25); c) a outorga onerosa do direito de construir e do direito de alteração do uso (art.42, II c/c arts.28 a 31); d) a transferência do direito de construir (art.42, II, c/c art.35); e e) as operações urbanas consorciadas (art.42, II, c/c arts.32 a 34). A maior parte desses instrumentos (parcelamento, edificação e utilização compulsórios; direito de preempção; transferência do direito de construir; e operação urbana consorciada) dependem, ainda, de lei municipal (baseada no plano diretor) que os institua.

³² Na mesma direção, Victor Carvalho Pinto invoca o princípio da reserva de plano como fundamento para a necessidade de o plano diretor prever as *bases para a utilização do direito de preempção, das operações consorciadas e da transferência do direito de construir*. (PINTO, Victor Carvalho. **Direito urbanístico**: plano diretor e direito de propriedade. São Paulo: RT, 2005, p.224-225).

³³ A previsão, ainda que genérica, da área de implantação das operações concertadas evita que o instrumento seja utilizado de forma casuística e oportunista, sem a consonância com o planejamento urbanístico, cujas

municipal continua com sua ocupação regulada pelas disposições do plano diretor. Aliás, as regras do plano diretor continuam a incidir inclusive sobre a área delimitada pelo plano da operação – caso os proprietários de imóveis na região não arquem com as contrapartidas, ou seja, não participem da ação concertada, as edificações por eles executadas deverão atender aos parâmetros do plano diretor municipal.

O mesmo raciocínio é válido para qualquer outra forma de ação concertada entre Poder Público e setor privado, como, por exemplo, a concessão urbanística, prevista, no Município de São Paulo, pela Lei nº 14.917/09 e pelo Plano Diretor Estratégico Municipal (Lei nº 16.050/2014, art. 144). Esse instrumento também deve ter sua aplicação autorizada pelo plano diretor, sob pena de invalidade da lei que o institui.

Desse modo, permanece legítima nossa afirmação no sentido de que lei da mesma escala hierárquica que contrariar o plano diretor não tem o condão de revogá-lo. Ao contrário, deverá ser considerada inválida, caso sua edição não tenha sido expressamente por ele autorizada.

9 Plano Diretor como instrumento fundamental do planejamento urbanístico

Feitas essas observações acerca da força normativa do plano e do caráter impositivo ou indicativo de suas disposições, passaremos a discorrer exclusivamente sobre o planejamento urbanístico e, mais especificamente, sobre o mais importante instrumento de ordenação urbana previsto no direito pátrio: o plano diretor municipal.

A Constituição Federal atribui ao Município o protagonismo na atividade de organização do espaço

diretrizes estão expressas no plano diretor local. (LEVIN, Alexandre. **Operação Urbana Consorciada**: concertação público-privada para a justa distribuição dos benefícios decorrentes da atividade urbanística. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2015, p. 173).

urbano. O art. 182, em seu *caput*, prevê que a política de desenvolvimento urbano deve ser executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei. A lei a que se refere o Texto Constitucional é o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), expedido com fundamento no art. 24, inc. I, e parágrafos da Carta, que estatui, por sua vez, a competência concorrente para edição de normas de direito urbano – a União edita normas gerais e Estados, DF e Municípios, normas suplementares.

No exercício de sua competência para criação de normas gerais urbanísticas, a União editou a Lei nº 10.257/2001, que contém diversos dispositivos sobre a elaboração do plano diretor municipal. A lei federal impõe, dentre outras regras, que “o plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo” (art. 40, §2º), que “a lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos” (art. 40, §3º) e que devem ser realizadas, obrigatoriamente, audiências públicas no seu processo de elaboração (art. 40, §4º, inc. I).

As normas gerais sobre o plano diretor constantes do Estatuto da Cidade não violam a competência do Município para organizar seu território. São apenas comandos genéricos, que não impedem que o plano diretor exerça sua função de “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (CF, art. 182, §1º).

Com efeito, são os preceitos da lei municipal instituidora do plano que regulam, de forma detalhada, a organização do espaço urbano: definem coeficientes de aproveitamento, taxas de ocupação, parâmetros de parcelamento, diretrizes para regularização fundiária, áreas de aplicação de operações consorciadas, áreas sujeitas à preempção (Lei nº 10.257/2001, art. 25), dentre outras especificidades do planejamento local. Tudo isso em respeito, inclusive, ao comando previsto no art. 30, inc. VIII, da Carta, segundo o qual compete aos Municípios “promover, no que couber, adequado ordenamento

territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

É certo que o planejamento urbano realizado pelo Município deve levar em conta planos nacionais ou regionais de ordenação do território (CF, art. 21, inc. IX), bem como leis estaduais que instituem regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (CF, art. 25, §3º). Afinal, União e Estados também possuem competência em matéria urbanística e podem impor regras de organização do território.

10 Limites da competência da União e dos Estados-membros em matéria urbanística – os planos nacionais e regionais de organização do espaço urbano

Mas a competência para edição de regras urbanísticas por União e Estados encontra claras limitações no Texto Constitucional. Como dito, a Constituição prevê que a política de desenvolvimento urbano deve ser executada pelo Poder Público municipal (art. 182, *caput*), que o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, é o instrumento básico de organização do território (art. 182, §1º) e que a propriedade cumpre sua função social quando atende às exigências de ordenação da cidade expressas no plano diretor (art. 182, §2º). Assim, os planos nacionais, regionais e metropolitanos de ordenação do espaço urbano devem se limitar à edição de regras genéricas, abrangentes de uma parcela ampla do território nacional ou estadual. Essas normas são editadas para perseguir objetivos de interesse nacional – criar limitações de ordem urbanística e/ou ambiental que atingem mais de um Estado da Federação, por exemplo – ou regional – criar limitações de ordem urbanística e/ou ambiental que atingem mais de um Município, de um mesmo Estado. Trata-se, na verdade, de aplicação do princípio da predominância dos interesses, sempre lembrado pelos constitucionalistas como

fundamento para a divisão de competências estabelecida pela Constituição Federal.

À União é atribuída a competência para instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos (CF, art. 21, inc. XIX) e para impor diretrizes nacionais para as políticas habitacionais, de saneamento básico e de transportes urbanos (CF, art. 21, inc. XX). Com base nessas competências, foram editadas, por exemplo, a Lei nº 9.433/97 (que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos), a Lei nº 13.465/2017 (que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana em âmbito nacional³⁴), a Lei nº 11.445/2007 (que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico) e a Lei nº 12.587/2012 (que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana). São diplomas legais que regulam aspectos importantes da ordenação do espaço urbano, mas sempre de forma genérica – todas essas matérias podem (devem) ser objeto de leis municipais específicas, que suplementem as normas gerais federais, de acordo com a realidade local.

Sobre o tema, é de se lembrar também a competência da União para elaborar o zoneamento ambiental de âmbito nacional e regional, nos termos do art. 7º, inc. IX, da Lei Complementar nº 140/2011.³⁵ Essa lei federal estabelece normas para a cooperação entre a União,

³⁴ A Lei 13.465/2017 institui no território nacional normas gerais e procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana (Reurb), a qual abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes (art. 9º).

³⁵ O zoneamento ambiental é instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, previsto no art. 9º, inc. II, da Lei nº 6.938/81. Sua definição consta do Decreto Federal nº 4.297/2002, que lhe atribui a denominação de *Zoneamento Ecológico-Econômico* (ZEE). De acordo com o art. 2º do decreto federal, o ZEE, *instrumento de organização do território a ser obrigatoriamente seguido na implantação de planos, obras e atividades públicas e privadas, estabelece medidas e padrões de proteção ambiental destinados a assegurar a qualidade ambiental, dos recursos hídricos e do solo e a conservação da biodiversidade, garantindo o desenvolvimento sustentável e a melhoria das condições de vida da população.*

os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum para a proteção do meio ambiente, e foi editada com base no art. 23, parágrafo único, da Constituição Federal. Como a competência para o exercício do poder de polícia ambiental é comum, editou-se lei complementar para definir as ações ambientais que podem ser tomadas por cada um dos entes da Federação, com o intuito de evitar sobreposição de funções. Assim, a competência para elaborar o zoneamento ambiental nacional e regional é da União (LC nº 140/2011, art. 7º, inc. IX); aos Estados cabe elaborar o zoneamento de âmbito estadual, em conformidade com os zoneamentos de âmbito nacional e regional (LC nº 140/2011, art. 8º, inc. IX);³⁶ e aos Municípios compete “elaborar o Plano Diretor, observando os zoneamentos ambientais” (LC nº 140/2011, art. 9º, inc. IX).

Perceba que da leitura dos dispositivos indicados da LC nº 140/2011 não se infere, ao menos em tese, contrariedade ao princípio federativo. Não há interferência indevida da União e Estados na autonomia municipal, já que os zoneamentos ambientais federal e estadual estabelecem padrões de proteção ambiental genéricos para áreas que abrangem mais de um Estado ou mais de um Município, respectivamente. Devem ser impostas normas gerais de ocupação do espaço, sem descer a detalhes de organização do espaço urbano, que devem ficar a cargo do ente municipal, por expressa determinação constitucional (CF, art. 182), como visto.³⁷ O Poder Público municipal, ao

³⁶ Nos termos do novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), *os Estados que não possuem seus Zoneamentos Ecológico-Econômicos - ZEEs segundo a metodologia unificada, estabelecida em norma federal, terão o prazo de 5 (cinco) anos, a partir da data da publicação desta Lei, para a sua elaboração e aprovação* (art. 13, §2º).

³⁷ O Decreto Federal nº 4.297/2002, que estabelece critérios para o Zoneamento Ecológico-Econômico (ZEE), prevê que compete ao Poder Público Federal elaborar e executar o ZEE nacional e regionais, quando tiver por objeto biomas brasileiros ou territórios abrangidos por planos e projetos prioritários estabelecidos pelo Governo Federal (art. 6º). Portanto, a

elaborar seu plano diretor, deve levar em consideração os zoneamentos ambientais federal e estadual, da mesma forma como o faz em relação às unidades de conservação criadas com base na Lei nº 9.985/2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC). De modo que, se uma área do Município foi definida como de proteção integral,³⁸ por exemplo, por lei federal ou estadual, para fins de proteção de determinado bioma, não pode o plano diretor municipal lhe atribuir outro tipo de uso. As leis federais e estaduais somente invadem a competência local se estipulam, por exemplo, índices urbanísticos específicos para todo o perímetro do Município, sob o pretexto de criar zonas de proteção ambiental.

11 Planos regionais de desenvolvimento integrado para Municípios inseridos em regiões metropolitanas

O mesmo raciocínio é aplicável para Municípios inseridos em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, criadas por lei estadual com base no art. 25, §3º, da Constituição Federal. Esse dispositivo constitucional permite aos Estados editar lei complementar que crie essas regiões, constituídas por agrupamentos de municípios vizinhos, com a finalidade de integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.³⁹ Com base nesse preceito constitucional, foi

elaboração do ZEE pela União deve atender a hipóteses em que o interesse nacional ou regional exija a atuação do Poder Público federal, como nas hipóteses em que determinado bioma ocupe o território de mais de um Estado da Federação. Suas prescrições devem se limitar a aspectos ambientais genéricos sobre a ocupação desses territórios, sem invadir a competência dos Municípios localizados nos limites do zoneamento.

³⁸ A Lei nº 9.985/2000 prevê as categorias de unidades de conservação de proteção integral (art. 8º).

³⁹ Lembra Paulo de Bessa Antunes que ao Município *não compete concordar ou discordar de sua inclusão em um dos instrumentos de gestão urbanística (...). Compete-lhe, única e exclusivamente, a eles se integrar da forma mais ampla possível.* (ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 17.ed., São Paulo: Atlas, 2015, pp. 474-475). Ou seja, o Município não pode recusar

editada a Lei nº 13.089/2015 (Estatuto da Metrópole), que prevê expressamente a edição do *plano de desenvolvimento integrado* como um dos instrumentos voltados ao desenvolvimento urbano integrado das regiões metropolitanas e das aglomera es urbanas (art. 9 , inc. I).

Assim, as regiões metropolitanas e as aglomera es urbanas devem contar com um plano de desenvolvimento integrado, aprovado por lei estadual (Lei n  13.089/2015, art. 10), que contemple, no mínimo:

I – as diretrizes para as fun es públicas de interesse comum, incluindo projetos estratégicos e a es prioritárias para investimentos; II – o macrozoneamento da unidade territorial urbana; III – as diretrizes quanto   articulação dos Municípios no parcelamento, uso e ocupação no solo urbano; IV – as diretrizes quanto   articulação intersetorial das políticas públicas afetas à unidade territorial urbana; V – a delimitação das áreas com restri es   urbanização visando à proteção do patrim nio ambiental ou cultural, bem como das áreas sujeitas a controle especial pelo risco de desastres naturais, se existirem; e VI – o sistema de acompanhamento e controle de suas disposi es (art. 12,  1 ).

Note, portanto, que a lei estadual define uma série de regras sobre ocupação do espaço urbano, aplicáveis a todos os Municípios que compõem determinada região metropolitana ou aglomeração urbana, com o intuito de

fazer parte de região metropolitana criada pelo Estado. O autor lembra, ainda, da decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional dispositivo da Constituição do Espírito Santo que previa consulta prévia, mediante plebiscito, às popula es interessadas, como requisito para criação de regiões metropolitanas e aglomera es urbanas (STF, Adin 796/ES – Relator: Min. Néri da Silveira. Tribunal Pleno. DJU 17.12.1999).

viabilizar a consecução das finalidades para as quais a região foi criada. Essas regras são veiculadas por meio do plano de desenvolvimento integrado, aprovado por lei estadual, e devem ser respeitadas pelo Município quando da edição do plano diretor local. A previsão de regras acerca do parcelamento, uso e ocupação do solo municipal, por exemplo, deve levar em conta as diretrizes do plano de desenvolvimento integrado, naquilo que pertine às finalidades da lei que cria a região metropolitana (Lei nº 13.089/2015, art. 12, §1º, inc. III). Novamente, aqui, não há qualquer contrariedade ao princípio da autonomia federativa municipal, visto que a competência do Estado para criar regiões metropolitanas decorre do texto original da Constituição de 1988 (CF, art. 25, §3º).

Sobre a questão, a Lei nº 13.089/2015 (Estatuto da MetrÓpole), em seu art. 10, §2º, prevê que a elaboração do plano de desenvolvimento integrado da região metropolitana, aprovado pela lei estadual, não exime o Município integrante de região metropolitana ou aglomeração urbana da formulação do respectivo plano diretor, em atenção ao Texto Constitucional (CF, art. 182, §1º) e de acordo com as regras de elaboração previstas na Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade). Prevê, ainda, a Lei nº 13.089/2015 que o Município deve compatibilizar seu plano diretor com o plano integrado da região metropolitana (art. 10, §3º).

As regiões metropolitanas são criadas, especialmente, para viabilizar a execução de funções públicas de interesse comum de todos os Municípios que a compõem. Por meio desse instrumento urbanístico, constitucionalmente previsto, Municípios vizinhos podem prestar serviços públicos de forma conjunta e com muito mais eficiência, a beneficiar suas respectivas populações. Trata-se de uma união de esforços técnicos e financeiros, que viabilizam a execução de serviços supramunicipais, que não seriam prestados com a mesma eficiência se cada Município fosse responsável, sozinho, por prestá-los aos

seus cidadãos. Serviços de saneamento básico, transporte público metropolitano, coleta e destinação de resíduos sólidos, enfim, serviços públicos que, pela sua própria natureza, impõem sejam prestados de forma conjunta por Municípios limítrofes, atingidos por processo de conurbação.⁴⁰

O plano de desenvolvimento urbano integrado previsto no Estatuto da Metrópole deve conter regras que dizem respeito à execução dessas funções públicas de interesse supramunicipal. Deve se limitar, em verdade, a estabelecer normas que viabilizem a execução dessas atividades, como, por exemplo, regras que definam o macrozoneamento da unidade territorial urbana (Lei nº 13.089/2015, art. 12, §1º, inc. II). Mas o plano da região metropolitana ou da aglomeração urbana, criado por lei estadual, não pode descer a detalhes sobre a ocupação do território de cada Município, a criar regras que dizem respeito, apenas e tão somente, à organização urbanística local, sem qualquer relação com a prestação das funções para as quais foram criadas as unidades territoriais pelo Estado. Caso contrário, restaria configurada uma limitação injustificável à função urbanística municipal, prevista expressamente, como visto, na Constituição da República (arts. 30, inc. VIII, e 182, *caput*).

Portanto, as prescrições do plano diretor municipal devem atender aos comandos de leis federais e estaduais

⁴⁰ O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Adin 1.842/RJ, estabeleceu alguns parâmetros para a criação das regiões metropolitanas. A Corte decidiu que a criação da região metropolitana não atenta contra a autonomia municipal, mas definiu que deve haver um interesse comum para justificar a instituição da unidade. Além disso, decidiu o STF que a integração metropolitana não deve ser realizada pela mera transferência de competência para o Estado-membro; os Municípios devem participar das decisões que digam respeito aos rumos da região metropolitana, por meio da previsão de órgão decisório colegiado, mesmo que não-paritário. Também foi decidido que a prestação conjunta do serviço de saneamento básico é justificativa suficiente para a criação da unidade territorial, tendo em vista o alto custo do serviço e o fato de sua execução ultrapassar os limites territoriais de um município.

de organização do território (zoneamentos ambientais, planos diretores metropolitanos), desde que esses diplomas se limitem a regular as funções para as quais foram editados (proteção ambiental, prestação de serviços públicos supramunicipais etc.) e não invadam a autonomia do Município para organizar seu próprio território. Essas leis não retiram do Município o papel, que lhe foi atribuído pelo Texto Constitucional, de principal executor da política urbana. Afinal, é o poder público local que conhece, como ninguém, as características do seu território e as necessidades de sua população, o que o torna capaz de propor soluções para os seus próprios problemas, por meio da edição do plano diretor municipal.

12 Regras do Estatuto da Cidade sobre o Plano Diretor

Depois de abordar, ainda que brevemente, a relação dos planos diretores municipais com as leis federais e estaduais de organização do território, passemos a analisar os dispositivos da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) que tratam da sua elaboração.

O Estatuto da Cidade atribui ao plano diretor a função de instrumento da política urbana (Lei nº 10.257/2001, art. 4º, inc. II, a), a ser utilizado para a consecução dos objetivos traçados na lei, em conjunto com outras espécies de planos, como os “planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social” (Lei nº 10.257/2001, art. 4º, inc. I) e o “planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões” (Lei nº 10.257/2001, art. 4º, inc. II).

Perceba que o plano diretor está inserido em um instrumento mais amplo, denominado “planejamento municipal” (Lei nº 10.257/2001, art. 4º, inc. III). Nesse instrumento estão incluídos, além do plano diretor: a

disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; o zoneamento ambiental; o plano plurianual; diretrizes orçamentárias e orçamento anual; gestão orçamentária participativa; os planos, programas e projetos setoriais; e os planos de desenvolvimento econômico e social (Lei nº 10.257/2001, art. 4º, inc. III, *a a h*).

Mas as regras específicas sobre o plano diretor estão previstas nos arts. 39 a 42-B da Lei nº 10.257/2001. Há normas gerais sobre o instrumento, regras sobre o seu processo de elaboração e preceitos sobre o seu conteúdo mínimo.

13 Regras gerais sobre Plano Diretor no Estatuto da cidade: o Plano Diretor como parâmetro para o cumprimento da função social da propriedade urbana

O art. 39, *caput*, do Estatuto da Cidade tem redação quase idêntica à do art. 182, §2º, da Constituição Federal. Segundo ele, o parâmetro para se aferir o respeito à função social da propriedade é o atendimento às regras constantes da lei que institui o plano. Nas palavras do texto, a propriedade urbana cumpre sua função social “quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. Ou seja, se o imóvel urbano está construído de acordo com os índices definidos no plano, pode-se afirmar que a propriedade atende à sua função social. Se a construção respeita o coeficiente de aproveitamento,⁴¹ a taxa de ocupação e os demais parâmetros definidos para a área da cidade em que o imóvel se localiza; se o uso conferido ao imóvel está conforme a lei de zoneamento; se o imóvel não está subutilizado; enfim, se a edificação segue as regras definidas

⁴¹ O Estatuto da Cidade define o coeficiente de aproveitamento como a relação entre a área edificável e a área do terreno (Lei nº 10.257/2001, art. 28, §1º).

na lei que institui o plano diretor, pode-se afirmar que a propriedade cumpre sua função social.

A prescrição é uma clara homenagem ao princípio da legalidade, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, art. 5º, inc. II). Afinal, não se pode obrigar um proprietário a dar uma utilização mínima ou máxima ao seu imóvel sem que uma lei defina critérios objetivos para tais imposições. Cuida-se de aplicar limitações à propriedade privada – ou exercício do poder de polícia, como quer a doutrina mais tradicional, – e essas somente são válidas se impostas por lei. Não se pode esquecer que o direito à propriedade privada é direito fundamental, garantido constitucionalmente (CF, art. 5º, inc. XXII).⁴² Portanto, a imposição de penalidades ao proprietário que descumprir a função social do imóvel (CF, art. 182, §4º, e Lei 10.257/2001, arts. 5º a 8º) não pode resultar de apreciação subjetiva por parte dos agentes de fiscalização. É preciso comparar a situação do imóvel com os parâmetros definidos na lei que institui o plano diretor, para se saber se o bem pode ser considerado subutilizado, ou seja, utilizado em índices inferiores aos coeficientes mínimos estabelecidos na lei municipal.⁴³

⁴² A função social da propriedade é prevista na Constituição Federal no rol de direitos fundamentais (CF, art. 5º, inc. XXII) e como princípio da ordem econômica (art. 170, inc. III). Nos dois casos, vem acompanhada da previsão constitucional que impõe o respeito à propriedade privada (CF, art. 5º, inc. XXII, e art. 170, inc. II). Pretendeu o Constituinte deixar claro que não há incompatibilidade entre ambos, mas qualquer limitação aos poderes do proprietário somente pode ser imposta por lei.

⁴³ O Plano Diretor do Município de São Paulo (Lei nº 16.050/2014), por exemplo, determina que são considerados imóveis não edificadas os lotes e glebas com área superior a 500m², com coeficiente de aproveitamento utilizado igual a 0 (zero) (art. 92). Já imóveis *subutilizados* são os lotes e glebas com área superior a 500m² que apresentam coeficiente de aproveitamento inferior ao mínimo definido nos Quadros 2 e 2ª, anexos à lei (art. 93). A mesma lei municipal define, ainda, que *são considerados imóveis não utilizados aqueles com coeficiente de aproveitamento utilizado igual ou superior ao coeficiente de aproveitamento mínimo definido nos Quadros 2 e 2A anexos e que tenham, no mínimo, 60% (sessenta por cento) de*

O proprietário deve edificar em seu terreno a quantidade de metros quadrados necessária para se atingir o coeficiente mínimo exigido pelo plano diretor, além de atribuir ao imóvel já edificado uma utilização mínima, também definida na lei municipal para cada área do território urbano. Da mesma forma, deve parcelar seu terreno de forma a atingir o tamanho máximo de lote permitido, pelo mesmo diploma local, para a região da cidade em que se localiza o imóvel. Em caso de descumprimento, além das sanções de parcelamento, edificação e utilização compulsórios já citadas, estará o proprietário sujeito à cobrança de IPTU com alíquota progressiva no tempo (CF, art. 182, §4º, II, e Lei nº 10.257/2001, art. 7º) e à desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública (CF, art. 182, §4º, III, e Lei nº 10.257/2001, art. 8º).

Essas regras de aproveitamento mínimo são estabelecidas pelo plano diretor com o intuito de fazer com que os imóveis sejam aproveitados de forma compatível com a infraestrutura urbana existente; em áreas da cidade em que o Poder Público pretenda promover um maior adensamento populacional – em razão da existência de infraestrutura urbana disponível para tanto –, são fixados coeficientes de aproveitamento mínimo mais elevados. Ao contrário, em áreas urbanas já suficientemente adensadas, o coeficiente de aproveitamento mínimo fixado pelo plano diretor deverá ser menor. Aplicam-se aqui princípios de direito urbano elencados no art. 2º do Estatuto da Cidade: o princípio que determina seja evitado “o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em

sua área construída desocupada por mais de 1 (um) ano ininterrupto (art. 95). Perceba que o plano diretor paulistano utilizou tanto índices de coeficiente de aproveitamento em algarismos (CA 1, CA 2, CA 3 etc.) quanto em percentuais sobre a área construída utilizada. São critérios objetivos, matemáticos, que definem se o imóvel cumpre ou não sua função social e se estará ou não sujeito às sanções aplicáveis em caso de descumprimento (IPTU progressivo e desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública), nos termos da Lei nº 10.257/2001 (arts. 5º a 8º).

relação à infraestrutura urbana” (art. 2º, VI, c) e o que veda “a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização” (art. 2º, VI, e).

Busca-se impedir que imóveis situados em áreas da cidade dotadas de adequada infraestrutura urbana permaneçam ociosos, sem utilização condizente com os equipamentos públicos instalados na região.⁴⁴ Os investimentos realizados para a implantação dessa infraestrutura são custeados com recursos públicos e valorizam as propriedades situadas na área; deve o titular do domínio, portanto, dar uma utilização adequada ao seu bem – gerando riqueza, movimentando a economia local, disponibilizando moradia – e não simplesmente retê-lo sem qualquer uso, a aguardar a valorização proveniente desses investimentos.

Por essas razões, o art. 39 do Estatuto da Cidade relaciona o cumprimento da função social ao “atendimento dos cidadãos quanto à sadia qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas”, respeitadas as diretrizes do art. 2º da lei. A existência de imóveis ociosos em áreas valorizadas da cidade representa a perda de um potencial econômico; são bens que, devidamente explorados, poderiam gerar riqueza ou servir para minorar o grave déficit habitacional brasileiro. O plano diretor do Município, ao prever os parâmetros para aferir o cumprimento da função social da propriedade, deve levar em conta todos esses fatores sociais e econômicos, de acordo com a realidade local.

Já o art. 40 da Lei nº 10.257/2001 prevê que o plano diretor é o instrumento básico da política de

⁴⁴ Já tivemos a oportunidade de escrever que as normas que preveem o parcelamento, edificação e utilização compulsórios dos imóveis urbanos têm por finalidade *impor o respeito ao princípio da função social da propriedade urbana, a impedir a retenção especulativa do imóvel, prejudicial ao planejamento urbano e ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade*. (LEVIN, Alexandre. **Parcelamento, edificação e utilização compulsórios de imóveis públicos urbanos**. Belo Horizonte; Fórum, 2010, p. 265).

desenvolvimento urbano, além de deixar claro que deve ser aprovado por lei municipal. Trata-se de previsão similar ao disposto no art. 182, §1º, da Constituição, que também afirma o caráter obrigatório do plano diretor, ao prever que deve ser aprovado pela Câmara Municipal. Não há dúvida, portanto, que as regras do plano são de observância obrigatória e não meras recomendações dos órgãos competentes para organização do espaço urbano.

Visto que o plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, o plano plurianual, as leis de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual devem incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas (Lei nº 10.257/2001, art. 40, §1º). Aqui, mais uma vez vislumbra-se o modo diferenciado de aplicação das regras pertinentes ao planejamento público. As leis orçamentárias, ainda que posteriores, não revogam as disposições da lei do plano que lhe forem contrárias, isto é, não há incidência do critério cronológico de conflitos de normas – ao contrário, as leis orçamentárias devem respeito às disposições de um diploma do mesmo grau hierárquico e devem ser editadas levando em conta o planejamento nele previsto. Assim, por exemplo, se o plano diretor prevê a construção de corredores e terminais de ônibus, visando ao incremento da mobilidade urbana, devem as leis orçamentárias indicar as receitas que serão aplicadas para tal finalidade. Afinal, de nada adianta planejar se os recursos não estão disponíveis para a execução do plano. As leis que definem o planejamento urbanístico e financeiro devem estar, portanto, em total sintonia.

14 Abrangência do Plano Diretor

O Estatuto da Cidade prevê que o “plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo” (art. 40, §2º). Ou seja, tanto a zona urbana quanto a zona rural devem estar abrangidas pelas prescrições do plano.

O dispositivo deve ser entendido nos seus devidos termos. O Município, ao impor regras para a ocupação de suas áreas rurais, não deve invadir a competência privativa da União para legislar sobre direito agrário (CF, art. 22, inc. I). Normas sobre a utilização da propriedade rural, sobre os direitos e obrigações relativos aos bens imóveis rurais,⁴⁵ ou sobre a aplicação das sanções à propriedade rural que não cumpre sua função social⁴⁶ são de competência do poder público federal. O Município não pode interferir nas questões relativas ao planejamento e à execução da política agrícola da União.⁴⁷

De modo que as prescrições que abrangem as áreas rurais dos Municípios devem se ater a aspectos urbanísticos. A princípio, a afirmação pode parecer contraditória, porque, afinal, trata-se de regras de direito urbano a incidir sobre zona rural. Mas a dúvida é logo afastada, ao se levar em conta a conexão direta entre as áreas rurais e urbanas do Município. Existem inúmeros atributos das áreas rurais que devem ser devidamente regulados pelo plano diretor, por influírem diretamente na vida dos moradores das áreas urbanas. Basta lembrar dos mananciais, que são reservatórios de água que abastecem o Município. Estão localizados em áreas rurais e sua proteção e o controle do

⁴⁵ Lei nº 4.504/1964 (Estatuto da Terra).

⁴⁶ Lei nº 8.629/1993, que regulamenta os dispositivos constitucionais sobre reforma agrária (CF, arts. 184 a 191).

⁴⁷ Nesse diapasão, explica Jacintho Arruda Câmara que a previsão do § 2º do art. 40 do Estatuto há de ser entendida de forma a não contrariar o Texto Constitucional. Assim, *não é porque o plano diretor deve abranger toda a área do Município, inclusive a rural, que o legislador poderá, no exercício dessa competência específica, prescrever políticas agrárias ou disciplinar o uso de imóveis rurais. Se assim o fizesse estaria, efetivamente, usurpando competência legislativa exclusiva da União. Quando o Estatuto prevê a abrangência do plano diretor para a área de todo o Município, parte do pressuposto de que tal competência será exercida no âmbito da atuação legítima do legislador municipal, que, em relação ao citado plano, deve se ater a aspectos urbanísticos.* (CÂMARA, Jacintho Arruda. Plano Diretor. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade**: comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 312).

seu uso por meio do plano diretor são essenciais, para que a população possa ter acesso a água potável.⁴⁸

Nas áreas rurais dos Municípios são encontrados fragmentos de vegetação nativa, várzeas preservadas, nascentes e cursos d'água, remanescentes de florestas naturais, enfim, áreas de significativo valor ambiental, ainda pouco afetadas por atividades humanas. Ora, essas áreas devem ser objeto de especial proteção pelo plano diretor, pois sua degradação pode levar à perda da qualidade de vida de todos os munícipes, inclusive dos que habitam em zona urbana. A ocupação desordenada de áreas com fragilidades geológicas – como encostas de morro com mata

⁴⁸ O Plano Diretor do Município de São Paulo (Lei Municipal nº 16.050/2014) define o perímetro rural e o urbano (Mapa 1A) e prevê que as *Macroáreas de Contenção Urbana e Uso Sustentável e de Preservação de Ecossistemas Naturais* correspondem à zona rural do Município (art. 16, §5º). Nos termos da lei municipal, essas espécies de macroáreas são caracterizadas *pela existência de fragmentos significativos de vegetação nativa, entremeados por atividades agrícolas, sítios e chácaras de recreio que protegem e/ou impactam, em graus distintos, a qualidade dos recursos hídricos e da biodiversidade, com características geológico-geotécnicas e de relevo que demandam critérios específicos para ocupação, abrigando também áreas de exploração mineral, ativas e desativadas* (art. 20). A forma de ocupação dessas áreas impacta diretamente a qualidade dos recursos hídricos que abastecem a população que vive em áreas urbanas. Daí ser necessário que o plano diretor regulamente, também, a ocupação das áreas rurais. O Plano Diretor paulistano prevê, ainda, a existência de um *Polo de Desenvolvimento Econômico Rural Sustentável*, com o objetivo de promover atividades econômicas e gerar empregos na zona rural (Lei Municipal nº 16.050/2014, art. 189). É previsto, também, a edição do *Plano Municipal de Desenvolvimento Rural Sustentável*, que é o instrumento norteador do desenvolvimento econômico na zona rural (art. 191). A lei municipal estabelece o conteúdo mínimo desse plano: *I – diagnóstico socioambiental, econômico e cultural; II – caracterização das cadeias produtivas existentes e potenciais, identificando os entraves a serem superados para seu desenvolvimento; III – diretrizes para orientar as articulações e parcerias com órgãos públicos, organizações da sociedade civil e instituições de ensino e pesquisa necessárias para o desenvolvimento rural paulistano; IV – diretrizes para orientar a destinação de recursos voltados a promover o desenvolvimento rural sustentável* (art. 191, incs. I a IV).

nativa, por exemplo – pode conduzir a processos erosivos e a desmoronamentos, a afetar toda a população local.⁴⁹

Por todas essas razões, não há como o plano diretor ficar indiferente ao que acontece na zona rural do município: a ocupação dessas áreas também deve ser objeto de regulamentação, pois o que nela acontece impacta diretamente nas zonas urbanas. Segue nessa direção a diretriz da política urbana que determina a “integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência” (Lei nº 10.257/2001, art. 2º, inc. VII).

15 Regras sobre Elaboração do Plano Diretor

A lei que institui o plano diretor somente pode ser editada após a tramitação de um processo legislativo específico, que não pode ser concluído sem a ampla participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade (Lei nº 10.257/2001, art. 40, §4º, inc. I). Durante o processo de elaboração da lei, devem ser promovidas audiências públicas e debates com todos os interessados, garantida a ampla publicidade quanto aos documentos e informações produzidos, os quais devem ficar disponíveis ao acesso de qualquer interessado (Lei 10.257/2001, art. 40, §4º, inc. I a III).

⁴⁹ Não é por outra razão que o Plano Diretor do Município de São Paulo (Lei nº 16.050/2014) define como objetivos da *Macrozona de Proteção e Recuperação Ambiental*, situada em zona rural, dentre outros: I - conservação e recuperação dos serviços ambientais prestados pelos sistemas ambientais existentes, em especial aqueles relacionados com a produção da água, biodiversidade, proteção do solo e regulação climática; II - proteção da biodiversidade, dos recursos hídricos e das áreas geotécnicamente frágeis; III - compatibilização de usos e tipologias de parcelamento do solo urbano com as condicionantes de relevo, geológico-geotécnicas, com a legislação de proteção e recuperação aos mananciais e com a preservação de bens e áreas de valor histórico, paisagístico, arqueológico, cultural e religioso (...) (art. 17).

As audiências e consultas públicas são instrumentos de gestão democrática da cidade (Lei 10.257/2001, art. 43) e sua realização é obrigatória, sob pena de nulidade do processo legislativo que origina o plano diretor. A gestão democrática da cidade é elevada à categoria de diretriz geral da política urbana, a obrigar a participação “dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano” (Lei nº 10.257/2001, art. 2º, inc. II).

Ninguém melhor do que a população local, que será diretamente impactada pelas regras do plano diretor, para dizer como quer que sua cidade seja organizada. Assim, as datas de realização das audiências públicas devem ser amplamente divulgadas, para que todos os interessados possam comparecer e serem ouvidos. A audiência pública não pode significar apenas uma exposição pelos órgãos públicos competentes sobre como será o novo plano diretor. Todos os interessados presentes nos encontros devem ter a chance de se manifestar e de participar de forma efetiva. Nas audiências, é discutida a possibilidade de aplicação dos instrumentos de política urbana (outorga onerosa do direito de construir, operação urbana consorciada, direito de preempção, concessão urbanística, dentre outros), as áreas do território urbano que podem ser objeto de intervenção urbanística e o zoneamento municipal. Ou seja, são debatidos todos os temas essenciais para a organização do espaço urbano.

Vale ressaltar que, de acordo com o entendimento por nós adotado, o resultado dessas audiências não vincula os órgãos públicos.⁵⁰ No entanto, à Administração, caso não

⁵⁰ É a posição assumida por Mariana Mencio. A autora justifica seu entendimento com base no fato de que na audiência pública há o comparecimento apenas de uma minoria dos cidadãos, cuja vontade não pode se sobrepor à dos representantes eleitos por toda a sociedade. Nas suas palavras, *os institutos da democracia participativa não podem se sobrepor aos institutos da democracia representativa, que, por força de previsão legal, possibilita por meio de eleições livres e democráticas a escolha dos representantes políticos, que deverão deliberar sobre os assuntos*

acate aquilo que foi proposto pelos cidadãos que comparecerem a esses encontros, restará o dever de motivar sua decisão, a justificar por que não as aceita e por que suas propostas são as melhores para a urbe. Afinal, a participação daqueles que habitam a cidade – os destinatários da política urbana –, é obrigatória, mas o titular da função urbanística é a Administração Pública, que pode, de forma motivada, decidir contrariamente à vontade daqueles que comparecem às consultas públicas.

A participação popular não afasta a importância do protagonismo estatal na atividade urbanística. A organização do espaço urbano é função pública – *dever poder* da Administração Pública – e sua titularidade, portanto, é indelegável. Como garantidor da prevalência do interesse público sobre o privado, deve o Poder Público – por meio de seus órgãos técnicos especializados ou de entidades da administração indireta criadas para esse fim – ser o condutor principal da ação urbanística. Essa orientação visa evitar que a política urbana seja dominada por setores específicos da sociedade, que busquem garantir privilégios muitas vezes incompatíveis com o interesse coletivo.

16 Alteração do Plano Diretor

A lei que institui o plano diretor não pode ser objeto de alteração por meio de processo legislativo ordinário. Lei posterior que prescreva regras contrárias ao plano será inválida, ainda que constitua diploma normativo do mesmo grau hierárquico. Isso porque, como visto, a aplicação da lei que prevê o plano diretor é diferenciada – suas prescrições servem de fundamento para a edição de leis do mesmo grau hierárquico.

Todas as leis municipais sobre organização do espaço urbano devem estar fundamentadas na lei que

administrativos e legislativos. (MENCIO, Mariana. **Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades.** Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.155).

prevê o plano diretor: caso seus textos sejam contrários ao plano, serão inválidas. Nesse caso, não há, como visto, derrogação de lei anterior por lei posterior, ou seja, não se aplica o critério cronológico do conflito aparente de normas.

Trata-se de aplicar o princípio da reserva de plano, que preceitua que o planejamento urbanístico seja unificado em um único documento. As principais orientações e instrumentos do planejamento urbano local devem estar inseridos no plano diretor. As principais decisões sobre organização do espaço urbano devem constar da lei que o institui. Por isso, qualquer outro diploma local sobre matéria urbanística deverá encontrar respaldo na lei que prevê o plano diretor. Assim, por exemplo, uma lei municipal somente pode criar uma operação urbana consorciada se houver previsão para tanto na lei que institui o plano diretor. Da mesma forma, a outorga onerosa do direito de construir somente pode ser aplicada se prevista no plano: nesse caso, lei municipal específica, fundamentada na lei do plano, pode estabelecer condições a serem observadas para o uso da outorga.

Vê-se, portanto, que alterar o plano diretor não é tarefa ordinária. Não basta editar outra lei para alterar seu conteúdo, ainda que parcialmente, ou ainda que a alteração se refira a apenas alguns de seus dispositivos.

Qualquer alteração da lei que institui o plano diretor deverá ser realizada por meio do mesmo procedimento utilizado para sua edição. Devem ser realizadas audiências e consultas públicas e garantida a ampla publicidade quanto aos documentos e informações produzidos. Além disso, deve ser permitido o acesso de qualquer interessado aos documentos redigidos nesse processo de elaboração legislativa.

17 Revisão do Plano Diretor

Essa dificuldade na alteração da lei que institui o plano pode torná-lo obsoleto, inadequado frente à realidade

local. A situação econômica e financeira do Município pode sofrer alterações significativas, que podem inviabilizar uma ação consorciada prevista no plano. Modificações demográficas importantes ou mesmo o agravamento do problema habitacional podem frustrar os objetivos traçados pelo plano diretor. Da mesma forma, a inclusão do Município em regiões metropolitanas ou a realização de empreendimentos de significativo impacto ambiental em seu território podem ensejar a necessidade de aplicação de novos instrumentos urbanísticos, não previstos no plano diretor. Todas essas alterações no cenário local podem frustrar as metas fixadas na lei do plano e justificar a sua revisão, sob pena de dificuldades no processo de (re)organização do espaço urbano.

Por todas essas razões, o Estatuto da Cidade prevê que a lei que instituir o plano diretor “deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos” (Lei nº 10.257/2001, art. 40, §3º). Note que a revisão pode ocorrer antes do prazo de dez anos, se necessária para fazer frente a significativas alterações do cenário local. Mas não deve ultrapassar esse prazo, sob pena de desconexão entre as prescrições do plano e a realidade social/econômica/demográfica/financeira do Município. Um plano diretor que não se renova corre o risco de se tornar um conjunto de regras inaplicáveis, em face da alteração das condições que serviram de fundamento para sua edição. Pense no caso de um plano diretor que tenha previsto a criação de uma zona industrial no Município. Se as indústrias não se instalaram na área prevista, por razões diversas, não há mais fundamento para manter a destinação industrial daquele perímetro urbano. O plano deve ser revisto para possibilitar a instalação de outros usos na área. Afinal, seu anacronismo pode impedir o alcance de sua função precípua: ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (CF, art. 182).

A revisão do plano diretor, tal como prevista na Lei nº 10.257/2001, equivale, na realidade, à edição de um novo plano diretor. Tem início um novo processo legislativo, com todos os requisitos que caracterizam o procedimento (Lei nº 10.257/2001, art. 40, §4º, incs I a III). São realizadas audiências e consultas públicas, por meio das quais a população é convocada para se manifestar e formular suas propostas acerca das novas regras. Se o plano diretor original foi realizado com respeito ao princípio da gestão democrática das cidades, não há razão para proceder de forma diversa quando de sua revisão.

18 Obrigatoriedade do Plano Diretor

A Lei nº 10.257/2001 criou novas hipóteses de obrigatoriedade do plano diretor, além daquela prevista no Texto Constitucional. De acordo com a Constituição Federal, o plano diretor somente é obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes (CF, art. 182, §1º).

Já de acordo com o Estatuto da Cidade, o plano diretor é obrigatório para cidades:

I - com mais de vinte mil habitantes (conforme o Texto Constitucional); II - integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; III - onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal; IV - integrantes de áreas de especial interesse turístico; V - inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional; VI - incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos (Lei nº 10.257/2001, art. 41, incs. I a VI).

Pode-se alegar que o diploma legal desborda do Texto Constitucional, a ampliar indevidamente as hipóteses em que é obrigatória a edição do plano diretor. Municípios com menos de vinte mil habitantes, que a princípio não são obrigados a editá-lo, passam a ter o dever de fazê-lo, o que pode ser considerado uma afronta ao princípio da autonomia federativa (CF, art. 18).

A alegação não se sustenta. As hipóteses de obrigatoriedade de edição do plano diretor constantes do Estatuto da Cidade estão, sem exceção, fundamentadas no dever do Poder Público municipal de garantir o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, que é previsto constitucionalmente (CF, art. 182, *caput*). Portanto, ainda que não previstas expressamente na Constituição, as hipóteses indicadas na lei federal encontram nela o seu supedâneo.

Com efeito, os Municípios integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas necessitam de um plano diretor para adequar os seus objetivos de crescimento àqueles previstos no plano de desenvolvimento urbano integrado (Lei nº 13.089/2015, arts. 2º, inc. VI, 9º, inc. I, e 12). A região metropolitana é criada por lei complementar estadual (CF, art. 25, §3º) para viabilizar o exercício de funções públicas de interesse comum (transporte intermunicipal, saneamento básico, disposição final de resíduos sólidos etc.), “cuja realização por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofes” (Lei nº 13.089/2015, art. 2º, inc. II). Esse trabalho conjunto é realizado por meio do processo de governança interfederativa, em que ocorre o “compartilhamento de responsabilidades e ações entre entes da Federação em termos de organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum” (Lei nº 13.089/2015, art. 2º, inc. IV). Ora, não há como definir objetivos comuns (plano de desenvolvimento integrado) sem que cada um dos Municípios que compõem a região metropolitana defina suas próprias metas (plano

diretor municipal). Justifica-se, assim, a previsão constante do art. 41, inc. II, do Estatuto da Cidade.

De outra parte, os instrumentos previstos no art. 182, §4º, da Constituição Federal (parcelamento, edificação e utilização compulsórios, IPTU progressivo e desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública) somente podem ser aplicados se houver previsão de índices construtivos no plano diretor (coeficientes de aproveitamento mínimo e tamanho máximo de lotes). Sem a definição desses parâmetros urbanísticos no plano diretor, não há como a Administração municipal aplicar esses instrumentos. Por essa razão, o Município que deseja utilizá-los precisa editar um plano diretor (Lei nº 10.257/2001, art. 41, inc. III).

O Estatuto da Cidade obriga, ainda, os Municípios integrantes de áreas de especial interesse turístico a editar plano diretor (Lei nº 10.257/2001, art. 41, inc. IV). O instrumento, nesses casos, é essencial para conciliar a exploração da atividade turística com a qualidade de vida de seus moradores. O crescimento desordenado desse tipo de atividade pode levar à degradação do espaço urbano, a prejudicar os habitantes da cidade e a própria atividade econômica desenvolvida no local.

As cidades inseridas em áreas de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental também são obrigadas a possuir um plano diretor (Lei nº 10.257/2001, art. 41, inc. V). O instrumento funciona, aqui, como uma garantia à população que habita essas cidades; uma barreira contra os efeitos nocivos da degradação ambiental. O plano diretor serve, no caso, para impor limites à atividade geradora do impacto, a fim de que o seu exercício não impeça o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. Pode o plano, por exemplo, criar zonas específicas no território da urbe, em que a atividade não pode ser exercida; pode, também, induzir o crescimento urbano para perímetros mais distantes da área de influência do empreendimento. Imagine uma cidade situada em área

de mineração. A degradação causada pela atividade mineradora pode atingir grandes proporções, se combinada com a falta de planejamento local. O plano diretor pode, por exemplo, impedir que bairros residenciais sejam instalados próximos às áreas de descarte de resíduos tóxicos, por exemplo, a evitar que a população local seja severamente atingida por eventuais acidentes. Vale lembrar que a realização de atividades de significativo impacto ambiental depende da produção de estudo prévio de impacto ambiental (EIA-RIMA) (CF, art. 225, §1º, inc. IV, e Resolução CONAMA nº 1/86), cujas conclusões devem levar em conta, por óbvio, as regras constantes do plano diretor local. De acordo com o Estatuto da Cidade, os recursos técnicos e financeiros para elaborar o plano diretor devem estar inseridos entre as medidas de compensação adotadas pelo empreendedor da atividade geradora do impacto (Lei nº 10.257/2001, art. 41, §1º).

Cidades incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos também devem editar seus planos diretores (Lei nº 10.257/2001, art. 41, inc. VI). O dispositivo foi acrescentado ao Estatuto da Cidade pela Lei nº 12.608/2012, na esteira dos gravíssimos deslizamentos de terra ocorridos nas cidades que compõem a Região Serrana do Estado de Rio de Janeiro, em janeiro de 2011. O plano diretor, nessas cidades, deve conter regras que impeçam, por exemplo, a ocupação de áreas de encosta e de terrenos próximos a cursos d'água, a fim de que esses tristes acontecimentos sejam evitados. A proteção prevista pelo plano diretor deve ser somada àquela constante do Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), que cria áreas de preservação permanentes (APP) também em zonas urbanas (art. 4º), muitas delas destinadas a evitar processos erosivos de graves consequências para a população local.

O Estatuto da Cidade prevê, também, que cidades com mais de quinhentos mil habitantes contem com um

plano de transporte urbano integrado, compatível com o plano diretor ou nele inserido (Lei nº 10.257/2001, art. 41, §2º). A medida visa, obviamente, ao incremento da mobilidade urbana, objetivo expressamente previsto na Lei nº 12.587/2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana.⁵¹

Por fim, a Lei nº 13.146/2015 incluiu dispositivo que impõe às cidades a elaboração de plano de rotas acessíveis, compatível com o plano diretor, “que disponha sobre os passeios públicos a serem implantados ou reformados pelo poder público, com vistas a garantir acessibilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida a todas as rotas e vias existentes”, sempre que possível de maneira integrada com os sistemas de transporte coletivo de passageiros (Lei nº 10.257/2001, art. 41, §3º). Os fundamentos para a elaboração do plano de rotas devem estar previstos no plano diretor; daí a sua imprescindibilidade.

19 Conteúdo mínimo do Plano Diretor

O Estatuto da Cidade impõe um conteúdo mínimo ao plano diretor, isto é, restringe a autonomia do legislador municipal para escolher o que deve ou não constar do plano (Lei nº 10.257/2001, art. 42).

Devem constar, obrigatoriamente, do plano diretor, além de um sistema de acompanhamento e controle, as áreas urbanas onde poderá ser aplicado o instrumento do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, “considerando a existência de infraestrutura e de demanda para utilização” (Lei nº 10.257/2001, art. 42, inc. I). Nota-se a

⁵¹ De acordo com o art. 2º da Lei nº 12.587/2012, *a Política Nacional de Mobilidade Urbana tem por objetivo contribuir para o acesso universal à cidade, o fomento e a concretização das condições que contribuam para a efetivação dos princípios, objetivos e diretrizes da política de desenvolvimento urbano, por meio do planejamento e da gestão democrática do Sistema Nacional de Mobilidade Urbana.*

importância que o Estatuto da Cidade conferiu ao instrumento: o plano diretor municipal não poderá ser editado sem a previsão dos perímetros urbanos para a sua aplicação. Trata-se, na realidade, de instrumento essencial para obrigar ao cumprimento da função social da propriedade urbana, já que, ao impor coeficientes mínimos de aproveitamento dos imóveis, evita que propriedades localizadas em áreas da cidade dotadas de infraestrutura fiquem inutilizadas. Imóveis sem utilização transformam-se, com frequência, em *vazios urbanos*, isto é, em localidades sem qualquer ocupação comercial ou residencial, à espera, no mais das vezes, de valorização do metro quadrado da região, para posterior alienação pelo seu proprietário. A situação acaba por agravar o déficit habitacional urbano, provocando a transferência de boa parte do contingente populacional para regiões periféricas da cidade, onde não está instalada a mesma infraestrutura (de transporte, de saneamento básico, de energia elétrica, de coleta de lixo etc.) das áreas centrais. Não é à toa que o instrumento do parcelamento e utilização compulsórios vem previsto no próprio Texto Constitucional (art. 182, §4º).

Do plano diretor devem constar, também, as disposições requeridas pelos arts. 25 (áreas em que incidirá o direito de preempção); 28 (áreas de aplicação da outorga onerosa do direito de construir); 29 (áreas de aplicação da outorga onerosa do direito de alterar o uso); 32 (áreas em que serão aplicadas as operações urbanas consorciadas); e 35 (áreas de aplicação do instrumento da transferência do direito de construir).

São todos instrumentos essenciais de política urbana, que objetivam o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. Mas a efetiva aplicação de cada um deles depende de previsão no plano diretor municipal, que, afinal, é o documento que concentra todas as regras fundamentais em matéria de organização do espaço urbano. Com efeito, pelo princípio da reserva de plano, o plano diretor é o instrumento básico da política de

desenvolvimento e de expansão urbana (CF, art. 182, §1º). Apenas os instrumentos urbanísticos expressamente previstos no plano podem ser aplicados para fins de ordenação do espaço urbano, e somente nas áreas da cidade devidamente delimitadas pela lei. Assim, por exemplo, o direito de preempção e a operação urbana consorciada serão aplicados apenas nos perímetros definidos no plano diretor; da mesma forma, a outorga onerosa será calculada e cobrada nos termos definidos na lei que institui o plano, e assim por diante.

O planejamento urbano não teria efetividade se fosse possível a previsão de regras esparsas, sem uma direção única, ou se fosse possível editar de leis que determinassem a aplicação de instrumentos urbanísticos sem a correspondente previsão no plano diretor municipal. Esses instrumentos não podem ser aplicados sem a prévia delimitação de áreas da cidade sujeitas à sua aplicação e sem conexão com os objetivos do planejamento urbano local.

Imagine a criação de uma operação urbana consorciada em determinada área da cidade, sem previsão no plano diretor. O plano da operação altera os coeficientes de aproveitamento definidos no zoneamento municipal para a área sujeita à ação consorciada, de modo que o processo de verticalização dessa área pode, nesse caso, atingir níveis incompatíveis com a infraestrutura disponível na região, a afetar não somente o seu perímetro, mas as áreas circunvizinhas. Nenhum distrito da cidade é uma ilha: o que ocorre em seus limites em matéria de transformação do espaço urbano pode ter graves reflexos nas outras regiões da urbe. É o plano diretor que deve unificar as medidas urbanísticas a serem adotadas, levando em conta, justamente, suas consequências para o território do Município como um todo.

20 Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 607.940-DF

A eficácia do plano diretor municipal foi o tema do acórdão proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 607.940-DF, relatado pelo Ministro Teori Zavascki.

Nesse julgado, proferido em 29.10.2015, foi aprovada, por deliberação majoritária do Plenário, tese com repercussão geral no sentido de que

os municípios com mais de vinte mil habitantes e o Distrito Federal podem legislar sobre programas e projetos específicos de ordenamento do espaço urbano por meio de leis que sejam compatíveis com as diretrizes fixadas no plano diretor. (RE nº 607.940-DF)

O recurso extraordinário foi interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) contra acórdão do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF), que julgou improcedente a ADIN ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal contra a Lei Complementar Distrital 710/2005. A lei distrital dispõe sobre a implantação de *Projetos Urbanísticos com Diretrizes Especiais para Unidades Autônomas – PDEU*, que dão origem ao que a doutrina especializada em matéria urbanística convencionou chamar de *condomínios horizontais, condomínios urbanísticos ou loteamentos fechados*.

Em resumo, a lei complementar distrital (LC 710/2005) passou a admitir e a regular esses empreendimentos (loteamentos fechados), ainda que sua existência não tenha sido expressamente prevista na lei do Plano Diretor distrital (LC 17/1997). O MPDFT insurgiu-se contra a previsão, em sede de controle de constitucionalidade, a defender a contrariedade ao disposto na Lei Orgânica Distrital. Como o TJDF julgou improcedente a Adin proposta pelo órgão ministerial, o órgão ministerial

interpôs recurso extraordinário, alegando afronta ao disposto no art. 182, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal.

Para o *parquet*, os loteamentos fechados não poderiam ter sido regulados pela LC 710/2005 – DF, pois o Plano Diretor do Distrito Federal não prevê expressamente esse modo de aproveitamento do solo urbano. No seu entender, a lei que regula os loteamentos fechados “permitiu a permanência de projetos urbanísticos isolados e desvinculados da exigência constitucional do plano diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana de municípios com mais de vinte mil habitantes”.

Os argumentos não foram aceitos pela Suprema Corte. Nos termos do voto do Relator, o fato de o plano possuir

um certo grau de generalidade na percepção dos espaços habitáveis da cidade, princípio de inteireza sem o qual ficaria ele inapto para os fins a que deve servir, de construir um planejamento coeso do desenvolvimento e da expansão distrital, não conduz à conclusão no sentido de que todas as formas de parcelamento, uso ou ocupação do solo devam estar inteiramente disciplinadas pela Lei do Plano Diretor.

Ainda segundo o Ministro Relator, há determinados modos de utilização do solo urbano que, pelas suas singularidades, podem receber disciplina jurídica autônoma, dentre eles, o loteamento fechado.

Por outro lado, entendeu a Corte Suprema que nem toda a matéria urbanística deve estar necessariamente contida no plano diretor, visto que o seu conteúdo material não tem delimitação objetiva e estanque no Texto Constitucional. No *caput* e nos dois parágrafos seguintes o art. 182 da Constituição utiliza conceitos indeterminados

como *diretrizes gerais, instrumento básico e exigências fundamentais de ordenação*. Para o STF,

essa indeterminação conceitual abre espaço a legítimos preenchimentos valorativos que, sem comprometimento do núcleo normativo essencial, atendam circunstâncias especiais de espaço e tempo.

A legalidade e os aspectos urbanísticos dos chamados *loteamentos fechados* não serão objeto de análise neste estudo.⁵² O julgado em debate também procurou não enfrentar diretamente a questão, visto a complexidade da matéria, que influi sobremaneira na organização dos espaços urbanos. O voto do Ministro Dias Toffoli é elucidativo nesse sentido. Nos dizeres do Ministro,

não é o caso de fixarmos, diante de uma lei específica do Distrito Federal, parâmetros de repercussão geral sobre questões relativa a loteamentos e parcelamento do solo urbano, tendo, por ponto de partida, apenas e tão somente aquilo que a Constituição diz a respeito da necessidade de lei para municípios com mais de vinte mil habitantes.

⁵² O julgado foi proferido antes da edição da Lei Federal nº 13.465/2017, que passou a prever a existência de *condomínio de lotes* (art. 58 e 78). O art. 58 da lei federal acrescentou o art. 1.358-A ao Código Civil, cuja *caput* prevê que *pode haver, em terrenos, partes designadas de lotes que são de propriedade exclusiva e partes que são de propriedade comum dos condôminos*. Já o art. 78 da Lei Federal nº 13.465/2017 incluiu os parágrafos 7º e 8º ao art. 2º da Lei nº 6.766/79, que passou a prever que *o lote poderá ser constituído sob a forma de imóvel autônomo ou de unidade imobiliária integrante de condomínio de lotes* (art. 2º, §7º) e que *constitui loteamento de acesso controlado a modalidade de loteamento, definida nos termos do § 1º deste artigo, cujo controle de acesso será regulamentado por ato do poder público Municipal, sendo vedado o impedimento de acesso a pedestres ou a condutores de veículos, não residentes, devidamente identificados ou cadastrados*.

Assim, o STF procurou limitar sua decisão à possibilidade de lei municipal específica regular programas e projetos específicos de ordenamento urbano, desde que de forma compatível com o plano diretor.

Ocorre que o que foi decidido partiu da discussão acerca da possibilidade de lei distrital específica regular a criação dos loteamentos fechados, independentemente da previsão expressa no plano diretor. Assim, da leitura do aresto, é possível concluir que o STF permite que lei municipal/distrital específica preveja a existência de loteamentos fechados, ainda que o plano diretor local não preveja tal modalidade de ocupação do espaço urbano.

Com a devida vênia, a decisão proferida partiu de premissa equivocada acerca do que se entende por *compatibilidade da lei local específica com o plano diretor*.

Conforme abordado ao longo deste trabalho, as regras fundamentais de ocupação do espaço urbano devem estar previstas no plano diretor; é o plano diretor que define o *desenho urbano*, ainda que de forma genérica. E é o plano diretor que define quais as modalidades de ocupação do espaço urbano aplicáveis, inclusive aquela denominada de loteamento fechado.

Apesar de não constar expressamente do Estatuto da Cidade como conteúdo obrigatório do plano diretor (art. 42), a previsão acerca da existência dos loteamentos fechados no plano diretor é condição necessária para que essa modalidade exista. A existência de loteamentos fechados, independentemente de sua legalidade, interfere de maneira importante na organização do espaço urbano, razão pela qual deve estar expressamente prevista no plano diretor.

O Min. Dias Toffoli reconheceu a importância da matéria em sua manifestação proferida nas discussões que se seguiram ao voto do Relator:

faz-se um grande loteamento e isso veda o acesso da população, porque esse loteamento

é fechado, é um condomínio fechado. Aí, um cidadão, para ir de uma residência dele a uma escola, tem de dar a volta num longo loteamento fechado. Isso pode inviabilizar a facilidade de locomoção em determinados municípios.

O plano diretor e a disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo urbano fazem parte do instrumento denominado *planejamento municipal* (Lei nº 10.257/2001, art. 4º, inc. III, *a* e *b*). As leis que instituem o plano diretor e a disciplina do parcelamento e do uso do solo urbano devem ser compatíveis entre si; suas disposições devem ser integradas umas às outras.⁵³ O zoneamento divide a cidade em zonas de uso e prevê as regras locais de parcelamento e ocupação do solo. A lei local que disciplina o parcelamento deve disciplinar os procedimentos de loteamentos e desmembramentos no âmbito municipal⁵⁴, de acordo com as normas gerais previstas na Lei Federal nº 6.766/79. Deve, inclusive, definir se e onde poderão ser criados loteamentos fechados.

É a lei local que disciplina o parcelamento e uso do solo urbano que pode prever a existência de loteamentos fechados; e, como esse diploma integra o instrumento amplo do planejamento municipal (Lei nº 10.257/2001, art. 4º, inc. III, *a* e *b*), deve ser editado de acordo com as diretrizes do plano diretor. Trata-se, na realidade, de leis que são editadas em conjunto: a disciplina do parcelamento e do

⁵³ No Município de São Paulo, a Lei nº 16.402/2016 (zoneamento municipal) disciplina o parcelamento, o uso e a ocupação do solo no Município de São Paulo, de acordo com a Lei nº 16.050, de 31 de julho de 2014 – Plano Diretor Estratégico (PDE). De acordo com o art. 1º do diploma municipal, O parcelamento, o uso e a ocupação do solo no território do Município de São Paulo ficam disciplinados pelas disposições desta lei, de acordo com a Lei nº 16.050 de 31 de julho de 2014 – PDE, e legislação correlata.

⁵⁴ As duas formas de loteamento, previstas na Lei Federal nº 6.766/79 são o loteamento e o desmembramento (art. 2º). As regras específicas a respeito devem ser editadas por Estados e, principalmente, pelos Municípios (art. 2º).

uso do solo municipal e o plano diretor fazem parte de um arcabouço legal único. Tanto uma como outra devem ser editadas por meio de processo legislativo específico, em que estão garantidas as audiências e consultas públicas.

Assim, não pode lei municipal editada posteriormente às leis que compõem o planejamento municipal prever a criação de loteamentos fechados, se as leis que compõem o planejamento assim não o fizeram. As leis municipais que versam sobre matéria urbanística, para serem válidas, devem estar de acordo com o que diz o plano diretor e com a lei que disciplina o uso e parcelamento do solo urbano, que, como visto, fazem parte do mesmo conjunto de leis.

E não basta a compatibilidade genérica com plano diretor⁵⁵; a possibilidade de criação de loteamentos fechados deve estar expressamente prevista nas leis que compõem o arcabouço jurídico do planejamento urbano. Não pode lei municipal regulamentar a ocupação de área da cidade sem a correspondente previsão no plano diretor.

Não se nega a possibilidade de lei local regular matéria urbanística. Não se está a defender que todas normas de direito urbano estejam contidas no plano diretor. Mas, pelo princípio da reserva do plano, as leis posteriores devem estar fundamentadas nas leis que integram o planejamento municipal. Como visto, leis posteriores não revogam o plano e, para serem válidas, precisam conformar suas disposições ao que está nele prescrito.

⁵⁵ A Lei Complementar Distrital 710/2005, que foi objeto de questionamento perante o STF no julgado aqui tratado, dispõe que *esta lei complementar incorpora as diretrizes estabelecidas no Plano Diretor de Ordenamento Territorial do Distrito Federal, instituído pela Lei Complementar nº 17, de 28 de janeiro de 1997, estabelecendo as condições para os Projetos Urbanísticos com Diretrizes Especiais para Unidades Autônomas – PDEU* (art. 2º). Ocorre que o Plano Diretor do Distrito Federal não faz menção expressa à existência dos loteamentos fechados; a LC 710/2005 se diz compatível com o plano diretor, mas essa compatibilidade não existe, ao menos não no que se refere à possibilidade de criação de loteamentos fechados no território do Distrito Federal.

Interessante notar que o Ministro Teori Zavascki, relator do acórdão proferido no RE 607.940/DF, em determinado trecho do seu voto, diz expressamente que

bastaria, para manter a coesão do planejamento da cidade, que o plano diretor **considerasse, em seu interior, os zoneamentos da cidade habilitados a receber parcelamentos diferenciados como aquele previsto na Lei Complementar 710/2005**. Em outras palavras, o coeficiente de generalidade que a Constituição exige para o plano diretor não determina que ele apresente uma regulamentação detalhada a respeito de cada umas das formas admissíveis de aproveitamento do solo, **mas apenas que ele indique onde poderão ser aplicadas essas diferentes modalidades de urbanização no plano global da cidade**. (grifos nossos).

Ora, esse trecho do julgado parece ir de encontro ao que foi nele decidido. O STF decidiu que os loteamentos fechados podem ser regulados por lei local, ainda que sua existência não esteja prevista no plano diretor, mas, neste trecho do seu voto, o Relator reconhece a necessidade de previsão das áreas da cidade aptas a receber essa modalidade de ocupação do solo urbano.

Com efeito, sem a previsão dessa modalidade de ocupação do solo urbano nas leis que compõem o planejamento municipal, não há como criar loteamentos fechados; nesses casos, as leis específicas que regulam esses loteamentos são contrárias ao plano diretor. São, portanto, inválidas.

21 Conclusão

Os modos tradicionais de solução de conflitos entre normas legais não são aplicáveis às antinomias existentes

entre a lei que institui o plano diretor e as leis locais sobre matéria urbanística.

As leis urbanísticas editadas posteriormente ao plano diretor lhe devem respeito, ou seja, suas regras devem encontrar fundamento nos preceitos da lei que institui o plano. A lei superveniente sobre direito urbano não revoga a lei que institui o plano, ainda que pertençam à mesma escala hierárquica. Isso porque o plano diretor foi alçado pela Constituição a instrumento fundamental de organização do espaço urbano (CF, 182 §§ 1º e 2º), de modo que o zoneamento, as regras sobre parcelamento e todos os instrumentos urbanísticos aplicáveis à ocupação do solo devem estar previstos no plano diretor, para que possam ser efetivamente utilizados pelo poder público local no exercício de sua função urbanística.

O planejamento urbano deve ser único. A ordem jurídica pátria não permite que leis esparsas regulem a organização do espaço urbano de forma desvinculada ao que diz o plano diretor. É possível a edição de leis locais sobre matéria urbanística, desde que compatíveis com as regras da lei que institui o plano.

Nesse sentido, modalidades específicas de ocupação do solo urbano, como a operação urbana consorciada e os loteamentos fechados, somente podem ser utilizadas pelo poder local se previstas expressamente na lei que institui o plano diretor.

REFERÊNCIAS

ALFONSO, Luciano Parejo. **Derecho urbanístico:** instituciones básicas. Mendoza: Ediciones Ciudad Argentina, 1986.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** 17.ed., São Paulo: Atlas, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição.** São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 5.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Plano Diretor. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001**. São Paulo, Malheiros, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 6.ed. São Paulo: Noeses, 2015.

CHARLES, Hubert. **Les Principes de l'urbanisme**. Paris: Dalloz, 1993.

CHOAY, Françoise. **O urbanismo: utopias e realidades – uma antologia**. 5.ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

CORREIA, Fernando Alves. **Manual de direito do urbanismo**. 3.ed. v.I. Coimbra: Livraria Almedina, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano. **Lecciones de derecho urbanístico I**. Madrid: Civitas. 1979.

JACOBS, Jane. **Morte e vida de grandes cidades**. Tradução de Carlos S. Mendes Rosa. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

KALFLÈCHE, Grégory. **Droit de l'urbanisme**. Paris: Presse Universitaires de France, 2012.

LE CORBUSIER. **Urbanismo**. Fundação Le Corbusier. Tradução de Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LE CORBUSIER. **La Charte d' Athènes** (suivi de Entretien avec les étudiants des écoles d' Architecture). Paris: Les Éditions de Minuit, 1957.

LEVIN, Alexandre. **Operação Urbana Consorciada:** concertação público-privada para a justa distribuição dos benefícios decorrentes da atividade urbanística. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LEVIN, Alexandre. **Parcelamento, edificação e utilização compulsórios de imóveis públicos urbanos.** Belo Horizonte; Fórum, 2010.

MENCIO, Mariana. **Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit de l' urbanisme.** 3.ed. Paris: Éditions Dalloz, 1996.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. **Manual de direito financeiro.** 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PARADA, Ramón. **Derecho administrativo III** – Bienes públicos e Derecho urbanístico. 10.ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.

PINTO, Victor Carvalho. **Direito urbanístico:** plano diretor e direito de propriedade. São Paulo: RT, 2005.

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

Cortes de Contas, SRP e a nova Legislação

Gilmar Pereira Miranda¹

RESUMO

O Sistema de Registro de Preços, como um instrumento apto a facilitar as contratações públicas, vem, ao longo do tempo, se submetendo a diversas interferências interpretativas fixadas pelos Tribunais de Contas pelo país, haja vista sua baixa incidência normativa no plano legal e consequente incremento de regras regulamentares, tornando-o um processo diferenciado em cada unidade da Federação e com limitações pontuais, conforme a incidência das decisões do Tribunal de Contas em sua jurisdição. Nesse contexto, os debates que envolvem a elaboração da Nova Lei de Licitações assumem o compromisso de fixar parâmetros legais quanto aos temas de maior conflito interpretativo, na busca de um consenso normativo nacional.

PALAVRAS-CHAVE

Sistema de Registro de Preços; Tribunal de Contas; Obras e Serviços de Engenharia; Prorrogação de vigência; Adesão; Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

1 Introdução

Encontram-se em evidência junto ao Parlamento Nacional projetos de leis que visam trazer uma nova roupagem à legislação pátria referente às licitações e

¹ Procurador do Município de São Paulo, desde 2014. Especialista em Direito Público, Direito Municipal, Direito Eleitoral e em Gestão e Direito do Trânsito.

contratações públicas. Especificamente quanto aos seus termos, observa-se um cuidado do legislador no trato do Sistema de Registro de Preços (SRP).

Com efeito, verifica-se que a atual Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, se dedica à matéria apenas no seu artigo 15, inciso II e parágrafos 1º ao 6º. Por seu turno, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que trouxe a modalidade do pregão, apenas versa sobre o tema em seu artigo 11.

Analisando-se as propostas hoje em debate, são localizados ao menos 5 (cinco) artigos, alguns desenvolvidos em parágrafos e incisos, organizados em uma parte separada sobre o assunto.

O que se questiona é se a necessidade de maior intromissão do legislador na matéria decorre de algum fator externo, da prática administrativa, que importa em uma intervenção apta a fixar novos parâmetros dessa ferramenta disponível ao Administrador Público para realização de contratações de sua rotina.

2 Do Sistema de Registro de Preços

O Sistema de Registro de Preços (SRP) é uma ferramenta disponível ao Administrador Público para a realização de contratações, que podem ser de rotina ou similares entre órgãos ou entidades, pelo qual se aproveita um único procedimento licitatório, buscando uma solução de maior economia de tempo, de esforço e de dispêndio.

Ele tem como objeto principal a fixação, por determinado tempo, de um bem ou serviço, para que órgãos ou entidades possam realizar as contratações necessárias às suas demandas internas.

Esse Sistema se desenvolve mediante duas fases estanques.

Na primeira etapa, o órgão ou entidade se responsabiliza pelo desenvolvimento do objeto a ser licitado, mediante fixação de seus parâmetros, consultando outros órgãos ou entidades a se juntar à empreitada, de

modo que haja um acúmulo de quantitativos a serem licitados. É realizada a pesquisa de preços para balizar o procedimento licitatório, que se dará pelas modalidades concorrência ou pregão, concluindo-se com a homologação do certame.

Na segunda etapa, há a formação de um instrumento próprio, denominado Ata de Registro de Preços, no qual se fixam o fornecedor vencedor do certame, o preço resultado da disputa pública e os órgãos ou entidades beneficiárias desse registro. A partir de então, conforme a necessidade destes, serão firmados tantos contratos quanto definidos em suas especificações.

Sua regulamentação nacional está fundada no artigo 15, inciso II, da Lei nº 8.666, de 1993, com o estabelecimento de regras de seu funcionamento nos parágrafos 1º ao 6º do referido artigo. Teve como condão possibilitar a realização de compras públicas, sem a necessidade de realização de procedimento próprio e individualizado de seleção a cada necessidade de produtos similares, por um interregno de tempo.

Com a edição da Lei nº 10.520, de 2002, houve a ampliação objetiva do Registro de Preços, passando a prever sua utilização para fins de contratação de serviços. Situação que já se encontrava latente, com base na regulamentação do instituto nos diversos níveis federativos.

Ante a baixa fixação de regras por parte do legislador, o § 3º do artigo 15 da Lei de Licitações e Contratações Públicas dispôs que o Poder Executivo, por meio de decreto, poderia regulamentar sua aplicação. Não obstante, alguns parâmetros foram legalmente fixados, como:

- a) a publicação trimestral dos preços registrados (§ 2º);
- b) a adoção obrigatória da modalidade concorrência (§ 3º, inciso I), ampliada posteriormente para uso do pregão (art. 11 da Lei nº 10.520, de 2002);
- c) a limitação da validade do registro, por até 1 (um) ano (§ 3º, inciso III).

O uso da ferramenta fora mais difundida entre Municípios e Estados, com regulamentação própria, de modo a atender as demandas próprias atribuídas pela organização administrativa vigente.

Por exemplo, tal sistemática vinha sendo largamente utilizada pelo Município de São Paulo, inicialmente pela Lei Municipal nº 10.544, de 31 de maio de 1988, e atualmente pela Lei Municipal nº 13.278, de 7 de janeiro de 2002. No âmbito do Estado de São Paulo, o recente Decreto nº 63.722, de 21 de setembro de 2018, regulamenta a matéria em sua estrutura administrativa.

O auge da matéria no plano federal se deu com a edição do Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, que regulamentou o Sistema de Registro de Preços no âmbito da Administração Federal, ganhando contornos aptos à divulgação dessa ferramenta de contratações, não obstante já ter sido precedida por outros decretos federais. Atualmente, a matéria é regulamentada, no plano federal, pelo Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013.

Esse destaque no plano federal deveu-se ao trato conjunto do Sistema de Registro de Preços com o pregão, o aumento objetivo do seu cabimento e a adoção de sistemas eletrônicos de compras e contratações.

3 Da atuação dos Tribunais de Contas na fiscalização do Sistema de Registro de Preços

A previsão legal de atribuir ao Poder Executivo a faculdade de promover a regulamentação do Sistema de Registro de Preços trouxe consigo o debate sobre os limites de utilização dessa ferramenta para fins de contratação pública no Brasil.

Ante a liberdade conferida pela lei nacional, o que se observou foi o desenvolvimento de regras específicas pelos Entes Públicos de forma a dar maior aderência da ferramenta às necessidades e às práticas de cada um.

Com efeito, há de se compreender que as necessidades vinculadas às políticas públicas de cada Ente são distintas, pelas funções constitucionais. Um serviço de zeladoria municipal é distinto de um serviço próprio de manutenção de uma estrutura federal. Por seu turno, as atividades regionais de um Estado-Membro possuem características próprias que justifiquem um planejamento de compras distintos, como o atendimento de diversas escolas de uma determinada região para seus suprimentos alimentares e os produtores locais.

Diante dessa multiplicidade de regulamentação, os Tribunais de Contas, em análise de casos concretos, ficaram sob um novo desafio: a interpretação do Sistema de Registro de Preços à luz das normas nacionais de licitações.

3.1 Das hipóteses de cabimento do Sistema de Registro de Preços

O primeiro conflito que se observa entre as propostas de regulamentação local e o posicionamento de Tribunais de Contas diz respeito às hipóteses de cabimento do Sistema de Registro de Preços.

Com efeito, a Lei nº 8.666, de 1993, trouxe em seu teor o Registro de Preços como matéria atinente às compras públicas (artigo 15), sendo ampliado seu foco, no âmbito legal, apenas com a Lei nº 10.520, de 2002, quando previu a sua utilização para “compras e contratações de bens e serviços comuns”, ampliando ainda a possibilidade de utilização do pregão como modalidade de licitação (artigo 11).

A utilização do Registro de Preços para além de compras públicas já era uma prática administrativa, como se denota do cabimento da ferramenta no âmbito federal, desde a edição do Decreto nº 3.931, de 2001, para contratações de serviços, locação e aquisição de bens (artigo 1º), e no Município de São Paulo, pela Lei Municipal nº 13.278, de 2002, para “fornecimento de materiais em geral e

a prestação de quaisquer serviços”, desde que habituais ou rotineiros (vide artigo 3º).

Pela atratividade objetiva à matéria de Registro de Preços trazida pela Lei do Pregão, no sentido de que seriam passíveis de registro os serviços comuns, definidos de forma objetiva nos editais de licitação, uma discussão franca sobre o cabimento da modalidade pregão acerca de possibilidade de uso de serviços de engenharia, em detrimento das modalidades tradicionais da Lei nº 8.666, de 1993, atingiu a matéria do Registro de Preços.

Isso porque diversos entes e entidades da Administração Indireta passaram a licitar serviços de manutenção com foco na formação de registro de preços.

Nessa evolução, o que se verifica é que o Tribunal de Contas da União, e na mesma medida o Tribunal de Contas do Município de São Paulo, passou a admitir a realização de atas de registro de preços para serviços de engenharia e pequenas intervenções (obras), desde que não desnature o objeto de sua padronização.

Ao mesmo tempo, passaram por declarar como ilegais os registros de preços utilizados para fins de contratação de obras, dependentes de elaboração de prévia elaboração de projetos para sua execução, bem como nos casos de serviços que demandam atividades não constantes nas atas de registro de preços.

Nesse sentido, são extraídos os seguintes julgados:

(...) Assim, percebo que na realidade prática do Banco do Brasil, na qual há necessidade de contratações frequentes, o Sistema de Registro de Preços mostra-se adequado para buscar maior eficiência no cenário de alta competitividade mercadológica no qual a instituição financeira encontra-se inserida, já que o objeto da licitação não se caracteriza exclusivamente como execução de obra, embora seja admitida a realização de reformas de agências, sem ampliações. É importante

pontuar que a maior demanda prevista é de serviços de readequação de ambientes, sendo que as obras, quando necessárias, são apenas de natureza pontual e complementar. (TCU, Acórdão nº 2461/2016, Plenário)

1 - Preliminarmente é importante ressaltar que as Atas de Registro de Preços são instrumentos jurídicos essenciais à prestação dos serviços rotineiros de zeladoria da Cidade, prestados por todas as Subprefeituras.

2 - Isto porque possibilita que a Administração, após selecionar a proposta mais vantajosa, possa, durante o prazo de sua validade, formalizar os inúmeros contratos que venham a se mostrar necessários, permitindo com isto uma maior agilidade e otimização na aplicação dos recursos públicos.

3 - O serviço de "tapa-buracos", pelas suas características padronizadas, rotineiras e, notadamente, pela utilização por todas as Subprefeituras, é um exemplo típico da vantajosidade da utilização do sistema de registro de preços, sendo, aliás, utilizada há muitos anos pela Secretaria Municipal de Coordenação das Subprefeituras. (TCM/SP, TC nº 72-002.247.14-94, j. 16-9-2015)

Por seu turno, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em sentido oposto aos seus similares, adotou visão mais restritiva da matéria, proibindo a formação de Ata de Registro de Preços para os casos de serviços de natureza continuada (Súmula 31) e para os casos de contratação de obras e serviços de engenharia, exceto em caso de pequenos reparos (Súmula 32).

A restrição deste Tribunal quanto aos serviços contínuos decorre da interpretação restrita dada ao artigo 11 da Lei nº 10.520, de 2002, para aqueles que "não apresentem complexidade ou demanda por execução continuada" (vide TC nº 548.989.13-6, julgado em 15-5-2013).

Quanto aos “pequenos reparos” contidos na descrição da Súmula 32, eles são vinculados “a contratação de ‘pequena monta’, singelos, rotineiros, que objetivem ‘pequenos reparos’, a exemplo dos serviços de ‘tapaburacos’”, desde que não demandem projeto básico (TC nº 209.989.12-8, julgado em 21-3-2012).

Portanto, a depender do órgão de controle, observa-se que existem diferentes tratamentos dados às Atas de Registro de Preços quanto ao seu cabimento, seja quanto à adoção para serviços contínuos, seja para serviços de engenharia e obras com presença de projetos singelos para sua execução.

3.2 Da possibilidade de prorrogação de vigência de Ata de Registro de Preços

Outro ponto de destaque e enfrentamento foi a possibilidade de prorrogação de vigência de Atas de Registro de Preços, por mais 12 (doze) meses.

A Lei nº 8.666, de 1993, em seu artigo 15, § 3º, inciso III, estabelece que a validade do registro de preços não pode ser superior a um ano. Não há uma previsão específica quanto a eventual prorrogação, ou uma proibição quanto a tal procedimento.

A título de exemplo, o artigo 57, inciso II, da mesma lei, fixa expressamente a possibilidade de prorrogação de vigência contratual e a limita a 60 (sessenta) meses, com exceção de nova prorrogação em seu parágrafo 4º.

Por seu turno, desde o final da década de 1980, e consequentemente sob a égide da lei geral de licitações anterior (Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986), o Município de São Paulo já previa a existência da Ata de Registro de Preços, com vigência inicial de 1 (um) anos e sua previsão de prorrogação, por mais um ano. Essa regra permaneceu na lei municipal publicada em 2002.

Essa prorrogabilidade foi plenamente aceita pelo Tribunal de Contas do Município, sendo regra amplamente

utilizada pelos editais de licitações do Município de São Paulo:

A respeito desse tema, o entendimento desta Corte de Contas tem sido de aceitar as disposições normativas municipais, diante da competência da União de fixar normas gerais de licitação e contratação, nos termos do art. 22, XXVII, da Constituição Federal. Ou seja, há espaço para que Estados, Municípios e Distrito Federal legislem a respeito, suprimindo o sistema com normativas que deem conta de suas peculiaridades. Pois bem, a legislação municipal (Lei Municipal nº 12.278 e Decreto Municipal 56.144/15) prevê a possibilidade de prorrogação do prazo de validade da ata, o que não contraria o dispositivo na Lei Federal 8.666/93, que fixa um prazo máximo, mas é silente quanto à possibilidade de prorrogação. Tivesse o legislador federal estabelecido que o prazo de registro de preços de um ano é improrrogável, aí sim, a legislação municipal seria descabida. Mas não é o caso. Não se trata de entendimento isolado do Município de São Paulo, pois embora a União mantenha seus registros pelo prazo de apenas 12 (doze) meses, há inúmeros Estados e Municípios, como o Estado de São Paulo, que prorrogam a validade de seus registros com base na competência supletiva, sem que tenha sido o tema objeto de questionamento sobre sua constitucionalidade. (TCM/SP; TCs nº 72.000.975/17-13, 72.001.132/17-80, 72.001.178/17-80, 72.001.179/17-43, 72.001.180/17-22, 72.001.181/17-95, 72.001.335/17-67, 72.001.514/17-86 e 72.001.513/17-13; Plenário; rel. Cons. Maurício Faria; j. 24-05-2017)

Por seu turno, a União, quando de sua primeira regulamentação do Sistema de Registro de Preços, por meio do Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, previu, no seu artigo 4º, a vigência da Ata de Registro de Preços por 1 (um) ano, sendo a prorrogação vinculada à excepcionalidade do artigo 57, § 4º da Lei nº 8.666, de 1993, desde que mantida a vantajosidade do preço registrado.

Sob esse aspecto, o Tribunal de Contas da União, analisando as atas firmadas a partir de então, construiu a tese da impossibilidade da prorrogação das Atas de Registro de Preços, por entender como contrário ao disposto no artigo 15, § 3º, inciso III, no sentido da proibição de vigência além de 12 (doze) meses:

9.3.5. a inserção de cláusula na ata de registro de preços prevendo a possibilidade de prorrogação da sua vigência por prazo total superior a doze meses, tal como consta na cláusula segunda da ata de registro de preços decorrente do pregão eletrônico 005/2012, é ilegal, por contrariar o disposto no art. 15, § 3º, inciso III, da Lei 8.666/1993 e a jurisprudência desta Corte (e.g. dos Acórdãos 3.028/2010 e 2.140/2010-TCU-2ª Câmara, e 991/2009 e 3.269/2012-TCU-Plenário) (TCU, Plenário, Acórdão 408/2013)

No mesmo sentido foi construída a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

O Estado de São Paulo, por meio do Decreto Estadual nº 47.945, de 16 de julho de 2003, previu regra similar àquela aplicável ao nível federal (um ano, prorrogável por força do artigo 57, § 4º da Lei nº 8.666 de 1993), sendo alterado em 2007, para adotar regra similar à vigente no Município de São Paulo, mantida a regra excepcional (um ano, prorrogável por igual período, com possibilidade de nova prorrogação excepcional).

Esse movimento, de aceitabilidade da prorrogação de vigência, se espalhou por diversos municípios paulistas, exigindo, assim, um posicionamento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que, após diversas discussões a respeito, concluiu pela sua impossibilidade. Vide súmula 34, que conclui que “a validade da ata de registro de preços, incluídas eventuais prorrogações, limita-se ao período máximo de 1 (um) ano”.

Assim, verifica-se que os Tribunais de Contas, exceto o Tribunal de Contas do Município de São Paulo, concluem pela ilegalidade de prorrogação de prazo de vigência de Atas de Registro de Preços além dos 12 (doze) meses previstos na Lei nº 8.666, de 1993.

3.3 Da possibilidade de adesão (“carona”) em Atas de Registro de Preços

O último ponto de destaque entre Tribunais de Contas é sobre a possibilidade de contratações firmadas por órgãos ou entidades que não participaram da fase de planejamento e licitação do Registro de Preços e, por isso, não possuem quantitativos registrados. Poderiam contratar, considerando tratar-se de um preço submetido à disputa e com economicidade comprovada?

Por diversas razões de caráter fático ou existencial, um órgão ou entidade não estão contemplados como órgãos participantes de uma Ata de Registro de Preços, ou seja, durante a primeira etapa do Sistema de Registro de Preços, o órgão gerenciador não incluiu quantitativos estimados de consumo de bens ou serviços para determinado órgão ou entidade.

A ausência pode se dar porque o órgão gerenciador não realizou consultas às demais unidades, ou uma vez consultado, não houve uma resposta positiva no sentido de participar do certame. Ainda por decorrer de criação de órgão ou entidade, com autonomia financeira para

celebração de contratos administrativos, posteriormente à lavratura de uma Ata de Registro de Preços.

A legislação regulamentar dos Entes, como regra, buscou permitir que órgãos ou entidades vinculadas pudessem se aproveitar de Atas de Registro de Preços vigentes em seu nível, ainda que não beneficiados diretamente pelos preços registrados. Ao mesmo tempo, as normas vinham permitindo que entes de nível inferior pudessem se valer de suas atas.

Com efeito, a regulamentação federal permite que órgãos e entidades federais aderissem a Atas Federais, observadas as limitações lá fixadas. Também autorizam que órgãos e entidades estaduais, distrital e municipal adiram às suas Atas. Por seu turno, os órgãos e as entidades federais são vedadas em aderir a outras atas.

No âmbito do Estado de São Paulo, o recente decreto permite a adesão às suas atas de órgãos e entidades estaduais, limitados territorialmente às regiões administrativas (ou região metropolitana, conforme o caso), possibilitando, ainda, que os Municípios estejam habilitados a aderir àquelas, observada a mesma limitação. Já a adesão às atas municipais é vedada.

Para o Município de São Paulo, a adesão é permitida às atas municipais, às atas do Estado de São Paulo e da União. A vedação surge apenas quanto às atas de outros estados, do Distrito Federal e dos demais municípios.

O ponto de discórdia sobre o presente ponto é: a adesão a uma ata de registro de preços configuraria uma violação ao princípio da obrigatoriedade da licitação?

Com efeito, para o órgão não participante, a contratação tem uma natureza similar à contratação direta, porque não houve, junto a esse órgão, a realização de prévia licitação para sua formalização. Contudo, a escolha do fornecedor se submeteu a um procedimento próprio de escolha pública, que culminou em um compromisso de fornecimento, de bens ou serviços, a determinado preço, quando acionado. Seu aproveitamento vem demonstrando

economia em escala administrativa, na qual a Administração vem economizando esforços e tempo, aproveitando a engenharia envolvida no desenvolvimento do processo de constituição do documento.

Por seu turno, neste ponto, mais uma vez, os tribunais de contas vêm se manifestando de forma diversa.

O Tribunal de Contas da União e o Tribunal de Contas do Município de São Paulo seguem a linha da possibilidade de adesão a atas previamente firmadas, porque vislumbram o atendimento à economicidade, sendo o objeto previamente licitado, exigindo-se apenas o atendimento a regras e limites de aderência.

Por seu turno, e diametralmente oposto, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo conclui pela vedação da aderência a uma ata de registro de preços vigente, por violação ao princípio da legalidade. Entende ele que somente uma lei federal poderia permitir a adesão a uma ata de registro de preços, como acontece com atas voltadas à educação (Lei nº 12.816, de 2013, que dispõe sobre as Atas de Registro de Preços do FNDE) e à saúde (Lei nº 10.191, de 2001, que versa sobre as Atas de Registro de Preços de produtos de Saúde). Nesse sentido é a sua súmula nº 33. Sobre o Decreto Estadual de 2018, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo ainda não o enfrentou diretamente, mas em análise de alguns expedientes, referentes a Atas de Registro de Preços anteriores, tomou ciência da sua superveniência, entretanto, manteve seu posicionamento sumulado (vide TC nº29184/026/11, 7507/026/11 e 5241/026/12).

Diante desse cenário, limitado aos três Tribunais de Contas em análise, o Município de São Paulo possui autorização para aderir a atas da União e do Estado de São Paulo, e os órgãos e as entidades federais podem aderir às atas federais vigentes. De outro lado, o Estado de São Paulo e os demais municípios paulistas se vêem impedidos de autorizar adesões, na qualidade de órgãos gerenciadores, e de aderirem a atas vigentes, na qualidade de órgão não

participante, ainda que economicamente o preço seja vantajoso ao Erário Público e o objeto atende plenamente o fim almejado na contratação, sob pena de ser julgada irregular a contratação firmada, exceto nos casos fundados nas leis federais específicas.

3.4 Resumo do problema

Conforme se observa, em três pontos específicos envolvendo as Atas de Registro de Preços, as visões distintas e antagônicas dos Tribunais de Contas sobre o instituto importam em interpretações distintas, gerando, assim, formas controladas pelas Cortes de Contas de uma Regulamentação do Registro de Preços, em descompasso com o previsto no artigo 15 da Lei nº 8.666, de 1993, que indica que a opção pela sua regulamentação será dada pelo Poder Executivo.

Verifica-se, ainda, que as soluções propostas pelos Tribunais não decorrem diretamente de um abuso regulamentar do Poder Executivo, uma vez que suas limitações se encontram descritas nos incisos I e III do § 3º do artigo 15 da Lei nº 8.666, de 1993, e na Lei nº 10.520, de 2002, mas sim de interpretações extensivas desses comandos, restringindo, ainda mais, o uso do instituto por alguns Entes, como se vê no Estado de São Paulo e nos demais municípios bandeirantes.

4 Dos Projetos de Leis de Licitações e Contratações Públicas quanto ao Sistema de Registro de Preços

Como já salientado, há debates no Congresso Nacional para a elaboração de um novo diploma normativo para dispor sobre regras gerais de licitações e contratos administrativos.

Recentemente (2019), a Câmara dos Deputados, por meio do Projeto de Lei nº 1.292, de 1995, aprovou o texto consolidado da nova Lei de Licitações e Contratos,

devolvendo o expediente ao Senado Federal, haja vista a divergência quanto ao texto originário contido no Projeto de Lei do Senado nº 163, de 1995.

Apenas para pontuar, o projeto original do Senado Federal versava apenas sobre uma alteração do artigo 72 da Lei nº 8.666, de 1993, sendo convertido em um novo projeto de diploma normativo.

Na mesma toada, o Senado Federal, por meio do Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, concluiu sua proposta de norma jurídica, ainda em 2017, o qual, ao chegar à Câmara dos Deputados, foi anexado àquele, para trâmite em conjunto.

Na presente data, o Senado Federal ainda não promoveu os atos internos de processamento do projeto aprovado pela outra Casa, e nem fixou os parâmetros de trâmite, se será considerado como substitutivo do texto aprovado em 2017, com tratamento conjunto.

Ambos os textos possuem a mesma estrutura mínima da Lei nº 8.666, de 1993, sendo possível concluir que o texto aprovado pela Câmara dos Deputados possui caráter de substitutivo ao texto aprovado pelo Senado Federal, em outro expediente, o que torna apto a esta última Casa deliberar sobre as alterações lá promovidas.

E, no caso do Sistema de Registro de Preços, o que se verifica é a presença de um conjunto normativo superior ao atualmente vigente no País em ambos os textos, com alterações pontuais, que serão analisadas dentro do contexto do presente.

4.1 Da visão geral sobre o Sistema de Registro de Preços nos projetos de leis já aprovados no Congresso Nacional

O que se observa dos textos finais do PLS nº 559, de 2013, e do PL nº 1.292, de 1995, é um aumento de cláusulas normativas do Sistema de Registro de Preços.

Em termos gerais, o que se observa é o incremento de definições legais sobre o que é o Sistema de Registro de

Preços, a Ata de Registro de Preços, o Órgão ou Entidade Gerenciadora, o Órgão ou Entidade Participante e o Órgão ou Entidade não Participante. Neste último caso, apenas consta do texto aprovado na Câmara dos Deputados.

São conceitos com forte inspiração vinda do Decreto Federal nº 7.892, de 2013, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços no âmbito federal, que seguiu os parâmetros do Decreto anterior, de nº 3.931, de 2001.

Outro destaque na estrutura do texto legislativo é a presença de um capítulo, ou seção, conforme a proposta, exclusivo ao Sistema de Registro de Preços, estabelecendo as regras mínimas a serem observadas pela Administração Pública.

A sistematização do Sistema de Registro de Preços, nos projetos, decorre da própria natureza do instituto, a partir da adoção de suas especificações para outros objetos, além das compras públicas, que culminou com a Lei nº 10.520, de 2002, com a ampliação objetiva de seu uso.

Outro instrumento legal que já trazia certa autonomia de regramento para o Sistema de Registro de Preços foi a Lei do Regime Diferenciado de Contratações, que trouxe a matéria como um procedimento auxiliar das licitações em seu âmbito, apesar de dispor de seu conteúdo em um único artigo (artigo 32).

Nos projetos em debate no Congresso, tais disposições possuem 5 (cinco) artigos cada, sendo em alguns deles verificada a presença de diversos parágrafos a respeito do tema.

4.2 Do tratamento dado pelos projetos em debate quanto aos temas de maior sensibilidade junto aos Tribunais de Contas

Como demonstrado supra, três foram os grandes debates envolvendo o Sistema de Registro de Preços perante os Tribunais de Contas, tomando como base o Tribunal de Contas da União, o Tribunal de Contas do Estado

de São Paulo e o Tribunal de Contas do Município de São Paulo, em que se verifica a existência de divergências entre eles.

Os pontos foram: fixação quanto às matérias de cabimento do Registro de Preços, a prorrogabilidade de sua vigência por mais de 1 (um) ano e a validade da contratação por meio de adesão (“carona”).

Preambularmente, ressalte-se que no projeto aprovado pela Câmara dos Deputados, há uma previsão específica sobre a prevalência das súmulas do Tribunal de Contas da União, de caráter orientativo, quanto à aplicação da Lei (vide artigo 172), tornando norma vinculante a atual Súmula nº 222 daquele Tribunal, o que pode dar a esperada uniformidade de entendimento.

Tal disposição depende de confirmação no Senado Federal, além de depender de que a questão posta perante os diversos Tribunais de Contas no Brasil seja prevista na referida Lei, não abarcando assim eventual disposição local complementar à Lei de Licitações e Contratos. E é o que ocorre hoje com os temas acima trabalhados.

Verifica-se, assim, de antemão, que a existência de decisões contraditórias entre as Cortes de Contas não é uma realidade do Sistema de Registro de Preços. Apenas que este sofre dos mesmos males da dificuldade em se sistematizar as orientações de controle, a partir dos parâmetros legalmente estabelecidos.

No que tange ao cabimento do Sistema de Registro de Preços, ambos os projetos são enfáticos em afirmar que seu objeto é o registro formal de preços relativos a prestação de serviços, obras e aquisição e locação de bens para contratações futuras.

Esse conceito é encontrado nos dispositivos destinados à definição do Sistema de Registro de Preços (art. 4º, inciso XLIV, do PLS nº 559/13, e art. 5º, inciso XLV, do PL nº 1.292/95), bem como nas disposições específicas para regulamentação do instituto (art. 73, § 3º, do primeiro, e art. 81, § 5º, do segundo).

No mais, ambos os projetos (art. 76, do PLS nº 559/13, e art. 84 do PL nº 1.292/95) há norma expressa de cabimento de Registro de Preços para execução de obras e de serviços de engenharia, desde que haja projeto padronizado sem complexidade técnica e operacional e que haja necessidade permanente ou frequente do objeto.

Aqui, observa-se a aderência quanto à jurisprudência do Tribunal de Contas da União, sobre a possibilidade de contratação de serviços, sem restrição de objeto, e, especificamente quanto a obras e serviços de engenharia, que haja uma padronização aliada à rotina para sua contratação.

Importante destacar que a limitação conferida pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo quanto aos contratos de prestação continuada é superada, por força do proposto, em ambos os textos, quanto à vigência do contrato decorrente, o qual observará as disposições da Ata de Registro de Preços (vide parágrafo único dos artigos 75 do PLS nº 559/2013 e 83 do PL nº 1292/95).

O segundo ponto em debate envolve o prazo de vigência da Ata de Registro de Preços.

Como visto, a interpretação dada pelo Tribunal de Contas da União e pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo é no sentido de se vedar a prorrogação da Ata de Registro de Preços para além dos 12 (doze) meses de vigência previstos no artigo 15, § 3º, inciso III, da Lei nº 8.666, de 1993.

Neste ponto, ambas as Casas do Congresso vislumbraram que a solução dada pelos Tribunais de Contas não atendem à realidade da Administração Pública, passando a propor que a vigência das atas expressamente seja de 1 (um) ano, prorrogável por igual período, comprovada a economicidade de sua manutenção (vide artigo 75, *caput*, do PLS nº 559/2013, e artigo 83, *caput*, do PL nº 1.292/95).

Essa é a linha atualmente seguida pelo Município de São Paulo e referendada pelo Tribunal de Contas do Município, quanto à vigência da ata.

Por último, há a discussão a respeito da possibilidade de adesão às Atas de Registro de Preços vigentes, cuja maior resistência é demonstrada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Neste assunto, o PL nº 1.292/95 é explícito em afirmar a existência do Órgão ou Entidade não Participante, quando das definições (art. 5º), e, na regulamentação do Sistema de Registro de Preços, nos parágrafos 2º e seguintes do artigo 85, estabelecendo regras sobre limites de aderência e limitação de aderência por parte de órgãos e entidades federais.

Por seu turno, o PLS nº 559/2013 é mais comedido na matéria, ao não trazer definição sobre o Órgão ou Entidade não Participante, contudo, em seu artigo 77, o parágrafo 1º estabelece que a contratação somente se dará por quem participa da Ata e, excepcionalmente, com justificativa, inclusive do porquê não participou do procedimento público de intenção de registro.

A previsão da adesão, neste último caso, pode gerar dúvidas e possíveis limitações quanto à sua possibilidade legal, porque se vale de uma redação indireta, além de não trazer essa figura dentre os incisos de definições da Lei, tal qual adotado para Órgão Gerenciador e Órgãos Participantes. Diferente dos textos legais precedentes que autorizam a adesão (Leis Federais nº 10.191, de 2001, e 12.816, de 2013), tidos como referência de possibilidade de adesão, ou mesmo o texto proposto pela Câmara dos Deputados.

Importante destacar que sequer o uso da jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União seria possível, porque tal disposição está contida no texto aprovado pela Câmara, não no texto proposto pelo Senado, e também depende de ratificação.

Pela divergência, de modo a garantir a segurança jurídica necessária para o instituto, é recomendável que o Senado, na análise da proposta proveniente da Câmara, dê a preferência quanto à solução dada por esta para a questão,

sanando, assim, qualquer debate doutrinário nas Cortes de Contas sobre o tema.

5. Conclusão

O que se observa, da análise dos textos atualmente debatidos no Congresso Nacional, é a proposta de um maior número de regras fixadas no âmbito legal de modo a superar empecilhos pontuais decorrentes de interpretações dos Tribunais de Contas sobre o Sistema de Registro de Preços.

Com efeito, são dadas soluções próprias a determinados casos em testilha, seja no sentido de admitir a solução proposta por um determinado Tribunal, como se verifica nos contornos necessários para a validade da ata de registro de preços para fins de serviços de engenharia, seja na adoção de postura diametralmente oposta à maioria dos Tribunais de Contas, como se verifica no trato da matéria atinente ao prazo de validade da ata de registro de preços, matéria hoje consolidada no mesmo sentido apenas no Município de São Paulo.

Assim, é possível vislumbrar que o posicionamento reiterado dos Tribunais de Contas contribuiu com a retirada de parte da autonomia do Poder Executivo em organizar o Sistema de Registro de Preços, de modo a garantir uma parcela de segurança jurídica ao Administrador em adotar tal ferramenta como solução às demandas que lhe são postas na atividade de rotina da repartição.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sidney. **Licitação de Registro de Preços**. 5ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.292/1995. **Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; altera as Leis nºs 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, e as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, e 10.520, de 17 de julho de 2002.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1819390&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+1292/1995>. Acesso em: 26 fev.2020. Texto Original.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 559/2013. **Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.** Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4988596&ts=1571777487403&disposition=inline>>. Acesso em: 26 fev.2020. Texto Original.

GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. **Registro de Preços – aspectos práticos e jurídicos.** 2º edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

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

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo.** 3º edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017.

PALAVÉRI, Marcelo. **Licitações Públicas – Comentários e notas às súmulas e à jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SARQUIS, Alexandre Manir Figueiredo; RAMOS, Rosemeire da Silva Cardoso. **Controvérsias do Sistema de Registro de Preços**. São Paulo: Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 2011. Disponível em https://www4.tce.sp.gov.br/sites/tcesp/files/downloads/controversias-srp-versao-c_0_2.pdf. Acesso em: 26 fev.2020. Texto Original.

Por um Concurso Público Transparente – Da necessidade de divulgação de critérios objetivos de correção, motivação das decisões e contraditório no Estado Democrático de Direito

Ricardo Bucker Silva²

RESUMO

Considerações sobre a obrigatoriedade de apresentação critérios objetivos de correção para questões discursivas, a necessidade de motivação e contraditório como valorização e efetivação dos direitos fundamentais.

1 Introdução

O controle judicial sobre o mérito administrativo é tema polêmico, no entanto, os tribunais pátrios começam a analisar em algumas hipóteses o ato administrativo eivado de vícios de legalidade, além da proporcionalidade. Nesse aspecto, e considerando que o Neconstitucionalismo traz um repensar sobre a aplicação de todos os ramos do direito, aplicando-se uma filtragem constitucional, isto é, aplicando-se o direito sob perspectiva dos direitos fundamentais, o presente artigo tem por objetivo tecer considerações sobre a obrigatoriedade de apresentação critérios objetivos de correção para questões discursivas, a necessidade de motivação e contraditório como valorização e efetivação dos direitos fundamentais presente na Carta da República.

² Procurador do Município de São Paulo. Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

1. Da necessidade de divulgação de critérios objetivos de correção, motivação das decisões administrativas e contraditório substancial no Estado Democrático de Direito.

No exercício das funções estatais, a Administração Pública usufrui de diversos poderes e prerrogativas que garantem a busca do interesse público em um patamar de supremacia em face dos interesses privados. Tais poderes, se configuram por meio de atos administrativos, que podem, conforme ao grau de liberdade serem vinculados ou discricionários.

Ao se estudar o regime-jurídico administrativo a que se submete o Poder Público, verifica-se que os dois aspectos fundamentais que o caracterizam são resumidos nos vocábulos prerrogativas e sujeições. As prerrogativas são vantagens concedidas à Administração para oferecer-lhe meios, a fim de assegurar o exercício de suas atividades, enquanto as sujeições representam limites opostos à atuação administrativa em benefício dos direitos dos cidadãos. Tais bases definem todo o colorido da atividade administrativa no Brasil nos dias de hoje.

Considerando o ato administrativo como uma manifestação de vontade do Estado ou de quem lhe faça às vezes, que pode criar, modificar ou extinguir direitos, com objetivo de satisfazer o interesse público, estando sujeito a regime jurídico público, sendo inferior e complementar à previsão legal e sendo sujeita a controle pelo Poder Judiciário no que tange à **legalidade**. Para definir esse controle, evitando que um Poder do Estado interfira de modo abusivo e/ou arbitrário em outro, afastando qualquer comprometimento ao princípio da separação dos poderes é importante estabelecer algumas premissas, quanto aos atos vinculados e discricionários e, conseqüentemente, o controle de mérito e controle de legalidade dos atos administrativos.

No ato administrativo vinculado o Administrador não tem liberdade, não tem juízo de valor, preenchidos os requisitos legais o ato terá que ser praticado, não restando para a autoridade alternativas. Na decisão vinculada não haverá opção pessoal para o administrador. Ou ocorre a situação fática que enseja a prática do determinado ato administrativo; ou a realidade é distinta e não permite a feitura do ato.

De outro lado, entre as prerrogativas da função administrativa do Estado, temos o poder discricionário. Poder que dá à administração pública a liberdade para atuar de acordo com juízo de conveniência e oportunidade, de modo que, o administrador possa optar pela alternativa que, em seu entendimento, preserve melhor o interesse público.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello³, a discricionariedade é a margem de "liberdade" que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente. Já segundo José dos Santos Carvalho Filho⁴ é "(...) prerrogativa concedida aos agentes administradores de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade".

É evidente, todavia, que essa discricionariedade do Administrador Público está adstrita aos ditames da lei e, especialmente, das regras e princípios constitucionais, tais como, legalidade, razoabilidade, proporcionalidade,

³ *Curso de Direito Administrativo*, 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 957.

⁴ *Manual de Direito Administrativo*, ed. Atlas, 25ª ed., 2012, p. 49-50.

motivação, contraditório e ampla defesa, além de outros explicitamente ou implicitamente extraídos da legislação. Não há que se falar que o Edital é soberano, quando desborda dos limites e fins estabelecidos pela Lei maior (Constituição da República Federativa do Brasil).

Na determinação dos atos administrativos, é fundamental a análise quanto à liberdade para sua definição, identificando em qual aspecto ou em qual elemento de formação do ato essa se apresenta, se tal elemento é vinculado ou discricionário. Nas hipóteses em que o elemento é vinculado, o administrador não tem liberdade. Terá que preencher o ato, segundo os ditames da lei, sem análise de conveniência e oportunidade. De outra banda, quando o elemento for discricionário, o administrador pode realizar um juízo de valor, avaliando a conveniência e a oportunidade do interesse público para a prática do ato.

A vinculação ou a discricionariedade dos elementos do ato administrativo dependem do tipo de ato. Para os atos vinculados, todos os seus elementos são vinculados, tendo em vista que, para a prática desse ato, o administrador não tem liberdade, vale dizer, preenchidos os requisitos legais, ele é obrigado a praticar o ato. Portanto, a competência, a forma, o motivo, o objeto e a finalidade são elementos vinculados.

Nos atos discricionários, encontram-se elementos vinculados como é o caso do sujeito competente, da forma e da finalidade. Esses elementos estão definidos em lei e, em regra, o administrador não pode modificá-los, não tendo opção de escolha. Entretanto, nesses atos, o motivo e o objeto são discricionários. É na análise desses elementos que o administrador deve avaliar a conveniência e a oportunidade, realizando um juízo de valor, sem desprezar os limites previstos pela lei.

Assim, é possível concluir que é nos elementos motivo e objeto dos atos discricionários que se encontram a discricionariedade do ato administrativo, a liberdade do

administrador e o juízo de conveniência e oportunidade, também denominado mérito do ato administrativo. Portanto, mérito do ato administrativo é a valoração do Administrador, é a liberdade, é a análise de conveniência e oportunidade, que estão presentes nos elementos motivo e objeto.

Deste modo, mérito é a discricionariedade administrativa, é a liberdade do Administrador. Liberdade que no exercício de uma função pública, com prerrogativas e sujeições, **não é absoluta**, está limitada pelos ditames da lei e das regras constitucionais, inclusive seus princípios. Assim, a observância dessas margens de liberdade representam controle de constitucionalidade da decisão, também reconhecido pelo STF no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 45, como controle de legalidade em sentido amplo (princípio da Juridicidade), controle que cabe tanto à Administração, quanto ao Poder Judiciário realizá-lo.

Hoje prevalece na doutrina e jurisprudência nacional que o mérito dos atos administrativos não pode ser revisto pelo Poder Judiciário, sob pena de violar o princípio da Separação dos Poderes. **Entretanto, ao Judiciário, no exercício de controle judicial, cabe a análise de legalidade dos atos.** Esse controle é hoje reconhecido em seu sentido amplo (juridicidade), o que abrange a análise de compatibilidade de um ato administrativo com as regras legais e com as normas constitucionais, inclusive seus princípios.

Portanto, é assente em nosso país que o Poder Judiciário pode controlar e rever atos administrativos do Poder Público no que tange à legalidade, independentemente de serem eles vinculados ou discricionários.

Anteriormente havia um entendimento de que o ato discricionário não poderia, de forma alguma, sofrer controle judicial. Porém, no atual cenário do ordenamento jurídico, reconhece-se a possibilidade de análise pelo Judiciário dos

atos administrativos que não obedeçam à lei, bem como daqueles que ofendam princípios constitucionais, tais como: a moralidade, a eficiência, a razoabilidade, a proporcionalidade, além de outros. Dessa forma, o Poder Judiciário poderá, por vias obliquas, atingir a conveniência e a oportunidade do ato administrativo discricionário, mas tão-somente quando essa for incompatível com o ordenamento vigente, portanto, quando for ilegal, o que registre-se é o presente caso.

É fato que as Bancas Examinadoras têm discricionariedade, observando o conteúdo do edital, a natureza do cargo a ser exercido e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para construção das questões exigidas em cada etapa do concurso e de suas respectivas respostas.

Também é sabido que os Tribunais Superiores têm entendido, em regra, não competir ao Poder Judiciário o exame dos critérios de formulação e correção de provas. Com efeito, em respeito ao princípio da separação de poderes consagrado na Constituição Federal, compete a banca examinadora desses certames a responsabilidade pelo seu exame.

A Administração Pública tem liberdade, definida pela lei e sem desborda-lá, para estabelecer as regras edilícias e critérios de avaliação na realização de concurso público. Trata-se de uma decisão discricionária da autoridade, observando a conveniência e a oportunidade para o interesse público, que se exaure com sua publicação, estando a autoridade pública, a partir desse momento, vinculada a seus ditames. Com a publicação, o edital transforma-se em ato vinculado, é a lei do procedimento (vinculação ao instrumento convocatório), não podendo o administrador exigir nem mais e nem menos do que nele está previsto, sob pena de afronta aos Princípios da Isonomia e da Legalidade. O edital é a lei interna do concurso.

Entretanto é necessário salientar a jurisprudência pátria ratifica a possibilidade do Poder Judiciário rever o concurso público, inclusive o conteúdo de prova, quando essa corresponder a uma análise de ilegalidade do ato praticado, caracterizada por uma violação à constituição, à lei ou ao edital, o que ocorreu no presente caso.

É função e princípio do Poder Judiciário a proteção de direitos, bem como da própria administração pública que tem o dever de anular os ilegais como revogar os inconvenientes e inoportunos (Súmula tal), ressalvados os direitos adquiridos e contraditórios.

O STJ decidiu no RMS 27.566⁵, que na avaliação de provas, cabe o controle da legalidade, inclusive, no tocante às regras previstas no edital do certame, à vinculação ao conteúdo programático previsto no instrumento

⁵ CONCURSO. JUIZ. FUNDAMENTAÇÃO.

Candidato ao cargo de juiz substituto impetrou MS contra o desembargador presidente da comissão examinadora do concurso, ao fundamento de que a planilha de avaliação utilizada para a correção da prova de sentença penal estaria viciada, porque não incluiu valor ao item fundamentação, apesar de ela ser requerida no enunciado da prova, em ofensa ao previsto no próprio edital. Quanto a isso, o Min. Jorge Mussi (Relator originário) negou provimento ao recurso, ao relembrar, entre outros fundamentos, o entendimento de que a atuação do Poder Judiciário limita-se à legalidade do certame, pois vedado apreciar os critérios utilizados pela banca examinadora na formulação dos quesitos e atribuição de notas, no que foi acompanhado pelo Min. Felix Fischer. Contudo, prevaleceu entendimento divergente da Min. Laurita Vaz, de que, pelo próprio enunciado da questão, seria preciso tecer fundamentação, até porque inerente à questão que exige a redação de uma sentença penal em concurso para magistrado, daí a necessidade de avaliá-la. Já o Min. Arnaldo Esteves Lima lembrou que a motivação seria pressuposto essencial, conforme o próprio edital, visto em sua globalidade, e que se poderia até cogitar que, ao considerar a livre convicção inerente ao juízo, haveria de ser avaliado o candidato se este tivesse redigido sentença fundamentada em sentido diverso do que tido por correto. O Min. Napoleão Nunes Maia Filho aduziu que, na avaliação da peça produzida pelo intelecto, não há certo ou errado, mas sim razoável e irracional. Assim, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso para que seja avaliada a fundamentação aposta pelo candidato na prova. RMS 27.566-CE, Rel. originário Min. Jorge Mussi, Rel. para acórdão Min. Laurita Vaz, julgado em 17/11/2009 (informativo nº 416 do STJ).

convocatório, ao conhecimento prévio dos critérios que serão adotados pela comissão examinadora, avaliando também a adequação de tais medidas à finalidade que almeja o procedimento seletivo.

A correção de questões subjetivas é realizada através dos itens determinados em um espelho de prova. O espelho deve conter tudo aquilo que a Banca Examinadora entende necessário para que se tenha uma resposta correta, inclusive com os pontos sobre o tema a serem abordados e o peso específico para os casos de citação de jurisprudência e de doutrina, paragrafação, etc. E tal espelho deverá ser publicado logo após a realização da prova, de modo a franquear o contraditório material.

Assim, a todos os candidatos será atribuída, de maneira objetiva, pontuação em conformidade com a inclusão ou não dos pontos exigidos. Sendo também observado o que foi estabelecido no edital quanto à adequada aplicação da língua portuguesa, à estética do texto (espaçamento, respeito às margens, paragrafação, etc.) a construção lógica das idéias; além da observância de outras regras, porventura estabelecidas.

O espelho representa uma grande evolução para os concursos públicos no Brasil, garante a objetividade exigida no certame e a certeza de que todos os candidatos terão o mesmo tratamento atendendo assim aos princípios da isonomia e da impessoalidade, com a certeza de que todos terão a mesma oportunidade. Garante ainda o conhecimento público cumprindo a exigência de publicidade dos atos administrativos, além de reforçar a segurança jurídica dos atos administrativos, afasta o viés patrimonialista de gestão do Estado, que privilegia apadrinhados.

Repise-se que, definir os critérios da correção; itens que devem ser levados em consideração para correção de cada prova e pontuação de cada um deles é decisão discricionária da Banca Examinadora, entretanto, uma vez publicada essa decisão, não pode a Administração Pública

fugir do seu cumprimento. O espelho de prova, assim como o edital, após sua publicação se transforma em ato vinculado, não tendo a agente público como não obedecê-lo.

Todos os candidatos desse concurso, assim como de outros que tenham avaliações subjetivas (questões discursivas) tem direito ao mesmo espelho de prova e a mesma correção item a item, devendo submeter-se a mesma pontuação, não podendo nenhum ponto ser excluído ou ignorado pelo examinador. Tal comportamento da Banca Examinadora viola diversos princípios constitucionais, atenta contra a confiança (legítima) do candidato na Administração, compromete a segurança jurídica, portanto, deve ser revisto pelo Poder Judiciário.

Vale o destaque de decisão do STJ sobre esse ponto:

(...) 3. Mostra-se desarrazoado e abusivo a Administração exigir do candidato, em prova de concurso público, a apreciação de determinado tema para, posteriormente, sequer levá-lo em consideração para a atribuição da nota no momento da correção da prova. Tal proceder inquina o ato administrativo de irregularidade, pois atenta contra a confiança do candidato na administração, atuando sobre as expectativas legítimas das partes e a boa-fé objetiva, em flagrante ofensa ao princípio constitucional da moralidade administrativa. (RMS 27.566/CE, STJ – Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, Rel. p/ Acórdão Ministra Laurita Vaz, julgado em 17.11.2009, DJe 22.02.2010).

O concurso público, nada mais é que uma espécie de processo administrativo, comportando, em cada fase, o exercício do direito de recurso pelos candidatos.

Essa garantia viabiliza a revisão de uma decisão, buscando a correção de qualquer injustiça ou abuso praticado pela autoridade. Esse direito independe de previsão explícita em lei, tendo em vista que o mesmo **art.**

5º, inciso LV, em sua parte final, diz que há ampla defesa com meios e recursos a ela inerentes. Mesmo para aqueles que interpretam esse dispositivo de forma diferente, há possibilidade de interposição de recurso, sem previsão específica em lei, em razão do direito constitucional de petição, definido no **art. 5º, inciso XXXIV, alínea a, da CRFB**.

Todo e qualquer procedimento administrativo levado a termo no âmbito da administração, seja ela direta ou indireta, deve observar os ditames expostos na Lei Federal nº 9.784/99, que estabelece normas básicas, e visa, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração, aplicando-se, inclusive, ao Poder Judiciário, quando no desempenho de função administrativa. No caso específico do Estado de São Paulo, a lei do processo administrativo estadual é a nº 10.177/98.

Independentemente da discussão doutrinária existente sobre os institutos do 'motivo' e da 'motivação' dos atos administrativos, o certo é que os atos administrativos devem ser DEVIDAMENTE justificados (art. 93, IX da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB), porquanto, além da vinculação ao princípio da legalidade, só dessa forma o administrado poderá exercer adequadamente o seu direito ao contraditório e à ampla defesa (**inc. LV, art. 5º, CRFB**).

Não é por menos que a Lei 9.784/99, em seu art. 50, bem como o art. 8, VI da Lei Estadual nº 10.177/98, corroborando entendimento já sedimentado tanto na doutrina quanto na jurisprudência, passou a prever, agora por regra expressa, a necessidade de motivação dos atos administrativos, sob pena de invalidade.

Portanto, tem-se que para a validade dos procedimentos administrativos realizados, estes deverão ocorrer à luz da mencionada Lei, em especial o que dispõe em seus artigos 2º e 3º e incisos, que trata dos deveres da

Administração e direitos dos administrados a serem observados:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

A Legislação Federal, que é reproduzida por praticamente todos os Estados, e não deixa de ser no Estado de São Paulo, em consonância com o que se encontra exposto na Constituição Federal, garante ao administrado a observância do contraditório e da ampla defesa, expressamente prevendo, nos incisos II e III do art. 3º, **que os administrados terão vistas dos autos, obterão cópias dos mesmos, poderão formular alegações e apresentarão documentos antes da decisão**, que, ainda segundo o inc. VII do art. 2º do mesmo diploma, deve vir devidamente fundamentada com os pressupostos de fato e de direito.

Logo, para o efetivo cumprimento do direito de recurso, a decisão deve cumprir o princípio da motivação e a parte tem que ter ciência dessas razões.

A motivação exige da Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhe os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre esses fatos ocorridos e o ato praticado, demonstrando a compatibilidade da conduta com a lei. Enfim, exige um raciocínio lógico (congruente) entre o motivo, o resultado do ato e a lei.

Por isso, prevalece na doutrina e jurisprudência, inclusive no Supremo Tribunal Federal - STF, o dever de motivação dos atos e decisões administrativas⁶, que é

⁶ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO. MOTIVAÇÃO.

autoaplicavel⁷. O texto constitucional estabelece essa exigência de forma implícita em diversos dispositivos importantes.

A previsão decorre do **art. 1º, II, da CRFB** que reconhece como fundamento para a República Federativa do Brasil a cidadania, além de seu parágrafo único, que atribui ao povo a titularidade do poder. Nessa esteira, é fundamental que o candidato tenha conhecimento das razões que justificam os diversos atos praticados por seus representantes, os atos administrativos.

A Constituição, visando proporcionar o exercício da titularidade ao povo, também instituiu, como garantia fundamental, o direito de informação e a publicidade, previsto no **art. 5º, b, XXXIII e art. 37**, respectivamente, uma vez que, se assim não fosse, restariam prejudicados completamente os seus instrumentos de controle dos atos pelos administrados. Nessa esteira, José dos Santos

AUSÊNCIA. 1. O motivo é requisito necessário à formação do ato administrativo e a motivação, alçada à categoria de princípio, é obrigatória ao exame da legalidade, da finalidade e da moralidade administrativa." (...) (AgRg no RMS 15350/DF, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 08.09.2003 p. 367).

⁷ O Plenário reafirmou jurisprudência no sentido da desnecessidade de lei complementar para dar efeitos ao art. 93, X, da CF, em face de sua autoaplicabilidade e, em consequência, denegou mandado de segurança impetrado contra decisão do CNJ, que revogara atos administrativos do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina — remoção voluntária de magistrados — por terem sido editados em sessão secreta e desprovidos de motivação. Aquele conselho determinara que os atos fossem revogados e repetidos em conformidade com o ordenamento jurídico vigente. Afastou-se o argumento de que a decisão impugnada fundamentara-se na Resolução 6/2005, do CNJ, que disporia sobre promoção, enquanto a situação de fato constituir-se-ia em remoção de juizes. Asseverou-se que a referência a norma mencionada — que estabelecera obrigatoriedade de sessão pública e votação nominal, aberta e fundamentada para a promoção por merecimento de magistrados —, apresentar-se-ia como argumento de reforço à afirmação da necessidade dos mesmos parâmetros para as deliberações a respeito das remoções voluntárias dos membros do Poder Judiciário. Precedentes citados: ADI 189/DF (DJU de 22.5.92); ADI 1303 MC/SC (DJU de 1º.9.2000); RE 235487/RO (DJU de 21.6.2002). MS 25747/SC, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.5.2012. (MS-25747).

Carvalho Filho, pontua *“só com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem”*⁸.

Desse modo já entendeu o STJ⁹ e TRF-5¹⁰, ao afirmar que a divulgação de espelhos da redação da prova possibilita o controle pelos candidatos do ato de correção.

Nesse diapasão, ao não disponibilizar os espelhos das provas¹¹ e seus critérios, a banca examinadora, torna

⁸ Manual de Direito Administrativo. 21 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 24.

⁹ AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXAME PSICOTÉCNICO. CRITÉRIOS SIGILOSOS. **AUSÊNCIA DE PUBLICIDADE DOS MOTIVOS. EXCLUSÃO. ILEGALIDADE. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO.** CERTAME ENCERRADO. PERDA DE OBJETO. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTOS APTOS A ENSEJAR A MODIFICAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no RMS: 31067 SC 2009/0243071-1, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 14/08/2012, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: Dje 22/08/2012).

¹⁰ ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA PROFESSOR. APRESENTAÇÃO DO ESPELHO DA PROVA DE TÍTULO. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. I. Remessa necessária de sentença que determinou a apresentação dos espelhos da prova de título do Concurso para Professor Adjunto 40 Horas/DE, Setor de Estudo: Clínica Integrada/Cirurgia e Traumatologia Buco-maxilo-facial do Departamento de Clínica Odontológica da Faculdade de Farmácia, Odontologia e Enfermagem da UFCE. II. Constatou-se que, para a ciência das pontuações atribuídas aos títulos dos candidatos envolvidos no certame, bem como para se verificar a obediência aos critérios objetivos especificados no edital, é imprescindível a apresentação do espelho da prova de títulos dos candidatos aprovados. III. Versa a lide sobre concurso público, regido pelos princípios administrativos constitucionais e legais, entre eles o da publicidade, que só poderia ser mitigado na hipótese de ameaça real a direito subjetivo de terceiro, o que não ocorre no caso. IV. Remessa necessária improvida. (TRF-5 -REEX: 8005862120134058100, Relator: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, Data de Julgamento: 28/01/2014, Quarta Turma).

¹¹ MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. REQUERIMENTO DE VISTA DA PROVA DISCURSIVA INDEFERIDO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INSCULPIDOS NOS ARTS. 5º, XXXIII, XXXV E 37. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

1 - A negativa de vista da prova discursiva, ou de qualquer outra prova do concurso, fere frontalmente o princípio constitucional da publicidade, além de retirar a possibilidade de revisão dos atos da

difícil a aferição, quiçá, impossível, pelo candidato, do conteúdo e fundamento exigidos que não foram abordados em sua prova, prejudicando, ou melhor, destruindo sua ampla defesa, pois dessa forma, o candidato só poderá formular recurso genérico, desconhecendo quais foram os critérios do examinador, impedindo-o de combater especificamente os pontos exigidos na resposta padrão do examinador.

Sobre necessidade de motivação e transparência, andou bem o Superior Tribunal de Justiça ao decidir no RMS 49.896-RS¹² que:

- 1) a banca examinadora do certame, deve demonstrar de forma clara e transparente, que os critérios de avaliação previstos no edital foram respeitados, sob pena de nulidade da avaliação. Dessa forma, o ideal seria que as bancas examinadoras forneçam espelhos de correção que permitam ao candidato condições de identificar:
 - a) o padrão de resposta esperado pela banca examinadora para cada questão;
 - b) a pontuação válida para cada um dos critérios;
 - c) a nota que lhe foi atribuída em cada um deles;
 - d) e por fim, a nota global obtida pelo candidato.
- 2) Que as informações constantes nos espelhos de prova representam a “motivação do ato administrativo”, como tal, trata-se de medida

banca examinadora, violando, também, o princípio contido no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, pois impede que o Judiciário exerça o controle jurisdicional sobre possível lesão a direito do candidato. 2 - A conduta da Administração, indeferindo o pedido de vista da impetrante, desatende, ainda, o disposto no inciso XXXIII do art. 5º da CF, que garante o direito de receber dos órgãos públicos informações relativas a interesse particular. 3 - Remessa improvida. (TRF-1, REO 200001000114231, Rel. Des. Fed. Selene Maria de Almeida, DJU 10/06/2003, p.118.) (negritamos).

¹² STJ. 2ª Turma. RMS 49.896-RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 20/4/2017 (Info 603).

imperativa, por ser expressão dos arts. 2º e 50, III e §1º, da Lei nº 9.784/99 (lei do processo administrativo no âmbito federal).

- 3) A motivação deve ser apresentada anteriormente ou concomitante a prática do ato administrativo. Isso porque se entende que se fosse permitida a motivação posterior, isso estimularia a prática de mal feitos de qualquer ordem para evitar eventual impugnação ao ato (fundamentação ficta buscando somente a justificação do ato);
- 4) Mesmo que o edital não preveja que a banca deve motivar a correção da prova, o candidato poderá exigir essa providência.

2 Conclusão

Sendo assim, o Poder Judiciário não só pode, como **DEVE** realizar o controle dos atos administrativos ilegais. Considerando que o espelho de prova é expressão desdobrada de inúmeros princípios constitucionais, forçoso reconhecer sua obrigatoriedade como ato vinculado, não podendo a Administração ser omissa nesse mister.

A inobservância da pontuação para candidato que cumpriu os parâmetros de resposta é ato ilegal, viola princípios constitucionais, tais como a legalidade, a isonomia, a impessoalidade, a publicidade, a segurança jurídica e a confiança, além de contrariar a teoria dos motivos determinantes, devendo ser revisto pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

AVÍLA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos Princípios Jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4ª ed., Niterói: Impetus, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, out. 2013.

Interpretação do Interesse (público) Local: Conflitos e Critérios de Decisão Antes e Depois da COVID-19 à luz dos Princípios da Preponderância de Interesses, Subsidiariedade e Proporcionalidade

Lucas Reis Verderosi¹

RESUMO: O presente artigo busca demonstrar a evolução recente do conceito constitucional de *Interesse Local*, dotando-o de qualificação acadêmica e contextualização histórica, a partir, principalmente, da abordagem jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Interesse Local. Subsidiariedade. COVID-19. Proporcionalidade. STF.

ABSTRACT: This article seeks to demonstrate the recent evolution of the constitutional concept of Local Interest, analyzing it through an academic approach and historical context, based mainly on the jurisprudential perspective.

KEYWORDS: Local Interest. Subsidiarity. COVID-19. Proportionality. STF.

1 Introdução

Na teoria do ordenamento jurídico, compreendida em sua formulação piramidal e hierarquizada, é elementar a consciência de que o jurista é posto diante de uma estrutura em que o “órgão superior” atribui ao “órgão inferior” um poder normativo, sempre limitado (BOBBIO, 2014, p. 62).

Há, como sabemos, dois tipos distintos de limites pelos quais o poder superior restringe e regula o poder inferior: relativos ao *conteúdo* ou à *forma*.

¹Procurador do Município de São Paulo e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), com Dissertação sobre a Intervenção Municipal no Domínio Econômico. Contato: verderosi@prefeitura.sp.gov.br.

Destarte, caso estejamos a tratar de limites quanto ao conteúdo, designá-los-emos limites *materiais*; d'outra banda, caso estejamos a tratar de limites que digam respeito *àquilo* que se pode ordenar ou proibir ou *como* pode-se ordenar ou proibir, chamá-los-emos de limites *formais*.

Conforme ensina (BOBBIO 2014, p. 63): “Na passagem da norma constitucional para aquela ordinária, são frequentes e evidentes tanto os limites materiais quanto os limites formais”.

Calharia verificar, portanto, se a locução *interesse local*, inscrita no artigo 30, I, da Constituição Federal de 1988, é limite formal ou material a autorizar a legislação do Município sobre essas específicas temáticas.

Em nosso sentir, a cláusula do “interesse local” apresenta desafios hermenêuticos bastante complexos e, ao menos, duas dimensões materiais de interpretação. Todavia, sua inobservância resulta da irrupção do Município na competência atribuída a outro ente federado, a deflagrar uma invalidade de natureza formal.

Assim, o termo *interesse local* desempenha, a princípio, dupla função normativa a um só tempo.

É que, para verificar se um Município está legislando dentro da competência atribuída pelo artigo 30, I, deverão ser contempladas simultaneamente duas exigências impostas pelo legislador constitucional: (i) haverá de incidir um interesse tutelável pelo Estado e, nesse sentido, um interesse que não seja puramente particular; e (ii) ele deverá ser predominantemente local.

O segundo aspecto referido acima, ou seja, a verificação da abrangência do interesse, bem como as formas de interpretar o federalismo brasileiro, passará a ser o objeto de nossa análise a partir de agora.

2 Interesse Local: Técnicas de Interpretação

O interesse local, tamanha sua relevância, há de ser compreendido, em primeiro plano, como efetivação do princípio democrático, já que, como alerta (KELSEN 2016, pp. 445-446):

As normas centrais da ordem, válidas para o território inteiro, podem facilmente entrar em contradição com a vontade majoritária de um grupo que vive num território parcial [...] para diminuir a possível contradição entre o conteúdo da ordem jurídica e a vontade dos indivíduos a ela sujeitos, para que se chegue o mais próximo possível do ideal de democracia, pode ser necessário que, sob certas circunstâncias, certas normas da ordem jurídica sejam válidas apenas para certos territórios parciais e sejam criadas apenas pelo voto majoritário dos indivíduos que vivem nesses territórios.

Sua exegese, no entanto, demanda perscrutar e auscultar uma miríade de situações concretas.

Ainda na vigência da Constituição de 1946, (TEIXEIRA 1948, p. 7), em parecer sobre *a competência municipal na regulação dos serviços públicos concedidos*, elaborado para a *Procuradoria Municipal de São Paulo*, anunciava que a inteligência do que seria interesse predominantemente local dependia da vida prática e do momento histórico:

Daí a conclusão de quantos se ocuparam do assunto, de que impossível é determinar-se, 'a priori', um critério distintivo das atribuições municipais, para efeito de extremá-las das que devam competir à União e aos Estados, constituindo esta uma questão a resolver-se tendo-se em vista determinadas circunstâncias, num dado momento histórico, e em determinado país, atendendo-se às condições aí vigente, à prática estabelecida, e

aos resultados da experiência. Esta a lição unânime dos mestres do moderno direito público que têm versado a matéria, como BORSI, FLIENER, JELLINEK, POSADA, DUGUIT, BONNARD, MAUSKHELI, SANTI ROMANO, COOLEY, BLACK, e entre nós, PIMENTA BUENO, BARBALHO, A. MILTON, MAXIMILIANO, PONTES DE MIRANDA, SAMPAIO DÓRIA e outros.

Todos sabemos que a hermenêutica constitucional segue os elementos essenciais ou clássicos da interpretação jurídica, sistematizados, nos países de Direito codificado a partir das contribuições do fundador da Escola Histórica do Direito, Friedrich Carl Von Savigny, da seguinte forma: gramatical, histórica, sistemática e teleológica (BARROSO, 2009, p. 270).

Para além disso, por revestirem-se as normas constitucionais de características singulares, tais como superioridade jurídica, natureza da linguagem, conteúdo específico e caráter político, conceberam-se *princípios instrumentais* de interpretação constitucional, como “premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta” (BARROSO, 2009, pp. 297-298), quais sejam, princípios: da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, da interpretação conforme a Constituição, da unidade da Constituição, da razoabilidade ou da proporcionalidade e da efetividade.²

Na interpretação especificamente das normas de competência, os métodos gramatical, histórico e sistemático assumem certo protagonismo, aplicando-se-lhes, ainda, como veremos, os princípios da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, da

² Sobre críticas ao “sincretismo metodológico” vide SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

interpretação conforme a Constituição, da unidade da Constituição e da razoabilidade ou da proporcionalidade.

(BASTOS 1999, p. 158) ensina que é impossível desvincular a interpretação do caso concreto, ao dizer que “o intérprete simplesmente não pode cindir a norma do caso a ser solucionado (ainda que seja hipotético).”

Em alguma medida, portanto, percebemos que a interpretação é balizada pelo direito que, ao mesmo tempo, impõe limites ao exegeta e confere-lhe uma certa abertura para adequação de seu mister aos fatos da vida. Este, portanto, é o mérito da Constituição no emprego de um conceito quando define a competência municipal para “legislar sobre assuntos de interesse local”.

3 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Evolução e Premissas

Nas hipóteses de conflito de competência, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) tradicionalmente apoia-se no fundamento da *preponderância de interesses* para resolver as nódoas da nossa federação cooperativa.

A bem da verdade, a jurisprudência do STF, até há pouco, em uma perspectiva centralizadora, costumava dar preferência aos interesses de “maior abrangência”, donde, quando havia conflito, privilegiavam-se as competências enumeradas da União sobre a competência residual dos Estados ou de qualquer destes sobre os interesses locais (LENZA, 2018, pp. 540-550).

Começa, contudo, nesta quadra, a haver alguma inflexão na Suprema Corte brasileira.

Em 2017, no julgamento conjunto das ações concentradas que discutiam leis estaduais ou municipais que restringem o uso do amianto (ADIs 3.356, 3.357, 3.937 e ADPF 109), o voto do Ministro Fachin aplicou a teoria norte-americana *presumption against preemption*, segundo a qual,

no federalismo cooperativo, a predominância de interesses não deve ser o único critério de julgamento.

Precisam também, segundo esse ponto de vista, ser observadas a subsidiariedade e a proporcionalidade, de modo a consagrar a presunção da autonomia dos entes. Para o Ministro, é preciso indagar se o ente local poderá atuar de maneira mais eficiente e econômica, diante das peculiaridades da matéria disciplinada³.

Nos dizeres do Ministro Fachin, “apenas se a legislação federal dispusesse, de forma clara e cogente — indicando as razões pelas quais é o ente federal o mais bem preparado para fazê-lo —, que os Estados e Municípios sobre ela não poderiam legislar, seria possível afastar a competência desses entes para impor restrições ao uso do amianto/asbesto”.

Acrescenta ainda o Ministro que “o Município de São Paulo, por sua vez, mediante uma escolha política ínsita à ambiência municipal, por definir e delimitar como se daria o seu desenvolvimento econômico no campo da construção civil, teria agido à luz do nítido interesse local e da suplementação da legislação federal de regência.”⁴

Esse conceito, ademais, foi aplicado mais recentemente, em 2018, no RE 598.741/MG (Rel. Min. Marco Aurélio Mello), também em escrutínio sobre competência municipal para legislar sobre matéria de proteção ao meio ambiente⁵, quando se assentou o seguinte:

³Cf. Informativo 848 do Supremo Tribunal Federal.

⁴Disponível em

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo848.htm#Amianto%20e%20compet%C3%Aancia%20legislativa%20concorrente%20-%202014>. Acesso em: 14 de novembro de 2019.

⁵ O Recurso Extraordinário, em questão, trata da recepção, pela Constituição Federal de 1988, da Lei nº 4.253/1985 e do Decreto nº

1. Nos casos em que a dúvida sobre a competência legislativa recai sobre norma que abrange mais de um tema, deve o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria (*presumption against preemption*). 2. Porque o federalismo é um instrumento de descentralização política que visa realizar direitos fundamentais, se a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma adequada, necessária e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores (*clear statement rule*), é possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente menor. 3. Na ausência de norma federal que, de forma nítida (*clear statement rule*), retire a presunção de que gozam os entes menores para, nos assuntos de interesse comum e concorrente, exercerem plenamente sua autonomia, detêm Estados e Municípios, nos seus respectivos âmbitos de atuação, competência normativa.

Na ADPF 514, em que se julgava lei municipal que veicula vedação do transporte de cargas vivas no Município de Santos, o Ministro Edson Fachin aprofunda ainda mais sua argumentação e chega a propor uma verdadeira “recompreensão do federalismo brasileiro”, o que implicaria em:

(i) “privilegiar a interpretação que seja condizente com a presunção de

5.893/1988, do Município de Belo Horizonte – referentes à imposição de multas por emissão de fumaça acima do permitido.

constitucionalidade de que gozam os atos legislativos”;

(ii) Não tolher “a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria”;

(iii) “reconhecer, no âmbito da repartição constitucional de competências federativas, que o Município, desde que possua competência para matéria, detém primazia sobre os temas de interesse local, nos termos do disposto no art. 30, I, da CRFB”; e

(iv) Reconhecer que “apenas quando a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma necessária, adequada e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores (*clear statement rule*), seria possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente maior.”⁶

Assim sintetiza sua proposta:

Finalmente, se é possível descrever o princípio da subsidiariedade nos termos da argumentação aqui formulada, então é possível indicar, seguindo o magistério de Raul Machado Horta, que, **na subsidiariedade, estão os critérios da realização suficiente e da melhor realização, termos que, em verdade, apenas explicitam a proporcionalidade, entendida como *presumption against pre-emption e clear statement rule*.** Estas breves considerações acerca do federalismo cooperativo no que tange à distribuição de competência legislativas estabelecidas na Constituição

⁶ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/ADPF514Voto.pdf>. Acesso em 14 de novembro de 2019.

Federal de 1988 podem ser assim sumariadas: a simples edição de lei, pela União, que cuida de matéria cuja competência para disposição seja concorrente, não exclui, em princípio, a competência de outros entes para a sua regulação. A inconstitucionalidade formal de lei municipal, estadual ou distrital só deve ser reconhecida **se a legislação federal dispuser, de forma clara e cogente, que outros entes não podem sobre ela legislar, ou se os outros entes legislarem de forma autônoma sobre matéria idêntica.**⁷

Diante das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, nos é evidente a encampação, pela Pretório Excelso, do princípio da subsidiariedade, traduzido, na jurisprudência americana pela máxima: *presumption against pre-emption*.

4 O Princípio da Subsidiariedade na Interpretação do Federalismo Brasileiro

Desconhecemos quem tenha, no Brasil, realizado estudos mais aprofundados sobre o tema do que José Alfredo de Oliveira Baracho, que resume a ideia da seguinte forma (BARACHO 2000, p. 19):

O princípio da subsidiariedade mantém múltiplas implicações de ordem filosófica, política, jurídica, econômica, tanto na ordem jurídica interna, como na comunitária e internacional. Dentro das preocupações federativas, o Governo local deve assumir grande projeção, desde que sua efetivação, estrutura, quadros políticos, administrativos e econômicos que se projetam na globalidade dos entes da Federação. No exercício de suas

⁷ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastafachin/anexo/ADPF514Voto.pdf>. Acesso em 14 de novembro de 2019.

atribuições, o governo das entidades federativas poderá promover ações que devem, pelo menos, mitigar a desigualdade social, criar condições de desenvolvimento e de qualidade de vida. A Administração Pública de qualidade, comprometida com as necessidades sociais e aberta à participação solidária da sociedade, pode melhorar as entidades federativas e os municípios. A partir desse nível, concretiza-se, necessariamente a efetivação dos direitos humanos. A descentralização, nesse nível, deverá ser estímulo às liberdades, à criatividade, às iniciativas e à vitalidade das diversas legalidades, impulsionando novo tipo de crescimento e melhorias sociais. As burocracias centrais, de tendências autoritárias opõem-se, muitas vezes, às medidas descentralizadoras, contrariando as atribuições da sociedade e dos governos locais. O melhor clima das relações entre cidadãos e autoridades deve iniciar-se nos municípios, tendo em vista o conhecimento recíproco, facilitando o diagnóstico dos problemas sociais e a participação motivada e responsável dos grupos sociais na solução dos problemas, gerando confiança e credibilidade.

(MOREIRA 1987, p. 154), em seu *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, sintetiza o princípio explicando-lhe o alcance da seguinte forma:

“A sociedade é subsidiária em relação ao indivíduo e dentro da sociedade as comunidades superiores são subsidiárias em relação às inferiores”. Desse modo, ensina o professor português que o princípio é a resultante de uma fórmula de critérios residuais, em uma escala de precedência: “indivíduo – família – corporação - Estado”.

Como dissemos, ao escrutinar as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, exsurge cristalina a aplicação do princípio da **subsidiariedade** em sua dimensão **vertical**.

A **subsidiariedade** em sua dimensão **horizontal**, é consabido, diz com a primazia da iniciativa privada, de modo que, para essa vertente, o Estado somente agiria de forma residual.⁸

Já em sua compreensão **vertical**, o princípio da subsidiariedade foi bem traduzido na Encíclica *CENTESIMUS ANNUS*, onde se preceitua que (VATICANO, 1991):

Se deve respeitar o princípio de subsidiariedade: uma sociedade de ordem superior não deve interferir na vida interna de uma sociedade de ordem inferior, privando-a das suas competências, mas deve antes apoiá-la em caso de necessidade e ajudá-la a coordenar a sua acção com a das outras

⁸Sob a égide da Carta Constitucional de 1967, o princípio da subsidiariedade horizontal afluía do parágrafo primeiro do art. 163: “Somente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica”. Tal previsão não subsiste na ordem constitucional em vigor.

A PEC 32/2020, a título de uma “reforma administrativa”, pretende alterar o texto do art. 37 da atual Constituição Federal, para agregar os seguintes princípios informadores da Administração Pública: “transparência, inovação, responsabilidade, unidade, coordenação, boa governança pública, eficiência e subsidiariedade”.

Ora, fosse apenas a exabundância dos primeiros despiciendos princípios, cujos teores já se encontram informados na Constituição Cidadã, não haveria necessidade de maiores digressões.

Ocorre que a previsão específica da subsidiariedade como princípio norteador da Administração Pública, tal como pretende referida Proposta de Emenda Constitucional, desacompanhada de uma miríade de outras alterações no texto constitucional, em verdadeiro “processo desconstituinte”, somente poderá ser interpretada como inclusão textual do princípio da subsidiariedade em seu sentido vertical, porquanto horizontal não poderá ser, sem que a Constituição de 1988 seja completamente deformada e vergastada, em vários de seus capítulos.

componentes sociais, tendo em vista o bem comum.⁹

O mesmo princípio também é expresso no artigo 3-B do Tratado de Maastricht¹⁰.

O Professor Canotilho (CANOTILHO 2002, pp. 360-361) demonstra como o princípio da subsidiariedade, de cláusula de integração europeia e de estruturação vertical-territorial dos Estados Unidos, foi incorporado com dimensão estruturante da ordem constitucional portuguesa:

O princípio da subsidiariedade densificado a nível das relações Estados-membros/União Europeia e do Estado Unitário/regiões e autarquias locais é expressão de um princípio geral de subsidiariedade que pode formular-se assim: as comunidades ou esquemas organizatório-políticos superiores só deverão assumir as funções que as comunidades mais pequenas não podem cumprir da mesma forma ou de forma mais eficiente. O princípio da subsidiariedade articula-se com o princípio da descentralização democrática: os poderes autonómicos regionais e locais das regiões autónimas e das autarquias locais (comunidades de dimensões mais restritas) devem ter competências próprias para regular e tratar as tarefas e assuntos das populações

⁹Disponível em http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html. Acessado em 28 de setembro de 2019.

¹⁰ De acordo com o artigo 3-B do Tratado de Maastrich: "Artigo 3-B A Comunidade actuará nos limites das atribuições que lhe são conferidas e dos objectivos que lhe são cometidos pelo presente Tratado. Nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, a Comunidade intervém apenas, de acordo com o princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objectivos da acção encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-membros, e possam, pois, devido à dimensão ou aos efeitos da acção prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário. A acção da Comunidade não deve exceder o necessário para atingir os objectivos do presente Tratado."

das respectivas áreas territoriais (administração autónoma em sentido democrático).

Conforme analisado, o princípio da subsidiariedade pode ser compreendido tanto em sua perspectiva **horizontal**, na relação entre Estado e sociedade, quanto em sua dimensão **vertical**, em referência ao federalismo, às autonomias constitucionalmente qualificadas, à descentralização e à repartição de competências.

Existe, em certa medida, uma confluência entre essas duas dimensões do conceito, já que o princípio da subsidiariedade tem uma mesma matriz personalista, que pretende um *modus in rebus* na relação entre Estado e sociedade.

Segundo essa visão, Estado e sociedade demasiadamente íntimos acabam por marginalizar esta última; enquanto que um rompimento artificial entre Estado e sociedade é hostil à persecução de uma estrutura que promova o consenso e o pluralismo (BARACHO, 2000).

Em sociedades com “sólida base comunal”, esse dilema sobre a relação entre Estado e comunidade é equacionado a partir de uma interação entre poder central e poderes periféricos, com base em ideias regionalistas e municipalistas (BARACHO, 2000, p. 8).¹¹

¹¹ Nessa linha, os autores adeptos do princípio da subsidiariedade também compreendem que o Estado não é o detentor unívoco do bem comum ou da vontade geral. Elegem, como temas centrais, o pluralismo econômico, a propriedade privada com limitações, a intervenção estatal no domínio econômico, a planificação, o combate moderado ao monopólio e ao oligopólio, a empresa (compatibilização do *bem particular da empresa* com o *bem comum público temporal nacional*), e utilizam-se da “*interpretação mutativa das normas*” constitucionais como técnica de interpretação apta a “alterar o conteúdo dessas prescrições constitucionais [...] mesmo que o texto da cláusula constitucional permaneça aparentemente intacto” (BARACHO, 2000, pp. 8- 9).

5 O Princípio da Subsidiariedade, a Crítica sobre a Ausência de Estado e sua Superação a partir do Estudo dos Interesses Locais.

Tal como esclarecido nas páginas anteriores, o princípio da subsidiariedade pode ser utilizado para conter ou restringir a intervenção estatal no domínio econômico. Nessa toada, permite, como temos percebido, sua captura pela argumentação neoliberal para sustentar um Estado mínimo, que, ao fim e ao cabo, motivou, de uma maneira ou outra, o seu aparecimento.¹²

(BERCOVICI, 2011) aponta para o fato de que a Constituição Federal de 1988 não admite ou permite toda ou qualquer forma de organização econômica/condução de agente econômico, mas, ao revés, estabelece fundamentos e regras essenciais da atividade econômica.¹³

O professor denomina de “fundamentalistas’ de mercado” aqueles que, segundo ele, entendem que a Constituição previu, pelo princípio da livre iniciativa, um “modelo privatista”, em que haveria verdadeiro “direito subjetivo dos indivíduos realizarem qualquer atividade econômica, sob a forma que entenderem mais conveniente, para a obtenção do lucro” (BERCOVICI, 2011, p. 263).

Para o autor, no entanto, há um “valor social” da livre iniciativa, como fundamento da ordem econômica constitucional, o que lhe retira os contornos absolutos e a submete à busca do “progresso da sociedade”, finalidade intrínseca à república (BERCOVICI, 2011, pp. 262 -263):

¹² Sobre Estado Mínimo e o modelo individualista, vide NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

¹³ É relevante ressaltar que as atuais críticas ao conceito de interesse público vêm acompanhadas da proposta de situar os direitos fundamentais como “premissa antropológica” do nosso sistema constitucional (SARMENTO, 2007, p. 51), donde, sob a ótica da ordem econômica, pode chegar-se à equivocada conclusão de que a livre iniciativa deixa de ser uma instrumento de realização dos objetivos constitucionais e passa a significar verdadeiro princípio inviolável (BERCOVICI, 2011, p. 262).

A iniciativa privada é limitada e suscetível de ser vinculada positivamente na direção da utilidade social, em uma perspectiva não individualista, suficiente para excluir a visão atomística idealizada dos agentes econômicos eficientes e racionais das teorias econômicas neoclássicas.

É nesse ponto que o Professor informa sobre as convergências entre o “princípio da subsidiariedade” e as propostas liberais ou neoliberais de Estado subsidiário à sociedade (mercado), que, sob essa ótica, deveria contar com primazia em relação ao Estado ineficiente e míope.

(BERCOVICI, 2011, p. 268) lembra ainda que na *Carta del Lavoro*, editada por Benito Mussolini, em 1927, apenas quatro anos antes da Encíclica *Quadragesimo Anno*, de 15 de maio de 1931, enunciada pelo Papa Pio XI, já estava positiva, pela primeira vez, a ideia de “subsidiariedade”:

Carta del Lavoro, IX: “L'intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo soltanto quando manchi o sai insufficiente l'iniziativa privata o quando siano in gioco interessi politici dello Stato. Tale intervento può assumere la forma del controllo, dell'incoraggiamento e dela gestione diretta.”

Não se olvida o doutrinador que o princípio da subsidiariedade estruturou a iniciativa de outros regimes autoritários, como a ditadura de Francisco Franco na Espanha (1939-1975) e a de Getúlio Vargas (Carta de 1937).

Nada obstante as colocações de (BERCOVICI, 2011), é possível intuir que a previsão da subsidiariedade nas cartas constitucionais de matriz autoritária não reflete, com exatidão, as ideias liberais subjacentes ao conceito.

Com efeito, em nosso sentir, seria teratológica a conclusão, por exemplo, de que a ditadura varguista no

Estado Novo (1937-1945) se conduzia pelos pressupostos de um Estado Mínimo na economia.¹⁴

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, não traz expressamente o princípio da subsidiariedade vertical em seu texto¹⁵, mas o revela quando nos coloca diante de um federalismo de cooperação que tenta aliar (i) intenso papel do Poder Público na economia e (ii) distribuição de competências relativamente equilibrada entre os entes federados.

Abrimos esses parênteses digressivos para informar sobre algumas críticas que se vão fazendo ao princípio da subsidiariedade em seu perfil horizontal. A polêmica, em nosso entender é bastante ideológica e, de certo modo, prescindimos dela para afiançar que a subsidiariedade vertical é autônoma em relação à subsidiariedade horizontal.

Ora, por vezes, o indivíduo, detentor de interesses difusos não organizados, deverá ser protegido, pelo Estado, contra interesses especiais¹⁶, titularizados e articulados por corporações. Nesse sentido, conforme ensina (MOREIRA 1987, p. 156):

¹⁴ O próprio professor Gilberto Bercovici, valendo-se das lições de Washington Peluso Albino de Souza, demonstra que o artigo 163 da Carta de 1967 adotara o princípio ideológico liberal originário, porém desfigurado pelos acréscimos que instrumentalizaram o tradicional “capitalismo sem risco” brasileiro [...] com a socialização dos prejuízos e privatização dos lucros” (BERCOVICI, 2011, p. 270).

¹⁵ Segundo (BERCOVICI p. 271): “a ordem constitucional brasileira não é liberal, tendo incorporado elementos liberais, sociais, intervencionistas, nacionalistas, desenvolvimentistas, cooperativistas, entre outros.”

¹⁶ O próprio Nobert (REICH 2011, p.764), ao refletir sobre a intervenção do Estado na economia, contrapõe os “interesses difusos” aos “interesses especiais”, estes últimos “são evidenciados por atores sociais que estão bem organizados devido ao fato de que podem ganhar (ou perder) muito com a mudança social”. Já os “interesses difusos”, segundo o autor alemão (Reich, 2011, p. 765), “são aqueles que têm o caráter de um bem público [...] dizem respeito à qualidade de vida global”.

Quando se considere que hoje a participação do Estado não é exceção, antes a condição permanente do equilíbrio e desenvolvimento económico; que o papel do Estado não é passivo, antes sobre ele impendem tarefas de transformação económica e social; quando se reconheça que agora as corporações e os grupos sociais estão também em condições de atentar contra a liberdade do indivíduo, que perante ele está muito menos protegido do que contra o Estado – se isso é assim, o princípio da subsidiariedade parece ter perdido definitivamente as condições de existência.

Além disso, a contrário senso, o princípio da subsidiariedade também significa colmatar as lacunas deixadas, de fato, pela iniciativa privada. Assim, nas palavras de (BARACHO 2000, pp. 48-49), o princípio da subsidiariedade, ao repartir competências entre sociedade e Estado:

Ao mesmo tempo, impede o avanço intervencionista do Estado exigindo desse ajuda e promoção das atividades próprias do pluralismo social. Possibilita desenvolver as formas associativas e uma coordenação das atividades estatais de fomento. O princípio de subsidiariedade aplica-se nos âmbitos em que a ordem e o poder têm limitações razoáveis, ao mesmo tempo em que economia deve conviver com a liberdade. O princípio de subsidiariedade visa a suprir a iniciativa privada impotente ou ineficaz, mediante a ação do Estado, propiciando à sociedade resultados benéficos. Ele equilibra a liberdade, detém o intervencionismo estatal indevido em áreas próprias da sociedade, possibilitando ao Estado ajudar, promover, coordenar, controlar e suprir as atividades do pluralismo social.

A subsidiariedade manifesta-se, portanto, sob a “dupla perspectiva: negativo-positivo. Na primeira situa-se como limite à intervenção estatal; na segunda manifesta-se como justificação da intervenção pública” (BARACHO, 2000, p. 50).

Nesse sentido também, de forma bastante organizada, (CYRINO 2018, pp. 69-70) atesta:

o princípio da subsidiariedade, corretamente compreendido, tem um aspecto comissivo. Ora, deriva da própria ideia de subsidiariedade a noção de que pode haver necessidade de atuação estatal, casos em que tal agir será obrigatório.

De toda sorte, essa ideia da subsidiariedade horizontal - que pode justificar um Estado aquém do imprescindível para uma sociedade livre, justa e solidária -- traz como corolário a limitação de órgãos ou coletividades superiores, de modo a, respeitada a unidade nacional, na estrutura da ordem governamental, acercar os centros de decisão da sociedade, em ambiente mais próximo das pessoas.

Quanto mais “local” a manifestação do Estado, menos abstrata é a noção de vontade geral e menor a disrupção do Estado nesses tempos de globalização, revolução industrial 4.0 e pandemia COVID-19.

Pode soar inusitado descolar a subsidiariedade vertical da subsidiariedade horizontal, já que, inicialmente, uma provém da outra. Parece-nos, todavia, que *a subsidiariedade aplicada no estudo do federalismo pode recrudescer a valia do interesse público ou vontade geral na ordem jurídica, uma vez que, em âmbito municipal, a proximidade entre Estado e Sociedade é maior*. Ademais, a obrigatoriedade da gestão democrática sinaliza para uma melhor percepção, na prática, dos múltiplos interesses em jogo no ambiente da comunidade urbana.

BARACHO (2000, p. 32) lembra que a subsidiariedade, ao menos na sua compreensão descentralizadora, de forma nenhuma é uma ideia nova, tendo seus contornos sido desenhados em vários períodos:

Já Robespierre declarava, na Convenção, que era preciso afastar-se da tendência dos antigos governantes de muito governar [...] às comunidades deveria dar-se o poder de regular por elas próprias seus negócios, em tudo o que não fosse essencialmente da administração da República.

Assim sendo, a incidência do princípio da subsidiariedade no federalismo é especialmente relevante para compreensão do que seja o *interesse local*. A uma porque já tem constado de recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, a duas porque revela vetor interpretativo na compreensão do interesse local.

A divisão vertical de competências no federalismo segue uma racionalidade de respeito e preservação das diversidades histórias e individualidades locais, proteção das minorias, proteção da liberdade, reforço da democracia e eficiência do modelo de gestão política e administrativa (BARACHO, 1982, pp. 43-44).

Os mecanismos de separação vertical, portanto, viabilizam decisões mais técnicas, transparentes, equilibradas e sindicáveis, de modo que o federalismo pode ser entendido como a concretização do princípio da subsidiariedade na organização do Estado. BARACHO (2000, p. 46) explica que o princípio, na ótica de Oswald Von Nell-Breuning, reflete, na estrutura da ordem governamental, os elementos que o constituem, “estabelecendo genuína auto-administração das pequenas unidades, correlacionadas com as formas institucionais superiores.”

Em última instância, portanto, a subsidiariedade é corporificada no Município, entidade intermediária onde o pluralismo é democraticamente concretizado, possibilitando

satisfazerem-se as demandas comunitárias de modo mais fiel às aspirações sociais. O Município, consoante (BARACHO 2000, p. 51):

Como titular natural das competências locais, possibilita a integração do indivíduo no corpo social municipal. O Município é tido como a forma de integração intermediária entre o indivíduo e o Estado. A subsidiariedade concretiza-se no Município, desde que o indivíduo não é um ser abstrato, mas concreto, onde aparece como cidadão, usuário, vizinho, contribuinte, consorciado e participante direito na condução e fiscalização das atividades do corpo político, administrativo e prestacional. Considerando o Município como uma forma da democracia local, convém destacar que uma das aplicações práticas e prioritárias do princípio de subsidiariedade tem como finalidade afiançar e fortalecer o regime municipal.

Respeitada a existência autônoma da dimensão vertical do princípio da subsidiariedade, calha identificar a delimitação de seu alcance.

6 Interesse Local e Proporcionalidade

Para (MOREIRA 1987, pp. 154-155), a despeito da:

transparência sugerida pela definição do princípio [...] a questão de saber quando é que se pode afirmar que determinada tarefa não pode ser prosseguida por uma 'comunidade inferior' pode minar as bases do princípio ou sua praticabilidade.

Aqui voltamos à sugestão do Ministro Edson Fachin na ADPF 514, que sugere reconhecer, para uma

“recompreensão do federalismo brasileiro”, que, somente quando a lei federal ou estadual indicar com clareza, de forma necessária, adequada e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação dos entes menores (*clear statement rule*), seria possível afastar a presunção que gozam os entes menores para exercerem plenamente sua autonomia.

Homenageia o Ministro Fachin, ao mesmo tempo, a presunção de constitucionalidade de que gozam os atos legislativos infraconstitucionais e a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinadas matérias.

No caso do Município, desde que possua competência para matéria, detém primazia sobre os temas de interesse local, nos termos do disposto no artigo 30, I, da Constituição Federal de 1988.

Nas hipóteses em que a lei mais abrangente se mostrar necessária, adequada e razoável, poderá excluir o campo de complementação próprio dos entes menores.

Estamos, portanto, diante de proposta que racionaliza eventual colisão de interesses federativos pela ponderação e por seu instrumento: a *proporcionalidade*.

O princípio da proporcionalidade é aqui concebido por sua dupla perspectiva, normativa e metodológica. Trata-se de (i) *norma constitucional*, a vincular a Administração Pública e principalmente o Poder Judiciário, que faz o controle em última instância, bem como de (ii) *método de racionalização do argumento*, fundamental à estruturação racional do procedimento decisório.

Usualmente vemos o emprego dessa norma/método de matriz germânica para exame de constitucionalidade das restrições que resultam de normas ou atos que, de alguma forma, restringem direitos fundamentais: restrição das restrições (limite dos limites) nas relações entre indivíduos e Estado (relações verticais) ou nas relações jurídicas entre particulares (relações horizontais).

Tem surgido no Supremo Tribunal Federal, outrossim, uma proposta que denota maior consagração

dos entes locais, para a qual apenas seria justificável uma legislação mais abrangente que retirasse dos entes locais seu campo de regulação complementar própria, mediante ponderação, caso fossem atendidas as três máximas parciais que constituem o princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Mais recentemente ainda, em julgamento sobre as medidas adotadas por Estados e Municípios no enfrentamento da pandemia do COVID-19, o Supremo Tribunal Federal pôde, em referendo à medida cautelar que fora concedida pelo Ministro Relator Marco Aurélio Mello na ADI n° 6341, reiterar sua interpretação sobre o federalismo brasileiro, a fim de preservar, naquele caso específico, a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, ainda que o Presidente da República possa dispor, mediante decreto, sobre serviços públicos federais e atividades essenciais.

Até mesmo as decisões liminares do Tribunal de Justiça de São Paulo que suspenderam a eficácia de decretos municipais que flexibilizavam, em âmbito local, as medidas de restrição sanitária durante a pandemia do Coronavírus, reconheciam tratar-se mais de uma questão de inconstitucionalidade *material* - diante da possível violação ao direito à saúde, sob os critérios da proporcionalidade ou razoabilidade - antes do que inconstitucionalidade *formal*, sob o pálio do raso argumento da incompetência.

É o que se extrai, por exemplo, da tutela cautelar concedida na ADI 2080203-17.2020.8.26.0000, que suspendeu os efeitos de Decreto Municipal de Campos do Jordão sob o argumento, não da incompetência municipal, mas da possível inconstitucionalidade material do ato normativo:

Ou seja, a priori, a normativa municipal contraria os parâmetros delineados pelo governo federal e estadual, sem indicação

concreta de peculiaridade local a justificar tal tratamento diferenciado.

Destarte, conquanto se possa aventar de interesse local apto a atrair competência municipal para regular funcionamento de estabelecimentos comerciais, exsurgem, no presente caso, ao menos duas razões para justificar concluir-se pela provável inconstitucionalidade do decreto sub examen.

Em primeiro lugar, o **caráter global da pandemia** em curso **desnatura a predominância do interesse local**, locução consagrada em nossa doutrina para definir os contornos da competência municipal.

Em segundo lugar, para além de mera questão de competência, há, em exame sumário, relevantes fundamentos para ter-se por **materialmente inconstitucional** Decreto Municipal que periclita valores consagrados como vértices de nosso constitucionalismo. Vale dizer, vislumbra-se, em cognição perfunctória, violação ao princípio da **proporcionalidade, no que tange à proteção aos direitos fundamentais à vida e à saúde**.

(g.n.)

(Des. Rel. Péricles Piza, Órgão Especial, 05/05/2020)

7 Conclusão

Pudemos perceber, ao longo do artigo, que o federalismo evolui e adapta-se aos tempos, de modo a conformar-se às demandas que se vão surgindo.

A perspectiva no atual momento histórico, em que sobejam precedentes encampadores do princípio da subsidiariedade, evidencia uma tendência política e jurídica de prestigiar os entes federados de dimensão regional e local.

É claro que os conflitos de competência nascem com o surgimento da própria Federação. Como nos ensina a

Prof.^a Mônica Herman Salem Caggiano, Procuradora do Município de São Paulo aposentada, a Federação não se deverá acomodar diante do quadro de demandas do mundo de hoje, preche de novos e complexos desafios (CAGGIANO 2000, p. 36).

Nas suas palavras, ao estudioso do direito cabe outro tipo de desafio, isto é, procurar conferir respostas aos dilemas contemporâneos:

Pois bem, o quadro de demandas do mundo contemporâneo, sob o impacto da alta tecnologia a comandar os meios de comunicação e do processo de aceleração da globalização, mudou, exigindo uma reorientação no tocante à atuação das instituições, uma atenção mais depurada em relação à necessidade de conformatização dos velhos modelos às exigências das comunidades sociais do século XXI.

E o sistema federativo não escapa a esse novo desafio; poder-se-ia afirmar até que o enfrenta com maior vigor, porquanto, como acima remarcado, apresenta-se esse modelo como de estrutura flexível, apta a se acomodar a situações novas; pronto a ajustes decorrentes de filosofias, perspectivas, exigências de estabilidade, equilíbrio e desenvolvimento social.

O Federalismo, visto sob essa particular perspectiva, se transforma em verdadeira cultura.

Assim, se Federalismo é cultura, toca aos operadores do direito, cômicos das razões atávicas que nos empurraram na direção de uma desmesurada concentração de poderes, acompanhar a evolução da jurisprudência constitucional, a fim de prestigiar, cada vez mais, os entes subnacionais de nossa Federação.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

_____. **Novos Rumos do Federalismo.** Revista de Direito Público, São Paulo: RT, n. 65, v.5, jan/mar de 1986.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação.** São Paulo: Celso Ribeiro Bastos Editor, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado federal brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais.** São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** São Paulo: Edipro, 2014.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Federalismo Incompleto: Descentralização e Indefinição de Competências.** In Revista Direito Mackenzie, n. 2, ano 1, 2000. p. 31 -44.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed. Lisboa: Almedina, 2002.

CYRINO, André. **Direito Constitucional Regulatório.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 22^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 4^a ed. Lisboa: Ed. Caminho, 1987.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

REICH, Norbert. Intervenção do Estado na Economia in BARROSO, L.R., CLÈVE, C.M. (org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional**, v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 5^a ed. São Paulo: LTR Editora, 2003.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **A Competência Municipal na Regulação dos Serviços Públicos Concedidos**. São Paulo: Departamento Jurídico da Prefeitura do Município de São Paulo, 1948.

A aplicação do artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil nos cumprimentos individuais de sentença coletiva

Camila Perissini Bruzzese¹

Fabio Paulo Reis de Santana²

RESUMO: O estudo visa a investigar a adequada interpretação a ser conferida ao artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil brasileiro, quando aplicado ao cumprimento de sentença coletiva que impõe obrigação de fazer, valendo-se, sobretudo, da experiência verificada na Cidade de São Paulo nas demandas por vaga em creche. A justificativa da pesquisa funda-se na constatação de que as demandas individuais lastreadas em sentenças coletivas apresentam vicissitudes que as apartam da fase de cumprimento de sentenças individuais. Nesse caminho, parte-se da hipótese de que a exigência de interpretação sistêmica do ordenamento jurídico conduz à conclusão de que o referido dispositivo se aplica às demandas individuais de sentenças coletivas, permitindo a redução da verba honorária sucumbencial pela metade, conforme regra contida no artigo 90, §4º, do Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: cumprimento individual; sentença coletiva; obrigação de fazer; interpretação sistêmica; vaga em creche.

ABSTRACT: The study aims to investigate the proper interpretation to be given to article 90, paragraph 4, of the Brazilian Civil Procedure Code, when applied to the

¹Procuradora do Município de São Paulo. Lotada no Departamento Judicial - JUD 3. *E-mail:* cpbruzzese@prefeitura.sp.gov.br.

² Procurador do Município de São Paulo, Doutorando em Direito pela PUC/SP. Lotado no Departamento Judicial - JUD 3. *E-mail:* fpsantana@prefeitura.sp.gov.br.

individual enforcements of collective sentences that imposes an obligation to do, using, above all, the experience verified in the City of São Paulo in the demands for daycare places. The research justification is based on the observation that individual demands based on collective sentences present peculiarities that separate them from the enforcement of individual sentences. In this way, we start from the hypothesis that the necessity to attribute a systemic interpretation to the legal system leads to the conclusion that the law article applies to individual enforcements of collective sentences, allowing the reduction of the succumbent honorary fee in half, according to the rule contained in article 90, paragraph 4, of the Brazilian Civil Procedure Code.

KEYWORDS: individual enforcement; collective sentence; obligation to do; systemic interpretation; daycare place.

1 Introdução

Dentre as inúmeras inovações legislativas trazidas pelo novo Código de Processo Civil (CPC), colhemos a previsão do artigo 90, parágrafo 4º o qual dispõe sobre a redução, pela metade, no valor dos honorários advocatícios fixados pelo juiz, acaso haja reconhecimento do pedido pelo Réu e, simultaneamente, cumpra ele integralmente a prestação reconhecida.

Observe-se a redação da regra processual em comento: “Art. 90 (...). §4º Se o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida, os honorários serão reduzidos pela metade.”

Apesar de a regra demonstrar simplicidade em sua interpretação, temos que a questão vem apresentando controvérsias acerca dos limites de sua incidência.

A celeuma acerca da interpretação do referido dispositivo se assenta no uso do termo “réu” pelo legislador

processual. Para alguns, o permissivo contido no texto legal somente se aplicaria à fase de conhecimento do processo, já que a expressão “réu” se refere comumente àquele que compõe o polo passivo na fase de conhecimento. Assim, caso o legislador quisesse ter incluído outros atores, deveria ter se valido da técnica jurídica e utilizado outros termos, tais como, executado, embargado, recorrido *etc.*

Para outros, a interpretação jurídica parte da compreensão de que texto e norma não se confundem, de modo que, enquanto o texto seria o conjunto das palavras utilizadas pelo legislador, a norma afigurar-se-ia o resultado da interpretação do texto. Assim, o sentido da norma aplicável ao caso concreto consistiria no resultado do processo interpretativo do texto legal levado a efeito pelo intérprete.

EROS GRAU (GRAU, 2006, Seção III), por exemplo, esclarece que “da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e Norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo. [...] Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete”.

Portanto, o estudo visa perscrutar a interpretação mais adequada ao artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, quando aplicado às ações individuais de sentenças coletivas que impõem obrigação de fazer, ou seja, a norma.

Para isso, a pesquisa analisa principalmente a experiência das demandas por vaga em creche na Cidade de São Paulo, que, em sua maioria, são apresentadas em juízo por meio de cumprimento de sentença individual com esteio em sentença coletiva prévia.

Do ponto de vista teórico, o estudo lança mão da literatura nacional e estrangeira, com vistas a contribuir para esclarecer o sentido do artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, a partir da compreensão do estado da arte acerca do fenômeno interpretativo no âmbito do direito, notadamente a partir da perspectiva da interpretação literal e da interpretação sistêmica.

Com essas linhas introdutórias, passe-se a discorrer sobre o objeto da investigação.

2 A Súmula 134, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e o Enunciado 10, do Conselho da Justiça Federal

A Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) editou súmula específica acerca do tema, a de nº 134, para fixar o seguinte entendimento quanto à aplicação do art. 90, parágrafo 4º, do CPC, em se tratando de cumprimento de sentença:

Súmula 134, TRF4. A ausência de impugnação pela Fazenda Pública ao cumprimento de sentença não enseja a redução pela metade dos honorários advocatícios por ela devidos, não sendo aplicável à hipótese a regra do artigo 90-§ 4º, combinado com o artigo 827-§1º, ambos do CPC 2015.

Pelo seu teor, é inaplicável a benesse do aludido dispositivo, em se tratando de cumprimento de sentença.

Nas razões do voto que serviu como precedente para a edição da Súmula 134, colhem-se os seguintes argumentos para justificar a *inaplicação* do artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, em se tratando de cumprimento de sentença em ações coletivas, até porque serão enfrentados no presente artigo:

[...] a regra do § 4º do artigo 90 do CPC-2015 não pode ser destacada do restante do artigo e lida sozinha, como se norma autônoma fosse. Ao contrário, é parágrafo do artigo e, como tal, é dependente e deve ser lido em consonância com o respectivo caput. A relação que existe entre parágrafo e caput não é de autonomia nem independência, mas de principal e acessório. O acessório não tem sentido sozinho, depende do principal para ter

sentido e para significar. Ou seja, quando o § 4º do artigo 90 estabelece que é possível reduzir os honorários pela metade (acessório), isso não significa que essa redução possa acontecer em todos os casos (regra geral), ficando tal possibilidade restrita, a princípio, apenas aos casos previstos naquele artigo, que são as hipóteses de que trata o caput do artigo 90, que envolvem sentença proferida com fundamento em desistência, renúncia ou reconhecimento do pedido. No caso, o preceito contido no parágrafo dirige-se especificamente à hipótese de reconhecimento do pedido.

[...] o processo legislativo não foi feito de forma caótica, assistêmica ou desordenada, como acaba acontecendo em outros diplomas legislativos (...). As opções do legislador foram feitas e estão explicitadas no texto aprovado, sem muita margem para interpretações extensivas ou restritivas do que o legislador escolheu.

[...] existe regra específica para tratar dos honorários advocatícios nas ações em que a Fazenda Pública seja parte (artigo 85-§ 3º do CPC-2015), que se destina justamente a dar o tratamento diferenciado que o legislador entendeu necessário emprestar à regra geral de arbitramento de honorários advocatícios (caput do artigo 85 do CPC-2015). (...). Isso é o que deve ser observado, resolvendo-se o arbitramento dos honorários advocatícios dentro das regras do artigo 85 do CPC-2015, sem possibilidade de buscar soluções ou limitações fora daquela norma própria, ainda que a título de interpretação sistemática ou integradora.

[...] quando a lei processual quis isentar ou reduzir os honorários advocatícios em alguma situação particular ou específica, o fez de forma expressa. (...) Não temos uma lacuna

aparente da norma, de forma que são devidos honorários advocatícios segundo a regra geral, não se lhe aplicando a restrição do artigo 85-§ 7º por se tratar de execução individual de sentença, e muito menos se podendo buscar pedaço de outra regra (artigo 90-§ 4º), de forma assistemática e incoerente com o projeto de código processual.

[...] não é possível que o intérprete amplie ou restrinja o direito de uma das partes em detrimento da outra sem ter a suficiente e necessária base legal para fazê-lo. Quando a lei processual quis que os honorários advocatícios fossem fixados num determinado patamar ou fossem reduzidos, assim o fez expressamente, e o próprio artigo 85-§ 7º do CPC-2015 assim disciplina para determinadas hipóteses (precatório sem impugnação).

Na hipótese, o mote central para o afastamento da regra seria o fato de a redução dizer respeito, apenas, aos processos de conhecimento.

Também o Conselho da Justiça Federal (CJF), quando do início da vigência do atual Código de Processo Civil, debruçou-se sobre o tema editando o Enunciado nº 10, cuja redação é:

Enunciado 10 - "O benefício do § 4º do art. 90 do CPC aplica-se apenas à fase de conhecimento".

De outra feita, alega-se ainda ser incabível a aplicação do art. 90, §4º, do CPC, sob a justificativa de se tratar de incidente de cumprimento de sentença, de forma que o devedor seria executado e não réu e, portanto, não possuiria o direito de gozar da redução sucumbencial do artigo em questão, eis que o artigo em comento fala expressamente em réu.

Ocorre que, como ficará demonstrado adiante, a posição adotada pelos precedentes acima não parece ser a interpretação mais adequada a ser feita acerca da regra.

3 O legislador racional: a interpretação jurídica mais adequada

A *interpretação literal* pressupõe a clareza do texto legal (*interpretatio cessat in claris*), motivo pela qual basta perquirir o sentido da norma por meio da investigação do significado das palavras que o compõem.

Assim, para se concluir que a interpretação literal seria suficiente para se alcançar o sentido da norma, faz-se necessário admitir, em primeiro lugar, que as palavras utilizadas pelo legislador possuem *apenas um único sentido* bem como que o *contexto de aplicação* da norma se manteve *imutável* desde a época de sua elaboração.

Isso porque, se a palavra usada pelo legislador possuir mais de um sentido, torna inviável a interpretação literal, exigindo perquirição acerca do sentido adequado para a palavra empregada, já que há mais de um significado possível.

No mesmo sentido, a interpretação literal pressupõe que o contexto de aplicação da norma continuou intacto desde a confecção do texto normativo até o momento de sua aplicação, sob pena de desvirtuar completamente a intenção do legislador.

Como identifica **MARCELO DASCAL** (DASCAL, 2003, p. 343), existe na língua uma esfera de "*compreensão 'problemática'*", devido a fenômenos como obscuridade, ambiguidade, metáfora, implicitude, indiretividade, alteração de significado etc."

E, prossegue o autor (DASCAL, 2003, p. 343), aduzindo que:

A prática legal enfrenta esses problemas com frequência e há, conseqüentemente, uma tendência a ver esse tipo de 'interpretação' como a única relevante para o direito. A pragmática, em seu sentido estrito, também tende a focar exclusivamente a interpretação problemática, isto é, os casos em

que somente a semântica não é o bastante para determinar o significado de um signo linguístico e nos quais, por isso, a informação contextual deve ser tomada em consideração.

Assim, resta nítido que, diante da divergência de interpretação conferida pelos tribunais ao artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, está-se diante de uma compreensão problemática do dispositivo, o que demanda uma atividade interpretativa para se extrair seu sentido.

A ambiguidade ou obscuridade do termo “réu” pode ser atribuída a dois fatores: (i) a imprecisão da linguagem legal e (ii) utilização da mesma palavra com outros sentidos.

MARCELO DASCAL (DASCAL, 2003, p. 355) esclarece que “um texto legal é formulado em uma linguagem legal, que é concebida como uma espécie ou registro da linguagem cotidiana natural”. E, para os objetivos deste estudo, é indispensável lembrar as duas características da linguagem natural: “imprecisão (*fuzziness*) e dependência do contexto”.

Dessa forma, a imprecisão e a dependência do contexto se afiguram elementos inerentes à comunicação entre as pessoas. Assim, para extrair o sentido da mensagem comunicada, faz-se necessário considerar a imprecisão do significado das palavras e a apreensão do contexto cultural e social em que elas foram proferidas.

Como o texto legal visa a comunicar uma norma de conduta a pessoas, por meio da língua escrita, tem-se que os seus dispositivos também são imprecisos e dependem do contexto de aplicação.

Porém, como adverte o autor (DASCAL, 2003, p. 357), “o que complica a situação é que a imprecisão pode surgir a qualquer momento, em qualquer situação”. E, prossegue, preconizando que “não é possível decidir a priori se um termo é impreciso ou não, pois [...] não é possível prever todas as características da realidade que podem se tornar

relevantes para a aplicação de um termo em diversas situações”.

Para ilustrar o que se afirma, o autor (DASCAL, 2003, p. 357) traz um exemplo de que o termo “homem” não é tradicionalmente considerado impreciso, porém a imprecisão surgiu com o avanço tecnológico que possibilitou a manutenção de organismos humanos sem atividade cerebral. Nessas condições, será que o ato de desligar uma máquina que o alimenta equivale a lhe tirar a “vida”? Deve esse organismo “vivo” ser considerado homem ou não?

Além disso, a imprecisão também pode advir da utilização, pelo legislador, da mesma palavra com outros sentidos.

Como exemplo do que se afirma, a expressão “réu”, comumente atrelada ao processo de conhecimento, é encontrada no mesmo Código de Processo Civil, em vários momentos, com sentidos distintos, dentre eles: (i) com o sentido de *recorrente/recorrido* (artigo 1.037, parágrafo 4º; artigo 1.038, parágrafo 2º) ou (ii) com *sentido genérico* (normas sobre litigância de má-fé no artigo 79).

Portanto, demonstrada a imprecisão do termo “réu” contido no artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, faz-se indispensável analisar o seu contexto de aplicação.

Entre os fatores contextuais relevantes a serem considerados a fim de se obter a interpretação adequada, o autor destaca que os *contextos sistêmico e funcional*.

Por *contexto sistêmico*, **DASCAL** identifica que (DASCAL, 2003, p. 358), “um texto legal que formula regras legais é sempre compreendido no contexto do sistema legal aos quais essas regras pertencem”. E, continua, “quando a leitura direta de um texto legal não se coaduna com tais supostas propriedades, pode-se dizer que o contexto sistêmico gera a dúvida que dá início à busca por uma interpretação mais apropriada”.

Assim, diante de uma leitura do dispositivo legal que contraria as demais regras do ordenamento, deve-se questionar se esse texto foi interpretado corretamente.

Além disso, **DASCAL** (DASCAL, 2003, p. 358) aponta também a existência de um *contexto funcional*, ao preconizar que “um texto legal no qual as leis são formuladas é criado e atua em um determinado contexto funcional. [...] Os componentes normalmente reconhecidos são os objetivos de determinados atos normativos [...]”.

Para se analisar os *objetivos relevantes* dos atos normativos, o autor (DASCAL, 2003, p. 359) afirma que esses objetivos podem ser determinados pelo *legislador histórico*, pelo *legislador presente* ou pelo *legislador racional*.

Apurar os objetivos do *legislador histórico* se afigura impossível, uma vez que “não é observável nem recuperável pelos procedimentos lingüísticos empíricos” (DASCAL, 2003, p. 348). Assim, o intérprete não pode se pautar pelos objetivos dos representantes do povo, porque são inúmeros (513 deputados federais e 81 senadores, no âmbito federal, por exemplo) e com interesses divergentes entre si, o que tornaria a atividade interpretativa inviável.

Além disso, conferir primazia aos objetivos do legislador histórico implica admitir o governo dos mortos sobre os vivos, de modo a impedir, no limite, o desenvolvimento social.

Por sua vez, adotar como premissa epistemológica o *legislador presente* significaria conferir um cheque em branco para o intérprete, permitindo a substituição dos objetivos do povo pelas visões de mundo do intérprete.

Ademais, admitir o legislador presente como critério interpretativo implica sempre a realização de uma pergunta hipotética: “o que o legislador presente *teria* dito se tivesse se deparado com esse caso?” (DASCAL, 2003, p. 372), o que termina por reconhecer indesejada insegurança jurídica.

Por fim, o autor (DASCAL, 2003, p. 372) sustenta que a premissa do *legislador racional* se afigura mais apropriada à interpretação jurídica. Nessa abordagem, “o receptor

reconstrói o significado do emissor, projetando no emissor (ou no texto) uma noção de racionalidade. Ele não pergunta o que o emissor quis dizer e sim o que o emissor *deveria querer* dizer”.

Dessa maneira, cabe ao intérprete, sem desconsiderar o texto legal (imprecisão), investigar o que o legislador *deveria querer* dizer (dever de *racionalidade* do ordenamento jurídico), observadas as demais normas do ordenamento jurídico (contexto sistêmico) e os objetivos daquela normatização (contexto funcional).

Assim é que, conforme o autor (DASCAL, 2003, p. 353), “os tribunais estão interessados em uma leitura ‘objetiva’ do texto legal, que não é necessariamente idêntica ao seu significado literal”.

Nessa linha de raciocínio, é clássica a lição de **EROS GRAU** (GRAU, 2006, Seção XVIII) no sentido de que “não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”, de maneira que “um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum”.

Dito isso, passa-se a perscrutar qual a intenção do legislador racional acerca da interpretação mais adequada ao artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil.

Com efeito, ao criá-lo, o objetivo do legislador racional foi *tutelar a celeridade do processo*, fazendo com que aqueles que reconhecem o direito pleiteado pela parte contrária, renunciem a um rito processual prolongado e, em troca, recebam a premiação da redução de honorários advocatícios.

Isso porque, dada a natureza cognitiva dos cumprimentos individuais de sentenças coletivas, o reconhecimento do pedido, de fato, encurta o trâmite processual e, por conseguinte, reduz a atividade do patrono da parte.

Com isso, a redução à verba honorária não encontra suporte apenas nas ações exclusivamente de conhecimento, mas em toda e qualquer ação ou fase em que esteja inserida uma discussão acerca de um direito.

Vale registrar que a Fazenda Pública Municipal, por vezes, se vale dessa estratégia processual mais benéfica ao demandante (porque *não há resistência à pretensão autoral*), unicamente com vistas à aplicação do artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, que prevê a redução dos honorários advocatícios sucumbenciais pela metade.

Assim, essa estratégia de redução de perdas sucumbenciais da Fazenda Municipal visa a permitir que valores, outrora destinados a pagamentos de honorários, sejam revertidos às necessidades da coletividade, notadamente aos notáveis esforços para a ampliação da oferta de vagas em creche.

4 A interpretação adotada pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

A Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo consolidou o entendimento pela *aplicação* do artigo 90, parágrafo 4º tanto nas hipóteses de cumprimento de sentença quanto de procedimento comum.

Nessa toada, cabe colacionar o posicionamento de membros que atualmente a compõem, como de julgadores que não mais se inserem em sua organização, em razão de modificações pontuais em sua composição decorrentes de norma internas, a fim de que a experiência paulista, no bojo das milhares de demandas por vaga em creche, possa auxiliar nas colocações postas no presente artigo sobre a adequada interpretação do dispositivo normativo. *In verbis*: “O disposto no art. 90, §4º, se aplica em qualquer fase processual em que caibam honorários advocatícios”. (TJSP, ApCív 1012686-59.2018.8.26.0007, Câmara Especial, Rel. ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO, j. 14/03/2019).

Seguindo o disposto no artigo 90, parágrafo 4º, do CPC”, expressamente manifestou entendimento na esteira de que “ao contrário do alegado pela autora em contrarrazões, *in*

casu, a interposição do recurso não se deu de forma abusiva ou protelatória, valendo-se o apelante do direito de ter a matéria apreciada nos termos da lei de regência e em consonância com entendimento firmado por esta Col. Câmara Especial”. (TJSP, ApCív 1025245-66.2018.8.26.0001, Câmara Especial, Rel. EVARISTO DOS SANTOS, j. 24/04/2019).

Deve ser aplicada a norma contida no artigo 90, §4º, do Código de Processo Civil, reduzindo-se pela metade a verba honorária fixada na r. sentença. (TJSP, ApCív 1001929-94.2018.8.26.0010, Câmara Especial, Rel. FERNANDO TORRES GARCIA, j. 04/02/2019).

Uma vez que não houve resistência da Municipalidade ao pedido, nos termos do art. 90, §4º, do C.P.C., a verba honorária será reduzida pela metade [...] E não se diga que não é aplicável a referida norma ao cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, pois não se trata de hipótese de exigência de obrigação de pagar mediante expedição de precatório ou RPV, mas de obrigação de fazer, que pode ser cumprida integralmente pela Fazenda Pública assim que reconhecer o pedido. (TJSP, ApCív 1001669-14.2018.8.26.0011, Câmara Especial, Rel. CAMPOS MELLO, j. 15/03/2019).

Esclarece-se que o embargante pretende realizar uma interpretação literal da norma, quando o adequado seria uma interpretação sistemática, em prestígio à lógica jurídica e ao espírito da nova norma processual, a qual prevê a diminuição do valor arbitrado a título de honorários advocatícios em homenagem à celeridade processual, evitando-se um longo e desgastante litígio, inexistindo motivos para afastar sua aplicação, em especial nos casos

em que o cumprimento individual decorre de ação coletiva. (TJSP, EApCív 1004583-54.2018.8.26.0010/50000, Câmara Especial, Rel. DORA APARECIDA MARTINS, j. 23/05/2019).

Todavia, sem embargo de sua posição, hoje, superada nesta C. Câmara Especial, ressalvada a sua convicção, curva-se ao entendimento majoritário desta Douta Turma Julgadora, no sentido de que, diante do cumprimento integral da obrigação pelo Município-embargante, sem opor resistência ao pedido (fls. 19/21) e nos termos da regra elencada pelo artigo 90, § 4º, do Estatuto Processual, a verba honorária será reduzida pela metade. (TJSP, ApCív 1002986-59.2018.8.26.0007, Câmara Especial, Rel. LIDIA CONCEIÇÃO, j. 08/05/2019).

[...] entendimento desta Colenda Câmara Especial para admitir a aplicação da regra do artigo 90, §4º, do Código de Processo Civil ao caso. (TJSP, ApCív 1009959-18.2018.8.26.0011, Câmara Especial, Rel. ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI, j. 30/04/2019).

E, tendo o Município reconhecido a procedência do pedido e o imediato cumprimento da obrigação (cf. fls. 33/34), aplica-se a redução dos honorários advocatícios pela metade, conforme preconiza o art. 90, §4º, do Código de Processo Civil, ficando o Município condenado ao pagamento da verba honorária de R\$ 475,00 (quatrocentos e setenta e cinco reais). (TJSP, ApCív 1060936-07.2019.8.26.0002, Câmara Especial, Rel. ISSA AHMED, j. 09/05/2019).

[...] reconhecendo-se, *in casu*, a incidência da previsão contida no artigo 90, §4º, do atual Diploma Processual Civil, uma vez que a

Município cumpra integralmente a obrigação, sem opor resistência, referida quantia deve ser reduzida à metade. (TJSP, ApCív 1006772-02.2018.8.26.0011, Câmara Especial, Rel. SULAIMAN MIGUEL, j. 09/06/2020).

No entanto, diante do cumprimento integral da obrigação pelo Município, ora apelado, sem opor resistência ao pedido (fls. 19/20) e nos termos da regra elencada pelo artigo 90, § 4º, do Estatuto Processual, a verba honorária será reduzida pela metade (R\$ 475,00). (TJSP, ApCív 1062245-63.2019.8.26.0002, Câmara Especial, Rel. MAGALHÃES COELHO, j. 12/06/2020).

O artigo 90, § 4º do Código de Processo Civil dispõe que, se o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente cumprir integralmente a prestação reconhecida, os honorários serão reduzidos pela metade. Aludido benefício consiste em incentivo econômico para a célere solução da demanda e a boa-fé processual. [...] Por conseguinte, não tendo sido ofertada qualquer resistência ao cumprimento da obrigação que lhe foi imposta, deve ser aplicada a regra insculpida no artigo 90, §4º, do Código de Processo Civil, conforme entendimento desta Colenda Câmara Especial: [...] (TJSP, ApCív 1035991-90.2018.8.26.0001, Câmara Especial, Rel. Daniela Maria Cilento Morsello, j. 24/08/2020).

Assim, como verificado acima, a Câmara Especial da Justiça Paulista tem privilegiado a interpretação sistêmica, em lugar da interpretação literal, que, como se verá adiante, encontra-se em linha com a interpretação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.

5 Considerações sobre a interpretação conferida pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça quanto à natureza cognitiva do cumprimento individual de sentenças coletivas

Em se tratando de ações coletivas, o título que dá suporte ao terceiro beneficiário que inicia o cumprimento da sentença é uma sentença coletiva *genérica*, de forma que aquele que queira usufruir do seu conteúdo deverá demonstrar que a ela faz jus, traduzindo, pois, na instauração de uma *nova lide*. Ou seja, trata o cumprimento de sentença decorrente de uma ação coletiva de *relação jurídica inaugural* entre as partes, de forma que ainda que o direito esteja reconhecido no título judicial coletivo, imperioso se faz analisar a extensão de seu comando ao requerente.

Portanto, o que se verifica na fase de cumprimento individual de sentença coletiva é a realização de um juízo de natureza típica da fase de conhecimento. Vale dizer, o intérprete terá – necessariamente – que verificar se o demandante, no caso concreto, possui aquele direito concedido genericamente na ação coletiva.

A questão é facilmente verificada nas hipóteses de sentença coletiva que condena o Município a fornecer vaga em creche a *todas* as crianças em idade para tanto e abrangidas pelos limites territoriais do ente público. Isso porque o demandante pode, por exemplo, (i) *não possuir a idade abrangida* pela r. decisão coletiva; (ii) *ter recusado vaga anteriormente disponibilizada*, de modo que estaria escolhendo *escola específica*, o que é vedado, tendo em vista que a escolha da vaga compete ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração, respeitado o limite máximo de distância da residência do infante; (iii) estar *fabricando a urgência* alegada, ao ajuizar demanda sem conceder tempo minimamente razoável para o cumprimento espontâneo pela Administração; (iv) *não residir no município*.

Assim, embora se trate de fase de cumprimento de sentença, a atividade do intérprete possui natureza de *acertamento do direito* (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 171), o que é de feição típica da ação de conhecimento.

Em suma, evidencia-se uma grande carga de conhecimento nos cumprimentos de sentença de tal natureza.

Na esteira do reconhecimento da *natureza cognitiva exauriente* das execuções individuais de sentenças coletivas, foi o entendimento fixado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nos autos do Recurso Especial nº 1.650.588/RS (2017/0018594-1), julgado em 20/06/2018, afeto como tese a ser fixada em Recurso Repetitivo. Observe-se o trecho do voto condutor do acórdão:

[...] Isso sopesado, tenho que a interpretação que deve ser dada ao art. 85, § 7º, do CPC/2015 é a de que, nos casos de cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública em que a relação jurídica existente entre as partes esteja concluída desde a ação ordinária, não caberá a condenação em honorários advocatícios se não houver a apresentação de impugnação. Isso porque o cumprimento de sentença de que trata o referido diploma legal é decorrência lógica do mesmo processo cognitivo.

Entretanto, quando o procedimento de cumprimento individual de sentença coletiva, ainda que ajuizado em litisconsórcio, almeja a satisfação de direito reconhecido em decisão judicial condenatória genérica proferida em ação coletiva, ele não pode receber o mesmo tratamento de uma etapa de cumprimento comum, visto que traz consigo a discussão de nova relação jurídica, cuja existência e liquidez será objeto de juízo de valor a ser proferido como pressuposto para a satisfação do direito vindicado. E isso naturalmente decorre do fato

de os sujeitos processuais que a compõem não serem os mesmos da ação cognitiva, uma vez que o exequente, logicamente, não fez parte da fase de conhecimento.

Em outras palavras, nessas decisões coletivas – lato sensu – não se especifica o quantum devido nem a identidade dos titulares do direito subjetivo, sendo elas mais limitadas do que as que decorrem das demais sentenças condenatórias típicas. Assim, transfere-se para a fase de cumprimento a obrigação cognitiva relacionada com o direito individual de receber o que findou reconhecido no título judicial proferido na ação ordinária.

Em face disso, a execução desse título judicial pressupõe cognição exauriente, cuja resolução se deve dar com estrita observância dos postulados da ampla defesa e do contraditório, a despeito do nome dado ao procedimento, que induz a indevida compreensão de se estar diante de mera fase de cumprimento, de cognição limitada.

[...] Tem-se, pois, que a contratação de advogado é indispensável, uma vez que, conforme já demonstrado, também é necessária a identificação da titularidade do direito do exequente em relação ao direito pleiteado, promovendo-se a liquidação do valor a ser pago e a individualização do crédito, o que torna indúvidoso o conteúdo cognitivo exauriente dessa específica fase de cumprimento. A imperiosa presença do causídico revela, por consequência, o direito à sua devida remuneração (STJ, REsp 1.650.588/RS, Corte Especial, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, J. 20/06/2018).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já havia reconhecido a *natureza cognitiva da execução de sentença coletiva*, quando do julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 720.839/PR:

A execução destinada à satisfação do direito reconhecido em sentença condenatória genérica, proferida em ação ordinária de natureza meramente coletiva, não é uma ação de execução comum. É ação de elevada carga cognitiva, pois nela se promove, além da individualização e liquidação do valor devido, também juízo sobre a titularidade do exequente em relação ao direito material. (STJ, EREsp 720.839/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/02/2006).

Com isto, a redução à verba honorária não encontra suporte apenas nas ações exclusivamente de conhecimento, mas em toda e qualquer ação ou fase processual em que esteja inserida uma discussão acerca de um direito, em que haja uma carga cognitiva, ainda que menor.

6 O recente julgado proferido pelo STJ, nos autos do RECURSO ESPECIAL Nº 1865203 - SP (2019/0351257-7)

Em arremate ao quanto se expôs nos tópicos anteriores, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp nº 1865203, interposto exatamente em ação em que o Município de São Paulo foi réu e na qual se questionou a aplicação do art. 90, §4º do CPC em se tratando de cumprimento de sentença coletiva, debruçou-se especificamente sobre a questão, aplicando o entendimento aqui externado e já consolidado pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, reconhecendo a incidência do art. 90, §4º, do CPC.

Observe-se o trecho colhido:

[...] Como ponderado pelo órgão colegiado, “o procedimento de cumprimento individual de sentença coletiva, ainda que ajuizado em litisconsórcio, quando almeja a satisfação de direito reconhecido em sentença condenatória

genérica proferida em ação coletiva, não pode receber o mesmo tratamento pertinente a um procedimento de cumprimento comum, uma vez que traz consigo a discussão de nova relação jurídica, e a existência e a liquidez do direito dela decorrente serão objeto de juízo de valor a ser proferido como pressuposto para a satisfação do direito vindicado [...] o procedimento de cumprimento de sentença pressupõe cognição exauriente - a despeito do nome a ele dado, que induz à indevida compreensão de se estar diante de mera fase de execução -, sendo indispensável a contratação de advogado, uma vez que é necessária a identificação da titularidade do exequente em relação ao direito pleiteado, promovendo-se a liquidação do valor a ser pago e a individualização do crédito, o que torna indubitoso o conteúdo cognitivo dessa execução específica”.

Mutatis mutandis, deve-se reconhecer ser adequada a observância do § 4º do art. 90 do CPC/2015 na fase de cumprimento de sentença, na hipótese em que o título judicial é formado em ação coletiva e tem comando genérico a respeito de obrigação de fazer.

De fato, ante a possibilidade de a pretensão executória individual poder ser discutida pelo ente federado, é pertinente invocar referido dispositivo, por analogia, quando não houver recusa para o cumprimento da obrigação. Todavia, na fase de cumprimento de sentença, uma vez já firmada a obrigação pela sentença, não há falar em necessidade de homologação do reconhecimento da procedência do pedido. Esse requisito só deve ser exigido na ação e na reconvenção, como disposto no art. 487, I, do CPC/2015.

Assim, se o ente obrigado à prestação não impugnar a fase executiva e providenciar o cumprimento da obrigação, deve haver

redução dos honorários advocatícios sucumbenciais, quando cabíveis, como determina o § 4º do art. 90 do CPC/2015:

Art. 90. Proferida sentença com fundamento em desistência, em renúncia ou em reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu. [...] § 4º Se o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida, os honorários serão reduzidos pela metade. [...]

[REsp 1865203/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, julgado em 22/06/2020].

7 Conclusão

Portanto, ficou demonstrado que, em que pese a existência de entendimento divergente contidos na Súmula 134 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) e no Enunciado 10 do Conselho da Justiça Federal (CJF), o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) possui jurisprudência consolidada, no âmbito de sua Câmara Especial, pela aplicação do artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil às demandas individuais com esteio em sentenças coletivas que impõe obrigação de fazer.

E em arremate à questão, o Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial nº 1865203, da lavra do Ministro Benedito Gonçalves, pela incidência do art. 90, §4º do CPC em se tratando de cumprimento de sentença decorrente de ação coletiva.

Diante disso, fez-se indispensável perquirir a interpretação mais adequada ao dispositivo legal exclusivamente para a situação analisada.

Passou-se pela interpretação literal e as suas ilusões de sentido único das palavras utilizadas pelo legislador e de imutabilidade do contexto de aplicação pensado à época, o que inviabiliza a utilização da interpretação literal.

Após analisar o problema da imprecisão vocabular e dos fatores contextuais, chegou-se à conclusão pela adoção da premissa do legislador racional, como vetor de interpretação dos textos normativos.

Dessa maneira, verificou-se a imprecisão do termo “réu” contido no artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil decorrente da ambiguidade e obscuridade de seu sentido bem como da utilização da mesma palavra com sentidos distintos.

Ademais, levando em consideração o contexto sistêmico e funcional, verificou-se que a natureza cognitiva dos cumprimentos individuais de sentenças coletivas, que possui grande carga de conhecimento, aliada ao objetivo do legislador racional pela celeridade processual, conclui-se que o artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil deve ser aplicado também a esses casos.

Não apenas por esses motivos, mas também porque o reconhecimento do pedido reduz o trabalho do patrono da parte e permite a aplicação de recursos públicos aos objetivos finalísticos da coletividade, com a ampliação da oferta de serviços públicos.

REFERÊNCIAS

DASCAL, Marcelo. **Interpretação e compreensão**. Trad. Marcia Heloisa Lima da Rocha. Rio Grande do Sul: Editora Unisinos. 2003.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 59 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018.
Versão eletrônica.

O giro que ainda falta no Direito Administrativo: por uma discricionariedade funcional e a serviço da cidadania

Arthur Pinel¹

RESUMO: O tema deste artigo é a discricionariedade administrativa. Seu objetivo é discutir uma nova base para a atividade discricionária da Administração Pública. Nesse sentido, o artigo propõe a funcionalização da discricionariedade, que é a sua construção a partir da noção de dever, e não de prerrogativa ou de poder; esse seria seu giro funcional. Para a compreensão desse movimento de funcionalização, são apresentados os dois possíveis enfoques do direito administrativo: o estrutural e o funcional. Entendendo que é o enfoque funcional o mais compatível com o marco constitucional contemporâneo, o artigo segue com a formulação do conceito funcional de discricionariedade, que, segundo essa visão, é o dever que a Administração Pública possui de buscar a melhor solução para um caso concreto. Depois, o artigo apresenta a premissa fundamental do giro funcional da discricionariedade – a processualização – e trata da sua repercussão na atuação das instâncias controladoras. Sua proposta, no final das contas, é exigir que a atividade discricionária da Administração Pública seja mais racional e democrática e que esteja sempre a serviço da cidadania.

PALAVRAS-CHAVE: Discricionariedade administrativa. Giro funcional. Dever. Cidadania.

¹ Procurador do Município de São Paulo (arturpinel@prefeitura.sp.gov.br)

ABSTRACT: The subject matter of this article is the administrative discretion. It aims to discuss a new basis for the exercise of discretion in the Public Administration. In this regard, the present article proposes an evidence-based discretion, which derives from the notion of duty instead of prerogative or power vested to the incumbent. That would be the turning point in administrative discretion. In order to better understand the proposed shift, it will comment on two approaches to the administrative law: the structural and the functional ones. Arguing that the latter is most compatible with the contemporary constitutional framework, the article delves into the concept of functional administrative discretion, which conveys that it is imperative to the Public Administration body to seek the best solution to a given case, not guiding its decisions solely by legislative constraints. Moreover, the paper discusses the underlying assumptions and intended consequences of the functional administrative discretion. The proposal of the present article, ultimately, is to call decisionmakers to exert administrative discretion in the Public Administration based on rationality and on the best interests of society.

KEYWORDS: Administrative discretion. Functional shift. Duty. Citizenship.

1 Introdução

Não é de hoje que vejo no futebol uma metáfora da vida. Muitas das situações vividas entre as quatro linhas podem deixar relevantes lições para todos nós. Uma dessas situações, que é comum no futebol, é a de times que gastam mais energia para evitar derrotas do que para tentar vencer seus jogos. Em vez de estratégias que os aproximem da vitória, optam por táticas que minimizem a chance de derrota. E o resultado, em regra, é justamente o oposto daquele pretendido: as equipes que assim jogam perdem muito mais do que ganham. Ainda que pareça irracional, é

esse o caminho adotado pela maioria. É a mentalidade muito bem captada pela anedótica frase “o medo de perder tira a vontade de ganhar”.

Esse pensamento parece também dar o tom no direito administrativo. Isto porque, atualmente, nossas instituições têm se organizado muito mais em torno do medo de maus gestores, deixando em segundo plano o incentivo às soluções inovadoras. Em vez de permitir grandes decisões, que podem ser exitosas ou não, o direito administrativo tem preferido a postura defensiva, com regulação detalhada e excessivo controle. Ficam impedidas, assim, medidas inovadoras e mais audaciosas. Também no direito administrativo “o medo de perder tem tirado a vontade de ganhar”.

Estudiosos e operadores do direito administrativo têm culpado as instâncias de controle por essa posição defensiva. “Direito administrativo do medo” e “apagão de canetas” são expressões que, cunhadas por esses estudiosos, apontam a tendência de um controle que paralisa – isto é, que inibe as decisões administrativas mais audaciosas.

No entanto, entendo que o problema é anterior. O excesso de controle é uma distorção gerada pelo mau uso da discricionariedade. Esse mau uso, por sua vez, decorre da má formulação da referida categoria jurídica, que necessita ser funcionalizada – ou seja, construída a partir da noção de dever. Corrigida essa distorção, todo o restante também mudará.

Nesse sentido, apresentarei minha proposta de reconstrução da discricionariedade a partir de cinco passos. Nos dois primeiros passos explicarei o que entendo como giro funcional do direito administrativo. Na sequência, no terceiro passo, detalharei as implicações desse giro funcional na discricionariedade, tema principal deste artigo. Em meu quarto passo, apresentarei uma premissa fundamental à “funcionalização” da discricionariedade: a “processualização” da atividade administrativa; aqui

argumentarei que, em regra, não há atuação racional da Administração Pública sem o devido processo administrativo. Por fim, no derradeiro e quinto passo, trarei algumas questões relacionadas ao controle da atividade administrativa, com sugestões de ajustes na atuação das instâncias de controle frente à atividade discricionária da Administração Pública.

Além do breve itinerário, entendo relevante apresentar minha abordagem metodológica². Neste artigo, meu enfoque é essencialmente analítico. Os enfoques empírico e normativo, os outros troncos da dogmática jurídica, também foram abordados – sobretudo o segundo -, mas sem o mesmo protagonismo do enfoque analítico. Com isso, quero dizer que este artigo se desenvolverá, do próximo tópico em diante, a partir da análise dos conceitos e premissas básicas que envolvem o tema da discricionariedade administrativa. A jurisprudência e o direito positivo – enfoque empírico - possuem papel residual neste artigo, aparecendo apenas quando imprescindível para a compreensão de um conceito ou para o reforço de um argumento. O enfoque normativo, por fim, apesar de também coadjuvante, estará espalhado por quase todo o artigo, já que é da essência desse tipo de trabalho a apresentação de uma resposta ao problema analisado.

2 O giro funcional da discricionariedade administrativa

Como dito antes, uma das minhas propostas, neste artigo, é a funcionalização da discricionariedade administrativa. Esse movimento, que é relevante e urgente, seria o primeiro passo à correção do mau uso da discricionariedade, que tem sido considerada, tradicionalmente, como a faculdade que possui a

² Sobre a dogmática jurídica e seus enfoques (analítico, empírico e normativo), ver Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2009, p. 30-32, e Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017, p. 32-36.

Administração Pública de optar, diante de um caso concreto, por uma entre as diversas soluções permitidas pelo direito³. Seu contraponto é a vinculação administrativa, que representa a completa ausência de liberdade decisória, cabendo à Administração Pública, no caso da vinculação, apenas seguir a solução já determinada pelo direito positivo⁴.

Esse conceito de discricionariedade – que, reitera-se, é tradicional no direito administrativo brasileiro – possui nuances que, a meu ver, tornam o próprio instituto incompatível com o nosso sistema constitucional. Isto porque, mesmo que distante da antiga liberdade total da Administração Pública, que permitia abusos e personalismos, o atual conceito de discricionariedade ainda serve à lógica do Estado, e não da cidadania. É preciso que também ocorra um giro funcional do direito administrativo, que, ao lado dos giros democrático-constitucional e pragmático⁵, mudará o modo como é pensada e aplicada a discricionariedade, que, mais uma vez, deve servir à cidadania, e não à Administração Pública.

O passo decisivo nessa direção, como já indicado acima, é o reforço da lógica funcional do direito administrativo. Contraponto da perspectiva estrutural⁶, que enxerga o direito administrativo a partir do seu próprio funcionamento, a lógica funcional pretende fazer com que o

³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 62.

⁴ Idem.

⁵ As expressões “giro democrático-constitucional” e “giro pragmático” aparecem com frequência em Gustavo Binbenjimon, *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*, p. 38 e 59. A primeira expressão aponta para a centralidade que os direitos fundamentais e o princípio democrático possuem no direito administrativo contemporâneo. A segunda expressão, por sua vez, indica que o direito administrativo atual deve ser menos apegado à velha dogmática e mais preocupado com os resultados que produz – um direito, acima de tudo, consequencialista.

⁶ Marçal Justen Filho e Floriano de Azevedo Marques Neto. *A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação*, 2015, p. 367.

aparato administrativo gire em torno de sua função contemporânea, que é servir à emancipação humana⁷, como estabelecem os artigos 1º⁸ e 3º⁹ da Constituição da República. Com a positivação da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro e com a construção de um sistema generoso de direitos fundamentais, é fato que o ser humano passou a protagonizar o ordenamento jurídico, sendo em torno dele que o direito administrativo deve orbitar. Antes súdito, ou administrado, o ser humano, que agora passa a ser cidadão e cidadã, deve ser servido pela Administração Pública, e não o oposto¹⁰.

Essa, portanto, é a lógica funcional do direito administrativo. O enfoque, sob essa perspectiva, recai sobre a função da Administração Pública, que é servir à humanidade, algo que, no direito contemporâneo, confunde-se com a tarefa de efetivar os direitos fundamentais. O desafio, então, é impor essa lógica

⁷ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *O Direito Administrativo no século XXI*, 2018, p 135.

⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁰ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*, 2008, p. 81.

funcional às diversas categorias do direito administrativo que ainda não foram inteiramente constitucionalizadas. Portanto, “funcionalizar” a discricionariedade administrativa é minha proposta principal neste artigo; isso farei mais adiante. Antes, entendo importante pontuar, ainda que brevemente, o desenvolvimento do “direito administrativo estrutural”, que é o contraponto teórico do enfoque funcional. Uma vez compreendida essa dicotomia, será mais fácil apontar as mudanças que entendo necessárias à discricionariedade.

3 Os dois enfoques do Direito Administrativo

Em linhas gerais, o direito administrativo pode ser visto sob dois enfoques, o estrutural e o funcionalista¹¹. No primeiro caso, é a estrutura da Administração Pública que ganha centralidade. Sua organização interna e a relação com as demais agências estatais – Legislativo e Judiciário, sobretudo – são a principal preocupação de quem pensa o direito administrativo a partir desse viés. O enfoque funcionalista, por sua vez, deita sua atenção à função da Administração Pública, o que leva, de modo especial, à maior preocupação com deveres e obrigações do aparato administrativo.

Esses dois enfoques não são excludentes. Na verdade, é impossível imaginar o direito administrativo sem uma pitada de cada um. O importante é entender qual deles prevalece na construção das categorias e dos institutos administrativos contemporâneos. Construir o direito administrativo pela perspectiva estrutural é priorizar as categorias de autoridade da Administração Pública – as prerrogativas públicas –, que diferenciam o Poder Público do restante da sociedade. Por outro lado, um “direito administrativo funcional” cuida mais de instrumentos que de prerrogativas, pois sempre vincularia uma faculdade da

¹¹ Marçal Justen Filho e Floriano de Azevedo Marques Neto. *A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação*, 2015, p. 367.

Administração Pública ao atingimento de alguma finalidade. Assim, em vez de assimetrias que prestigiam o poder estatal, o enfoque funcionalista (ou funcional) cuida de ferramentas que devem ser manejadas em favor da realização dos direitos fundamentais.

Com a discricionariedade não é diferente. Essa categoria, que acompanha o direito administrativo desde seu nascimento, também pode ser vista a partir dos dois enfoques.

Sob a perspectiva estrutural, a discricionariedade é vista como a liberdade decisória que pode possuir a Administração Pública; neste caso, sua atuação deveria tão somente observar os limites impostos pelo direito, não existindo, contudo, caminho previamente determinado. Nesse viés, a discricionariedade serve para delimitar o espaço próprio da Administração Pública na relação com os demais poderes e com as instâncias de controle. O objetivo da discricionariedade, para a visão estrutural, então, é estabelecer o campo preferencial de atuação administrativa, dentro do que os demais poderes – o Judiciário, em especial – só intervirão se constatada alguma ilegalidade, isto é, uma situação contrária ao direito.

A meu ver, essa prevalência do viés estrutural na formulação da discricionariedade é explicada pela origem do próprio direito administrativo. Sem o rigor científico de um texto historiográfico, volto ao seu surgimento para explicar meu argumento.

Sobre o nascimento do direito administrativo, é tradicional dizer que sua causa foi o estabelecimento do Estado do Direito e da Separação de Poderes¹². Com a introdução da lógica da submissão da Administração Pública à lei, com o respectivo controle pelo Judiciário, faria sentido pensar num ramo do direito específico para controlar a burocracia estatal, algo inexistente na França pré-revolucionária, que vivia tempos de monarquia absolutista.

¹² Odete Medauar, *Direito Administrativo moderno*, 2016, p. 53.

Aliás, para muitos é a *Lei* de 28 do *pluviose* do ano VIII (1800) a certidão de nascimento do direito administrativo, pois representou a estipulação de normas “externas” ao funcionamento da Administração Pública¹³.

No entanto, é falaciosa a narrativa de que o direito administrativo é fruto tão somente da invenção do Estado de Direito e da Separação de Poderes e de que, desde então, sua trajetória é de puro sucesso na empreitada de controle do aparato estatal; muito ao contrário, seu desenvolvimento não foi linear, nem representou o bem-intencionado empreendimento social de controle da Administração Pública¹⁴. Na verdade, o direito administrativo foi muito mais resultado de conflitos travados dentro do próprio Estado, sobretudo entre o Parlamento e os novos detentores do Poder Executivo – daí seu viés estrutural.

Não pode ser ingênua, portanto, a leitura histórica quanto ao nascimento do direito administrativo, que não serviu, desde o início, para proteger o cidadão do autoritarismo estatal. Essa foi apenas uma de suas faces, mais consequência do que motivação, pois, como dito, o direito administrativo foi mais obra da disputa pragmática pelo poder do que qualquer outra coisa.

Entre cotoveladas e braçadas, os novos detentores do Estado lutavam ora pelo protagonismo do Parlamento – do que veio a legalidade administrativa - ora por maior ativismo do Poder Executivo – que nos legou a ideia de prerrogativas públicas e de exorbitância do direito da Administração Pública. Nessa disputa se saiu muito bem a burocracia estatal, que encontrou na jurisdição administrativa o espaço ideal para a construção de suas próprias categorias jurídicas.

Em outras palavras, ao se colocar como juiz de suas próprias causas, percebeu a Administração Pública que seria muito mais simples construir seu próprio direito – de

¹³ Idem.

¹⁴ Gustavo Binembojm, *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 2014, p. 9-10.

exorbitância, diga-se - do que superar eventual resistência do Parlamento por maior destaque administrativo. Não é à toa que era estritamente jurisprudencial o direito administrativo francês da época, sendo protagonizado, em sua construção teórica, pelo Conselho de Estado – órgão de cúpula da jurisdição administrativa da França. Dele são as primeiras formulações sobre prerrogativas públicas (*puissance publique*), serviços públicos, contratos administrativos e discricionariedade administrativa. Portanto, foi a disputa entre poderes na França pós-revolucionária que embalou o surgimento de diversas categorias administrativas, tendo dentre elas a discricionariedade¹⁵.

Essa breve divagação histórica tem apenas um propósito: demonstrar que a discricionariedade foi gerada pela Administração Pública e em seu próprio favor. Sua genética, portanto, está marcada pelo estruturalismo, que é o enfoque dado às categorias jurídico-administrativas a partir da perspectiva estatal. Pensar o direito administrativo pelo viés estruturalista, como dito, implica na construção de conjunto normativo voltado ao próprio aparato administrativo, muitas vezes de costas para as necessidades da sociedade. O objetivo do direito, segundo essa linha de pensamento, é dotar a Administração Pública de prerrogativas que permitam seu bom funcionamento, mesmo que as consequências de uma ou outra medida não sejam as melhores para o conjunto da sociedade. O foco, portanto, é a própria burocracia estatal.

É bem verdade que, nos últimos anos, a discricionariedade passou por influxos democráticos, que a distanciou de sua origem estrutural. O giro democrático-constitucional mudou o eixo da discricionariedade, que já deixou de ser a irrestrita liberdade de escolha que era entregue à Administração Pública; hoje, também a atuação

¹⁵ Fernando Dias Menezes de Almeida, *Contrato administrativo*, 2012, p. 31.

discricionária se submete ao direito¹⁶ – e às instituições responsáveis por criá-lo e aplicá-lo -, demandando de quem a exerce a devida motivação quanto às suas escolhas¹⁷.

Não é o caso de discutir, aqui, o convívio tortuoso entre o exercício da discricionariedade e as instâncias de controle, nem detalhar a trajetória dessa relação. O importante é pontuar que a discricionariedade, atualmente, já não representa mais a intangibilidade dos juízos de conveniência e oportunidade feitos pela Administração Pública ou a existência de “ilhas de imunidade decisória” frente aos possíveis controles institucionais ou sociais. Bem diferente disso, a discricionariedade, que continua como espaço de atuação preferencial da Administração Pública, é a prerrogativa de se optar por uma dentre as diversas alternativas permitidas pelo direito.

O direito administrativo, então, passou a considerar a possibilidade de limitação da atuação discricionária, que não é a permissão para o gestor decidir como bem entender. O exercício dessa prerrogativa, além de racional, deve orientar-se pelo sistema de direitos fundamentais, seja como limite de atuação, seja como conjunto normativo a ser efetivado. Constatada qualquer ilegalidade ou irracionalidade – que também é um defeito jurídico -, autorizadas estarão as instâncias de controle para atuar e invalidar a atuação da Administração Pública – como ocorre, por exemplo, nos casos de desvio de finalidade¹⁸.

¹⁶ Gustavo Binembom, *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 2014, p. 211-212.

¹⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2017, p. 104-105.

¹⁸ O desvio de finalidade, ou desvio de poder, caracteriza-se pelo exercício de atribuição administrativa para a realização de finalidade diversa daquela imposta pelo direito. Tal desvio pode ou não ser dotado de má-fé, o que é irrelevante para a aferição da ilegitimidade da atuação administrativa. O surgimento da teoria deu-se na França, pelo Conselho de Estado, em meados do século XIX (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2017, p. 56 – 61).

No entanto, ainda que distante de seu passado de “intangibilidade”, a discricionariedade ainda padece de seu vício original, que é seu excessivo enfoque estrutural. Herança genética que a acompanha desde seu nascimento, o viés estrutural impede que a discricionariedade seja pensada – e aplicada – a partir da função que possui a contemporânea Administração Pública, que, como dito, é servir ao desenvolvimento do ser humano, por meio da efetivação dos direitos fundamentais.

O caminho, então, é alterar o enfoque da discricionariedade, que deve abandonar o viés estrutural e adotar o viés funcional. Nessa nova perspectiva, a discricionariedade deixaria de ser pensada como prerrogativa – ainda que limitada – e passaria a ser encarada como dever, o dever de se buscar a melhor decisão num caso concreto.

4 Por uma discricionariedade funcional e a serviço da cidadania

O presente tópico trata do ponto mais relevante deste artigo, que é a necessidade de funcionalização da discricionariedade, tendência, aliás, que deveria alcançar todo o direito administrativo.

“Funcionalizar” categorias administrativas é construí-las em torno da noção de dever. Isto porque o exercício das prerrogativas públicas não ocorre em nome próprio, nem para a satisfação da própria vontade; muito ao contrário, o gestor público exerce função delegada pela sociedade, para a ela servir. Eventual prerrogativa – se for essa a melhor nomenclatura – só se legitima enquanto estiver a serviço da cidadania, não podendo servir à efetivação da vontade do gestor ou da própria Administração Pública – que também possui seus interesses específicos.

O enfoque funcional do direito administrativo, já explicado anteriormente, teria o papel de deslocar o eixo da Administração Pública, que passaria, então, a ter seu

funcionamento baseado na lógica dos deveres e obrigações que possui perante a sociedade. Seria esse o giro funcional do direito administrativo. Isso já foi dito lá atrás. Agora, como envolver a discricionariedade nesse movimento de funcionalização?

Num primeiro momento, é importante compreender que, segundo o viés funcional, a discricionariedade deixa de ser prerrogativa e passa a ser ferramenta de atuação. Parece mera mudança terminológica; mas não é. Palavras carregam muitos símbolos e representam o conjunto ideológico que as justificam. Não é por acaso, por exemplo, que o cidadão foi por muito tempo chamado de “administrado”, em clara demonstração de assimetria e submissão frente ao Poder Público.

Dessa forma, trocar “prerrogativa” por “ferramenta” é muito mais que disputa por palavras vazias; é querer implementar a visão de que a Administração Pública está a serviço da cidadania, e não o oposto. Na verdade, é inaceitável que a Administração Pública busque a exclusiva satisfação de seus próprios interesses, ainda que legítimos, pois, como dito inúmeras vezes, sua função é realizar direitos fundamentais – isto é, implementar a plena cidadania. Se sua atuação não seguir nessa direção, ilegítima será.

E como colocar a discricionariedade a serviço da cidadania? Simples: entendendo-a como o dever de se buscar a melhor decisão, a mais eficiente, diante de um caso concreto. Também parece ser mudança pouco significativa em relação ao que já se diz atualmente sobre a discricionariedade administrativa. No entanto, a meu ver, possui potencial revolucionário, pois impõe à Administração Pública o dever de considerar todas as alternativas possíveis, para, dentre elas, optar pela mais adequada. A discricionariedade, portanto, deixa de ser a prerrogativa de se optar por uma entre as diversas alternativas permitidas pelo direito e passa a ser o dever de se buscar, diante de um

caso concreto, a melhor decisão – aquela que mais realiza a finalidade imposta pelo direito em cada situação.

Essa visão, que não é nova¹⁹, é perfeitamente compatível com o enfoque funcional da Administração Pública, pois preenche a discricionariedade com a noção de dever, eixo em torno do qual deveria girar o direito administrativo contemporâneo. Nessa perspectiva, o exercício da discricionariedade só será legítimo – e permitido pelo direito – quando a Administração Pública demonstrar, por meio do devido processo²⁰, que aplicou todos os esforços razoáveis em busca da melhor decisão, mesmo que o resultado não tenha sido o desejado. As expectativas podem até ser frustradas, mas jamais por negligência ou insuficiência na atuação administrativa.

Assim, mais do que optar pelas diversas alternativas permitidas pelo direito, a atuação discricionária representará a busca pela melhor decisão, isto é, aquela que atenda de modo mais satisfatório, em determinada situação, os interesses da sociedade e as finalidades impostas pelo direito.

Um exemplo pode ajudar na compreensão do meu argumento. Quando do término de uma licitação, sob a perspectiva da conveniência administrativa, duas opções surgem para a Administração Pública: homologar ou revogar o procedimento. Tradicionalmente, enxerga-se nessa dualidade de escolhas o exercício da discricionariedade²¹,

¹⁹ Já na década 1990, Celso Antônio Bandeira de Mello formulava suas noções de direito administrativo em torno da noção de dever, criticando as construções dogmáticas que tentavam fixar as bases do direito administrativo sobre a noção de poder. Para Celso Antônio, de modo equivocado, “quer-se articular os institutos do direito administrativo, - inobstante ramo do direito público – em torno da ideia de poder, quando o correto seria articulá-los em torno da ideia de ‘dever’, de finalidade a ser cumprida” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2017, p. 14-15).

²⁰ A importância do processo nesse conceito funcional de discricionariedade será destrinchada no tópico 5 deste artigo.

²¹ Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, *Licitação Pública*, 2015, p. 401-402.

pois, como ambas as opções são permitidas pelo direito, caberia ao gestor apenas optar por uma delas, desde que motivada sua decisão. Nesse caso, o controle só poderia atuar diante de eventual ilegalidade na decisão, como, por exemplo, ocorreria no desvio de finalidade. Isto porque, se permitida pelo direito, qualquer decisão é possível à Administração Pública.

No entanto, sob a perspectiva funcional – de que a discricionariedade é o dever de se buscar a melhor decisão -, à Administração Pública caberia explicar por que uma opção é melhor que a outra, podendo as instâncias de controle invalidarem a decisão administrativa que não tenha se desincumbido desse ônus.

Apesar de se tratar de exemplo mais simples, que envolve decisão entre duas alternativas, citá-lo é importante para demonstrar que a discricionariedade exige da Administração Pública a busca pela decisão mais adequada, que melhor satisfaça os interesses envolvidos numa dada situação. Há diversas outras situações em que esse dever se torna bem mais complexo, por envolver diversas alternativas válidas - como é o caso das políticas públicas, que hoje representam o grande *locus* da discricionariedade administrativa²². No entanto, mesmo nesses casos, o que cabe à Administração Pública é buscar a melhor decisão, coletando evidências e elementos técnicos, permitindo a participação intensa da sociedade e, ao final, explicando, a partir do conjunto obtido, por que entende ser essa, e não aquela, a melhor decisão para a realização dos direitos fundamentais envolvidos.

Portanto, uma discricionariedade funcionalizada é muito mais que a prerrogativa de optar por uma entre as diversas alternativas permitidas pelo direito. Na verdade, é demonstrar que a sua decisão é a melhor dentre as diversas possíveis. A discricionariedade é um dever, e não uma prerrogativa. Ao menos, assim que deveria ser.

²² Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 138.

5 O papel do processo administrativo na funcionalização da discricionariedade

Disse mais acima que, sob a perspectiva funcional, a discricionariedade é o dever que possui a Administração Pública de, diante de um caso concreto, buscar a melhor decisão. Como não há faculdade pública que possa ser exercida em nome próprio e para a satisfação da própria vontade – mas sempre em favor da sociedade –, o mais adequado é tratar a discricionariedade como ferramenta (“dever”), e não como prerrogativa. Essa noção é a mais compatível com o novo marco humanista do direito administrativo, que serve – ou deveria servir – como instrumento de desenvolvimento humano²³.

A partir dessa definição, nota-se que a legitimidade da discricionariedade tem mais a ver com seu modo de exercício do que com o resultado obtido. Ainda que o resultado seja relevante – e realmente o é²⁴ –, o fundamental é que a Administração Pública se esforce na busca pela melhor decisão. Essa empreitada, que, apesar de correta, não é simples, depende da coleta de evidências científicas – subsídios técnicos – e da ponderação dos interesses que podem ser atingidos pela decisão administrativa. Nesse sentido, é impossível que a melhor decisão seja alcançada de modo solitário e unilateral pela Administração Pública; para decidir bem, da melhor forma, é necessário dialogar. Por isso que, para a completa funcionalização da discricionariedade, é importante que outro movimento ganhe a gestão pública de uma vez por todas, que é a “processualização”.

Se é verdade que a discricionariedade deve representar a busca pela melhor decisão, passa a ser

²³ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *O Direito Administrativo no século XXI*, 2018, p 135.

²⁴ Ver Rodrigo Pagani Souza, *Em busca de uma administração pública de resultados*, 2016.

essencial o processo que antecede seu exercício. Como decidir bem sem instrução anterior que tente captar todos os interesses envolvidos e o conhecimento técnico já existente sobre o assunto enfrentado? À pergunta, que é meramente retórica, respondo que não é possível. Ganha protagonismo, então, o processo no cotidiano da Administração Pública.

A “processualização” é paradigma já consolidado do direito administrativo contemporâneo²⁵. Não há, na literatura especializada, quem se oponha seriamente à sua completa introdução no cotidiano da Administração Pública – ainda falta a consolidação desse paradigma na praxe administrativa. O processo administrativo, de uma vez só, efetiva direitos fundamentais – como o contraditório, por exemplo -, democratiza a atividade administrativa e permite que a decisão final se dê em bases técnicas mais sólidas²⁶.

A função do processo administrativo, na atuação discricionária, pode ser mais bem compreendida a partir dos exemplos antes apontados. No caso da decisão sobre a revogação de uma licitação, é imprescindível que sejam ouvidos os licitantes – a depender da fase do procedimento licitatório, só o licitante vencedor -, de modo a permitir a consideração e ponderação de todos os interesses e perspectivas que possam influenciar na decisão administrativa. Ao final, depois de ouvidos os interessados, a Administração Pública deve justificar por que a sua opção é a melhor para o caso concreto. Aliás, é assim que já entende o Tribunal de Contas da União (TCU)²⁷, ainda que não use

²⁵ Sobre as premissas dogmáticas e a relevância desse movimento no direito administrativo contemporâneo, Patrícia Baptista, *Transformações do Direito Administrativo*, 2018, capítulo III, Odete Medauar, *O Direito Administrativo em Evolução*, 2017, item 6.2.

²⁶ Patrícia Baptista, *Transformações do Direito Administrativo*, 2018, p. 169-172.

²⁷ Para exemplificar o entendimento do TCU, segue trecho da ementa do Acórdão nº. 455/2017 – Plenário: RELATÓRIO DE AUDITORIA. MODELO PREDITIVO. FISCALIZAÇÃO DE TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. REVOGAÇÃO DE CERTAME SEM OBSERVÂNCIA

como justificção dessa exigência a ideia proposta neste artigo – o dever de se buscar a melhor deciso. Em suas decisões, o TCU tem se apegado exclusivamente à necessidade de se respeitar o contraditório – sob a perspectiva individualista desse direito fundamental -, o que não deixa de ser função relevante do processo administrativo. A essa visão, no entanto, acrescento que o processo também permite à Administração Pública a coleta de dados e perspectivas que possam auxiliar na busca pela melhor deciso, não servindo apenas como meio de proteção dos indivíduos – e de controle do Poder Público.

No caso de uma política pública - outro exemplo antes citado - o processo administrativo se faz ainda mais relevante. Isto porque, como dito antes, a formulação de uma política pública é campo fértil para a atuação discricionária da Administração Pública, pois, em geral, o ordenamento não impõe caminhos específicos para a realização de direitos fundamentais, apenas fixando objetivos e diretrizes gerais; a princípio, qualquer caminho pode ser escolhido²⁸.

Como resolver, por exemplo, o déficit de vagas em creches infantis? Alugar vagas diretamente em creches particulares, celebrar parcerias com organizações da

AS LIMITAÇÕES LEGAIS. REPASSE INDEVIDO DA CONTA CORRENTE ESPECÍFICA DE CONVÊNIO PARA CONTA DE OUTRO ÓRGÃO. CIÊNCIA. 1. A revogação de certame licitatório, seja nas modalidades previstas na Lei 8.666/1993 seja na modalidade pregão, deve observar os seguintes requisitos: a) fato superveniente que tenha transfigurado o procedimento em inconveniente ou inoportuno; b) motivação; e c) contraditório e ampla defesa prévios, conforme dispõem o art. 49, caput, e § 3º, da Lei 8.666/1993 c/c art. 9º da Lei 10.520/2002. 2. Constatada a ocorrência de fato superveniente capaz de suportar o desfazimento do processo licitatório por inconveniência e/ou inoportunidade, a Administração deve comunicar aos licitantes a intenção de revogação, oferecendo-lhes direito ao contraditório e à ampla defesa prévios, em prazo razoável, para que defendam a licitação deflagrada e/ou demonstrem que não cabe o pretendido desfazimento, antes de a Administração tomar a decisão de forma motivada [...].

²⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 138.

sociedade civil, construir equipamentos públicos ou distribuir *vouchers* pela população? A melhor alternativa pode variar bastante a depender da realidade de cada Município. Não dá para saber, de antemão, qual caminho seguir, já que inexistente uma regra jurídica que imponha ou que proíba um ou outro modelo – isto é, não há vinculação administrativa²⁹. No entanto, o que se pode afirmar é que a melhor decisão só será tomada a partir de processo administrativo que permita ampla discussão e coleta de dados técnico-científicos. Assim, seria imprescindível, em situações como essa, a oitiva dos interessados – sindicatos de professores e associações que cuidem dos interesses dos pais e das mães, por exemplo -, a intervenção de órgãos técnicos, públicos e privados, e a consideração de todas as evidências científicas então existentes. Sem esse itinerário, que só pode ocorrer mediante processo administrativo bem instruído, a busca pela melhor decisão torna-se impossível – e ilegítima a atuação discricionária da Administração Pública.

Evidente que o trâmite do processo administrativo deve compatibilizar-se com as peculiaridades de cada caso. Decisões urgentes, por exemplo, podem prescindir de processo mais denso e prolongado; de igual forma, decisões mais simples podem ser tomadas a partir de consultas mais rápidas a órgãos técnicos ou a quem diretamente interessado. O que não pode ocorrer, jamais, é a percepção de que a Administração Pública é capaz, sozinha, de tomar a melhor decisão. Ninguém é bom demais; ninguém é bom sozinho. É urgente que também a Administração Pública perceba essa verdade.

Em linhas gerais, então, para que a atuação discricionária da Administração Pública seja legítima, sob a perspectiva funcional, é imprescindível que o processo ganhe protagonismo na praxe administrativa. Não é possível buscar a melhor decisão – a função da discricionariedade –

²⁹ Idem.

sem o devido processo administrativo, o que faz da “processualização” um dos principais movimentos do direito administrativo contemporâneo. Discricionariedade não é a liberdade para decidir de qualquer jeito. Muito ao contrário, a atuação discricionária só se legitima se representar, de fato, a busca pela melhor decisão, o que, necessariamente, passa pela consolidação do paradigma do devido processo administrativo.

6 A repercussão do giro funcional no controle da atividade discricionária

A funcionalização da discricionariedade não altera apenas seu conceito e modo de exercício; o respectivo controle também será impactado. Aliás, ficaria bastante desfalcada a divagação sobre a discricionariedade se não contasse com alguns comentários sobre o controle da atividade administrativa, já que temas diretamente ligados.

Aliás, a própria história da discricionariedade pode ser contada pela perspectiva do seu controle. Enquanto considerada espaço de ampla liberdade decisória da Administração Pública, ao controle nada cabia fazer, pois intangível, ou insindicável, o mérito administrativo – juízo de conveniência e oportunidade. Em resposta à legalidade recém-surgida, a discricionariedade representara “ilhas de imunidade” decisórias³⁰, com ampla liberdade para a atuação estatal.

À medida que a discricionariedade foi juridicizada, seu controle passou a ganhar protagonismo. O motivo é simples: se o direito começa a constranger a atividade discricionária da Administração Pública, impondo limites e condições ao seu exercício, é natural que os órgãos de aplicação do direito também se metam no mérito administrativo, fazendo com que esses limites e condições

³⁰ Gustavo Binembojm, *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 2014, p. 207-209.

sejam efetivamente observados³¹. O desvio de finalidade é bom exemplo desse incremento no controle da discricionariedade, pois representa muito bem a afirmação do direito sobre a atuação discricionária da Administração Pública – e o fim do personalismo na condução da coisa pública.

O que se inicia como intangibilidade do mérito administrativo, e aos poucos ganha temperamentos de controle jurídico, agora passa por uma fase de muita confusão e excessos³². O sistema atual de controle da atividade administrativa tem sido marcado pela falta de coordenação e modéstia, pois, além de serem muitos – e com muitas funções –, os órgãos de controle, atualmente, têm substituído os personalismos dos gestores pelas suas próprias idiossincrasias³³.

Não é o caso, aqui, de discutir o atual cenário do sistema de controle – Judiciário, Tribunais de Conta, Ministério Público etc. –, nem de pensar na melhor forma de coordenar os diversos órgãos responsáveis por essa função. Meu objetivo, agora, é apontar o caminho que o controle pode trilhar com a funcionalização da discricionariedade. Nesse sentido, é preciso formular, de modo adequado, o espaço do controle da atividade administrativa num ordenamento que deve considerar a discricionariedade como o dever que a Administração Pública possui, diante de um caso concreto, de buscar a melhor decisão.

A função dos órgãos de controle, diante das decisões discricionárias da Administração Pública, é o de aferir a respectiva legitimidade – isto é, sua compatibilidade com o direito. Isto não se dará mais com a mera análise dos

³¹ Idem.

³² Marcos Augusto Perez, *Controle da Discricionariedade Administrativa*, 2017.

³³ Sobre a necessidade de maior responsabilidade decisória dos órgãos controladores, Carlos Ari Sundfeld, *Direito Administrativo para Céticos*, 2018, capítulo 8. Lá, Carlos Ari Sundfeld foca suas críticas ao Judiciário; no entanto, suas impressões e sugestões são perfeitamente aplicáveis a qualquer órgão de controle.

elementos do ato administrativo³⁴, como tradicionalmente se afirmava³⁵. Na verdade, diante da nova dinâmica da atuação discricionária, sobretudo da necessidade de sua funcionalização, a legitimidade deve ser apreciada, agora, pela perspectiva do seu modo de exercício - perspectiva muito mais abrangente e dinâmica que aquela focada nos elementos do ato administrativo.

Em outras palavras, além de analisar a observância da competência, da forma e da finalidade - aspectos previstos no direito positivo -, aos órgãos de controle caberá aferir se a Administração Pública realmente se esforçou na busca pela melhor decisão. A atenção dos órgãos de controle, então, deve recair muito mais sobre o processo que antecedeu a decisão discricionária do que sobre o resultado dessa atuação - ainda que este seja relevante³⁶. Se todo o itinerário for seguido pela Administração Pública, com a devida consideração dos interesses envolvidos e com a adequada coleta de evidências científicas e de conhecimento técnico, dificilmente haverá espaço para atuação dos órgãos de controle, que não possuem a expertise institucional para substituir, unilateralmente, uma decisão que foi tomada a partir de processo racionalmente instruído.

Nessa perspectiva, aos órgãos de controle cabe impor a racionalidade que é exigida pela discricionariedade "funcionalizada". Dessa forma, seu objetivo é invalidar decisões discricionárias (i) que não sejam antecedidas pelo devido processo administrativo - quando necessário que assim acontecesse; (ii) que, apesar de precedidas do

³⁴ É a partir do artigo 2º da Lei Federal nº. 4717/65 (Lei da ação popular) que a literatura elenca os elementos do ato administrativo. Ainda que pouco útil atualmente - com o abandono gradual da doutrina do ato administrativo - e que não haja consenso em torno da sua classificação, o referido dispositivo permite compreender como elementos do ato administrativo a competência, a forma, o objeto, os motivos e a finalidade.

³⁵ Marçal Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, 2016, p. 266.

³⁶ Rodrigo Pagani Souza, *Em busca de uma administração pública de resultados*, 2016.

adequado processo, desconsiderem o conjunto de elementos coletados; ou (iii) que afronte a finalidade que o próprio direito impôs a essa ou àquela atuação (desvio de finalidade).

As hipóteses de atuação dos órgãos de controle podem ser mais bem compreendidas a partir de alguns exemplos. Sobre a hipótese (i), posso citar a edição de norma regulatória, por agência reguladora, que não conte com processo que a anteceda. Por se tratar de decisão complexa, a exigência de instrução anterior é evidente; se tomada sem a oitiva dos interessados – e a ponderação dos respectivos interesses envolvidos –, tal decisão representa clara insuficiência na busca pela melhor solução. Neste caso, é permitida a invalidação pelas instâncias de controle.

Outro exemplo, agora ligado à hipótese (ii), é a formulação de política pública que, apesar de ser precedida de amplo debate e coleta de evidências científicas – por meio do devido processo –, resulte em decisão claramente contrária ao conjunto de conhecimento técnico produzido junto à Administração Pública. Neste caso, a ilegitimidade da decisão administrativa está na sua incongruência com a instrução que a subsidiou. Ao desconsiderar ou contrariar o conhecimento coletado na fase processual, a Administração Pública deixa de demonstrar que buscou a melhor solução.

Todavia, esta hipótese demanda maior cautela. Isto porque a invalidação da decisão discricionária, para que seja legítima, deve ocorrer em situações de clara incongruência entre o que decidido pela Administração Pública e a instrução processual antecedente. Não é o caso de se invalidar decisão administrativa com a qual não se concorde. O papel dos órgãos de controle, reitero, é o de impor a devida racionalidade na busca pela melhor solução em cada caso, e não o de impor seu próprio juízo quanto à melhor alternativa a ser seguida.

Na hipótese (iii), a tarefa é mais simples, já que é situação há muito aceita pelos Tribunais de Contas, pelo

Judiciário e pela literatura especializada³⁷. Diversos são os exemplos de desvio de finalidade³⁸; fico, aqui, com o exemplo da desapropriação de imóvel que, a pretexto de ser útil a alguma política pública, serve, na verdade, para prejudicar eventual desafeto do gestor da vez³⁹. Se a motivação é outra que não a realização da finalidade imposta pelo direito, fica evidente que a Administração Pública se afastou da busca pela melhor decisão, o que deve levar à invalidade da sua atuação.

Portanto, o papel dos órgãos de controle, diante de uma discricionariedade funcionalizada, é o de invalidar decisões que não resultem da efetiva busca pela melhor solução administrativa. Mais uma vez, essa busca se dará pela adequada instrução do processo administrativo, sem o quê qualquer decisão padecerá do vício da irracionalidade – e da ilegitimidade. Se para decidir bem é preciso coletar dados, informações e interesses, será irracional e ilegítimo qualquer cenário que fuja desse itinerário.

Assim, passa a ser jurídico – e, portanto, passível de invalidação – o problema da ausência de processo administrativo, já que, na perspectiva funcional da discricionariedade, sua instauração é exigência imposta pelo direito⁴⁰. Caso a Administração Pública demonstre ter buscado, de modo efetivo, a melhor decisão – por meio do processo administrativo –, aos órgãos de controle caberá a deferência institucional, ainda que os resultados não sejam os esperados.

³⁷ Marcos Augusto Perez, *O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas*, 2018, p. 138-139.

³⁸ Muitos exemplos são apresentados por Celso Antônio Bandeira de Mello em *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2017, capítulo II.

³⁹ Importante pontuar que, no meu exemplo, entendo como discricionária a escolha do imóvel que será desapropriado pela Administração Pública, já que inexistente norma jurídica que obrigue a desapropriação de imóvel específico.

⁴⁰ Marcos Augusto Perez, *O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas*, 2018, p. 264.

Aliás, um comentário sobre a deferência. Ser deferente, sob a perspectiva funcional, não representa a aceitação irrestrita, por um poder, de decisão tomada por outro. A deferência tem vez e lugar quando o poder inicialmente responsável por uma decisão atuar de modo racional e coerente. Portanto, não é apriorística (*prima facie*), mas sempre posterior – isto é, depois de apreciado e aceito o caminho seguido até a decisão. A deferência e o ativismo – seu antípoda – não são ruins em sua essência; legitimam-se segundo as circunstâncias específicas do processo decisório que envolve a Administração Pública. Quando deficitário esse processo decisório, é correta a atuação mais incisiva dos órgãos de controle. Por outro lado, quando racional e envolto em amplo debate, técnico e político, deve haver deferência pelas instâncias controladoras.

Dessa forma, no caso da discricionariedade administrativa, se demonstrado pela Administração Pública que houve efetivo esforço na busca pela melhor decisão, a atuação administrativa deve ser mantida, ainda que frustradas as expectativas por ela criadas. Neste caso, é a deferência dos órgãos de controle que se impõe. O resultado insatisfatório não representa, por si só, incompatibilidade com o direito. Não se deve exigir da Administração Pública juízos de certeza infalíveis. O que se espera é a efetiva busca pela melhor decisão, aquela que, a um só tempo, efetive direitos fundamentais, respeite a ciência e pondere os diversos interesses envolvidos.

7 Conclusão

Nenhum artigo acadêmico é capaz de esgotar as discussões sobre seu objeto, por melhor que seja. Todo acadêmico deve – ou deveria – manter a modéstia em seus propósitos.

Nesse sentido, minha pretensão neste artigo não é exaurir a discussão em torno da discricionariedade administrativa. Na verdade, meu propósito é o oposto. Ao

sugerir mudanças no conceito, modo de exercício e controle da discricionariedade, pretendo recolocar a referida categoria jurídica na pauta da literatura acadêmica. Apesar de ferramenta relevante para a gestão pública e de presença constante nos plenários de instâncias controladoras país afora, ela mesma não tem sido muito discutida. Se esse cenário mudar a partir de agora, já considero exitoso meu trabalho, ainda que não sejam as minhas as ideias que ganhem as ruas. Oxalá a própria discricionariedade, e não apenas seu controle, volte à agenda dos publicistas.

Aliás, outros assuntos podem ser desenvolvidos e é importante citá-los. A relação da discricionariedade com os conceitos jurídicos indeterminados e a nomeação para cargos políticos, por exemplo, são temas que dependem de maior amadurecimento acadêmico. O lugar e a vez da discricionariedade é outro assunto que ainda aguarda por um autor ou autora.

No entanto, mesmo que outros temas ainda possam e mereçam ser mais desenvolvidos e outras abordagens adotadas, minha ideia neste artigo é muito clara. Pretendo arrumar a discricionariedade em novas bases dogmáticas, de modo a construí-la a partir da noção de dever, e não de poder ou prerrogativa. Esse seria seu giro funcional, que colocaria a discricionariedade a serviço da cidadania, e não da própria Administração Pública.

Nessa perspectiva, a discricionariedade deixa de ser a faculdade de se optar por uma entre as diversas alternativas permitidas pelo direito, passando a ser o dever de se buscar a melhor decisão. Somente assim, a meu ver, é possível impor a devida racionalidade à atuação discricionária da Administração Pública, obrigando-a, por meio do devido processo, a efetivar direitos fundamentais, a ponderar os diversos interesses existentes e a respeitar a ciência em suas decisões.

REFERÊNCIAS

ALEXY, ROBERT. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOCKMANN MOREIRA, Egon; VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. **Licitação Pública: a Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua Superação. In: Carlos Ari Sundfeld; Guilherme Jardim Jurksaitis. (Org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. 1ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, v. 1, p. 353-415.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MÉDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 20 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira Neto. **O Direito Administrativo no século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PEREZ, Marcos Augusto. Controle da Discricionariedade Administrativa. In: Marcos Augusto Perez; Rodrigo Pagani de Souza. (Org.). **Controle da Administração Pública**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, v. 1, pp. 63-82; pp. 39-61.

_____. **O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas**. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 359 p. 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari., **Direito Administrativo para Céticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

Panfletagem imobiliária e abuso de direito: proposições para a tutela do meio ambiente urbano

Artur de Albuquerque Torres¹

José Roberto Strang Xavier Filho²

RESUMO: Há mais de década, a lei proíbe a distribuição de material publicitário impresso nos espaços públicos do Município de São Paulo. Mesmo assim, panfletos promovendo empreendimentos imobiliários ainda assolam a cidade. Empresas têm tentado esquivar-se de responsabilidade de duas formas. Primeiro, disfarçando publicidade como se fosse notícia. Segundo, invocando a liberdade de imprensa, em juízo, como fundamento para a invalidação das multas. Este artigo discute a licitude da estratégia e analisa a jurisprudência que vem se formando. Olhando para o problema sob a perspectiva do meio ambiente urbano, o artigo aborda diferentes tipos de tutela coletiva disponíveis em face das empresas.

PALAVRAS-CHAVE: Meio ambiente urbano. Publicidade. Liberdade de imprensa. Abuso de direitos.

ABSTRACT: Despite a decade-old ordinance that bans the distribution of advertising material in a public place, leaflets promoting real estate developments still plague the City of São Paulo. Companies have been attempting to evade liability in two ways. First, by disguising advertisement as news. Second, by challenging enforcement on freedom of the press grounds. This paper discusses the legal validity of the strategy and assesses recent judicial rulings. Reframing

¹ Procurador do Município de São Paulo, Pós-Graduado em Direito Tributário. artur.at@gmail.com

² Procurador do Município de São Paulo, Mestrando em Direito Ambiental pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. LL.M. pela Harvard Law School. jrstrang@adv.oabsp.org.br

the issue from an urban environment perspective, it addresses different types of relief available in case of litigation against the industry.

KEYWORDS: Urban environment. Advertising. Freedom of the press. Abuse of rights.

1 Introdução

Quem circula pelas ruas de São Paulo, já se deparou, muito provavelmente, com pessoas distribuindo panfletos promovendo lançamentos de imóveis. Geralmente com duas ou mais páginas, a maior parte dedicada a exibir imagens computadorizadas do futuro prédio, costumam também veicular textos curtos e superficiais acerca do bairro onde será construído e das vantagens de ali se morar, além de “fofocas” breves sobre celebridades, dicas de culinária em poucas linhas, dentre outras “variedades”.

Muita gente pode não saber que a distribuição de tais materiais em vias públicas é vedada por lei do Município, tanto em razão da poluição visual que causam, quanto do mau e arraigado hábito do descarte irregular. E quase todo mundo se surpreenderia com o argumento utilizado para a burla à proibição. As agências de publicidade “editoras” e suas clientes, as incorporadoras anunciantes, invocam a presença daqueles textos curtos e inúteis para alegar que os materiais, na verdade, são jornais.

Embora pareça risível, a tentativa embute duas estratégias jurídicas. Uma é a de borrar as linhas que separam publicidade de informação, ainda que de modo frágil, mas em medida dosada a suscitar controvérsia sobre se os impressos podem ser considerados inteiramente propagandísticos. A segunda é mais astuciosa. Ao declarar que se trata de jornais, as empresas estão a desafiar a legitimidade do Poder Público e seus agentes para dizer o contrário. E o desafio toca em ferida ainda aberta na consciência nacional: a censura à imprensa.

O presente trabalho tem dois objetivos. Primeiramente, o de apresentar o problema infligido à cidade, à Administração Pública e ao Poder Judiciário pela conduta de empresas do ramo imobiliário de, reiteradamente, desafiar a proibição legal de distribuição de material publicitário impresso em vias públicas, induzindo confusão pelo enxerto de mensagens supostamente informativas e deflagrando litigância contumaz em face das autuações. O segundo é de contribuir para o debate sob a perspectiva do meio ambiente urbano e do abuso de direito, apontando para meios adicionais ao poder de polícia e à sanção administrativa pelos quais a coletividade pode enfrentar a prática.

2 A lei municipal: entre o joio publicitário e o trigo informativo

A norma proibitiva se encontra inculpada, atualmente, no art. 26 da Lei nº 14.517, de 16 de outubro de 2007 (SÃO PAULO, 2007), cujo *caput* traz os dizeres:

É proibida, nas vias e logradouros públicos, a distribuição de folhetos, panfletos ou qualquer tipo de material impresso veiculando mensagens publicitárias, entregues manualmente, lançados de veículos, aeronaves ou edificações ou oferecidos em mostruários.

Na época, a Lei Cidade Limpa (SÃO PAULO, 2006), exemplo orgulhoso de efetividade social ou “lei que pegou”, ainda estava nos primórdios de sua vigência. Era alvo de insistentes batalhas judiciais por parte de agências de propaganda e de algumas empresas que foram autuadas, vencidas pelo Município e sua Procuradoria Geral, seja em sede de controle concentrado de constitucionalidade perante o Tribunal de Justiça (SÃO PAULO, 2008), com

reexame pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2013)³, seja na grande maioria dos litígios de alcance individual.

Expoente de política urbanística e ambiental bem construída e sucedida, a Lei Cidade Limpa foca em anúncios, isto é, “qualquer veículo de comunicação visual presente na paisagem visível do logradouro público” (SÃO PAULO, 2006, art. 6º, I), como *outdoors*, letreiros, placas em fachadas de edificações, cartazes sobre a rua, pôsteres adesivos nos muros, enfim, que veiculem publicidade (anúncios publicitários) ou informação de que ali há estabelecimento comercial e o respectivo nome (anúncios indicativos). Os primeiros, a lei proibiu; os segundos, disciplinou (SÃO PAULO, 2006, art. 24).

Mas a lei deixou de fora elemento de vocação poluidora mais abrangente do que o entulho visual dos anúncios: os panfletos e demais impressos de tamanho reduzido. Foi o que o legislador buscou endereçar menos de um ano depois, aproveitando o ensejo de projeto de lei de criação do “Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas” e da “Companhia São Paulo de Parcerias” (SÃO PAULO, 2007). Pondo-se de lado a pertinência temática do único dispositivo a cuidar de panfletos e poluição, o dilema do legislador veio no momento de deixar claro que não interferiria com a liberdade de imprensa e de veiculação de

³AI nº 799.690 AgR/SP: “DIREITO CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. PLANEJAMENTO URBANO. MEIO AMBIENTE E PAISAGEM URBANA. PUBLICIDADE E PROPAGANDA EXTERNA. POLUIÇÃO VISUAL. INTERPRETAÇÃO DA LEI MUNICIPAL PAULISTA 14.223/2006. COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA LEGISLAR SOBRE ASSUNTOS DE INTERESSE LOCAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 15.6.2009. A matéria constitucional versada nos arts. 1º, IV, 5º, XIII, 22, XXIX, 87, IV, e 173, da Constituição Federal, não foi analisada pelas instâncias ordinárias, tampouco mencionada nos embargos de declaração opostos para satisfazer o requisito do prequestionamento. O acórdão recorrido assentou que a Lei Municipal 14.223/2006 - denominada Lei Cidade Limpa - trata de assuntos de interesse local, entre os quais, a ordenação dos elementos que compõem a paisagem urbana, com vistas a evitar a poluição visual e bem cuidar do meio ambiente e do patrimônio da cidade. Agravo regimental conhecido e não provido.”

jornais — respeitando assim o art. 220, § 6º da Constituição Federal, que proíbe a exigência de licença pelo poder público, para a publicação de veículos de comunicação impressos.

A opção inicial foi a de fixar critérios objetivos. A lei foi promulgada com o art. 26, § 2º dispondo que: “Excetua-se da vedação estabelecida no “caput” deste artigo a distribuição gratuita de jornais e publicações contendo, no mínimo, 80% (oitenta por cento) de matéria jornalística, nos termos a serem definidos em regulamentação própria”.

Elegia-se, desse modo, critério mais quantitativo do que qualitativo, para balizar o controle feito pela Administração Pública municipal. Examinado o veículo impresso (sempre posteriormente à sua publicação), ele seria considerado *journal* se contivesse, no mínimo, 80% de informação jornalística. Menos que isso, a infração administrativa estaria configurada, ainda que houvesse ali certa quantidade de informação jornalística.

Bem ou mal — antes que se discuta se 80% de informação jornalística seria um patamar demasiadamente exigente ou ainda insuficiente —, a fixação de um critério objetivo tinha duas vantagens: garantia a isonomia de tratamento entre as publicações impressas e permitia a eficiência na apreciação de seu conteúdo pelos fiscais municipais.

Sem que saiba ao certo o porquê, a norma teve vida curta.

Em 6 de novembro do mesmo ano (2007), a Lei nº 14.583 lhe conferiu nova redação: “Considerando o disposto no inciso IX do art. 5º da Constituição Federal, excetua-se da vedação estabelecida no “caput” deste artigo a distribuição gratuita de jornais e periódicos que se enquadrem na Lei Federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967”.

A falta de técnica do legislador paulistano se revelaria também de clarividência. A lei federal a que se passou a fazer remissão era a famigerada “Lei de Imprensa”, editada durante o regime militar com indisfarçável propósito

de controle estatal da atividade jornalística, em tempo de censura oficial positiva e operante. A infelicidade se confirmou quando o Supremo Tribunal Federal, um par de ano anos mais tarde, concluiu o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130 e declarou a Lei nº 5.250/67 não-recepcionada pela ordem constitucional de 1988.

Expungida do mundo jurídico a única e suposta fonte de referências para se definir materiais impressos, distribuídos gratuitamente nas ruas da Metrópole, como “jornais ou periódicos”, a Administração Pública municipal teve de se fiar no bom discernimento de seus servidores competentes para a fiscalização e exercício do poder de polícia, os agentes vistores das Subprefeituras, para apartar o joio publicitário do trigo informativo, punindo a distribuição daquele, tolerando a deste⁴.

Consultada, a Procuradoria Geral do Município observou que sequer a finada “Lei de Imprensa” trazia critérios objetivos para tal finalidade. Orientou a então Secretaria de Coordenação das Subprefeituras a levar em consideração “a proporção entre a quantidade de matérias jornalísticas vis-à-vis a de publicidade veiculada”, ou seja, o mesmo limite que vigorou por apenas dois meses na redação original do art. 26, § 2º, de no máximo 20% de conteúdo propagandístico (PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO, 2011, 2016).

3 A litigância dos panfletos

Se parecia pacificada a dúvida e inabalada a segurança jurídica resultante por uma ou outra ação

⁴O único Decreto a regulamentar o art. 26 da Lei nº 14.517/07 é recente, nº 59.172, de 13 de janeiro de 2020, porém limitado a definir a reincidência, para fins de aplicação da multa agravada, bem como a prever que apenas um infrator será punido, a fim de não se autuar mais de um beneficiário ou responsável pelo mesmo material.

ajuizada em face das multas (cominadas em R\$ 5.000,00 para o beneficiário da publicidade), a panfletagem mal camuflada como legítima manifestação da imprensa livre ressurgiu com força na arena judicial, já nos idos de 2017, quando a proibição aniversariava sua primeira década.

Esse ressurgimento veio com rótulo sofisticado e ares de inovação. *Custom publishing* (publicações customizadas), por exemplo, foi o nome escolhido para descrever o tipo de serviço que a empresa "Shelter Editora" oferece aos anunciantes. Por meio desse serviço, a empresa promete jornal direcionado ao setor imobiliário, distribuído em vias públicas, explorando a "microrregionalização" do marketing, como estratégia de negócio. Ou seja, o "jornal" repleto de anúncios de empreendimentos imobiliários funciona melhor se distribuído em regiões próximas a estes.

As edições desse de panfleto seguem um modelo. Começam por enaltecer determinada região da cidade, normalmente uma região que está com o mercado imobiliário aquecido, em razão, sobretudo, das políticas urbanas de zoneamento. A "reportagem de capa" traz a lume as qualidades daquele bairro, aponta para sua mobilidade e infraestrutura, menciona as estações de metrô mais próximas e, em seguida, elenca as atrações locais de lazer e gastronomia.

Depois, vêm "matérias" sobre decoração de interiores e dicas de utensílios domésticos, sempre mescladas com outras "reportagens" sobre saúde e estilo de vida (prática de ioga, animais de estimação, redes sociais). Todo o conteúdo disponibilizado até esse momento já foi suficiente para, no inconsciente do desatento leitor, rememorar a lembrança de seus sonhos e reativar as ambições por uma vida mais saudável e confortável.

Entremeado a essas matérias está o anúncio, de página inteira, sobre um específico empreendimento imobiliário residencial, situado no mesmo bairro que se enaltecia páginas antes, apontando-se as comodidades oferecidas e as condições de financiamento. Explicam-se, aí,

todas aquelas "reportagens" que vieram antes: o objetivo era apenas anunciar o novo imóvel, oferecido pela construtora patrocinadora do material.

Se um jornal envolve a publicação periódica de notícias e informações sobre fatos, nas publicações como a descrita acima o conteúdo jornalístico é zero. Não obstante, é com o título de "jornal" que são distribuídas aos transeuntes e condutores de automóveis pelos cruzamentos da cidade, praças e outros bens de uso comum do povo.

Os fiscais das Subprefeituras percebem do que se trata e aplicam multas não só contra a editora, mas também contra a construtora anunciante, beneficiária da publicidade. Em reação, as empresas litigam repetitivamente perante os Juízos de Fazenda Pública da Capital e as Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP). Discutem o enquadramento dos materiais impressos, sempre sob o fundamento de que têm a natureza de jornais. Cumulam pedidos anulatórios das penalidades com o de condenação do Município a se abster de fiscalizar.

Mas a facilidade com que o "homem-médio" desmascararia a tentativa não é parâmetro para a sutileza do efeito, em juízo, da argumentação impregnada de apelo às liberdades tão arduamente conquistadas com o advento do Estado Democrático de Direito, e de evocação do tenebroso passado de ingerência autoritária sobre o conteúdo das publicações.

Na litigância dos panfletos, a jurisprudência que tem se formado não é pacífica, evidenciando o clamor do *argumentum ad censura*. Dos sessenta e dois casos julgados em grau de apelação até 24 de setembro de 2020, em trinta, as Câmaras de Direito Público mantiveram a validade das multas e, não raro, teceram considerações enfáticas sobre o caráter manifestamente publicitário dos materiais. Em trinta e dois casos, invalidaram a penalidade, dos quais, em dez,

rejeitaram impedir o Município de continuar fiscalizando e atuando⁵.

Motivam-se as decisões favoráveis às empresas em interpretação que é restritiva do art. 26, *caput*, mas ampliativa do § 2º, em vista das liberdades fundamentais tidas como em jogo (arts. 5º, IX; 220, § 6º da Constituição Federal). É dizer, o benefício da dúvida, quando provocada ainda que em grau mínimo pelo enxerto de conteúdo pretensamente informativo, junto ao explicitamente propagandístico, deve favorecer à circulação dos impressos.

A maioria de acórdãos no sentido de que os materiais têm cariz jornalístico não reflete o posicionamento da maioria das Câmaras. De apenas três delas (2ª, 4ª e 11ª)⁶ provêm vinte e nove dos trinta e dois julgados. Oito das treze Câmaras competentes (1ª, 5ª, 6ª, 8ª, 9ª, 10ª, 12ª e 13ª) têm reconhecido, invariavelmente, a natureza publicitária. Pendem de julgamento pelo Tribunal trinta e sete Apelações e tramitam em 1º grau cinquenta e sete casos.

O Município tentou obter a uniformização da jurisprudência e a definição de norte seguro para a fiscalização e a sociedade, movendo Incidente de Resolução

⁵ Levantamento de julgados feito com base em pesquisa no sistema de gerenciamento de processos da Procuradoria Geral do Município, mediante consulta pelo nome das empresas que se sabem litigantes, seguida de consulta por número de autos ao portal *e-Saj* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para verificação da existência de acórdão em grau de Apelação.

⁶ A 4ª Câmara de Direito Público vem declarando inconstitucional o art. 26 da Lei nº 14.517/07, sem deflagrar o incidente previsto nos arts. 948 a 950 do Código de Processo Civil, por aplicar precedente do Órgão Especial sobre lei do Município de São Caetano do Sul (nº 4.831/09). Percebe-se, contudo, que a distinção entre as normas e casos é de rigor. A lei do Município de São Caetano do Sul proibia a circulação de qualquer material impresso, *“exceção feita aos anúncios de finalidade institucional de interesse público”*, e subordina aqueles de natureza jornalística a autorização de órgão administrativo. A lei paulistana não restringe de modo desproporcional a livre iniciativa da atividade publicitária, nem interfere com a liberdade de imprensa, o que torna sua declaração de inconstitucionalidade, sem a respectiva arguição ao Órgão Especial, contrária à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal).

de Demandas Repetitivas (IRDR). Pediu a fixação dos critérios para a definição do que se poderia erigir como jornal ou periódico, e do que caracteriza folheto, panfleto ou veiculação de mensagens publicitárias. A Turma Especial da Seção de Direito Público acabou não admitindo o pedido, com espeque no art. 976, I do Código de Processo Civil. Entendeu, por maioria, necessário o exame caso a caso dos materiais apreendidos (SÃO PAULO, 2019a).

Assim, enquanto a Procuradoria Geral do Município, em seus pareceres, recomendou à Administração Pública a adoção de um critério uniforme, ao definir patamar de conteúdo mínimo para que se possa tratar determinado impresso como "jornal", o julgado optou por deixar à casuística se determinado material é panfleto ou jornal. Perdia-se aí a chance de se trazer balizas mais objetivas, aptas a ajudar o aplicador do Direito.

4 Os limites à atuação administrativa

O debate prossegue na esfera da responsabilidade administrativa, cujos contornos, mais rigorosos do que os da responsabilidade civil, terminam por se revelar propícios ao jogo de dúvidas, garantias e traumas a que se assiste na litigância dos panfletos. Com efeito, para a aplicação da sanção administrativa, o princípio da tipicidade exige a correspondência em plenitude entre a conduta e os elementos descritivos e normativos da regra da proibição. Esse percurso subsuntivo é ladeado por desvios e entremeado por obstáculos que os direitos e garantias fundamentais antepõem, conformando o exercício do poder punitivo estatal em todas as suas manifestações.

No campo da manifestação do pensamento, diversidade de opiniões, difusão de informações e do conhecimento, qualquer forma de intervenção pelo legislador se depara com o olhar crítico do controle jurisdicional, que termina por situá-la como apenas admissível no momento pós-expressão. É rejeitada a

censura prévia e franqueada aos interesses contrapostos, em regra, apenas a tutela ressarcitória ou reparatória do dano já consumado (art. 5º, IV e V da Lei Maior), salvo casos excepcionais de perigo de lesão irreparável a consentir com a tutela inibitória ou de remoção do ilícito (BRASIL, 2015)⁷.

É nesse contexto que as empresas autuadas pelas Subprefeituras paulistanas astutamente têm logrado travar o debate, ao menos perante algumas das Câmaras de Direito Público do TJ-SP. Os precedentes em sentido desfavorável à atuação do Município apontam, em uníssono, para a inadmissibilidade de exegese redutora do reconhecimento dos materiais impressos como jornais ou periódicos. Vem servindo tal interpretação de premissa maior, ao passo que a premissa menor repousa no entendimento, mais controverso, de que a presença de “mensagens não-exclusivamente publicitárias” assegura o afastamento da proibição (SÃO PAULO, 2019b).

Os abusos na atuação do Direito Administrativo Sancionador, comuns no período entre 1964 e 1985, motivaram seu redesenho (GROTTI e OLIVEIRA, 2020) e aumentaram a sensibilidade do Poder Judiciário à argumentação apelativa às liberdades públicas. No caso dos panfletos em São Paulo, porém, as amarras ao poder de polícia estão a constranger não o arbítrio, e sim o bem-estar da cidade.

⁷ ADI nº 4.815/DF “[...] A Carta de 88 incorporou um sistema de proteção reforçado às liberdades de expressão, informação e imprensa, reconhecendo uma prioridade *prima facie* destas liberdades públicas na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos da personalidade. Tal posição de preferência – *preferred position* – foi consagrada originariamente pela Suprema Corte norte-americana, que assentou que ela “confere a estas liberdades uma santidade e uma autoridade que não admitem intrusões dúbias. [...] Apenas os abusos mais graves, que coloquem em risco interesses supremos, dão espaço a limitações admissíveis”. Referida doutrina tem sido admitida no direito brasileiro e já foi adotada em diversos precedentes deste Supremo Tribunal Federal, como a ADPF 130 e a ADPF 1873”.

5 A panfletagem desnudada: abuso de direito à atividade econômica

Centrado, portanto, na leitura restritiva da competência do Município para a disciplina da utilização dos bens públicos, quando em colisão com as liberdades associadas à imprensa e estendidas à publicidade, o debate vem passando ao largo dos interesses cuja promoção inspirou a norma municipal.

A tutela do meio ambiente urbano em variados matizes como a ordenação da paisagem, o combate à poluição visual e por resíduos sólidos, pode não estar a receber, através das multas e do controle jurisdicional de sua aplicação, o tratamento adequado à efetividade que reclama. Isto malgrado também o sistema de responsabilização administrativa, com suas infrações e sanções, destinar-se à concretização do interesse público, difuso, sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado, em todas as suas acepções.

É preciso, portanto, perfilhar-se nova senda para o enfrentamento do problema, onde se contrabalancem mais justamente os interesses em conflito e se possa vislumbrar, sem o turvo que a evocação à tirania deitou sobre a esfera administrativa, o verdadeiro caráter da conduta imputada às empresas de panfletagem e suas clientes: a de abuso de direito.

Trata-se de categoria jurídica autônoma, decorrente de ampliação do conceito do ato ilícito e marcada pela reiteração da conduta, irrefreada pela perspectiva da multa, porque enfraquecida. Prescinde-se, para sua configuração, da existência ou comprovação de dano material, culpa ou dolo, da interpretação da regra proibitiva e suas nuances.

5.1 A legitimidade da avaliação do conteúdo dos materiais pelo Poder Público

O dilema, de fato, tem nuances complexas. Mais que a contraposição entre liberdade de difusão da informação jornalística (CF, art. 220, §§ 1º e 6º) e proteção ao meio ambiente urbano (art. 23, VI), há conflito também entre a liberdade de iniciativa (CF, arts. 1º, IV e 170, *caput*) e a proteção ao consumidor (CF, arts. 5º, XXXII e 170, inciso V). Para se submeter os panfletos rotulados de “jornal” ao teste do abuso de direito, cabem algumas premissas.

O primeiro ponto diz respeito justamente à possibilidade de a Administração Pública e o Poder Judiciário realizarem um crivo de conteúdo sobre publicações intituladas como “jornal”. Como já pontuado, qualquer intromissão dos Poderes Públicos nessa seara é sempre mal vista.

Não há como se impedir esse crivo, todavia, sem se declarar a inconstitucionalidade do art. 26 da Lei n.º 14.517/2006. A infração ali disciplinada envolve conceitos jurídicos com relativo grau de indeterminação: *folhetos, panfletos, mensagens publicitárias, jornais, periódicos*. São conceitos que estão sujeitos a exegese, não se trata de juízo de discricionariedade da Administração. E nem sempre a caracterização de determinado material, dentro de algum desses conceitos, poderá ser facilmente definida.

Inegável, porém, é que a lei permite o exame, que passa tanto por questões de direito (o que é, juridicamente, um “jornal?”), como por questões de fato (o material apreendido pode ser caracterizado como um “jornal?”), abrindo-se à subjetividade.

No julgamento do IRDR proposto pelo Município, o TJ-SP teve a oportunidade de fechar pelo menos uma das janelas de subjetividade, trazendo definições mais concretas sobre como deveria ser feita a exegese da lei, e assim ajudar a sanar pelo menos uma das frentes do problema. No entanto, decidiu que a análise deve continuar a ser feita em cada caso concreto.

De todo modo, a decisão manteve incólume a legitimidade constitucional da norma proibitiva. A

Administração Pública pode continuar a aplicar multas sempre que, conforme seus critérios, entender que ali está diante de material publicitário.

Há, diga-se de passagem, reconhecida tradição na jurisprudência alemã de os tribunais se autoconterem, deixando certas margens de livre apreciação à Administração. Essa tradição vem desde os anos 70, motivada especialmente por pressões de administrações municipais que estavam vendo sua autonomia funcional ser indevidamente tutelada por decisões judiciais. Ao longo do tempo, a margem de livre apreciação passou a ser condicionada à observância de alguns limites (dever de motivação, efetiva capacidade técnica do órgão administrativo, participação dos interessados no processo decisório, grau de interferência em direitos fundamentais), mas ainda assim é reconhecida atualmente (KRELL, 2013).

No contexto atual, esse cenário de respeito, pelo Poder Judiciário, a certa margem de livre apreciação, ainda parece um tanto distante. E se veem problemas de motivação tanto nos atos da Administração, como ainda, muitas vezes, em decisões judiciais.

Contudo, na grande maioria dos casos autuados com fundamento no art. 26 da Lei 14.517/2007, o que se tem é a flagrante ausência de qualquer conteúdo jornalístico e informativo (apesar do título do material), de modo que não há qualquer possibilidade de os materiais serem realmente qualificados como "jornal".

Em um dos acórdãos, foi possível testemunhar a nobre tentativa de um dos Magistrados da Turma Julgadora de aplicar do conceito enciclopédico de jornalismo. Como não encontrou nada disso no material apreendido, entendeu que se tratava de publicidade, e disse mais: "não será o fato de um folheto, panfleto, folder, prospecto ou encarte eventualmente assumir a forma de tablóide, razão bastante para se dizer que se está diante de publicação jornalística" (SÃO PAULO, 2020a).

Apesar do esforço, o voto restou vencido. Os demais integrantes da Câmara conferiram maior peso às considerações de que o material foi distribuído como “jornal”, por empresa do ramo de publicações, e registrado no Cartório de Títulos e Documentos. Nesse caso — e em muitos outros — a forma prevaleceu sobre o conteúdo.

Curiosamente, assim como a inclusão dos já mencionados textos curtos sobre bairro, gastronomia, exercícios físicos e quejandos (sempre em quantidade de linhas pouco superior a de um *thread* de postagens em redes sociais), o registro do material em cartório na forma dos da Lei de Registros Públicos (BRASIL, 1973, arts. 123 a 126) também serve de argumento de que o animal, embora pareça um cão, ladre e abane o rabo, é, na verdade, um gato.

Os dispositivos exigem que jornais sejam registrados com identificação detalhada dos responsáveis e dos endereços das redações, dentre outros dados, sob pena de multa e de se considerar “clandestina” a publicação. As empresas anunciantes parecem não ter compreendido que o intuito dessas normas não foi outro senão o de criar restrições e condicionamentos adicionais à atividade jornalística. Aliás, os dispositivos da Lei de Registros Públicos que cuidam de jornais são quase cópia literal dos arts. 8º a 11 da Lei nº 5.250/67.

Além do registro obrigatório, o Estado brasileiro, em suas fases tirânicas, controlou o trabalho da imprensa escrita não-oficial também por meio indireto, induzindo a escassez de papel e insumos através de barreiras à importação (os veículos de comunicação dependiam de fornecedores estrangeiros) e tributação. A Constituição de 1946 garantiu a imunidade tributária, como o fez a Constituição de 1988 (art. 150, VI, *d*).

O Supremo Tribunal Federal, entre uma e outra, entendia que “a imunidade estabelecida na constituição é ampla, abrangendo os serviços prestados pela empresa jornalística na transmissão de anúncios e de propaganda”

(BRASIL, 1978). Mas, em viragem jurisprudencial, passou a distinguir entre materiais publicitários e os jornais em que encartados. Decidiu que “não há de ser estendida a imunidade a veículos de comunicação escrita voltados a interesses propagandísticos, de exclusiva índole comercial, ainda que distribuídos em forma de encartes em jornais e periódicos” (BRASIL, 1999).

A informação circula em abundância e a publicidade refinou suas técnicas. O precedente da Suprema Corte brasileira pode e deve ser interpretado no sentido de que material publicitário não há de usufruir da liberdade praticamente irrestrita reconhecida aos jornais. Na publicidade, a informação se subordina à persuasão e ambas se mantêm em estado de potencial conflito, disciplinado pelo Direito (LOPEZ, 2008). No veículo de imprensa, é seu fim último. O critério prevalente, pois, na esteira dos julgados sobre a imunidade tributária, há de ser o do conteúdo. Supere-se a forma. O veículo em que está a mensagem deixa de ser relevante para sua identidade enquanto propaganda ou informação. O exame se faz caso a caso, mas não impede que se estabeleçam parâmetros, em abstrato, para o juízo de realidade.

5.2 Os direitos fundamentais também se sujeitam a limites

No entanto, mesmo que se considere, por ficção ou outro mecanismo jurídico, que as publicações em tela são efetivamente “jornalísticas” e que a atuação do Município, ao lhes coibir a circulação, coloca em risco, de alguma forma, a liberdade de imprensa, há outro obstáculo interpretativo que não tem sido enfrentado com a devida atenção. A distribuição de anúncios publicitários, sob o rótulo de “jornal” e algum conteúdo informativo de extrema superficialidade, é conduta não passa no teste do abuso de direito.

O abuso de direito, previsto no art. 187 do Código Civil, é conceituado como categoria jurídica autônoma, que decorre da ampliação da noção de ato ilícito, a abarcar inclusive o exercício irregular de direitos (NERY JR.; NERY, 2003, p. 255). Ou seja, o ato é aparentemente lícito, mas foi exercido fora dos limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé objetiva ou pelos bons costumes.

Está ultrapassada a noção de que a teoria do abuso de direito é restrita ao Direito Civil (AGUIAR JR., 2012)⁸. Ela tem aplicação recorrente em Direito Processual, Direito do Trabalho e, sobretudo, em matéria de direitos difusos e coletivos. Há precedentes reconhecendo a prática de abuso de direito em relações de consumidores com bancos e planos de saúde (SÃO PAULO, 2020b, 2020c)⁹, assim como o

⁸ Enunciado 414. “A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança, e aplica-se a todos os ramos do direito”.

⁹Apelação Cível nº 1000143-96.2019.8.26.0101 “Contratos de empréstimo pessoal – Descontos em conta corrente – Violação de direito – Limite – Observância – Reconhecimento – Abuso do direito de contratar (Código Civil artigo 187) – Violação do princípio da boa-fé (Código Civil artigo 113) – Reconhecimento – Dever de observância dos princípios da probidade e da confiança (Código Civil artigos 187 e 422) – Incontroversa cláusula contratual que autoriza o desconto em conta corrente da dívida – Reconhecimento – Circunstância especial facilitadora da concessão do crédito em condições de juros e prazos mais vantajosos para o mutuário e não confusão entre conta corrente e conta salário – Limitação inferior ao limite legal permitido – Impossibilidade – Peculiaridade do caso – Valor do débito que inviabiliza a liquidação mensal – Regra que implica a resolução do contrato pela insolvência do mutuário – Contratação forçada – Não reconhecimento – Precedentes do C. STJ (REsp nº 1586910/SP e REsp nº 1865230/SP) – Sentença reformada – Ação improcedente – Sucumbência exclusiva da autora. Recurso provido.” Apelação Cível nº 1003968-76.2019.8.26.0318 “Com efeito, a negativa de cobertura explicitada causa situação de impotência, fere o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), vértice básico do dano moral, certo que a injusta recusa confere justa causa à fixação de indenização. Marque-se que a responsabilidade civil perante o consumidor é objetiva e solidária (Lei nº 9.656/98, c.c. arts. 7º, parágrafo único; art. 14, caput, e 25, § 1º, da Lei n. 8.078/90), o que, ordinária e necessariamente, provoca o descabimento da conduta da operadora de saúde. É caso de flagrante abuso de direito

abuso de direito por parte de empresas que disponibilizam painéis de anúncios publicitários em detrimento do direito à paisagem (SÃO PAULO, 2015).

Não há dificuldade de transpor o raciocínio para o Direito Urbanístico e para o Direito Ambiental, até porque, no Brasil, busca-se a uniformização dos meios de defesa dos interesses difusos e coletivos, por meio da construção e do desenvolvimento de um microssistema de tutela desses direitos. Ao mesmo tempo, é preciso ter em conta que a teoria do abuso de direito, versada no plano dos direitos difusos e coletivos, terá íntima ligação com direitos fundamentais.

É possível, inclusive, falar especificamente em abuso de direito fundamental. Indo nessa linha, Marmelstein (2019) observa que, em diversas declarações de direitos pelo mundo afora, há expressa menção ao princípio da proibição de abuso de direito fundamental. Por essa linha de raciocínio, nenhum direito fundamental deve ser interpretado no sentido de autorizar a prática de atividades que visem à destruição de outros direitos ou liberdades — ou, em outras palavras, “o exercício de direitos fundamentais não pode ser abusivo a ponto de acobertar práticas ilícitas criminosas cometidas em detrimento de outros direitos fundamentais ou de valores constitucionais relevantes”.

A relatividade é, sabidamente, característica imanente aos direitos fundamentais. Não existem direitos absolutos nem mesmo a liberdade de difusão da informação jornalística. Então, se é certo que “nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social” (BRASIL, 1988, art. 220, § 1º), a teoria do abuso de direitos fundamentais permite (mais que isso, exige) que se investigue, no plano material, se realmente se trata de informação jornalística.

(art.187 do Cód. Civil), o qual deve funcionar como limite ao exercício do direito subjetivo da ré.”

Não se está a falar, evidentemente, de qualquer tipo de censura ou licença. Não há controle prévio pela Administração e sempre há a possibilidade de se discutir a penalidade perante o Poder Judiciário. Cada um tem ampla liberdade para distribuir o conteúdo que quiser. Se respeitar as normas vigentes, não sofrerá sanções. Além disso, é preciso ter em conta que a liberdade de informação jornalística é pilar da democracia, devendo ser respeitada na maior medida possível.

Mas é preciso, também, considerar que existem abusos mesmo no exercício de direitos fundamentais, e a plena liberdade de informação jornalística, notadamente em virtude do alto grau de proteção constitucional, pode servir de escudo para esconder práticas nocivas a outros direitos fundamentais. O Direito, porém, não tolera esses abusos, e o intérprete deve saber como os coibir.

Pelo método da ponderação, desenvolvido por Alexy (1999), resolvem-se os conflitos entre direitos fundamentais por meio de sopesamento entre os bens jurídicos promovidos e os bens jurídicos restringidos, tomando-se em consideração o grau e a magnitude das promoções e das restrições. O resultado terá mais chances de ser acertado à medida que o processo de identificação das restrições e promoções aos bens jurídicos conflitantes seja mais bem sucedido.

Em socorro aos panfletos travestidos de jornal, vem a livre iniciativa (CF, arts. 1º, IV, e 170) e, na visão de parcela do Poder Judiciário, também a liberdade de informação jornalística (CF, art. 220, §§ 1º e 6º). A princípio, há fundamento, na Constituição, para que se defenda o desenvolvimento de atividade econômica consistente na veiculação de “conteúdo informativo customizado”, agregado a anúncios.

Mas não é menos certo que a livre iniciativa pode ser restringida pela conduta do Estado. Como conclui Martins (2015), “todo agir estatal repercute, em maior ou menor medida, no agir econômico, de modo que sempre que o

Estado proíbe ou obriga um comportamento, reflexamente, ou seja, de modo indireto, interfere na atividade econômica”. A Lei Municipal 14.517/2007 é a restrição concreta ao exercício da atividade econômica em questão.

O exercício da livre iniciativa deve estar em harmonia com o respeito a outros direitos assegurados pela Constituição, notadamente o respeito ao consumidor e a proteção do meio ambiente (CF, art. 170, V e VI). São justamente esses bens jurídicos que são afetados pela distribuição da publicidade disfarçada com o formato de jornal.

Do ponto de vista do direito do consumidor, trata-se da conhecida “publicidade insidiosa”, que utiliza recursos de *marketing* perigosos para a coletividade (especialmente mensagens subliminares e imperceptíveis) e tem sido adotada por décadas, nos ramos dos cigarros, bebidas alcoólicas, refrigerantes e *fast food*, vinculando o produto anunciado a situações como sucesso profissional, beleza, prazer e requinte. A prática tem sido cada vez mais rechaçada pela doutrina e jurisprudência do direito do consumidor, que postula a publicidade transparente, fiel e honesta (BRASIL, 1990, art. 36).

A publicidade redacional é espécie de publicidade oculta. Camufla-se no contexto informativo e usufrui da credibilidade editorial reservada às notícias. A apresentação é talhada para induzir o consumidor em erro sobre o autor ser jornalista, no exercício do *mister* (DIAS, 2010, p. 217). No caso dos panfletos imobiliários, a interpretação do conjunto desvela o propósito subjacente às mensagens supostamente informativas, demonstrando não serem, portanto, “desinteressadas”.

No subtexto, a intenção em enxertá-las é a de robustecer o conjunto, prender a atenção do consumidor, conduzindo à leitura das mensagens explicitamente promocionais e burlar a proibição legal vigente no Município. Na superfície, é a de levar a crer que são informações, a alma de um “jornal”, sendo a publicidade do

empreendimento meramente acessória, destinada ao custeio da atividade de imprensa. Eis, aqui, argumento recorrente na litigância mais acima descrita. A presença dos anúncios, alega-se, é natural e salutar como fonte de receita que permite a circulação da informação.

Num olhar superficial, a preponderar a livre iniciativa a ponto de se confundir com a liberdade de informar, tolerar-se-á, por exemplo, a circulação de todo e qualquer material intitulado como jornal, contanto que registrado em cartório e publicado por pessoa jurídica que se anuncia como uma "Editora".

Nem mesmo os mais radicais defensores da imprensa livre seriam capazes de admitir que a veiculação de material criminoso, como informações sobre pontos de venda de drogas ilícitas, manifestações de ódio contra minorias ou fotos de pedofilia, poderia ser legitimada pela atribuição de certo colorido jornalístico. Ninguém ousaria defender que a difusão de materiais com o propósito de viabilizar a prática de crimes poderia ser acobertada sob o manto da liberdade de informar.

É necessário, portanto, admitir que se faça uma análise concreta e atenta do conteúdo distribuído como informação jornalística, para que seja coarctada qualquer tentativa de abusar da liberdade fundamental. E quem fará essa análise, senão os Poderes constituídos? É legítimo que o Legislativo incumba a Administração Pública da tarefa, máxime quando o material for distribuído no espaço público, a fim de realizar o controle *a posteriori* e impor penalidade ao verificar que não há ali nenhum conteúdo jornalístico (apesar do título de "jornal").

Ao mesmo tempo, não se pode desconsiderar o risco a outros direitos fundamentais. A distribuição de materiais impressos em logradouros urbanos – anacrônica na era da *internet* –, é conduta potencialmente poluente¹⁰. No conflito

¹⁰ Estudos comprovam que a poluição visual é um dos mais graves males urbanos: além de causar distração e fadiga ocular, a poluição da paisagem pela difusão descontrolada de anúncios tende a causar problemas sociais e

que se estabelece, é o meio ambiente urbano que tem seu âmbito de proteção vulnerado, diante da alta probabilidade de descarte do material impresso em vias públicas, com risco para a limpeza urbana e para o sistema de drenagem de águas pluviais.

Em se admitindo o controle, desde que posterior, a Administração deverá exercê-lo com respeito à plena liberdade de informação jornalística, adotando conceitos elásticos que restrinjam a intervenção aos casos em que vulnerado o meio ambiente urbano e evidente a falta de conteúdo informativo.

A lei municipal observa tais parâmetros. A panfletagem somente será ilícita se ocorrer em vias e logradouros públicos. Considerando que existem inúmeros espaços privados de convívio, estabelecimentos comerciais e estandes de venda, a limitação ao exercício do direito é meramente parcial. Ao mesmo tempo, não é feito controle prévio, não há censura, nem exigência de licença. Podem as empresas se valer de diversos outros meios para a divulgação de seus produtos e serviços, como as redes sociais, televisão, rádio e envio de materiais impressos por correio.

6 Os mecanismos para a defesa da coletividade em face da panfletagem

Do até aqui discutido, conclui-se que a panfletagem se apresenta como sistemática violação à norma proibitiva e se ampara em estratégia decomposta em três artifícios: (i) enxerto de conteúdo supostamente informativo; (ii) invocação da liberdade de imprensa; (iii) litigância repetitiva para obstar a fiscalização pelo Poder Público, inclusive com pedidos idênticos.

políticos: ela diminui a diversidade de opiniões e acarreta uma perda de identidade da comunidade (YILMAZ, 2011). Para além de tudo isso, pesquisas recentes sugerem que o excesso de apelos visuais de publicidade contribui para o aumento dos níveis de estresse (VASCONCELLOS, 2003).

Três também são os desdobramentos da prática. A uma, há desafio reiterado à tutela administrativa dos interesses difusos e coletivos, objeto último da proteção conferida pelo art. 26 da Lei nº 14.517/07 e, mediadamente, pelo microsistema formado pelo Estatuto da Cidade, o Plano Diretor e a Lei Cidade Limpa. A duas, configura ilícito civil, na modalidade abuso de direito ao exercício da livre iniciativa. Por fim, as dezenas de milhares de impressos têm potencial poluente significativo e vulneram interesses fundamentais da sociedade, caracterizando dano moral coletivo.

Cabe discorrer-se, brevemente, sobre os remédios disponíveis no ordenamento jurídico para o enfrentamento do problema por suas três dimensões.

6.1 Coibição ao reiterado desafio à norma proibitiva: a tutela inibitória

A conduta das empresas em distribuir material publicitário nas ruas, a despeito da proibição legal e do risco de degradação do meio ambiente, é reiterada e combina os aspectos abusivo e poluente, de modo a desafiar mais de uma tutela para se fazer valer o direito material.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a ação que tenha por objetivo se cominar *astreintes* a empresa que, de forma contumaz, viole proibição contida em norma protetora de interesses difusos, sem prejuízo da condenação a indenizar por danos materiais e morais coletivos. O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que a existência de sanção administrativa não exclui a imposição de medida coercitiva na esfera civil, como meio de assegurar o respeito aos mesmos interesses que o poder de polícia da Administração visa resguardar (BRASIL, 2020)¹¹.

¹¹AglInt no AREsp nº 1.413.621/MG “ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS DECORRENTES DE TRANSPORTE DE CARGAS COM EXCESSO DE PESO EM RODOVIAS FEDERAIS. RESPONSABILIDADE CONFIGURADA. INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS. DEVER DE REPARAR OS DANOS. FIXAÇÃO

6.2 Abuso de direito: a tutela de remoção do ilícito

A cláusula geral do abuso de direito (art. 187 do Código Civil), inspirada no diploma congênere lusitano, adota a modalidade objetiva de caracterização, dispensando dolo ou culpa, bastando que o titular exerça seu direito subjetivo excedendo manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou social, a boa-fé ou os bons costumes.

O Código de 2002 separou o ato ilícito (art. 186) da responsabilidade civil (art. 927), distinguindo-os pela essencialidade do dano enquanto requisito. Para a responsabilidade, o dano é inerente e define a extensão da indenização (art. 944). O ato ilícito pode se configurar, a seu turno, mesmo na ausência de repercussão patrimonial ou moral (LOPEZ, 2006). Assim, o ilícito civil prescinde do dano e o dano dispensa o ilícito, como nos casos de responsabilidade objetiva, por risco da atividade (art. 927, parágrafo único).

É sob o manto do ilícito que se encobre o abuso de direito. Porque ausente, via de regra, o dano, a tutela jurisdicional adequada será a da cessação do ilícito, pelo desfazimento do ato (LOPEZ, 2006, p. 116), ou a tutela inibitória de sua reiteração ou continuidade, nos moldes do que prevê o art. 497, parágrafo único do Código de Processo Civil (MARINONI, 2015, p. 323). O instrumento processual adequado para a coibição ao abuso do direito de publicitar

DE ASTREINTES EM CASO DE REINCIDÊNCIA NA PRÁTICA. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. (...) Saliente-se que a penalidade administrativa por infração à norma do art. 231, V, da Lei n. 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro) não guarda identidade com a "tutela inibitória" veiculada em ação civil pública, em que se busca a cessação de flagrante e contumaz recalcitrância do réu em observar as exigências legais, fazendo-o por meio de multa pecuniária que incidirá em caso de eventual descumprimento da ordem judicial. Além disso, em nada diverso do usual no regime de responsabilidade civil, impõe-se pagamento de competente indenização por danos materiais e morais coletivos causados."

será o da ação civil pública com pedido de cominação de multa por cada panfleto que for apreendido e medidas de tutela específica de remoção do ilícito, como a apreensão do material. É certo que a ação civil pública admite a cumulação também de pedidos de obrigação de fazer e reparar (BRASIL, 2018)¹².

6.3 Dano ambiental potencial, dano moral coletivo

Um dos elementos do meio ambiente urbano (FENSTERSEIFER, 2008, p. 164) é a paisagem, ordenada, no Município de São Paulo, pelo microssistema formado pelo Estatuto da Cidade (art. 2º, XII), Plano Diretor Estratégico (Lei nº 16.050/14, notadamente em seus arts. 85 a 88), Lei Cidade Limpa (Lei nº 14.223/06) e Lei nº 14.517/07 (art. 26), além de uma plêiade de regramentos infralegais, como as Resoluções da Comissão de Proteção à Paisagem Urbana (CPPU). A articulação entre os objetivos e instrumentos previstos nesse arcabouço se orienta à valorização ambiental e cultural, assim como do bem-estar estético da população (FERRAZ JR., 2008).

Conquanto o meio ambiente urbano não se reduza à estética urbana, o resguardo desta o valorizará e independe, em si, do valor subjetivo que se atribua à cidade em beleza ou feiura, ou do apreço que se possa ter por certos fenômenos que a deturpam, como as pichações (MANCUSO, 1992), ou possam deturpá-la, como os grafites (SÃO PAULO, 2020c). A proteção do direito aos componentes apreensíveis pela visão, no espaço urbano, estende-se ao que “constitui o efeito visual das ruas, prédios, jardins e demais componentes das cidades, assim como sua integração” (GRANZIERA, 2014).

Neste sentido, condutas que vulnerarem o meio ambiente urbano se sujeitam à tríplice responsabilidade que abarca as esferas penal, administrativa e civil, autônomas

¹² “Quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar”.

entre si (BRASIL, 1988, art. 225, § 3º). A definição legal de poluição, aliás, engloba atividades que, direta ou indiretamente, afetem as *condições estéticas* do meio ambiente (BRASIL, 1981, art. 3º, III, d).

A panfletagem tem efeito de degradação variado. Além de causar poluição visual ou estética, dá ensejo ao descarte inadequado de resíduos sólidos em vias e logradouros públicos. Diante do dano, ainda que potencial, a caracterização do ilícito administrativo é dispensável. Mesmo se empreendimento for regularmente licenciado, por exemplo, não se exime o agente de reparar eventual lesão que dela decorra (BRASIL, 2013).

O predicado da autonomia entre as esferas coloca em evidência a da responsabilidade civil ambiental, mais conhecida por aquilo que dispensa (dolo ou culpa) e não admite como excludentes (caso fortuito, força maior e fato de terceiro), do que por aquilo que requer (nexo de causalidade entre conduta e dano). Assim, à responsabilização civil das empresas, são, em princípio, inoponíveis o enxerto de “mensagens não-exclusivamente publicitárias” nos panfletos e a alegação de natureza jornalística.

Importa, isto sim, o perigo de dano, dispensando-se a configuração efetiva. Quando os panfletos são jogados na rua como lixo, a materialidade é passível de quantificação. Cada “edição” dos materiais impressos chega a dezenas de milhares de “exemplares”¹³, permitindo-se antever o volume potencial de resíduos gerados.

¹³C.f. cópias anexadas ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2233466-06.2019.8.26.0000 (SÃO PAULO, 2019a). Ementa: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS IRDR FASE DE ADMISSIBILIDADE PROIBIÇÃO DE DISTRIBUIÇÃO DE FOLHETOS E PANFLETOS EM VIAS PÚBLICAS EXCEÇÃO A JORNAIS E PERIÓDICOS SUBSUNÇÃO DO MATERIAL DISTRIBUÍDO À EXCEÇÃO LEGAL QUESTÃO QUE NÃO É UNICAMENTE DE DIREITO AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. 1. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão

A processualização dos princípios jurídico-ambientais do poluidor pagador e da reparação integral, através dos mecanismos de tutela do interesse difuso e de técnicas como a inversão do ônus da prova, transfere à empresa de publicidade e às suas clientes o encargo de comprovar o descarte adequado dos materiais que disseminam, bem como o encargo argumentativo robusto de superação do dano moral coletivo, por sua ocorrência *in re ipsa* (MIRRA, 2019, p. 50), no livre convencimento do órgão julgador.

A experiência com os chamados “santinhos” e outros materiais impressos de campanha eleitoral bem o demonstra (SÃO PAULO, 2019c)¹⁴. É possível quantificar a indenização por amostragem, tomando-se, por exemplo, o número de logradouros onde encontrados. Ademais, basta a perspectiva do dano para a imposição do dever de não agir, corolário da prevenção em matéria ambiental. O potencial de descarte inadequado, notório, afasta alegações de

unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976, caput, CPC). 2. Discussão sobre a qualificação jurídica do material distribuído em via pública: se jornal, cuja distribuição é permitida, ou panfleto publicitário, proibido. Solução da controvérsia que passa pela análise prévia de conteúdo do material distribuído. Questão que não é unicamente de direito. Ausência dos requisitos legais. Incidente não admitido”.

¹⁴Apelação Cível nº 3002046-62.2013.8.26.0063 “APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Dano ambiental causado pelo acúmulo de panfletos de propaganda eleitoral. Não configurado o cerceamento de defesa. Desnecessária a prova testemunhal e pericial solicitadas. O direito ambiental se ampara na idéia de prevenção e precaução, sendo inexigível a efetivação de dano ao meio ambiente natural ou artificial para a atuação em defesa da sociedade. Adoção do conceito de responsabilidade compartilhada, por analogia. O poluidor direto e indireto são responsáveis no âmbito civil, desde que presente o nexo causal entre o ato e o dano, o que se demonstrou. Incidência dos artigos 225, § 3º, da Constituição Federal, artigos 3º, inciso IV, c.c. artigo 14, § 1º, ambos da Lei nº 6.938/81 e artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, em interpretação com o princípio do poluidor pagador. O dano ambiental independe de ato ilícito, daí porque não se avalia, nestes autos, se a propaganda foi regular ou não. Presente o nexo causal, a procedência da ação civil é mantida. REJEITADAS AS PRELIMINARES, NEGA-SE PROVIMENTO AOS APELOS”

ruptura do nexo de causalidade pela entrega dos materiais ao público-alvo. Sequer a disponibilidade do serviço público de varrição elide a responsabilidade, por não mitigar o caráter lesivo da conduta.

Neste sentido, o sistema de responsabilidade compartilhada e pós-consumo do fabricante pela destinação adequada dos produtos e embalagens oferece possibilidade de aplicação. O Superior Tribunal de Justiça confirmou condenação de empresa de refrigerantes por embalagens encontradas no meio ambiente urbano de pequena cidade (BRASIL, 2014)¹⁵.

A aproximação entre as embalagens e os panfletos pode ser feita pelo viés do potencial poluidor, com a notas adicionais de que há menos sujeitos na cadeia de consumo, a vida útil dos materiais publicitários é menor, sendo vocacionados ao descarte instantâneo, e não se destinam a armazenar um bem de consumo. Se, no caso das embalagens, cuida-se de obrigar o fornecedor a gerenciar o resíduo gerado como consequência inevitável do consumo do produto, no dos panfletos se trata de coibir prática evitável de publicidade poluente.

Já no que concerne à poluição visual ou degradação da paisagem urbana, os panfletos, diferentemente dos

¹⁵ Recurso Especial nº 684.753/PR "DIREITO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ASSOCIAÇÃO DE MEIO AMBIENTE. GARRAFAS "PET". ABANDONO EM LOGRADOUROS PÚBLICOS. RESPONSABILIDADE PÓS-CONSUMO. DANOS AMBIENTAIS. OBRIGAÇÃO DE FAZER DA RÉ, FABRICANTE DE REFRIGERANTE. 1. Condenada a ré em obrigação de fazer requerida na petição inicial, faltasse interesse recursal para se insurgir contra a parte subsequente da condenação, na qual o Tribunal de origem permitiu-lhe, "facultativamente", satisfazer a referida obrigação de fazer de uma outra forma, diversa da postulada na inicial, evidentemente se à própria ré for mais benéfica ou de mais fácil satisfação. 2. Acolhida a pretensão relativa à obrigação de fazer, consubstanciada em campanha publicitária sobre o recolhimento e troca das garrafas "PET", não caracteriza julgamento extra ou ultra petita a definição dos contornos e da forma pela qual a referida obrigação deverá ser cumprida com eficácia, antecipando a solução de um tema que geraria discussões na fase de execução, ou seja, de como plenamente cumprir a campanha publicitária. [...]"

anúncios publicitários como placas, cartazes e letreiros, que se instalam no espaço privado e se projetam ao campo visual do público, vicejam diretamente no espaço onde o cidadão circula. O efeito pode não ser o de obstruir a visão das fachadas e do espaço aéreo, mas é o de conspurcar a apreciação estética o sentimento de bem-estar nos bens de uso comum do povo por excelência, que são as ruas e calçadas, poluídas pelo material descartado.

Dado o impacto sobre a percepção da coletividade acerca dos elementos que compõem o ambiente onde vive, circula, trabalha e se diverte, o dano ambiental e urbanístico não se esgota no dano material, de difícil quantificação, dada a natureza *intangível* e extrapatrimonial do bem jurídico. Perfaz-se, em seu lugar, o dano moral coletivo. Ensina Mirra (2019, p.51) que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça agasalha concepção ampla de dano moral ambiental, indo além da indignação ou repulsa que a conduta acarreta, para abranger o decréscimo na qualidade de vida da coletividade indeterminada de pessoas, em decorrência da diminuição de valor do patrimônio ambiental e paisagístico.

7 Conclusão

A livre circulação da informação reflete a maturidade do processo civilizatório de um povo e é condição necessária para que se mantenha em evolução ou supere retrocessos. No Brasil, a despeito do frescor da memória, vai longe o tempo em que o Estado se antepunha entre o emissor do discurso informativo e seus destinatários. A imprensa hoje atua indene das peias da censura prévia e da tributação de seus insumos, medindo-se sua ampla liberdade pela correspondente responsabilidade que tem pelo conteúdo de suas publicações. Tem, inclusive, franqueado o acesso ao

espaço público, fórum mais nobre à expressão do pensamento e ao confronto entre ideias.

Como o fenômeno das *fake news* bem demonstra, não adianta assegurar que a informação se propague, se houver usurpação de sua forma por conteúdo de propósito diametralmente oposto ao informativo. A preocupação com a substância é essencial à garantia e tem em vista o verdadeiro titular do interesse na proteção do veículo da comunicação: a coletividade.

A estratégia comercial adotada por parte do setor da construção civil de praticar publicidade de lançamentos por meio da distribuição de materiais impressos em vias públicas é vedada, no Município de São Paulo, pelo art. 26 da Lei nº 14.517/07. Pretende-se conferir roupagem lícita à conduta mediante o enxerto das mensagens supostamente desinteressadas, para induzir confusão nos Poderes Públicos, seguida da litigância repetitiva em face das multas, com invocação das garantias reservadas à imprensa e evocação do fantasma autoritário da censura.

O Poder Público, através de seus agentes, tem competência para a avaliação do conteúdo dos panfletos, distinguindo-os, como joio publicitário, do trigo informativo próprio dos jornais e periódicos. A norma proibitiva e sua exceção (art. 26, § 2º) contêm elementos normativos abertos que não impõem condicionamento aos veículos de informação.

Do ponto de vista do Direito Ambiental e Urbanístico, a prática reúne os atributos de ilicitude e responsabilidade, nas esferas administrativa e civil, desdobrando-se em três aspectos, a saber, o de sistemática afronta à ordem jurídica, abuso de direito e poluição do meio ambiente urbano. A existência e a comprovação do dano são dispensáveis. A panfletagem, devido ao alto potencial de poluir, colide com o princípio da prevenção, podendo ser coibida mesmo antes de a degradação se consumir. O princípio do poluidor-pagador, a seu turno, impõe às empresas, em juízo, o ônus de comprovar a inexistência do fato.

Insuficiente o poder de polícia administrativo para a coibição da conduta, em razão do estratagema que a encobre, põem-se à disposição da coletividade, através dos legitimados para o exercício do direito de ação civil pública, as tutelas inibitória, de remoção do ilícito e ressarcitória. A primeira se efetiva pela cominação de multa coercitiva em caso de reiteração; a segunda, pela obrigação de se retirar todo o material de vias públicas; a terceira, pela quantificação do dano causado pelo descarte irregular e pela indenização por dano moral coletivo.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Rui Rosado de (org). **V Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJF, 2012, p. 70.

ALEXY, Robert. **Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, pp. 67-79, jul. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>>. Acesso em: 28 Set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências.

Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.362.456/MS**, Segunda Turma. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 20 de junho de 2013. In: Diário de Justiça Eletrônico do STJ, 28/06/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 684.753/PR**. Quarta Turma. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 4 de fevereiro de 2014. In: Diário de Justiça Eletrônico do STJ, 18/08/2014, p.1935.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp nº 1.413.621/MG**. 2ª Turma. Rel. Ministro Francisco Falcão, julgado em 6 de maio de 2020. In: Diário de Justiça Eletrônico do STJ, 11/05/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 629 do STJ**. Primeira Seção, julgado em 12 de dezembro de 2018. In: Diário de Justiça Eletrônico do STJ, 17/12/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI nº 799.690 AgR/SP**. Relatora: Min. ROSA WEBER, julgado em 10 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=T&docID=5118764>> Acesso em: <29.set.2020>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4.815/DF**. Trecho do voto do Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 10 de junho de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 87.049**. Rel. Min. Xavier de Albuquerque, julgado em 13 de abril de 1978. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=181029>> Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 213.094/ES**. Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 22 de junho de 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=244565>>. Acesso em: 29 set. 2020.

DIAS, Lucia Ancona Lopes Magalhães, **Critérios para avaliação da ilicitude na publicidade**, Tese de Doutorado, Universidade de Direito de São Paulo (USP), 2010.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Do tombamento na ordenação da publicidade na paisagem urbana - Reflexões em torno da Lei Municipal nº 14.223/06, que dispõe sobre a ordenação dos elementos que compõem a paisagem urbana no Município de São Paulo**. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 10, n. 49, maio 2008.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, pp. 83-126, mar./abr. 2020.

KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados — Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013. pp. 54-58.

LOPEZ, Teresa Ancona. 2006. **Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 101 (janeiro), pp.111-52.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco**. São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 117.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Aspectos jurídicos da chamada "pichação" e sobre a utilização da ação civil pública para tutela do interesse difuso à proteção da estética urbana**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 87, pp.155-181

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito (art. 497, parágrafo único, do CPC/2015)**. Revista de Processo. v. 245. pp. 313-329. São Paulo: Ed. RT, jul. 2015.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8ª ed. São Paulo, Atlas, 2019. p. 424.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria Jurídica da Liberdade**. São Paulo, Contraconcorrente, 2015. p. 176.

MIRRA, Alvaro Luiz Valery. **Responsabilidade civil ambiental e a jurisprudência do STJ**. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 20, nº 48, pp. 5-52, Março-Abril/2019.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO (São Paulo). **Informação nº 2.239/2011 - PGM.AJC, confirmada pela Informação nº 1.045/2016**. Proc. 2011-0.178.844-1.

SÃO PAULO. **Lei nº 14.223, de 26 de setembro de 2006**. Dispõe sobre a ordenação dos elementos que compõem a paisagem urbana do Município de São Paulo. São Paulo: Portal da Legislação Municipal. Disponível em: <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-14223-de-26-de-setembro-de-2006>>. Acesso em: 29 set. 2020.

SÃO PAULO. **Lei nº 14.517, de 16 de outubro de 2007**. Institui o Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas, cria a Companhia São Paulo de Parcerias - SPP e dá outras providências. São Paulo: Portal da Legislação Municipal. Disponível em <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-14517-de-16-de-outubro-de-2007>>. Acesso em: 29 set. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **ADI nº 9040807-65.2007.8.26.0000**. Rel. Ivan Sartori, 02 de julho de 2008. In: Diário da Justiça Eletrônico TJ-SP, 12/06/2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **Incidente de Inconstitucionalidade nº 9301763-29.2008.8.26.0000**. Rel. Ivan Sartori, julgado em 30 de julho de 2008. In: Diário da Justiça Eletrônico TJ-SP.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação Cível nº 0021894-96.2009.8.26.0590**, 13ª Câmara de Direito Público. Relator Des. Souza Meirelles, julgado em 25 de fevereiro de 2015. In: Diário da Justiça Eletrônico TJ-SP, 04/03/2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2233466-06.2019.8.26.0000**. Turma Especial, Des. Rel. Décio Notarangeli, julgado em 29 de novembro de 2019. In: Diário da Justiça Eletrônico TJ-SP, 20/12/2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **Agravo de Instrumento nº 270084-31.2019.8.26.0000**, 11ª Câmara de Direito Público. Trecho do voto do Relator, Des. Oscild de Lima Júnior, julgado em 7 de junho de 2019. In: Diário da Justiça Eletrônico TJ-SP, 07/06/2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação Cível nº 3002046-62.2013.8.26.0063**. 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Rel. Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro, julgado em 5 de setembro de 2019. In: Diário da Justiça Eletrônico TJ-SP, 11/09/2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação Cível 1004302-32.2019.8.26.0053**. 7ª Câmara de Direito Público. Voto do Des. Luiz Sérgio Fernandes de Souza (vencido), julgado em 4 de junho de 2020. In: Diário da Justiça Eletrônico TJ-SP, 05/06/2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação Cível nº 1000143-96.2019.8.26.0101**. 18ª Câmara de Direito Privado. Rel. Henrique Rodriuguero Clavisio, julgado em 11 de setembro de 2020. In: Diário da Justiça Eletrônico TJ-SP, 11/09/2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação Cível nº 1003968-76.2019.8.26.0318**. 7ª Câmara de Direito Privado. Trecho do voto do Relator Des. Rômolo Russo, julgado em 23 de setembro de 2020. In: Diário da Justiça Eletrônico TJ-SP, 23/09/2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação Cível nº 1004533-30.2017.8.26.0053**. 6ª Câmara de Direito Público. Rel. Des. Maria Olivia Alves, julgado em 3 de agosto de 2020. In: Diário da Justiça Eletrônico TJ-SP, 05/08/2020.

VASCONCELLOS, Esdras Guerreiro (Coord.). **Stress, Saúde e Poluição Visual. Instituto Paulista de Stress, Psicossomática e Psiconeuroimunologia** – IPSP. São Paulo, 2003.

YLMAZ, Demet. **In the Context of Visual Pollution: Effects to Trabzon City Center Silhouette**. The Asian Social Science Journal. 7 (5): 99. ProQuest 86642056. May 2011

Transparência administrativa e proteção à privacidade econômica do agente público: perspectiva brasileira

Vinicius Gomes dos Santos¹

RESUMO: O objetivo do presente artigo é propor uma reflexão quanto aos limites da divulgação de informações individuais de caráter econômico dos agentes públicos por parte da Administração Pública - a chamada transparência administrativa - quando em jogo o direito constitucional à privacidade e a legislação atinente à proteção de dados pessoais. Fixadas as premissas necessárias quanto às noções de privacidade, informação e transparência administrativa, procede-se à análise da legislação brasileira, sob o prisma da interpretação sistemática, com destaque para a Lei de Acesso à Informação - LAI e a nova Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD. Considerando tratar-se de matéria relativamente recente no direito brasileiro, serão elencados à guisa de conclusão os principais desafios a serem superados com relação ao tratamento da questão, bem como uma interpretação em que haja uma harmonização entre os direitos individuais e os princípios da Administração Pública, ambos consagrados constitucionalmente.

PALAVRAS CHAVE: Direito constitucional. Direito administrativo. Transparência administrativa. Direito à privacidade. Proteção de dados pessoais.

¹ Procurador do Município de São Paulo (2010 - presente), Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal (2004-2010). Mestrando em Direito Administrativo pela Universidade de São Paulo. Especialista em Governo e Políticas Públicas Locais pela Universidade de Castilla-La Mancha (2016).

ABSTRACT: The aim of this article is to propose a reflection about the limits of disclosure individual economic information of public agents by the Public Administration - the so-called administrative transparency - when the constitutional right to privacy and the legislation regarding the protection of personal data are at stake. Established the necessary conceptual premises, the Brazilian legislation will be analyzed from the perspective of a systematic interpretation, highlighting the new General Data Protection Law - LGPD. Considering this is a recent issue in Brazilian law, the final part of this work will point, in conclusion, the main challenges to be overcome regarding the treatment of the subject, as well as an interpretation in which there will be an harmonization between individual rights and the principles of Public Administration, both constitutionally enshrined.

KEYWORDS: Constitucional law. Administrative law. Administrative transparency. Right to privacy. Personal Data Protection.

1 Introdução

A atividade administrativa das últimas duas décadas tem sido marcada pelo surgimento de mecanismos de controle que permitem aos administrados o completo acompanhamento da gestão dos recursos públicos e dos atos praticados pelos seus agentes². Tais institutos têm como fundamento jurídico o chamado princípio da transparência, corolário de três grandes princípios

² A delimitação temporal não é desprovida de fundamento, considerando-se que, no Brasil, o princípio da eficiência foi consagrado no caput do artigo 37 da Constituição com a edição da Emenda Constitucional nº 19/98, implementando-se reforma administrativa em que se buscava maior efetivação do princípio da moralidade, previsto no texto constitucional original.

constitucionais do direito administrativo: eficiência, publicidade e moralidade.

A divulgação de informações atinentes à atividade administrativa, notadamente as de caráter financeiro-orçamentário, ganha ainda mais força com a facilidade de difusão e armazenamento de dados por meio da rede mundial de computadores.

A mesma rede virtual que permite a coleta de tais dados e informações também é responsável por uma considerável alteração do que se entende por privacidade, direito fundamental igualmente consagrado no texto constitucional brasileiro (art. 5º, X da CF/88).

O recorte proposto na presente reflexão diz respeito aos limites da divulgação de informações individuais de agentes públicos, em atendimento ao chamado princípio da transparência, considerando-se o direito fundamental à privacidade, tão dilapidado pelo atual estágio de evolução tecnológica de nossa sociedade, rotulada como sociedade da informação.

Acrescenta-se a tal cenário jurídico a novel legislação de proteção de dados pessoais (Lei nº 13.709/18), cujos dispositivos, interpretados em consonância com a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 10.257/11) e o texto constitucional podem conduzir a um tratamento em que sejam respeitadas as garantias individuais e os princípios da Administração Pública.

A aplicação inicial do princípio da transparência implicou a preponderância da publicidade absoluta e irrestrita em detrimento de quaisquer outros direitos de caráter individual, sob o argumento de atendimento ao princípio do interesse público e de controle social da Administração Pública.

No que tange aos dados de agentes públicos brasileiros, a divulgação abrange sua identificação nominal, endereço de lotação e valores percebidos a título de remuneração. A publicidade de tais dados torna esses indivíduos mais vulneráveis em relação àqueles sujeitos ao

regime privado das relações de trabalho, contrário ao princípio da proporcionalidade consagrado constitucionalmente, permitindo práticas que não se coadunam com a finalidade da transparência da Administração Pública. Desborda-se da transparência administrativa para a transparência do indivíduo.

O acesso indiscriminado a este tipo de informação, sem nenhum tipo de motivação no pedido, acaba por deturpar a finalidade da divulgação de dados públicos com o intuito de controle orçamentário-financeiro da Administração Pública.

Por outro lado, a edição de uma lei geral de proteção de dados indica preocupação no sentido de reforçar e garantir a privacidade do indivíduo frente ao tratamento de seus dados pessoais.

Surgem a partir daí os seguintes questionamentos: a divulgação de tais informações, no momento em que identificam nominalmente os indivíduos junto aos valores percebidos a título de vencimentos, extrapolaria o conceito de transparência, uma vez que consubstanciariam informações de caráter pessoal e o dever de informar refere-se exclusivamente à administração pública e seus órgãos? O dever de transparência não estaria atendido apenas com a divulgação dos valores, de maneira anonimizada? O regime de proteção de dados pessoais trazido pela LGPD, em conjunto com a LAI, permitiriam uma nova interpretação, para a efetiva e igualitária garantia do direito à privacidade dos indivíduos?

Eis as dúvidas que pautaram as reflexões que se seguem.

2 Direito à privacidade

2.1 Origem do direito à privacidade e seu conteúdo

Em suas primeiras definições, a privacidade sempre esteve ligada ao conceito americano de Warren e Brandeis,

que em artigo publicado na Harvard Law Review trata dos efeitos das câmeras fotográficas instantâneas e seu uso pelas empresas jornalísticas ao invadir a intimidade das residências dos indivíduos para registros (1890, p. 195).

Na Europa, Stefano Rodotà (2008, pp. 23-109) faz interessante escorço sobre a evolução do conceito, pontuando observações importantes a respeito do tema. Inicialmente ligada ao direito negativo de ser deixado em paz ou sozinho (right to be alone, na dicção da doutrina anglo-americana), Rodotà posiciona-o como um direito tipicamente burguês, a ponto de identificá-lo como o direito à propriedade "solitária" (RODOTÀ, 2008, p. 27). A privacidade, portanto, era vista como um privilégio.

O aumento da quantidade de informações pessoais coletadas por órgãos públicos para direcionamento de políticas públicas, por sua vez, transforma o conceito de privacidade, que de privilégio passa a servir como instrumento para realização da igualdade (RODOTÀ, 2008, p. 30). Passa-se agora à **noção ativa de privacidade** como o direito do indivíduo de controle de suas informações pessoais, a chamada "autodeterminação informativa". O indivíduo passa a ser visto como centro emanador da informação, fonte para os órgãos públicos e privados (SILVA, F.R., 2014).

Não há como falar em direito à privacidade sem mencionar a doutrina alemã, citada por Farias (1996, p. 113), e a interessante subdivisão de seu conteúdo na chamada "teoria das três esferas":

Com efeito, a doutrina alemã, debruçando-se sobre o conteúdo do direito à intimidade, vislumbra a existência de três esferas: (a) *Privatsphäre* (esfera da vida privada) – a mais ampla das esferas, abarcando todas as matérias relacionadas com as notícias e expressões que a pessoa deseja excluir do conhecimento de terceiros. Ex.: imagem física, comportamentos que mesmo situados fora do

domicílio, só devem ser conhecidos por aqueles que travam regularmente contacto com a pessoa. (b) *Vertrauensphäre* (esfera confidencial) – incluindo aquilo que o indivíduo leva ao conhecimento de outra pessoa de sua confiança, ficando excluído o público em geral e as pessoas pertencentes ao ciclo da vida privada e familiar. Ex. correspondência, memoriais, etc. (c) *Geheimisphäre* (esfera do secreto) – compreendendo os assuntos que não devem chegar ao conhecimento dos outros devido à natureza extremamente reservada dos mesmos.

Pontes de Miranda conceituava a privacidade - ou intimidade, na sua dicção, sem distinguir uma da outra - como “exercício da liberdade que se manifesta no fazer e no não fazer, revelar ou não revelar os assuntos de sua vida privada” (2000, p. 126).

A evolução doutrinária da noção de privacidade conduz ao que Rodotà chama de **núcleo duro** da privacidade. Na lição do Professor italiano, este abrange os dados relativos à opinião política, sindicais ou de qualquer outro gênero, fé religiosa, raça, saúde e hábitos sexuais³.

O núcleo duro, no entanto, deve ser integrado por dados cujo conhecimento e utilização podem implicar algum tipo de discriminação, como os relativos à saúde do indivíduo, revelando-se as duas últimas tendências da noção de privacidade: a não-discriminação e o sigilo acompanhado do controle de quem tem acesso a tais informações (RODOTÀ, 2008, pp. 96-98).

³ O Professor Stefano Rodotà foi o primeiro presidente da autoridade administrativa italiana garantidora da proteção de dados pessoais (1995-2005). Não por acaso, estes foram os dados considerados sensíveis na legislação daquele país, nos termos do artigo 1, “d”, do Decreto Legislativo nº 196, de 30 de junho de 2003, rol que veio a ser ampliado pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), norma comunitária europeia, em seu artigo 9º.

Chega-se assim à noção atualizado do direito à privacidade, segundo RODOTÀ (2008, p. 109):

Esta se apresenta como o direito a manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada. O objeto deste direito pode ser identificado no "patrimônio informativo atual ou potencial" de um sujeito.

O desenvolvimento da internet, dos bancos de dados e de seu tratamento foi responsável por uma considerável evolução da noção de privacidade. Bruno Bioni (2019, pp. 216-217) traz o conceito de "privacidade contextual" para explicitar de que maneira aquilo que era apenas um direito individual passa a ter implicações no tecido social:

A privacidade é encarada como um bem comum, que detém particular importância para o estado democrático de direito, por garantir uma participação deliberativa e heterogênea entre os cidadãos em contraste às sociedades totalitárias. A privacidade não beneficia, portanto, somente o indivíduo, mas, colateralmente, a sociedade, revelando-se como um elemento constitutivo da própria vida em sociedade.

O relato normativo da privacidade contextual capta essa mensagem e a verticaliza para a proteção dos dados pessoais, na medida em que se propõe a investigar quais são as implicações do fluxo informacional para as interações sociais. Esse discurso está alinhado com a proposição deste trabalho de que a proteção dos dados pessoais se insere como um novo direito da personalidade.

Os indivíduos têm cada vez mais condicionada a sua participação social pela exponencial datificação das suas vidas, sendo estigmatizados e submetidos a uma série de

decisões automatizadas e, por vezes, a práticas discriminatórias que afetam o livre desenvolvimento da sua personalidade.

Ainda segundo o mesmo autor:

A privacidade contextual reside justamente na fidelidade depositada pelo emissor de uma informação ao(s) seu(s) recipiente(s), na legítima expectativa de que seus dados pessoais serão usados e compartilhados de acordo com o contexto de uma relação preestabelecida ou a razão pela qual foi publicizado um dado; particularmente, na esperança de que o trânsito das suas informações pessoais não minará e trairá a sua capacidade de livre desenvolvimento da personalidade e de participação social. (BIONI, 2019, p. 247)

A noção de privacidade, como se vê, para além do mero direito a não ser importunado em sua intimidade, tem seu papel na constituição da sociedade civil. Deve ser compreendida numa dimensão “contextual”, identificando-se o fluxo das informações – a partir de seus atores, dos atributos da informação e de sua disseminação – e a finalidade atingida.

2.2 Informações do indivíduo e sua classificação

A legislação brasileira traz as definições e classificações dos componentes da esfera privada de um indivíduo. Assim, compõem o arcabouço informativo da pessoa humana não só elementos de identificação (nome, data de nascimento, características físicas etc.), como também “conteúdos” adquiridos ao longo de sua vida ou documentados de maneira classificatória pelo Estado ou por entidades privadas em outros meios e/ou suportes.

Segundo a Lei de Acesso à Informação (LAI), Lei nº 10.257/11, a informação pessoal seria “aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável” (art. 4º, IV).

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709/18, utiliza o vocábulo dado para diferenciar, entre as chamadas informações pessoais, aquelas que mereceriam maior proteção do Estado quanto à sua inviolabilidade. Eis que o artigo 5º conceitua como dado pessoal a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (uma sinonímia, portanto, de informação pessoal segundo a LAI) e como dado pessoal sensível o que versa “sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”⁴.

A exclusão dos dados sensíveis dos procedimentos de tratamento de dados pessoais “comuns” deve-se ao que foi mencionado linhas acima em relação ao “núcleo duro” da privacidade, de modo que as informações que possam gerar algum tipo de discriminação do indivíduo merecem proteção maior por parte do Estado.

Muito se discute, porém, quanto às informações de caráter pessoal que, embora não integrantes do “núcleo duro”, podem, por seu (mau) uso, afetar a esfera da privacidade do indivíduo. Assim, por exemplo, informações de cunho econômico, como os ganhos mensais de um trabalhador assalariado ou de um agente público (seja ele servidor público ou agente político) ou mesmo de informações ou dados que indiquem a orientação sexual do indivíduo, uma vez excluída da proteção conferida aos “dados sensíveis”.

⁴ Interessante notar que no Regulamento Europeu de Proteção de Dados inclui dentre os dados sensíveis a orientação sexual, omitida pelo ordenamento brasileiro.

2.3 Informações econômicas do indivíduo e o direito à privacidade

Sobre as informações pessoais de conteúdo econômico, retornamos ao escólio do Professor Stefano Rodotà (2008, p. 36):

[...] onde se admitir a máxima circulação das informações de conteúdo econômico, deve-se permitir aos interessados exercer um real poder de controle sobre a exatidão de tais informações, sobre os sujeitos que as operam e sobre as modalidades da sua utilização.

Os dados relativos à situação econômica do indivíduo, no entanto, não são considerados pelo italiano como pertencentes ao "núcleo duro" da privacidade. Para ele, os dados econômicos apresentariam uma *tendência à liberalização de sua circulação* (RODOTÀ, 2008, p. 78).

Não há como concordar com tal entendimento, uma vez que a informação econômica identificada vulnera a privacidade do indivíduo.

Numa análise como a presente é quase impossível manter-se imune ao casuísmo, principalmente quando se está a falar do "bolso". Questionamentos atinentes aos rendimentos mensais de um indivíduo sempre foram considerados na cultura brasileira como intromissão indevida e pouco educada na esfera individual de privacidade. Nessa seara da "casuística", a divulgação de informações econômicas permitiria toda sorte de especulações, inclusive sob o ponto de vista de sua segurança pessoal, considerando-se a violência hoje presente em todo o mundo e principalmente no Brasil. Isso sem mencionar, em última análise, configuração de quebra de sigilo fiscal, ao divulgar fonte de renda a mais das vezes única, como no caso de servidores públicos (BOZZETTO, 2014). A metodologia cede ao calor das paixões e dos

princípios axiológicos de cada um, impedindo-se uma conformação mais concisa a respeito do tema.

Retornando-se, porém, ao rigor científico, encontramos em Cafferata (2009, p. 160) critérios que se coaduna melhor ao posicionamento que melhor se coaduna em relação ao dado econômico do indivíduo e o caráter de tal informação:

Finalmente, hemos de decir que el criterio para afirmar qué información es pública (y, por ende, qué no es información privada) consiste en identificar a ésta con la que haga a los asuntos de la comunidad considerada como un todo, y no con cada uno de sus ciudadanos individualmente considerados.⁵

A partir de tal reflexão, a informação econômica alça o caráter público até o momento em que, por sua extensão e detalhamento, interessa à sociedade como um todo e não a cada um dos cidadãos individualmente considerados. Desbordar dessas balizas implica flagrante violação à esfera de privacidade do indivíduo.

2.4 Tutela da privacidade no direito brasileiro e a Lei Geral de Proteção de Dados

A privacidade do indivíduo vem consagrada como direito fundamental no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o

⁵ Em tradução livre: “Finalmente, temos que dizer que o critério para afirmar que informação é pública (e, portanto, que não é informação privada) consiste em identificar a esta com a que diga respeito aos assuntos da comunidade considerada como um todo e não com cada um de seus cidadãos individualmente considerados.”

direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Não obstante a consagração do princípio no texto constitucional, apenas o trecho do preceito atinente às informações de cunho individual, mediante o uso do remédio constitucional do *habeas data*, foi regulamentado a contento pela Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997. Nesse diploma legislativo, a maioria dos preceitos atinentes ao acesso à informação de caráter público foi vetada⁶.

Até o ano de 2018 não havia, em nosso ordenamento, legislação específica que garantisse a efetivação do direito à privacidade mediante proteção de dados e informações pessoais.

O Código Civil vigente contava apenas com o artigo 21 para a garantia da privacidade do indivíduo⁷, insuficiente para a tutela no atual estágio de desenvolvimento tecnológico da sociedade. Nem mesmo o chamado Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/14, tratou da matéria no âmbito eletrônico, colocando o direito à privacidade como uma “condição” meramente principiológica no artigo 8º, caput⁸, como assinala Luciana Gonçalves (2015, p. 375).

Se por um lado a ausência de preceitos legais conferia maior liberdade de motivação ao magistrado para decidir o caso concreto, é consequência que se aprende desde a graduação que a lacuna jurídica gera uma situação de insegurança e instabilidade social, absolutamente incompatível com a tutela de um direito fundamental cuja

⁶ Os artigos 1º a 6º da Lei nº 9.507/97 deveriam disciplinar a obtenção de informações dos órgãos públicos. O que se vê no texto remanescente aos vetos, no entanto, é um procedimento repleto de lacunas e, por isso mesmo, praticamente inexecutável.

⁷Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

⁸Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet. [...]

proteção tem sido cada vez mais exigida após o advento da internet e da difusão de dados por ela proporcionada. Nesse sentido, veja-se Antonialli e Cruz (2017, p. 33):

No Brasil, para além da ausência de marco normativo que estabeleça regras básicas relativas a cuidados com a proteção de dados dos cidadãos por parte de entes estatais, estudos recentes apontam para a opacidade na atividade de vigilância empreendida pelo Estado brasileiro.

A privacidade, pois, ganha novos contornos com a disciplina do tratamento de dados pessoais trazida pela Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18). Nos seus preceitos, diversas são as menções à garantia da privacidade, consagrada como fundamento e direito do titular dos dados (artigos 2, I e 17, respectivamente)⁹.

No que tange ao presente trabalho, a garantia da privacidade prevista no texto da LGPD permite novo enfoque sobre a divulgação de dados econômicos dos agentes públicos no âmbito da transparência administrativa. Previamente a tal enfrentamento, cumpre estabelecer as bases deste instrumento, corolário do princípio constitucional da publicidade na Administração Pública.

3 Transparência administrativa

3.1 Conceito

⁹Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;"

[...]

"Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei."

No âmbito internacional, o direito à informação é reconhecido como direito humano fundamental, corolário do direito à liberdade de expressão, assim declarado pela Organização das Nações Unidas já no ano de 1946, nos termos da Resolução nº 59

(1) da 1ª Sessão da Assembleia Geral: *“Freedom of information is a fundamental human right and is the touchstone of all the freedoms to which the United Nations is consecrated”*¹⁰

A Convenção Americana de Direitos Humanos, o conhecido Pacto de São José da Costa Rica, por sua vez, assim declara em seu artigo 13:

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão:

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

- a. o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. [...]

O *direito* de acesso à informação de órgãos governamentais implica, em contrapartida, o dever de tais

¹⁰ Em tradução livre: “liberdade de informação é um direito humano fundamental e é a pedra de toque de todas as liberdades às quais as Nações Unidas estão consagradas”.

instituições na divulgação de tais dados. Daí o surgimento do conceito de *transparência*. No âmbito internacional, a transparência pode ser definida como característica de governos, empresas, organizações e indivíduos em serem abertos quanto à divulgação de informações quanto a planos, regras, processos e ações (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2009, p. 44).

Na doutrina brasileira, segundo leciona de Wallace Paiva Martins Junior (2010, pp. 33-34):

A identificação do princípio da transparência administrativa palmilha esse percurso, ligada, em última essência, à ideia-base do Estado Democrático de Direito. Em escala decrescente, o princípio da transparência administrativa é inerente do princípio democrático (princípio fundamental estruturante) e, à míngua de clara e precisa denominação normativo constitucional, resulta como o valor impresso e o fim expresso pelos princípios da publicidade, da motivação e da participação popular, como princípios constitucionais especiais ou subprincípios que a concretizam, uma vez que todos (isolada ou cumulativamente) apontam para a visibilidade da atuação administrativa e inspiram a produção de regras como o direito de petição, o direito de certidão e o direito à informação, tidos como mecanismos constitucionais essenciais no controle jurisdicional da transparência, legalidade, moralidade e proporcionalidade na gestão da coisa pública.

Ainda na lição do membro do Ministério Público paulista, quanto mais efetiva e extensa a transparência conferida pelos órgãos administrativos, mais eficiente será a administração (MARTINS JUNIOR, 2010, pp. 99 e ss.).

Já analisando a questão sob a égide do direito brasileiro, Arruda Neto (2010, pp. 236-238) prossegue na

decomposição do princípio da transparência, afirmando que estaria implícito no texto constitucional, extraído a partir de interpretação sistemática, sendo mais amplo do que o próprio princípio da publicidade, este apenas um primeiro estágio da transparência, ao lado da motivação e da participação popular.

No Brasil, o direito ao recebimento de informações de interesse coletivo ou geral dos órgãos públicos está previsto no inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição Federal, sendo a publicidade um dos princípios básicos da Administração Pública, nos termos do artigo 37, *caput* do texto constitucional.

Trata-se, segundo Homercher (2009, p. 99), da consagração do que Canotilho anotava em Portugal como “princípio da administração aberta”:

O “princípio da administração aberta” traduz um modelo antitético àquele que representava a administração pública clássica, de raiz *weberiana*, cujas ideias centrais são o estamento burocrático, o autoritarismo, onde o segredo era regra e a transparência a exceção. A administração clássica não poderia conceber uma ideia de cidadão, mas tão somente de súdito ou, em outra linguagem, ainda corrente, de administrado.

Já, o regime constitucional, que alberga o princípio da administração aberta, dá “*um decisivo passo na direcção da plena democratização da nossa vida administrativa*”, condicionando o agir da administração e de seus agentes ao efetivo controle dos cidadãos, pelo direito que lhe é facultado de se informar sobre as ações administrativas.

Araújo (2015, p. 82-83) distingue entre publicidade geral, como aquela do órgão oficial, e restrita, que reclamaria uma atitude positiva do administrado ou

interessado direto para sua obtenção junto ao órgão público.

Ainda na dicção de Pires e Moura (2017, p. 287-288):

Abrange o princípio da publicidade, o dever de ampla divulgação dos atos emanados pela Administração Pública pelos diversos meios de comunicação disponíveis de modo a garantir aos cidadãos o exercício do controle do grau de legitimidade dos agentes administrativos e de eficiência da promoção dos bens e serviços essenciais à sociedade.

Sob a irradiação do Princípio Democrático, a transparência administrativa erige-se como um dever que transcende a mera informação, mas conduz a visibilidade da atuação estatal e a viabilização da efetividade [sic] participação popular na deliberação pública acerca dos interesses socialmente almejados.

Torna-se, portanto, o princípio da transparência instrumental para a realização dos princípios da participação e da impessoalidade, bem como, garantindo a efetiva aplicação do controle da Administração Pública seja estatal – autotutela e *judicial review* – ou social – cidadãos e entidades da sociedade civil.

Nova roupagem para as distinções de Araújo mencionadas acima, a transparência administrativa não consubstancia “supraprincípio” ao da publicidade, mas tem sido frequentemente substituto deste último (SCHIRATO, 2013, p. 121-122).

3.2 Modalidades: transparência ativa e transparência passiva

A transparência administrativa subdivide-se, por sua vez, em ativa (ou proativa) e passiva (ou reativa). Diz-se ativa quando a informação é tornada pública por iniciativa de quem a detém, sem requerimento (DARBISHIRE, 2009, p. 3). Passiva, por sua vez, caracteriza a transparência nas situações em que a informação, embora pública, deve ser requerida para sua obtenção (BRANS, PETERS e VERBELEN, 2012, p. 27).

Não obstante a consagração do princípio no texto constitucional, apenas o trecho do preceito atinente às informações de cunho individual, mediante o uso do remédio constitucional do *habeas data*, havia sido regulamentado pela Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997. Naquele diploma legislativo, a maioria dos preceitos atinentes ao acesso à informação de caráter público foram vetados¹¹.

O movimento pela ampla divulgação de dados governamentais ganhou força a partir de 2003, com o fomento de políticas públicas e a criação de órgãos como a Controladoria Geral da União, resultado das tentativas de modernização da administração pública por meio da descentralização e da implantação de um modelo gerencial, na busca pela eficiência de resultados e flexibilidade de processos.

Consequência disso foi a adoção de modelos institucionais anglo-saxões sem preocupação com a cultura administrativa local, de forte teor patrimonialista, o que levou à necessidade de maior controle da atividade da Administração Pública¹².

A transparência administrativa, nessa linha de raciocínio, favorece a participação popular, de modo que o controle

¹¹ Os artigos 1º a 6º da Lei nº 9.507/97 deveria disciplinar a obtenção de informações dos órgãos públicos. O que se vê no texto remanescente aos vetos, no entanto, é um procedimento repleto de lacunas e, por isso mesmo, praticamente inexecutável.

¹² Nesse sentido, importante o histórico desenvolvido por MOURA (2016, pp. 41-42).

social exercido induz a implantação de políticas públicas e fiscais eficientes, numa postura mais “responsável e responsiva” do administrador público (SCHIRATO, 2013, p. 128), aproximando-se da ideia anglo-saxônica de accountability (MILESKI, 2006, p. 88 e 91)¹³.

3.3 Objeto da transparência: dado, informação e conhecimento

Muito se refletiu a respeito da conveniência de inclusão deste item no presente estudo. A diferenciação entre dado, informação e conhecimento implica o uso de conceitos interdisciplinares, além da menção à legislação nacional.

Assim, no âmbito da Ciência da Informação, segundo Setzer (1999, p. 12), dado é “uma sequência de símbolos quantificados ou quantificáveis”, o qual pode ser inserido num computador, processado e armazenado nele.

A informação, por sua vez, “é uma abstração informal (isto é, não pode ser formalizada através de uma teoria lógica ou matemática), que representa algo significativo para alguém através de textos, imagens, sons ou animação.” (SETZER, 1999, p. 12).

O conhecimento consubstancia “uma abstração interior, pessoal, de alguma coisa que foi experimentada por alguém”:

Nesse sentido, o conhecimento não pode ser descrito inteiramente - de outro modo seria apenas dado (se descrito formalmente e não tivesse significado) ou informação (se descrito informalmente e tivesse significado). Também não depende apenas de uma interpretação

¹³ Segundo Mileski, “*Accountability* é procedimento utilizado especialmente nos países anglo-saxônicos, não possuindo uma tradução para o português, podendo, numa tradução livre e genérica, ser entendida como responsabilidade no trato dos bens e dinheiros públicos, transparência e prestação de contas”.

pessoal, como a informação, pois requer uma vivência do objeto do conhecimento. Assim, quando falamos sobre conhecimento, estamos no âmbito puramente subjetivo do homem ou do animal. Parte da diferença entre ambos reside no fato de um ser humano poder estar consciente de seu próprio conhecimento, sendo capaz de descrevê-lo parcial e conceitualmente em termos de informação, por exemplo, através da frase "eu visitei Paris, logo eu a conheço" (estamos supondo que o leitor ou o ouvinte compreendam essa frase).

Em nossa caracterização, os dados que representam uma informação podem ser armazenados em um computador, mas a informação não pode ser processada quanto a seu significado, pois depende de quem a recebe. O conhecimento, contudo, não pode nem ser inserido em um computador por meio de uma representação, pois senão foi reduzido a uma informação. (SETZER, 1999, p. 12)

Os instrumentos, portanto, partem de um grau nulo de subjetividade (dado), para o grau máximo de aplicação subjetiva (conhecimento).

No âmbito da legislação brasileira, informação, segundo o artigo 4º, I da LAI, seriam "dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato".

A LGPD, além dos conceitos de dados pessoais e dados pessoais sensíveis vistos acima, em seu artigo 5º, IV, traz o conceito de banco de dados: "conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico". Ainda no âmbito dessa legislação, há o conceito de dado anonimizado como aquele de titular que não pode ser identificado (art. 5º, III).

O objeto da transparência administrativa, portanto, é justamente a informação, ou o “dado qualificado”, porquanto dotado de abstração informal que lhe confira significado e interesse à verificação da atuação administrativa para fins de controle e fiscalização.

3.4 Lei de Acesso à Informação

O ponto alto das políticas de transparência veio com a edição da Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação - LAI). Seu fio condutor é a ampla divulgação da informação governamental, enfatizando a transparência ativa, de modo que a publicidade é a regra geral e o sigilo a exceção (art. 3º, I), o que inclui informações atinentes aos agentes públicos. Toma-se aqui o conceito amplo de agente público, na dicção de Di Pietro (2007, p. 485), “toda pessoa física que presta serviços ao Estado ou às pessoas jurídicas da Administração Indireta”, e de Carvalho Filho (2008, p. 531), “conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem função pública como prepostos do Estado”.

O conceito de informação pessoal vem inserido no inciso IV do artigo 4º da LAI como sendo “aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”, sendo sua proteção garantida pelo disposto no artigo 6º, III¹⁴. A definição, no entanto, é extremamente ampla, sem uma definição exata – nem mesmo exemplificativa – do que seriam os dados pessoais.

O artigo 7º, por sua vez, elenca uma série de informações abrangidas pelo direito de acesso garantido

¹⁴Art. 6º Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a:

[...]

III - proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso.

pela legislação. O inciso VI trata da “informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos”. Com base neste inciso, entes governamentais têm divulgado nominalmente os valores percebidos mensalmente pelos agentes públicos a título de vencimentos.

Retorna-se, neste ponto, aos questionamentos da introdução ao presente trabalho: a divulgação de tais informações, no momento em que identificam nominalmente os indivíduos junto aos valores percebidos a título de vencimentos mensais, extrapolariam o conceito de transparência, uma vez que consubstanciaríamos informações de caráter pessoal e o dever de informar refere-se exclusivamente à administração pública e seus órgãos? O dever de transparência não estaria atendido apenas com a divulgação proativa dos valores, sem identificação? O regime de proteção de dados pessoais trazido pela LGPD, em conjunto com a LAI, permitiriam uma nova interpretação, para a efetiva e igualitária garantia do direito à privacidade dos indivíduos?

As duas primeiras dúvidas foram alvo de judicialização antes mesmo da edição da Lei, contando com pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

3.5 Tutela da transparência administrativa e a divulgação de informações e dados econômicos de agentes públicos no direito brasileiro.

O Município de São Paulo passou a divulgar a relação de seu quadro de servidores e a respectiva remuneração de cada qual, nos termos do disposto na Lei Municipal nº 14.720/08 e Decretos ns. 50.070/08 e 50.514/09.

Foram impetrados diversos mandados de segurança com o intuito de ocultar o nome dos servidores municipais que se sentiram violados em sua privacidade pela divulgação identificada dos vencimentos, uma vez que

estariam mais vulneráveis em relação aos indivíduos da iniciativa privada, não sujeitos a tal divulgação.

A questão chegou ao STF por meio da Suspensão de Segurança nº 3.902 ajuizada pelo Município de São Paulo. Em sede de Agravo Regimental, o Plenário daquela Corte assim pronunciou-se sobre a questão¹⁵ :

Ementa: SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO QUE IMPEDIAM A DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL, DE INFORMAÇÕES FUNCIONAIS DE SERVIDORES PÚBLICOS, INCLUSIVE A RESPECTIVA REMUNERAÇÃO. DEFERIMENTO DA MEDIDA DE SUSPENSÃO PELO PRESIDENTE DO STF. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS, NELES EMBUTIDA A FOLHA DE PAGAMENTO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDOR

PÚBLICO. AGRAVOS DESPROVIDOS. 1. Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade. 2. Não cabe, no caso, falar de

¹⁵AgR-AgR-SS nº 3902, Relator o Ministro AYRES BRITTO, DJe 30.09.2011.

intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo “nessa qualidade” (§6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. 3. A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O “como” se administra a coisa pública a preponderar sobre o “quem” administra – falaria Norberto Bobbio -, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana. 4. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública. 5. Agravos Regimentais desprovidos.

Com as devidas vênias ao entendimento jurídico exposto no acórdão, não parece ser esta a conclusão a que se chega quando da análise dos contornos do direito constitucional à privacidade, como se verá a seguir.

Após a edição da Lei de Acesso Informação (Lei Federal nº 12.527/11), novo pronunciamento do Supremo, em sede de Agravo em Recurso Extraordinário (ARE nº 652.777, Relator o Ministro TEORI ZAVASCKI, DJe 01.07.2015) não analisou as questões de ilegalidade e inconstitucionalidade suscitadas, nem a questão de mérito à luz da legislação federal, limitando-se a transcrever a argumentação expendida no voto do Relator da Suspensão de Segurança mencionada supra.

A transparência administrativa é princípio afeto à Administração Pública e não ao indivíduo que ingressa na carreira pública. Diferente do que mencionado pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento da SS nº 3902, não há um “contrato de publicidade” firmado por quem ascende ao serviço público brasileiro, no sentido de que o indivíduo abre mão de sua privacidade quanto à divulgação de seus dados funcionais, incluídos seus vencimentos.

Ao contrário, a própria ementa expõe os pontos fracos do raciocínio ora prevalecente no Supremo Tribunal quanto à matéria:

E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, *claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate*, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, *é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano.* (grifamos).

No caso específico do ordenamento brasileiro, a edição da Lei Geral de Proteção de Dados, além de consagrar a privacidade como fundamento e direito do titular do dado pessoal (artigos 2º, I e 17), traz elementos que permitem ao Poder Público a mitigação – ou mesmo a

eliminação - das fragilidades e danos advindos da divulgação de dados econômicos dos servidores.

O artigo 23 é expresso ao cuidar do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, mencionando que o procedimento naquela seara “deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público”, conferindo à Autoridade Nacional de Proteção de Dados capacidade normativa quanto às formas de publicidade das operações de tratamento (art. 23, § 1º).

Dentre os princípios que regem a atividade de tratamento de dados pessoais, quatro merecem destaque quanto ao tema ora tratado: finalidade, adequação, necessidade e prevenção:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

[...]

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

Os princípios elencados supra adentram a seara da proporcionalidade, que no âmbito administrativo “limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais” (CUNHA JUNIOR, 2009, p. 50).

Conforme assinala Virgílio Afonso da Silva em artigo sobre o tema, a regra da proporcionalidade subdivide-se em três elementos: *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito* (2002, p. 34). A análise de uma precede a da outra, de sorte que não há necessidade de avaliação de todas elas no caso concreto. A adequação analisa a aptidão do ato a cumprir o resultado *fomentado*¹⁶.

Pelo elemento da necessidade, “[u]m ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.” (SILVA, V.A., 2002, p. 39).

Conforme leciona Gabriella Racca (2015, p. 44), em atenção ao chamado “princípio da necessidade”, vigente em matéria de proteção de dados pessoais, deve-se reduzir ao mínimo a utilização de dados pessoais ou que identifiquem a pessoa quando não for estritamente necessário. Assim, quando a divulgação dos dados pessoais exceda a finalidade da transparência, tais informações devem ser omitidas quando dispensáveis ou não pertinentes.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito implica o sopesamento entre a restrição do direito fundamental e a realização do direito fundamental que com aquele colide.

A partir desse raciocínio, o tratamento dos dados econômicos dos agentes públicos deve ser tal que não desborde dos limites da transparência da Administração

¹⁶ Sobre o termo *fomentado* em lugar de *alcançado*, verificar as observações de Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 37).

Pública – e não do indivíduo – por meio de expedientes necessários ao controle orçamentário e financeiro, sem exposição desnecessária que cause dano à pessoa que integra os quadros administrativos. Tratamento diferenciado consubstancia, sim, desproporção desnecessária em relação aos indivíduos que laboram na iniciativa privada.

Há que se considerar, também, a questão do uso *secundário* do dado pessoal, isto é, o desvirtuamento do uso do dado em relação à sua finalidade. Nesse sentido, tratando a finalidade como princípio, a lição de Danilo Doneda (2015, p. 378):

O princípio da finalidade pode ser tomado como corolário do pressuposto segundo o qual a informação pessoal, como expressão direta da personalidade de seu titular, nunca perde seu vínculo com este. Antes de ser meramente abstrata e sujeita à livre disposição, esta informação, à medida que identifica alguma característica de uma pessoa, permanece sempre vinculada a ela, e sua utilização pode refletir diretamente para o seu titular.

É justamente neste espaço entre a maleabilidade da informação pessoal em si e a necessidade de estabelecer um mecanismo de controle efetivo da pessoa sobre ela que se inserem as regras específicas sobre proteção de dados.

No caso específico, através do princípio da finalidade, é possível estabelecer um mecanismo que evite a chamada utilização secundária da informação pessoal à revelia do seu titular. Este princípio é tanto mais importante ao se levar em conta que, quebrando-se o vínculo entre o consentimento do uso dos dados pessoais para um fim específico, estar-se-ia abrindo a possibilidade para qualquer uso secundário da informação pessoal e, por consequência, tornando inócuos

outros meios de proteção e controle desta informação por parte do seu titular.

Não há que se falar, por outro lado, no enquadramento do tratamento conferido pela transparência administrativa nas exceções do artigo 4º da LGPD, notadamente seu inciso III, eis que trata de situações atinentes a questões relativas à segurança, uma situação de exceção e transitória.

A partir do quanto exposto, não se nega a necessidade de divulgação dos dados atinentes aos vencimentos pagos aos servidores públicos. É possível a divulgação, *em sede de transparência ativa*, de tais informações de modo anonimizado, mencionando-se tão somente o cargo em questão. A identificação nominal seria possível na *modalidade passiva da transparência*, incluindo-se a necessidade de motivação do pedido, porquanto informação de caráter pessoal. Pode-se, ademais, restringir-se a divulgação proativa aos altos cargos da estrutura administrativa, solução adotada por outros países, como se verá adiante.

Outra possibilidade encontra-se no bojo da própria SS nº 3902, como se vê na decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, em sede de apreciação de medida liminar¹⁷:

Contudo, a forma como a concretização do princípio da publicidade, do direito de informação e do dever de transparência será satisfeita constitui tarefa dos órgãos estatais, nos diferentes níveis federativos, que dispõem de liberdade de conformação, dentro dos limites constitucionais, sobretudo aqueles que se vinculem à divulgação de dados pessoais do cidadão em geral e de informações e dados públicos que podem estar justapostos a dados

¹⁷ SS nº 3902, decisão monocrática, Relator o Ministro GILMAR MENDES, DJe 04.08.2009.

peçoais ou individualmente identificados de servidores públicos que, a depender da forma de organização e divulgação, podem atingir a sua esfera da vida privada, da intimidade, da honra, da imagem e da segurança pessoal. Assim, diante do dinamismo da atuação administrativa para reagir à alteração das situações fáticas e reorientar a persecução do interesse público, segundo novos insumos e manifestações dos servidores, do controle social e do controle oficial, por exemplo, deve-se a municipalidade perseguir diuturnamente o aperfeiçoamento do modo de divulgação dos dados e informações, bem como a sua exatidão e seu maior esclarecimento possível. Nesse sentido, a Administração poderá sempre buscar soluções alternativas ou intermediárias. No caso em questão, uma solução hipoteticamente viável para a finalidade almejada seria a substituição do nome do servidor por sua matrícula funcional. Novas soluções propostas à Administração são sempre viáveis para aperfeiçoar a divulgação de dados que privilegiem a transparência e busquem preservar, ao mesmo tempo, a intimidade, a honra, a vida privada, a imagem e a segurança dos servidores (e daqueles que dele dependem).

É importante notar que a adoção de alternativas não compromete a efetivação do dever de transparência da Administração. Esse entendimento, por sua vez, não difere do que vem sendo adotado por outros países¹⁸

Nesse sentido, importante mencionar, no campo empírico, estudo elaborado pela Secretaria de Reforma do Judiciário (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013, pp. 59-63) em que foram formulados requerimentos relacionados a

¹⁸ Relembre-se, neste ponto, a advertência de Rodotà em relação à circulação de informações de caráter econômico.

informações sobre a remuneração de determinados membros do Poder Judiciário do Reino Unido, Canadá, Costa Rica, Chile e México.

O pedido foi encaminhado a cada uma das cortes supremas daqueles países, solicitando a lista com os nomes e correspondentes salários - bruto e líquido - recebidos pelos juízes dos respectivos tribunais. México e Reino Unido não responderam à solicitação (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013, p. 60). O Canadá disponibiliza a informação da remuneração bruta em seu sítio na internet, sem a divulgação dos nomes dos magistrados (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013, p. 60). A Costa Rica divulgou os valores bruto e líquido dos respectivos cargos, argumentando que segundo lei própria de proteção de dados pessoais os salários individuais não poderiam ser divulgados (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013, p. 61). O Chile, igualmente, disponibiliza o *link* para as respectivas informações, sem declinar os nomes dos juízes (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013, p. 61).

A legislação italiana dedica artigos específicos para cada tipo de cargo da Administração Pública, indicando quais as informações devem ser publicadas. Assim, no Decreto Legislativo nº 196 de 2003, a obrigação de publicação da remuneração com indicação nominal está prevista em relação aos integrantes de órgãos de caráter político (cargos eletivos ou de exercício de poder político - art. 14, 1, c¹⁹), titulares de cargos de direção e de colaboração ou consultoria (art. 15, 1, d²⁰) e de cargos em

¹⁹ Art. 14 - Obblighi di pubblicazione concernenti i componenti degli organi di indirizzo politico [...]

c) i compensi di qualsiasi natura connessi all'assunzione della carica; gli importi di viaggi di servizio emissioni pagati con fondi pubblici;

²⁰ Art. 15 - Obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi dirigenziali e di collaborazione o consulenza

[...]

d) i compensi, comunque denominati, relativi al rapporto di lavoro, di consulenza o di collaborazione, con specifica evidenza delle eventuali componenti variabili o legate alla valutazione del risultato.

comissão ocupados pelos servidores públicos (art. 18, 1)²¹. No que tange ao custo de pessoal, seja a tempo determinado ou indeterminado, a obrigação prevista em lei determina apenas a publicação do custo anual de maneira complexiva e distribuído entre as diversas qualificações e áreas profissionais, sem a declinação dos nomes dos funcionários.

A omissão dos nomes na divulgação proativa da informação, como se vê, não impede que se averigue a gestão dos recursos públicos. Se houver alguma dúvida em relação à percepção de determinado valor por parte do servidor, sua identificação poderia ser fornecida pelos instrumentos da chamada transparência passiva, por meio de requerimento motivado.

4 Conclusão

Os movimentos responsáveis pelo aumento do controle social da atividade administrativa, no afã de garantir-se a maior transparência possível na gestão dos recursos públicos, têm desbordado de alguns limites básicos

Em tradução livre: Art. 15 - Obrigações de publicação relativas aos titulares de tarefas gerenciais e de colaboração ou consultoria
[...]

d) a remuneração, em qualquer caso denominada, relacionada ao vínculo empregatício, de consultoria ou de colaboração, com evidência específica de quaisquer componentes variáveis ou vinculada à avaliação do resultado.

²¹ Art. 18 - Obblighi di pubblicazione dei dati relativi agli incarichi conferiti ai dipendenti pubblici

1. Le pubbliche amministrazioni pubblicano l'elenco degli incarichi conferiti o autorizzati a ciascuno dei propri dipendenti, con l'indicazione della durata e del compenso spettante per ogni incarico.

Em tradução livre: Art. 18 - Obrigações de publicação de dados referentes às tarefas atribuídas aos funcionários públicos

1. As administrações públicas publicam a lista de tarefas atribuídas ou autorizadas a cada um de seus funcionários, indicando a duração e a remuneração devida por cada tarefa.

fundamentais dos indivíduos no que tange à divulgação de dados e informações dos agentes públicos.

A privacidade do indivíduo não se garante apenas pela proteção dos dados estritamente pessoais, como endereço residencial ou número de documento oficial, ou sensíveis, como o estado civil, orientação sexual, política ou religiosa.

A divulgação nominal dos valores percebidos a título de vencimentos pelos agentes públicos consubstancia clara violação ao direito à privacidade, na medida em que os tornam mais vulneráveis em relação aos indivíduos sujeitos ao regime privado das relações de trabalho, numa flagrante violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A divulgação de tais dados permite a qualquer indivíduo que tenha acesso à internet saber o valor percebido mensalmente pelo agente público, facilitando a prática de crimes de extorsão, por exemplo, ou até mesmo de debates e confrontações da vida doméstica diária e práticas de *marketing* direcionadas. Em última análise, o poder público estaria tratando dados de modo gratuito à iniciativa privada, permitindo-se o uso indiscriminado para além das finalidades da transparência administrativa.

O acesso indiscriminado a este tipo de informação, sem nenhum tipo de motivação no pedido, acaba por deturpar a finalidade da divulgação de dados públicos com o intuito de controle orçamentário-financeiro da Administração Pública.

A exposição do nome do agente público, por sua vez, causa situações constrangedoras ao indivíduo, vulnerando-o, consubstanciando violação direta ao direito constitucional à privacidade. Os rendimentos auferidos lícitamente pelo indivíduo comum para sua sobrevivência integram sim a esfera de sua privacidade, não impedindo que haja investigação nos casos de suspeita de origem ilícita ou incompatibilidade com os chamados "sinais exteriores de riqueza", mencionados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da SS nº 3.902.

Parte da doutrina, porém, vê tal entendimento como “ultrapassado”, porquanto arraigado à dicotomia público/privado e principalmente porque a LGPD consagra a boa-fé no tratamento das informações de cunho público, conforme Biondi (2019, p. 269):

Nesse sentido, o § 3º do art. 7º da LGPD ressalva expressamente que o tratamento de “dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização” Com isso, a norma propõe justamente romper com esse pensamento binário entre o público e privado ao ressaltar que se deve levar em consideração o contexto pelo qual tais dados são publicamente acessíveis.

Por exemplo: a) se, para fins de transparência, o Poder Público divulga os nomes, os cargos e a renda dos servidores, tal base de dados dificilmente poderia ser reutilizada para fins de *marketing*. Por outro lado, seria possível o seu uso para diagnosticar eventual nepotismo na Administração Pública;

Sabe-se que a mera menção à boa-fé não é suficiente para impedir-se o uso da base de dados em ações de *marketing*, como vem ocorrendo amiúde.

E ainda que se exclua a questão atinente à segurança do indivíduo e sua exposição a práticas incompatíveis com a finalidade da transparência, permanece a incongruência entre a divulgação de dados atinentes à situação econômica do indivíduo e sua esfera de intimidade. Nesse sentido, Rigolin (2012, p. 17), de maneira contundente:

Não podem as bandeiras de transparência e de ampla visibilidade das contas públicas descambar para o terreno da devassa, da

violação à intimidade pessoal de ninguém, nem da afronta a normas de segurança e de proteção individual dos agentes públicos, ao título que for e sob a alegação que acorra à mente da autoridade política.

A Lei Geral de Proteção de Dados, como se viu, tem como fundamento o respeito à privacidade e disciplina o modo como deve ser procedido o tratamento dos dados pessoais no âmbito da Lei de Acesso à Informação, promovendo o diálogo entre os institutos.

Cumpra-se notar que a reflexão ora proposta não configura hipótese de conflito de princípios e regras jurídicas, a exigir algum tipo de ponderação, mas sim de mera interpretação, sistemática e teleológica, no que tange à extensão dos direitos fundamentais à informação e à privacidade, bem como da novel legislação atinente à proteção de dados pessoais.

Os preceitos normativos aí estão, permitindo-se a adoção de nova compreensão a respeito do tema, consentânea com o texto constitucional e sem a preponderância de um sobre o outro, respeitando-se a *proporcionalidade* e a *razoabilidade*.

Ao fim e ao cabo, o tema tratado no presente artigo confirma a necessidade de aprofundamento do debate principalmente no âmbito acadêmico, proporcionando uma visão pluralista que contribua para eventual aprimoramento do entendimento jurisprudencial ora vigente.

REFERÊNCIAS

ANTONIALI, Dennys; CRUZ, Francisco Brito. **Privacidade e Internet: desafios para a democracia brasileira**. São Paulo: Fundação Fernando Henrique Cardoso, 2017.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ARRUDA NETO, Pedro Thomé de. Princípio constitucional da transparência na administração e Ministério Público: inter-relações e possibilidades da accountability no Brasil. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Brasília, n.4, p. 236-238, 2010. Disponível em <<http://www.mpdft.gov.br/revistas/index.php/revistas/article/view/39>>, acessado em 16.10.2019.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro, Forense, 2019.

BOZZETTO, Roberto Adil. A divulgação nominal da remuneração dos servidores públicos à luz dos princípios constitucionais da publicidade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada: uma análise da Lei 12.527/2011 e da sua regulamentação pelo Decreto 7.724/11 e pela Resolução nº 151 do Conselho Nacional de Justiça. In: **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 58, fev. 2014. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Roberto_Bozzetto.html>, acessado em 17.10.2019.

BRANS, Marleen; PETERS, B. Guy e VERBELEN, Bart (Orgs). Rewards at the top: cross-country comparisons across offices and over time. In: **Rewards for High Public Office in Europe and North America**. New York: Routledge, 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Desafios da transparência no sistema de justiça brasileiro**. Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário, 2013.

CAFFERATA, Santiago Díaz. El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas para una ley. **Lecciones y Ensayos**, n. 86, p. 151-185, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1991.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 19ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. Podium, 2009.

DARBISHIRE, Helen. **Proactive transparency: the future of the right to information?** Washington DC: World Bank Institute, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DONEDA, Danilo. Princípios de Proteção e dados pessoais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Direito e Internet III: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)**. Tomo I. São Paulo, Quartier Latin, 2015. pp. 369-384.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

GONÇALVES, Luciana Helena. O direito ao esquecimento no marco civil da internet: real ampliação da proteção ao direito à privacidade? In: CELLA, José Renato Gaziero; ROVER, Aires Jose e NASCIMENTO, Valéria Ribas do (Org.). **Direito e novas tecnologias**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

HOMERCHER, Evandro Teixeira. **O princípio da transparência e o direito fundamental à informação administrativa**. Porto Alegre: Padre Reus, 2009.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MILESKI, Helio Saul. Controle social: um aliado do controle oficial. **Interesse Público- IP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 36, p. 85-98, mar./abr. 2006.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira; MOURA, Emerson Affonso da Costa. Controle Social da Administração Pública, Transparência Administrativa e Acesso à Informação: Análise Comparada da Lei Brasileira nº 12.527 de 2011 e da Lei Espanhola nº 19 de 2013. In: MEZZARROBA, Orides; GARCIA ROCA, Francisco Javier (Org.) **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI/Universidad Complutense de Madrid**, v. 1, Madrid: Laborum, 2015, p. 275-295.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito Privado**. t. II, Campinas: Bookseller, 2000.

RACCA, Gabriella. **La trasparenza e la qualità delle informazioni come forma diffusa di controllo sulle amministrazioni pubbliche**. Torino: Università di Studi di Torino – UNITO, 2015.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Transparência não é devassa, nem na Lei n. 12.527/2011. **Revista JAM Jurídica**. Salvador, ano XVII, n. 8, p. 15-20, ago. 2012.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância - a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHIRATO, Renata Nadalin Meireles. Transparência administrativa, participação, eficiência e controle social: direito administrativo em evolução? In: ALMEIDA, Fernando

Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.117-137.

SETZER, Valdemar. Dado, informação, conhecimento e competência. In: **DataGramZero: Revista de Ciência da Informação**, Rio de Janeiro, n. 0, dez. 1999. Disponível em: <<https://www.ime.usp.br/~vwsetzer/datagrama.html>>, acessado em: 12.02.2019.

SILVA, Fernando Rodrigues da. **Limites e possibilidades de disposição do direito à privacidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro atual**, 2014. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/28844>>, acessado em 29.03.2019.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, n.798, 2002, pp.23-50.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **The anti-corruption plain language guide**. 2009. Disponível em <https://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Wirtschaft/TI_Plain_Language_Guide_280709.pdf>, acessado em 01.06.2019.

WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. The right to privacy. In: **Harvard Law Review**, n. 4, p. 193-220, 1890.

O Naufrágio da Lei: História e Crise

Roberto Angotti Junior¹

RESUMO: A crise do modelo legal, diretamente ligada à forma artificial com que este foi implantado na modernidade, traz consigo a prevalência da jurisprudência como fonte do direito no que hoje conhecemos como "Estado Constitucional". Essa preponderância epistemológica reflete-se historiograficamente, na medida em que cada vez mais a jurisprudência tende a firmar-se como fonte histórica do direito.

PALAVRAS-CHAVE: História do Direito. Modernidade. Crise do modelo legal. Estado Constitucional. Jurisprudência.

ABSTRACT: The crisis of the legal model, directly tied to the artificial way in which this was implemented in modernity brings with it the prevalence of jurisprudence as a source of law in which we know today as "Constitutional State". This epistemological dominance is reflected historiographically as, increasingly, the jurisprudence tends to establish itself as a historical source of law.

KEYWORDS: History of Law. Modernity. Crisis of the legal model. Constitutional State. Jurisprudence.

1 Introdução

¹ Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura. Procurador do Município de São Paulo. Coordenador do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo.

Suponhamos que lei e jurisprudência estivessem a bordo de um naufrágio. Qual delas deveria ser objeto dos primeiros cuidados de resgate por parte do historiador? Significa, na verdade, perguntar: Qual destas duas fontes formais do direito brasileiro vigente é a mais importante sob o aspecto historiográfico? Entre lei e jurisprudência, qual na atualidade estaria apta a produzir a melhor história? Nossa hipótese é: ante a crise vivida pelo modelo legal, cada vez mais a jurisprudência tende a se firmar como fonte histórica preponderante do direito. A crise do modelo epistemológico da lei tem total relação com a perda, para nós, cada vez mais acentuada e visível, de sua importância histórica.

Antes de tudo, entretanto, é necessário esclarecer que temos plena consciência de que as fontes históricas do direito, reconhecidamente, não se resumem às fontes formais do direito. Aliás, a depender do tempo e do espaço, podem ser mesmo as de menor relevância. Com efeito, como ensina José Reinaldo de Lima Lopes, fazer história do Direito significa ingressar no universo tridimensional representado pelas fontes, pela cultura e pelas instituições². De nossa parte, pararemos nas primeiras, sem prejuízo de uma eventual incursão transversal em algumas das demais, que ficarão claras ao longo do texto.

Por outro lado, deixemos desde já outro corte epistemológico estabelecido. Sem entrar no imbróglio da classificação das fontes do direito, trataremos aqui apenas do que se pode se chamar “fontes formais estatais”, ou seja, a lei, em sentido estrito, e a jurisprudência, deixando de lado os princípios, pela sua estrutura fluída e aberta, assim como analogia e equidade, as últimas também tidas hoje como de pouca importância.

Já os motivos pelos quais se deixará de lado também o costume são um pouco diversos. Se sob a perspectiva da aplicação do direito o costume é, quiçá, hoje uma das fontes menos invocada, sob a perspectiva histórica sua importância

² *O Direito na História: Lições Introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2012, pág. 08.

é imensurável na medida em que se dilui no espectro das práticas sociais, que hoje representam umas das mais relevantes ferramentas do historiador³. Por isso sua análise mereceria um estudo específico sob um enfoque absolutamente diverso.

De outro lado, a doutrina assume um papel relevantíssimo no âmbito da história das ideias. Contudo, por não estar imantada pelo elemento político, não nos parece viável fazer uma análise comparativa adequada em relação à lei.

Assim, atendo-se à dicotomia “legislação x decisão judicial”, o que se pretende demonstrar é que a chamada “crise da lei” vem impondo uma tendência de preponderância teórica e, por conseguinte, histórica, da jurisprudência no direito brasileiro.

2 Uma breve defesa metodológica

É inegável a profunda ligação de contraposição e complementaridade entre a pesquisa histórica, que nega e revoluciona a aceitação teórica, e a teoria da história, que sistematiza e dá coerência aos fatos e documentos históricos.

Antonio Manuel Hespanha, com sua costumeira precisão, aborda a questão da intersecção entre história e teoria do direito. Em *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva de um Paradigma*⁴, o autor admite a pretensão de interessar, a um só tempo, a juristas e historiadores. Aos primeiros, através dos argumentos que podem ser tirados da experiência histórica. Aos últimos, com a apresentação dos modelos que decorrem das “perspectivas actualistas” sobre o direito.

³ LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. *História das Ideias, das Instituições e Teoria do Direito (no prelo)*.

⁴ In *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, págs. 07/58.

Sob a perspectiva do *métier* do historiador, Paolo Grossi expõe o problema da seguinte forma:

Acredito piamente... que um dos papéis, e certamente não o último, do historiador do direito junto ao operador do direito positivo seja o de servir como sua consciência crítica, revelando como complexo o que na sua visão unilinear poderia parecer simples, rompendo as suas convicções acríticas, relativizando certezas consideradas absolutas, insinuando dúvidas sobre lugares comuns recebidos sem uma adequada confirmação cultural. O historiador também pode esconder-se no outro papel, o de erudito conhecedor do passado próximo e remoto. Papel que não hesito em considerar – em relação ao primeiro – nobre mas menor e, no fundo, ao qual se pode renunciar.⁵

Como adverte o autor, embora não seja tarefa do historiador fazer propostas operativas, este pode utilizar a sua consciência tendo o sentido da linha histórica para incentivar o espírito crítico do observador e projetador do presente⁶.

Assim, com base numa brevíssima digressão histórica, pretendemos localizar uma tendência prospectiva que coincide justamente com a hipótese de trabalho ora sustentada.

3 O paradigma da lei: história e crise

⁵ *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2007, pág. 13.

⁶ Op. cit., pág. 117.

Falar de “crise da lei” hoje é lugar comum. Hespanha⁷ é absolutamente preciso ao tratar o tema: “se podemos questionar a terapêutica, já o diagnóstico é, em contrapartida, inquestionável”. Daí porque não convém despendar esforço em comprovar o fato instaurado. O que se apresenta aos olhos daquele que pretende fazer história só lhe interessa como um marco comparativo de compreensão historiográfica.

De toda forma, parece importante demarcar de que modo chegamos a tal situação, no que não se prescinde de uma breve análise histórica, ainda que despreziosa e fundada tão somente em fontes secundárias. Nesse sentido, servirão de base as ideias de Paolo Grossi, Antonio Manuel Hespanha e José Reinaldo de Lima Lopes, com eventual consulta às obras históricas, como o primeiro de "Os Seis Livros da República" de Jean Bodin e os "Ensaaios" de Michel de Montaigne.

3.1 Esboço histórico

O direito precede a lei do Estado centralizado e soberano. A ordem jurídica na perspectiva medieval caracterizava-se por um poder político ainda em gestação. O direito se manifestava então primordialmente nos costumes, numa fusão de social e jurídico, sendo seus produtores não os legisladores, mas os juristas⁸, e mesmo simples operadores imersos nas práticas dos bens e

⁷ HESPANHA, Antonio Manuel. *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva de um paradigma*. In *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*, págs. 07/58. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, pág. 9.

⁸ Donald Kelley em seu artigo *Jurisconsultus Perfectus: The Lawyer as Renaissance Man* demonstra com nitidez a prevalência do papel do jurista até o final da idade média: “*The legal profession, too, was exalted. With rhetorical self-indulgence modern jurists began to take up the ancient formula that jurisprudence was vera philosophic true philosophy, and they did not scruple to claim precedence for it over all other disciplines. 'Not content with the glory of being identified with the highest philosophy', wrote Leibniz in 1667, 'jurisprudence is driven to occupy alone the throne of wisdom'.*”

negócios. Em poucas palavras, o *ius comune* medieval não era essencialmente legislado, mas doutrinário e costumeiro⁹. Como bem sumariza José Reinaldo de Lima Lopes¹⁰

do ponto de vista do direito, a sociedade medieval não se encontra ordenada por um sistema jurídico monista, isto é, um sistema em que tudo o que é jurídico depende de um ato de vontade de um soberano (seja ele o príncipe, o papa, o povo, representado ou em assembleias).

Esse direito, difuso, cede lugar com a centralidade política advinda do surgimento da figura do Príncipe: insular, onicompreensiva e antipluralista. Tal processo é espetacularmente típico no reino da França, verdadeiro laboratório da modernidade. É na história da Monarquia Francesa entre os séculos XI e XVIII que paulatinamente surge a percepção da essencialidade do direito como ferramenta estatal.

De um estado essencialmente jurisdicional, passa-se a um Estado também legislador. Sob a égide do antigo regime, a crescente atividade legislativa do soberano ainda convive com o direito romano e canônico ensinado nas universidades e os costumes locais. Mas gradualmente dissipa-se a ideia de lei enquanto *ius*, passando a significar *loy*, em sentido estrito e moderno, como ato de vontade do soberano, dotada de rigidez e generalidade e, na ampla maioria das vezes, absolutamente desvinculada de qualquer conteúdo que a legitimasse e refratária à ideia de bem comum.

Da combinação das ideias do jusnaturalismo moderno e do iluminismo, nasce a iniciativa de codificar o

⁹ *Curso de História do Direito*. São Paulo: Método, 2009, pág. 31.

¹⁰ *O Direito na História*. São Paulo: Atlas, 2010, pág. 143.

direito, que, apesar das resistências enfrentadas em toda Europa, torna-se vitoriosa ao final do Século XVIII.

O surgimento da concepção do direito como ciência, baseado nas ideias de sistematicidade e previsibilidade das ciências naturais, e o fortalecimento do Estado Nacional centralizador, dão cabo de instituir um modelo legal que já podemos dizer próximo daquele que conhecemos hoje.

Levada a cabo a tarefa da modernidade, uma parte rica e vital do ordenamento jurídico foi reprimida por uma mitologia ideológico-jurídica repressora. Em poucas palavras, estava talhado o que Grossi chama de “mito imperativista” criado em torno da autoridade política, consolidado pelo positivismo kelseniano¹¹.

E embora daí já se tenha percorrido algum tempo, o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal em vigor prova que muito pouca coisa mudou: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

3.2 O modelo constitucional

É fato que o quimérico dispositivo constitucional acima citado, está inserido numa ordem constitucional que vem, de alguma forma, mitigar essa aridez da lei positiva.

É claro que, há algum tempo, principalmente por intermédio das chamadas Cortes Constitucionais, tem se buscado alternativas para o modelo formal de uma norma editada pela autoridade, independentemente do conteúdo material.

Aquilo que alguns chamam “Estado Constitucional”¹² representaria um novo modelo jurídico em que um documento passaria a ocupar o vértice do ordenamento, servindo como parâmetro para uma avaliação formal e

¹¹ *Mitologias jurídicas da modernidade*, pág. 15.

¹² FONSECA, Ricardo Marcelo. *A jurisprudência e o sistema das fontes no Brasil: uma visão histórico-jurídica*, pág. 30 e segs.

material da lei ordinária, por, em tese, consubstanciar as forças sociais de uma determinada comunidade política.

A ideia é que o judiciário analise a conformidade de uma lei em relação a uma lei de maior gabarito. Como que admitindo que o legislador ordinário é passível de erro, mas o legislador constituinte é perfeito. Trata-se de uma estratégia que mais revela do que esconde a insuficiência da dogmática engendrada. Ou seja, criou-se um novo artifício legal para suprir o vazio do artifício anterior.

Embora claramente insuficiente e passível de críticas, é uma louvável tentativa de apoio em parâmetros principiológicos que busquem sindicatizar o conteúdo da norma. E, para o escopo do nosso trabalho, apenas vem a reforçar a hipótese inicial levantada.

Com efeito, é claro que a adoção de tal modelo afeta o modelo das fontes formais conferindo preponderância à jurisprudência, na medida em que a última palavra sobre a validade da lei passa a ser dada pelo Poder Judiciário.

4 A preponderância jurisprudencial

Aqui recolhemos, afinal, a ideia de ligar história e teoria. Se a jurisprudência tende a se tornar fonte preponderante do direito em face da crise da lei, para nós, isso também tem sua relevância historiográfica.

Voltamos na nossa questão inicial. Porque ao buscar o direito na história deve o historiador dar prevalência à jurisprudência em relação à lei?

Primeiramente porque o verdadeiro sentido do direito não está na lei, mas na norma extraída da lei mediante a sua aplicação. Só após o julgamento consegue-se dar o real significado ao texto legal.

Sabido que a história não prescinde da noção de sentido, o papel do historiador é recompor os sentidos históricos. O direito só é capaz de ser objeto da história porque é um campo do saber portador de sentido. Por isso uma lei sem aplicação é uma lei sem sentido histórico.

No nosso pensar, cabe à jurisprudência atribuir à lei um sentido adequado ao momento histórico vivido nas práticas sociais. Em outras palavras, a jurisprudência acompanha as práticas sociais mediante a atribuição de sentido à lei. Mas há ainda outro enfoque.

Marc Bloch¹³, ao tratar da diversidade dos fatos humanos à unidade da consciência, bem detecta a insuficiência da lei como fonte histórica:

Será que para explorar a vida da família, quer se trate da pequena família matrimonial de hoje, vivendo perpétuas sístoles e diástoles, ou da grande linhagem medieval — essa coletividade cimentada por uma rede fortíssima de sentimentos e de interesses —, basta enumerar uns depois dos outros os artigos de um direito de família qualquer?

José Reinaldo de Lima Lopes¹⁴, com base em Fernand Braudel, coloca com muita propriedade a tendência cada vez mais crescente a uma preponderância da história da “vida material”. Ao lado do ritmo das civilizações e das sociedades, há o “ritmo nervoso do tempo dos acontecimentos conjunturais e cotidianos”. Hoje, reconhece-se: uma boa história não prescinde do conhecimento dos eventos triviais.

E é na jurisprudência que encontramos as particularidades do cotidiano. Via de regra, leis sem aplicação são leis sem importância histórica. Em contrapartida, as práticas sociais, independentemente de previsão legal, muitas vezes são reconhecidas na jurisprudência, como veremos no exemplo abaixo. Ou seja, se você pode encontrar um instituto previsto em lei sem qualquer relevância em determinado período histórico, isso não acontece com a jurisprudência. Tudo que passa pelo

¹³ *A Apologia da História, ou, O Ofício de Historiador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, pág. 131.

¹⁴ *O Direito na História*, pág. 5 e seguintes.

Poder Judiciário de alguma forma, algum dia, representou um conflito social que deve ser levado em conta pelo historiador.

O direito, antes de ser poder, norma, é uma dimensão da vida social. A jurisprudência é o liame entre o campo político representado pela lei e o campo social representado pelos fatos. Posso fazer a história das leis sem levar em conta a jurisprudência. Posso também fazer história dos fatos juridicamente relevantes, tenham eles sido ou não submetidos ao julgamento de uma autoridade. Mas só faço uma análise histórica que contemple a multifacetariedade do direito através da jurisprudência. Ou seja, caso a pesquisa histórica resume-se à lei, certamente o historiador verá frustrado seu intento de reconstruir o passado do direito como ele realmente se apresentava.

Um exemplo. Caso eu queira fazer um levantamento histórico sobre o instituto do cheque pós-datado no direito brasileiro, o historiador, a partir da lei, sequer encontraria vestígios sobre ele. Analisando o art. 32 da Lei nº 7.357, de 2 de setembro de 1985, veria que não só o dispositivo informa ser o cheque uma ordem de pagamento à vista, como constataria que a letra da lei aduz expressamente que *“considera-se não escrita qualquer menção em contrário”* e que seu parágrafo único informa que quando *“apresentado para pagamento antes do dia indicado como data de emissão é pagável no dia da apresentação”*.

Mantendo-se nos estritos lindes legais, poderia vir a afirmar, inclusive, que, do ponto de vista jurídico, o cheque pós-datado nunca existiu no ordenamento. Caso faça um levantamento de campo, entretanto, verá que ele efetivamente existiu como prática comercial. Poderá verificar, inclusive, o quanto era comum a sua emissão. Poderá até fazer um levantamento de eventuais registros do comércio sobre a quantidade de títulos de créditos emitidos nessa condição. Mas em nenhum caso estará fazendo história do direito. Ao menos até então. Somente logrará fazer um levantamento histórico de como o instituto do

cheque “pós-datado” era tratado no Brasil mediante adequada análise da jurisprudência nesse sentido.

E, parece-nos que isso configura uma tendência de alguma forma ligada à crise da lei acima abordada.

O legislador jamais alcança a inventividade humana no curso da história. O homem faz a história. O saturado paradigma da lei tenta, sem sucesso, acompanhá-lo. Só a jurisprudência consegue retratar o ritmo frenético dos acontecimentos cotidianos. A perda de força do modelo legal parece-nos estar diretamente relacionada à sua incapacidade de lidar com os acontecimentos do dia-a-dia. A força da jurisprudência cresce na medida em que se mostra mais apta a dar tratamento jurídico adequado à vida material humana.

O fato de a vida material humana estar expressa na jurisprudência liga-se à crise do modelo legal ante a tendência de um distanciamento cada vez maior entre a letra da lei e a realidade cotidiana. A artificialidade na criação do modelo legal, desconsiderando as demais formas de expressão do direito, parece-nos ter total relação com a sua insuficiência para tratar dos conflitos sociais. Deixando de expressar o direito vivido socialmente a lei se torna vazia epistemológica e historicamente.

5 Conclusão

A breve abordagem histórica contida no trabalho teve por intento revelar o caráter “epocalmente situado”¹⁵ do paradigma político e jurídico da lei, fornecendo uma visão crítica do fenômeno e demonstrando a existência de modelos alternativos de viver o direito. Em outras palavras, o confronto com o passado tem como intuito demonstrar a

¹⁵ HESPANHA, Antonio. *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva de um paradigma*, pág. 08.

provisoriamente das categorias históricas. A lei, como qualquer instituto humano, é uma ideia histórica. E o decurso da história parece revelar um processo de desmistificação da ideia de lei criada a partir da modernidade pelo iluminismo.

É bom que se esclareça que, em nenhum momento, se quis aqui apresentar etapas históricas de evolução do direito como possíveis modelos para adoção, sustentando que a tendência à prevalência da jurisprudência em detrimento ao modelo legal, seria uma espécie de “volta aos bons tempos”¹⁶. O que se quis aqui sustentar é que o modelo da lei não é algo tão intocável e natural como às vezes nos parece.

Por outro lado, o presente trabalho pretendeu demonstrar que as fontes do direito se tornam objeto de relevância histórica na medida em que sua preponderância enquanto fonte de aplicação do direito cresce. Quando determinada fonte do direito tende a prevalecer, automaticamente sua força histórica cresce. Tal afirmação, por mais elementar que pareça, pode contribuir para demonstrar que, via de regra, não convém dissociar, epistemologicamente, a teoria do direito e sua história.

Isso se torna especialmente verdade quando consideramos a hipótese em análise. A artificialidade do modelo legal e a conseqüente crise instaurada traz consigo a prevalência da jurisprudência como fonte do direito.

Essa preponderância epistemológica parece-nos guardar relação com a própria noção historiográfica de práticas sociais como elemento de relevância histórica. Embora tratemos de campos distintos, parecem-nos mutuamente influenciáveis.

Por outro lado, a crença na força histórica das práticas sociais no âmbito do direito talvez também esteja, de alguma forma, ligada à crise da lei, na medida em que não se logra encontrar na história estritamente legal a

¹⁶ Op. Cit., pág. 07/08.

essência do fenômeno jurídico. Mas tal ilação necessitaria de um maior aprofundamento.

O que podemos afirmar, em poucas palavras, é que a reboque da crise legal historicamente instaurada, vem a crescente força da jurisprudência enquanto fonte do direito e, mais, enquanto fonte histórica do direito. Enquanto a lei naufraga, emerge a jurisprudência nos braços do historiador, afirmando-se como uma importante ferramenta para o conhecimento da vida jurídica de uma determinada comunidade.

REFERÊNCIAS

BLOCH, Marc. **A Apologia da História, ou, O Ofício de Historiador**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BODIN, Jean. **Los seis libros de la república**. Madrid: Aguilar, 1973.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução do estudo do direito**. 4ª Ed, São Paulo: Atlas, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2007.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **A jurisprudência e o sistema das fontes no Brasil: uma visão histórico-jurídica**. Revista Sequência, nº 58, p. 23-34, jul. 2009. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/14873/0>. Acesso aos 25/11/2013.

HESPAÑA, Antonio. **Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva de um paradigma.** In *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*, págs. 07/58. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

KELLEY, Donald. **Jurisconsultus Perfectus: The Lawyer as Renaissance Man.** Disponível em <http://www.jstor.org/stable/751264>. Acesso aos 26/07/2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes e outros. **O Direito na História.** São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Curso de História do Direito.** São Paulo: Método, 2009.

_____. **Hermenêutica e Completude do Ordenamento.** *Revista de Informação Legislativa*, ano 26, nº 104, out/dez 1989. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/181976>. Acesso aos 02/06/2013.

_____. **Juízo Jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras.** *Revista de Informação Legislativa*, ano 40, nº 160, out/dez 2003. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/901>. Acesso aos 02/06/2013.

MONTAIGNE, Michel. **Ensaio.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

REIS, José Carlos Reis. **História e Teoria: Historicismo, Modernidade, Temporalidade e Verdade.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.