

Coleção Jovem Jurista

2011

FGV — Fundação Getulio Vargas

Praia de Botafogo 190

Botafogo — RJ

CEP: 22250-900

Tels: 55 21 3799-5938/6000

E-mail: faleconosco@fgv.br

FGV Direito Rio — Escola de Direito do Rio de Janeiro

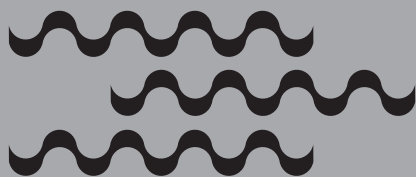
Praia de Botafogo, 190 13ª andar

Tel: 55 21 3799-5445

E-mail: diretorio@fgv.br

Melhores trabalhos de conclusão
de curso de graduação em Direito

BEATRIZ PERISSE BARATA
FERNANDA FABREGAS FERREIRA
JOÃO PAULO DA SILVEIRA RIBEIRO DA SILVA
ROGERIO BARROS SGANZERLA



Coleção Jovem Jurista

2011

ISSN — 2179-0906

Obra licenciada em: Creative Commons

EDIÇÃO FGV DIREITO RIO

Praia de Botafogo 190 13º andar — Botafogo

Rio de Janeiro — RJ

CEP: 22.250-900

e-mail: diretorio@fgv.br

web site: www.diretorio.fgv.br

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Os conceitos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade dos autores.

1ª edição — 03-11-2011

SUPERVISÃO E ACOMPANHAMENTO: Carolina Alves Vestena e Rodrigo Vianna

DIAGRAMAÇÃO: Leandro Collares — Selênia Serviços

REVISÃO: Priscila Corrêa

CAPA: Zabad

Ficha catalográfica elaborada pela
Biblioteca Mario Henrique Simonsen / FGV

Coleção Jovem Jurista / Beatriz Perisse Barata... [et al.]. — Rio de Janeiro :
Escola de Direito FGV Direito Rio. — 2011.
168p.

Conteúdo: Barata, Beatriz Perisse. Estudo de caso : os novos direitos dentro da perspectiva da empresa de ônibus Util S/A. — Silva, João Paulo da Silveira Ribeiro da. A repartição de riscos em contratos regidos pela Lei nº 8.666/93. — Ferreira, Fernanda Fábregas. A concessão de uso especial para fins de moradia na ordem jurídica brasileira : a medida provisória 2.220 a partir de uma análise constitucional. — Sganzerla, Rogerio Barros. Análise crítica dos mecanismos de prevenção na lavagem de dinheiro.

Inclui bibliografia.
ISSN: 2179-0906

1. Direito do consumidor. 2. Direito ambiental. 3. Direito administrativo. 4. Posse (Direito). 5. Direito de propriedade. 6. Direito penal. 7. Direito econômico. 8. Lavagem de dinheiro. I. Barata, Beatriz Perisse. II. Silva, João Paulo da Silveira Ribeiro da. III. Ferreira, Fernanda Fábregas. IV. Sganzerla, Rogerio Barros. V. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

CDD — 340

Sumário

Apresentação	7
A concessão de uso especial para fins de moradia na ordem jurídica brasileira: A Medida Provisória 2.220 a partir de uma análise constitucional	9
<i>Fernanda Fábregas Ferreira</i>	
Estudo de caso: os novos direitos dentro da perspectiva da empresa de ônibus Util S/A	67
<i>Beatriz Perisse Barata</i>	
A repartição de riscos em contratos regidos pela Lei nº 8.666/93	101
<i>João Paulo da Silveira Ribeiro da Silva</i>	
Análise crítica dos mecanismos de prevenção na Lavagem de Dinheiro	143
<i>Rogério Barros Sganzerla</i>	



Atribuição-UsO Não-Comercial-Vedada a Criação de Obras Derivadas 2.5 Brasil

Você pode:



copiar, distribuir, exibir e executar a obra

Sob as seguintes condições:



Atribuição: você deve dar crédito ao autor original, da mesma forma especificada pelo autor ou licenciante



Uso não comercial: Você não pode utilizar a obra com finalidades comerciais



Vedada a Criação de Obras Derivadas. Você não pode alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta.

- Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro para outros os termos da licença desta obra.
- Qualquer uma destas condições podem ser renunciadas, desde que você obtenha permissão do autor.
- Nada nesta licença impede ou restringe os direitos morais do autor.

Apresentação

A Coleção Jovem Jurista, editada pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, tem o intuito de trazer, a cada ano, os trabalhos premiados por sua excelência e aspectos inovadores, produzidos pelos alunos da graduação em Direito. Este segundo número traz os trabalhos de conclusão de curso vencedores dos prêmios Miranda Rosa de Qualidade e Alfredo Lamy Filho de Inovação dentre os trabalhos apresentados no ano de 2010/2011. Apresenta, ainda, um artigo acadêmico fruto do trabalho de conclusão de curso de um aluno, publicado na Revista da Magistratura Federal por convite de sua diretora, a desembargadora federal Liliane Roriz.

O primeiro trabalho, vencedor do Prêmio Alfredo Lamy Filho de Inovação, de autoria de Beatriz Perisse Barata, analisou a influência dos novos direitos (direito do consumidor, direito ambiental e direito regulatório) no funcionamento da empresa de transporte Util S/A. De caráter eminentemente empírico, apresenta de que forma se deu o aparecimento de cada um desses novos direitos em resposta aos anseios sociais, ao mesmo tempo em que observa a reação da empresa mediante novas regras às quais precisou adaptar-se e, então, incorporar as suas preocupações e planos estratégicos com fim de internalizá-las.

Já o prêmio Miranda Rosa de qualidade foi marcado por uma disputa bastante acirrada. A banca examinadora estabeleceu critérios objetivos de pontuação. Ao serem somadas, reunidas as avaliações de cada um dos integrantes, houve o empate entre dois trabalhos. A decisão coube, então, ao presidente da banca, que exerceu o voto de qualidade. Importante registrar também que, embora o orientador do trabalho vencedor fosse membro da banca, não avaliou o TCC vitorioso e, apesar de ter atribuído notas aos demais, sua participação não foi determinante para modificar a classificação dos demais trabalhos.

O trabalho vencedor do Prêmio Miranda Rosa de Qualidade, de autoria de Fernanda Fábregas Ferreira, propõe a análise da posse de bens públicos com destaque para o princípio da função social da propriedade. O trabalho de-

fende a não aplicação da limitação temporal instituída pela Medida Provisória 2.220/2001 (regulamenta o artigo 183, § 1º da Constituição Federal de 1988). A partir do surgimento da concessão de uso especial para fins de moradia, instituída pela MP 2.220/, a função social da propriedade, antes não privilegiada nos litígios envolvendo a posse dos bens públicos, passou a ser discutida no âmbito dos tribunais. O trabalho constrói fundamentos para a máxima eficácia deste instituto.

O terceiro trabalho, que recebeu menção honrosa no Prêmio Miranda Rosa, de autoria de João Paulo da Silveira Ribeiro da Silva, discute a repartição de riscos entre o setor público e o setor privado em contratos administrativos regidos pela Lei nº 8666/93. Analisa os novos paradigmas do Estado e as evoluções do direito administrativo do Brasil em contraponto ao modelo tradicional de contratação pública brasileira. E tem o mérito de delinear diretrizes para o administrador público, segundo ditames de eficiência.

O quarto trabalho, publicado na Revista da Magistratura Federal, de autoria de Rogério Barros Sganzerla, versa sobre a análise dos critérios objetivos e subjetivos que o COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) estabeleceu para que bancos, administradoras de cartão de crédito, bolsas de valores e demais setores obrigados, informassem operações suspeitas e propôs novos critérios baseados na taxa de utilização destas informações.

A FGV Direito Rio assume o compromisso de fomentar um modelo de ensino que sirva de estímulo a experiências de qualidade e inovação no horizonte jurídico. Os trabalhos dispostos nesta coleção refletem este panorama, a partir de estudos direcionados para problemas de importância jurídica para o país, região ou sociedade. Isto significa pensar o Direito com engajamento e postura crítica, voltando os olhos para a realidade. E os nossos alunos mostram-se imbuídos deste espírito. Esperamos, com esta iniciativa, continuar a incentivá-los na busca por uma formação humanística marcada pela capacidade de apreensão, reflexão e produção criativa do Direito.

Thiago Bottino

*Coordenador da Graduação
da FGV DIREITO RIO*

Thais Maria L. Saporetti Azevedo

*Coordenadora de Trabalho de Conclusão de Curso
da FGV DIREITO RIO*

**A concessão de uso especial para fins de moradia
na ordem jurídica brasileira:
A Medida Provisória 2.220 a partir de uma análise constitucional**

FERNANDA FÁBREGAS FERREIRA

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo analisar o instituto da posse dos bens públicos a partir de uma perspectiva constitucional, principalmente com o advento do neoconstitucionalismo e do reconhecimento da real efetividade das normas constitucionais. Dentro desta perspectiva, os direitos sociais são relidos e se convertem em direitos subjetivos com tutela jurisdicional específica.

A posse foi escolhida como objeto deste estudo, pois seu reconhecimento concretiza o direito à moradia presente no artigo 6º da Constituição Federal. O tema, relacionado estritamente aos bens públicos, se justifica pela objeção, por parte do Poder Judiciário, à tutela possessória nos mesmos, principalmente pela impossibilidade de usucapião, disposta no art. 183, § 3º da Carta Superior.

Neste diapasão, insta avaliar o instrumento que surgiu para dispor sobre a concessão de uso especial de que trata o art. 183, § 1º da Magna Carta e garantir a posse utilizada para moradia nos bens públicos. O ano de 2001 foi marcado, então, pelo surgimento da concessão de uso especial para fins de moradia (Medida Provisória 2.220). A partir da criação deste instituto, a posse nos bens públicos passou a ser revista sob o viés da função social da propriedade, antes sobrelevada nos litígios envolvendo os referidos bens e aplicada apenas aos bens particulares.

Para comprovação da referida tese, foi analisada a jurisprudência referente à ocupação dos bens públicos para fins de moradia até a edição de Medida Provisória 2.220 e também a partir do surgimento deste instrumento. Iremos demonstrar que os acórdãos, que antes não adentravam na discussão sobre se o ocupante estava exercendo ou não função social no bem público, passam a apresentar este tipo de debate, principalmente a partir de 2001, quando em matéria de defesa é utilizada a referida Medida Provisória.

Apesar do progresso atingido com a criação da concessão de uso especial para fins de moradia, a Medida Provisória 2.220 apresenta um regresso, ao esti-

pular uma limitação temporal para aquisição do direito à concessão. Assim, este trabalho se propõe a explicitar os argumentos contrários à delimitação imposta pela Medida.

Oportuno destacar que não foram objeto desta análise as formas de aquisição e perda da posse, bem como seus efeitos e o estudo das políticas públicas. Da mesma forma, a propriedade em geral não foi analisada.

Para melhor compreensão do tipo de abordagem adotada no presente estudo, o primeiro item será destinado à exposição do novo panorama constitucional, o chamado neoconstitucionalismo. A partir de então, será possível concluir que, principalmente com o advento deste panorama, a Constituição indica os parâmetros para a elaboração das normas infraconstitucionais, que devem estar adequadas às suas disposições e princípios. Em face, então, dessa nova perspectiva, os direitos sociais deixam de ser simples promessas para se qualificarem como direito subjetivo do indivíduo.

No item dois iremos contextualizar o surgimento da Medida Provisória 2.220, expondo a situação urbana no Brasil, bem como a evolução da legislação acerca do tema. Ainda nesta análise, discutiremos o papel do Direito na aplicação da legislação urbanística, a partir da compreensão da eficácia social das normas.

Posteriormente, no item três, será feita uma abordagem em torno das principais teorias acerca da posse, sendo elas a teoria de Savigny e a teoria de Ihering, para então observar a relação feita pelos autores entre posse e propriedade. Iremos verificar que os autores, assim como o nosso Código Civil, vinculam a posse à propriedade, afastando a compreensão de que ela merece proteção por si só.

Tendo em vista o impacto de ambas as teorias, será defendido que a posse é informada pela realidade social, assim é nela que se encontra a função social e não especificamente na propriedade. Ainda neste item, apontaremos a noção de bem público propriamente dito, expondo brevemente sobre as suas classificações, a abordagem da impossibilidade da prescrição aquisitiva dos mesmos — estando inclusive a matéria sumulada pelo Supremo Tribunal Federal — até se chegar à concessão de uso especial para fins de moradia.

O item quatro é destinado especificamente ao estudo da Medida Provisória 2.220, principalmente no que se refere aos requisitos necessários para a obtenção da concessão de uso especial para fins de moradia, bem como à modalidade coletiva da concessão. Verificar-se-á que o novo instrumento é um passo importante para a concretização do direito fundamental à moradia. Ainda sobre o tema, será apontada a justificativa dada por parcela da doutrina

para a inconstitucionalidade formal da MP 2.220 e o porquê desta alegação não prosperar.

No item cinco será destacado um caso do Núcleo de Terras e Habitação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, referente à ocupação de bem público por diversas famílias, que ainda não foi julgado. Após a pesquisa de jurisprudência, analisaremos a chance de provimento do mesmo.

Verificadas as conclusões acerca da jurisprudência, será possível analisar que o caso tem chances de ser provido devido ao amplo debate que se iniciou sobre a função social também nos bens públicos, principalmente com o advento da MP 2.220.

Por fim, exporemos os argumentos necessários para a não delimitação temporal imposta pela Medida Provisória, que garante o direito à concessão apenas ao possuidor que atingiu os requisitos “até 30 de junho de 2001”.

O primeiro argumento a ser utilizado é a observância à força normativa da Constituição. A partir deste princípio, toda a interpretação deve atribuir a máxima eficácia às normas constitucionais. Então, no intuito de congregarmos o maior reconhecimento ao direito à moradia, é imprescindível o reconhecimento da concessão de uso especial para fins de moradia a todos os possuidores que completarem todos os requisitos, independentemente de qualquer data. Neste sentido, consideraremos que a delimitação temporal é uma norma não escrita e não deve ser aplicada.

O segundo fundamento será pautado no respeito aos tratados internacionais de Direitos Humanos adotados pelo Brasil. Para tanto, utilizaremos como fundamento o art. 5º, § 2º da Constituição Federal, que garante a observância de todos os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Então, para garantia de diversos tratados que serão expostos, faz-se necessária a compreensão de que a delimitação temporal não pode ser considerada.

Posteriormente, utilizaremos o princípio da igualdade, consagrado no *caput* do art. 5º da CF/88, como fundamento para a não observância da data. O referido princípio será abordado a partir da igualdade formal e da igualdade material, e, como será visto, a limitação imposta viola as duas noções de igualdade.

Finalmente, e apenas para garantir a observância dos fundamentos já utilizados, apontaremos o princípio da supremacia da Constituição, dispondo que esta prevalece sobre qualquer norma infraconstitucional, então qualquer lei incompatível com a Carta Superior não poderá subsistir.

Ao final, apresentaremos a conclusão deste trabalho, com as questões e reflexões arroladas, reforçando a importância do papel da Medida Provisória

2.220, que não pode ter um “prazo de validade vencido”, sobretudo diante do abandono da hermenêutica meramente formalística e da adoção da interpretação das disposições normativas a partir dos princípios e valores, levando-se em conta, principalmente, o princípio da função social da **posse**.

1. Breve análise acerca do neoconstitucionalismo

1.1. Aspectos Gerais

“O homem, e, de uma maneira geral, todo ser racional existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”. (Immanuel Kant).

A ideia de Immanuel Kant acerca do ser humano como um fim em si mesmo foi colocada de lado durante a primeira metade do século XX. Durante este período, o Direito vivenciou uma fase “sem alma”,¹ pois o positivismo afastou valores, contemplados em princípios, como fundamento de validade das normas jurídicas.

No pós-guerra, no entanto, surge o pós-positivismo, marco filosófico do neoconstitucionalismo, segundo Luís Roberto Barroso.² Neste cenário, há uma reaproximação entre ética e direito, já que o fenômeno fará uma releitura do Direito, congregando teor axiológico às normas, principalmente no tocante aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

A esse movimento se dá o nome de “virada Kantiana”. Para Kant, a única e verdadeira razão do Estado é o indivíduo, com valor intrínseco, isto é, enquanto pessoa, então se fala em virada Kantiana porque, até o final da Segunda Guerra, a preocupação dos Estados era com a sua própria razão de ser. A partir de 1945, as comunidades começaram a garantir a liberdade e a igualdade dos seres humanos.

1 NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Aspectos Jurídicos do Brasil Contemporâneo: o pós-positivismo chega ao Brasil inaugura-se um constitucionalismo de transição. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Bahia, nº. 6, jun./ago., 2006, p. 3.

2 BARROSO, Luís Roberto. “A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil”. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 241.

A perspectiva material do neoconstitucionalismo abarca dois elementos, de acordo com Ana Paula Barcellos:³

(i) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais; e (ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional.

Ademais, o neoconstitucionalismo atribuiu imperatividade à Constituição, que passa a ganhar densidade normativa.⁴ Neste diapasão, se reconhece a superioridade da Magna Carta e a sua necessária vinculação com as demais normas infraconstitucionais.

No Brasil, esse movimento se destacou com o surgimento da Constituição de 1988. A nova ordem constitucional estava em consonância com o fenômeno que surgiu no pós-guerra. Isto porque, a CF/88 passou a tratar da defesa dos direitos individuais e coletivos, com análise de sua função social, além de princípios que serão utilizados em diversos ramos do direito, especialmente para a garantia dos direitos fundamentais.

A influência do direito constitucional trouxe a noção de constitucionalização⁵ do direito, pois os preceitos constitucionais serão indispensáveis para a verificação da constitucionalidade e interpretação das normas infraconstitucionais. Passou a haver, portanto, uma “filtragem constitucional do direito”.⁶

3 BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, Direito Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Bahia, n.º. 15, jan./mar., 2007, p. 4.

4 Para melhor compreensão da força normativa da Constituição ver HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad: Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

5 A respeito do tema, o prof. Luís Roberto Barroso argumenta que esse fenômeno ocorreu no momento pós-ditatorial e com a atual Constituição houve: “O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor”. BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 54.

6 SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. “O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 37.

1.2. A importância da posse como garantia do direito social à moradia no novo panorama constitucional

O neoconstitucionalismo trouxe um novo viés para os direitos sociais, pois em face da imperatividade das normas constitucionais, o que antes era interpretado como norma programática⁷ passou a ser visto como comando dotado de real efetividade, ensejando um verdadeiro direito subjetivo⁸ ao indivíduo.⁹

O art. 6º da CRFB/88¹⁰ elenca os direitos sociais do indivíduo, que são considerados de forma pacífica¹¹ como direitos fundamentais, já que o rol do art. 5º da Constituição de 1988 não é taxativo, segundo dispositivo do seu § 2º.

7 Não obstante a defesa deste trabalho se pautar na máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais, há entendimento, como o de Ingo Sarlet, no sentido de que: “tais direitos teriam baixa densidade normativa e eficácia limitada em razão de sua estrutura normativa de natureza programática, pressupondo, assim, uma interposição do legislador ordinário para que possam ser aplicados (...)”, e ainda há argumentos de que pode haver um “congestionamento *prima facie* da eficácia normativa do direito à moradia e de outros direitos sociais prestacionais em razão da escassez de bens e recursos por parte do Poder Público(...)”. *Apud* MATTOS, Liana Portilho. *Nova Ordem Jurídico-Urbanística: função social da propriedade na prática dos tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 76-77.

8 De acordo com Canotilho: “As normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não se deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político (Crisafulli) (...). Em virtude da eficácia vinculativa às normas programáticas, deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre norma jurídica atual e norma programática: todas as normas são atuais, isto é, tem força normativa independente do ato de transformação legislativa”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1177).

9 A defesa deste trabalho se pautar na corrente que defende que caso determinada norma dita “programática” (pela doutrina mais clássica) contenha um direito fundamental, como o é o direito à moradia, é possível exigir um fazer por parte do Estado. Neste sentido, é possível citar o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal (STF): DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1. O direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo (...). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. *Agravo de Instrumento nº. 734487*. Agravo: Estado do Paraná. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Rel. Min. Ellen Gracie. Ementa da decisão. Paraná, 03 de agosto de 2010, DJ 20.08.2010).

10 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05.10.1988. Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

11 Veja-se, por exemplo, na doutrina, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010; LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Na jurisprudência, também nesse sentido: “A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (art. 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203,

Para consolidar a força normativa da Constituição, o art. 5º, § 1º da CF/88, confere aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais. A característica “imediate” dos direitos fundamentais não admite intervalo de tempo para produção integral de seus efeitos. Desta forma, se consolida o pensamento neoconstitucional de que as normas garantidoras de direitos sociais não podem ficar condicionadas, já que dizem respeito a direito subjetivo do indivíduo.¹²

Vale destacar que a dignidade da pessoa humana é fundamento da ordem constitucional brasileira (art. 1º, III) e, nas palavras de José Afonso da Silva:¹³

(...) é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais. Concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais.

Os direitos fundamentais, então, estão incluídos no conceito de mínimo existencial, uma vez que estão relacionados à idéia de dignidade da pessoa humana positivada no plano constitucional que, por sua importância axiológica, compõem um sistema de valores que fundamentam e legitimam toda a ordem jurídica.

205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, parágrafo primeiro, CF/88). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição de 1988 como autênticos direitos fundamentais”. (Grifo nosso). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Agravo Regimental na Antecipação de Tutela Antecipada nº. 175**. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Trecho do voto do Min. Rel. Gilmar Mendes, p. 15. Ceará, 17 de março de 2010, DJ 30.04.2010).

12 Atente-se que “não se trata de ignorar a realidade e fechar os olhos romanticamente a todas as considerações levantadas acerca da conjuntura econômica para a realização desse direito, mas é inegável reconhecer que a esfera das condições mínimas à existência humana, na qual está o direito à moradia, é um limite claro à liberdade de conformação e atuação do Estado, que deve abster-se de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra esse direito fundamental. Importa destacar, entretanto, que tal entendimento não autoriza dizer que a norma reconhece a obrigação do Estado de dar uma casa para cada indivíduo (...)”. (MATTOS, Liana Portilho, *op.cit.*, p. 79).

13 SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000, p. 93.

Por conseguinte, faz-se necessário garantir não só os direitos relacionados à liberdade dos indivíduos, mas também os direitos sociais (também denominados direitos de segunda geração).¹⁴

A emenda constitucional 26 de 2000 adicionou ao artigo 6º da Constituição o direito à moradia. O legislador compreendeu, ainda que tardiamente, a importância do referido direito como condição essencial para o pleno desenvolvimento do ser humano e de sua família, necessário à realização de uma vida digna.¹⁵

Reclama-se, para plena incidência do preceito, a interpretação conforme a Constituição também dos institutos capazes de garantir o referido direito. Deve-se ter em mente que a posse é ferramenta fundamental para tanto, já que, na lição de Marcos Alcino, cujo grifo é nosso, “a posse em si mesma é importante para a sociedade, pois é através dela que o homem tem a possibilidade de atender necessidades vitais, **como a moradia** e o cultivo. Daí surgem as chamadas posse-moradia e posse-trabalho”.¹⁶

Então, a posse, aqui entendida como meio para concretização do fim social à moradia, será reinterpretada a partir da ótica neoconstitucional, com o reconhecimento de sua instrumentalidade para efetivação de valores fundamentais.

2. A situação urbana no Brasil

2.1. O processo de urbanização: considerações iniciais

14 A primeira geração dos direitos fundamentais é compreendida pelos direitos de liberdade do indivíduo, que exigem um atuar negativo do Estado, como por exemplo, o direito à liberdade de reunião. A segunda geração, formada pelos direitos sociais, econômicos e culturais, exigem um atuar positivo do Estado, uma vez que estão relacionados com os direitos de igualdade. Já a terceira geração é a dimensão coletiva e difusa, guiada pelos valores da solidariedade e fraternidade, como por exemplo, o direito à qualidade do meio ambiente. Diante dos avanços tecnológicos, há quem defenda os direitos de quarta geração, relacionados à manipulação do patrimônio genético, como a inseminação artificial. Sobre o assunto, MORAES, Guilherme Peña. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. Esta divisão, no entanto, apresentamos de forma meramente didática, pois defendemos a co dependência entre os referidos direitos, a chamada indivisibilidade dos direitos fundamentais.

15 Acerca do reconhecimento do direito à moradia como direito fundamental, destacamos: “Direito de moradia, que passou a ser social fundamental, a teor da Emenda 26/2000 à Constituição Federal, e em cujo considerar, maiores cautelas do que antes, são vistas imperiosas, na concessão de liminares desse jaez. Melhor cognição, que decerto haverá, quando da prolação sentencial. Decisório que se cassa. Recurso que se provê”. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, Terceira Câmara Cível. AI nº. 2007.002.11548. Agravante: Antônio Valdir Filho. Agravados: Miralda Justen Cabral da Ponte e Milena Cabral da Ponte. Rel. Des. Luiz Felipe Haddad. Rio de Janeiro, 04 de setembro de 2007, DJ 28.09.2007).

16 TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 305.

A partir da segunda metade do século XX, a população brasileira, que era predominantemente rural, sofreu um acentuado processo de êxodo do campo para as cidades. Os dados do IBGE comprovam que, enquanto em 1940, a população urbana correspondia a cerca de 31% da população, nos anos 70, o número subiu para mais de 44% e, em 2000, atingiu o patamar de 81,2% da população.¹⁷

O crescimento desordenado das cidades, causado pelo êxodo rural e pela revolução industrial, determinou as chamadas crises urbanas, marcadas, dentre outros fatores, pelo déficit habitacional e pela ocupação predatória de áreas inadequadas.¹⁸ A população de baixa renda, sem acesso legal à ocupação de terras para fins de moradia, busca as áreas “esquecidas” pelo poder público, desprovidas de serviços básicos, e que não sofrem um aparato fiscalizatório tão grande quanto as áreas “nobres”.¹⁹

O problema das terras urbanas no Brasil faz surgir a necessidade de um debate e da releitura da legislação vigente sob a ótica dos ditames constitucionais, especialmente no que diz respeito à função social da propriedade, para que o direito esteja condizente com a realidade social de nosso país. Nas palavras de Liana Portilho:²⁰

Percebe-se, então, que qualquer discussão que se empreenda sobre a aplicação das normas legais em matéria de posse e propriedade é por si importante, e deve ser urgentemente retirada das prateleiras acadêmicas para ganhar o chão da realidade. O esforço dessa empreitada, no entanto, deve ser realizado num único sentido: ao encontro daquela realidade e não de confronto com ela. Não há nessa afirmação qualquer espécie de conformismo, em si nocivo, como já alertado. Trata-se, ao contrário, de uma defesa da dinamização da aplicação da norma, fazendo com que ela

17 Dados disponíveis em: <<http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/pesquisas/demograficas.html>>. Acesso em: 10.mar. 2011.

18 LIRA, Ricardo Pereira. “Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária”. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (coord.). *Direito da Cidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1.

19 “Uma pesquisa do Centro de Estudos da Metrópole do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEM- Cebrap), divulgado pelo jornal Folha de São Paulo, demonstrou que a cidade de São Paulo cresceu seis vezes mais para fora da fronteira urbana, território identificado intimamente com as áreas periféricas da cidade, com ocupações em sua maioria feitas por pessoas de baixa renda e geralmente contrastante (as ocupações) com o verde das matas vizinhas. Para se ter uma ideia disso, enquanto o número de habitantes da cidade de São Paulo cresceu 0,9% ao ano, no período de 1991 a 2000, o crescimento foi de 6,3% nas fronteiras urbanas (...). Uma das conclusões que se pode tirar da mencionada pesquisa é a de que a população pobre procura regiões de custo de vida mais baixo porque nelas o custo da moradia é mais acessível. E o resultado disso é que a cidade cresce para onde não deveria crescer, para onde fica fora da lei, consequentemente, para onde não interessa ao mercado imobiliário, como ocorre nos casos de ocupações de áreas de proteção de mananciais”. (MATTOS, Liana Portilho, *op. cit.*, p. 4-5).

20 MATTOS, Liana Portilho, *op. cit.*, p. 5-6.

cumpra a sua própria razão de ser (dever-ser): impor um determinado dever para conseguir regular, conformar, ajustar (ou equilibrar) um fato então, um fato — jurídico. Em outras palavras, a norma nasce em razão de um fato e deve, assim, dar conta desse fato que lhe deu origem. Assim também deve ocorrer com a legislação urbana e todas as normas que disciplinam o direito de propriedade.

2.2. Contextualizando o surgimento da Medida Provisória 2.220

Insta dispor primeiramente que, não obstante o objeto do presente trabalho não seja o estudo sobre o planejamento urbano brasileiro, a luta pelo desenvolvimento urbano influenciou diretamente o reconhecimento da posse do bem público. Por esta razão, faremos a contextualização da legislação urbana brasileira, desde os anos 60 até o surgimento da concessão de uso especial para fins de moradia.

2.3. A evolução da legislação urbana brasileira

A par da problemática exposta no item 2.1, o ano de 1963 foi o marco da questão da reforma urbana brasileira. Isto porque nesse ano foi realizado o Seminário de Habitação e Reforma Urbana pelo IAB (Instituto de Arquitetos Brasileiros) e IBASE (Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas), com o intuito de propor soluções para os problemas urbanos.

As resoluções do Seminário já demonstravam a preocupação maior pelos problemas de habitação no país, considerando-a como direito fundamental do homem e da família.

Nos anos 70, surgiu um anteprojeto sobre a Lei de Desenvolvimento Urbano, que só foi enviado à Câmara dos Deputados em 1983. O projeto, então, recebeu o número 775/83 estando entre as suas diretrizes a “oportunidade de acesso à propriedade urbana e à moradia; justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização; correção das distorções da valorização da propriedade urbana; regularização fundiária e urbanização específica de áreas urbanas ocupadas por população de baixa renda” (art. 2º, inciso IV).²¹

O objetivo do projeto de lei, disposto no seu artigo 1º, era a melhoria da qualidade de vida nas cidades, com a disposição dos objetivos e a promoção do

21 CARDOSO, Adauto Lucio. “A cidade e seu Estatuto: uma avaliação urbanística do Estatuto da Cidade”. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (coord.). *Reforma Urbana e Gestão Democrática: promessas e desafios do estatuto da cidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 28.

desenvolvimento urbano. Importante salientar que a questão da função social da propriedade urbana foi destacada no referido projeto.²²

A demora para aprovação do projeto fez com que este perdesse importância diante do cenário em que se encontrava o Brasil em meados da década de 80. Durante a migração do regime ditatorial para o regime democrático, diversos debates surgiram para a elaboração da nova Constituição. No tocante à questão urbana, a proposta que ganhou destaque foi a do Movimento Nacional de Reforma Urbana,²³ que surgiu em meados da década de 80, motivada pelos debates da Assembléia Nacional Constituinte e teve como inspiração a proposta de lei de desenvolvimento urbano.

O Movimento propôs uma emenda, denominada Emenda Popular pela Reforma Urbana, para pressionar o constituinte a incluir na Constituição princípios e instrumentos para a reforma urbana, com um conjunto normativo favorável às demandas populares. A proposta apresentou os direitos urbanos, baseados em princípios gerais.

O primeiro princípio geral é o direito à cidade e à cidadania, relacionado com a condição de vida urbana digna e a universalização do acesso aos equipamentos e serviços urbanos.²⁴ Nas palavras de Rosângela Cavallazzi: “Consideramos o direito à cidade, expressão do direito à dignidade da pessoa humana, o núcleo de um sistema composto por um feixe de direitos que inclui o direito à moradia — implícita a regularização fundiária — à educação, ao trabalho, à saúde, aos serviços públicos (...)”.²⁵

Veja-se que o direito à cidade se refere à possibilidade de as pessoas exercerem plenamente todos os seus direitos, sejam eles sociais, individuais, econômicos ou políticos. Vale salientar ainda que o mencionado direito já havia sido reconhecido como direito fundamental no plano internacional.²⁶

22 A ementa da PL 775/8: “Define normas de ocupação do solo urbano, caracteriza a **função social da propriedade urbana**, fixa as diretrizes, instrumentos, equipamentos comunitários, dita normas para a regularização fundiária de áreas urbanas, cria o direito de preempção (preferência) e o direito de superfície em relação aos terrenos urbanos”. (grifo nosso). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=182231>. Acesso em: 10.abr.2011.

23 “(...) Destacou-se a proposta elaborada pelo Movimento Nacional da Reforma Urbana, entidade constituída por representantes de movimentos populares, ONGs, Universidades e entidades de representação técnico-profissionais”. CARDOSO, Aduino Lucio, *op. cit.*, p. 29-30.

24 GRAZIA, Grazia de. “Reforma urbana e Estatuto da Cidade”. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Aduino Lucio (coord.). **Reforma Urbana e Gestão Democrática: promessas e desafios do estatuto da cidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 54.

25 CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. “O estatuto epistemológico do direito urbanístico brasileiro: possibilidades e obstáculos na tutela do direito à cidade”. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi. (coord.). **Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 56.

26 De acordo com Zélia Jardim, na Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (Habitat II) foram estabelecidos princípios e metas para orientação das questões urbanas. A partir

Insta destacar que o direito urbanístico é o instrumento de garantia do direito à cidade, pois reúne as normas que dispõem sobre a ordenação da mesma e objetiva a organização dos espaços habitáveis em busca de proporcionar ao homem melhores condições de vida na comunidade.²⁷ Para diversos autores,²⁸ o direito urbanístico é um ramo autônomo do Direito, mas mantém relação estrita com diversas áreas, principalmente com o direito Administrativo, Ambiental, Civil (neste ponto podemos correlacionar com a posse) e Constitucional (com os direitos fundamentais, principalmente a moradia).

O segundo princípio é o da função social da cidade e da propriedade urbana, que equivale à preponderância do interesse público sobre o individual. Nesse aspecto, a destinação da propriedade deve se vincular ao interesse social.

O terceiro e último princípio é o da gestão democrática da cidade, que se preocupa com a participação da coletividade na elaboração de políticas urbanas. Desta forma, toda a sociedade deve ter acesso à informação quanto ao planejamento e formas de governo da cidade.

A Emenda Popular pela Reforma Urbana contribuiu para a incorporação do item “Da Política Urbana” na nova Constituição e diversas ideias da proposta do Movimento foram absorvidas no texto constitucional. Assim, a Constituição de 1988 inaugurou, na história da legislação brasileira, o conceito de função social da cidade. Ademais, foi incorporada a função social da propriedade genericamente no art. 5º, inciso XXIII, e também a função social da propriedade urbana, no art. 182. Estes conceitos serão tratados em maior profundidade no item seguinte.

Vejamos o disposto no artigo 182 da Constituição:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º — O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

de então, o direito à cidade foi reconhecido no âmbito internacional, ao lado da gestão democrática e da proteção ao meio ambiente com base no princípio do desenvolvimento sustentável. (JARDIM, Zélia Leocádia da Trindade. “Regulamentação da Política Urbana e Garantia do Direito à Cidade”. In: COU-TINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi. (coord.). *Direito da Cidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 98.

27 LIRA, Ricardo Pereira, *op. cit.*, p. 4.

28 Nesse sentido: CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli, *op. cit.*, p. 55; LIRA, Ricardo Pereira, *op. cit.*, p. 4.

§ 2º — A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

[...]

Pela leitura do preceito, podemos perceber que o município foi o ente federativo selecionado para execução do desenvolvimento urbano. Assim, após a elaboração da Constituição, houve um amplo debate para o desenvolvimento dos Planos Diretores Municipais.

As Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas influenciaram na elaboração dos planos, uma vez que estabeleceram metas para concretização dos mesmos.²⁹ Estes, então, estabeleceram princípios gerais, relacionados, principalmente, com o uso e a ocupação do solo,³⁰ como, por exemplo, a universalização do acesso à terra e à moradia regular digna.

Até o ano de 2001, no entanto, a lei federal a que se refere o parágrafo 4º do art. 182 da CF/88,³¹ responsável pela aplicação dos instrumentos para obtenção do adequado aproveitamento do solo urbano, ainda não tinha sido elaborada. Como já se viu, desde os anos 70 existia uma discussão para elaboração da Lei de Desenvolvimento Urbano e, em 83, foi proposto o Projeto nº. 775, que não foi aprovado.

Para sanar a omissão de quase treze anos e fazer valer a discussão sobre a Lei de Desenvolvimento Urbano iniciada há quase vinte anos, no dia 10 de julho de 2001, foi aprovada a Lei Federal 10.257, denominada Estatuto da Cidade,

29 De acordo com Aduino Lúcio, dentre as diretrizes das Leis Orgânicas das cinquenta maiores cidades brasileiras está a definição da função social da cidade e da propriedade, bem como a definição de normas urbanísticas. (CARDOSO, Aduino Lúcio, *op cit.*, p. 31).

30 “O conceito de ‘plano diretor’ refere-se, tradicionalmente, ao planejamento do uso do solo urbano, ou seja: definição das atividades mais adequadas para determinadas áreas da cidade — o “zoneamento”, definição de gabarito e índices de ocupação do solo; definição de áreas de expansão urbana e proteção ambiental e normas para a abertura de loteamentos ou para parcelamento da terra. Tendo em vista a definição que aparece na Constituição (definição de função social da cidade e da própria cidade), a abrangência do Plano Diretor tornou-se substancialmente maior, incluindo o planejamento da atuação do poder público sobre a cidade e a utilização dos novos instrumentos previstos na Constituição e no Estatuto da Cidade”. (RIBEIRO, Luiz Cesar Queiroz e CARDOSO; Aduino Lúcio. “Plano Diretor e Gestão Democrática da Cidade”. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Aduino Lúcio (coord.). **Reforma Urbana e Gestão Democrática: promessas e desafios do Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 103).

31 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05.10.1988. Art. 182, § 4º. É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: (...). (grifo nosso).

para, então, regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição e traçar as diretrizes gerais da política urbana.

O Estatuto da Cidade é considerado o marco da normatização urbanística no Brasil, pois, além de traçar as referidas diretrizes, apresenta os instrumentos para execução da política urbana, com o objetivo de “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana” (art. 2º, *caput*). Dentre estes instrumentos, é destacado o papel do plano diretor (considerado instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, segundo art. 182, § 2º, CF/88).

Vale salientar que o princípio da gestão democrática da cidade, um dos princípios gerais do Movimento Nacional pela Reforma Urbana, foi incluído pelo Estatuto, no artigo 2º, inciso II, e regulamentado pelo artigo 40, § 4º. Para a elaboração do plano diretor e fiscalização de sua implementação, deverá haver um processo participativo, com a convocação de audiências públicas, debates com associações representantes de diferentes segmentos da comunidade, publicidade e acesso da população às informações e documentos do plano diretor. Os instrumentos para garantia da gestão democrática estão dispostos no artigo 43 do Estatuto.

Além do plano diretor, o Estatuto da Cidade previu diversos outros instrumentos para execução da política urbana. Neste contexto, é criada a figura da concessão de uso especial para fins de moradia, disposta no art. 4º, inciso V, “h”, do diploma legal.

A disciplina para a concessão de uso especial para fins de moradia estava disposta nos artigos 15 a 20 do Estatuto, mas à época o Presidente da República vetou os artigos do projeto.³² Para substituir a disciplina dos artigos vetados, no dia 4 de setembro do mesmo ano de criação do Estatuto da Cidade, foi editada a Medida Provisória 2.220, a fim de regulamentar a concessão de uso especial para fins de moradia, que será aprofundada posteriormente.

32 Nas palavras do Presidente da República, os artigos contrariavam “o interesse público, sobretudo por não ressaltarem do direito à concessão de uso os imóveis públicos afetados ao uso comum do povo, como praças e ruas, assim como áreas urbanas de interesse de defesa nacional, de preservação ambiental ou destinadas a obras públicas. Seria mais do que razoável, em caso de ocupação dessas áreas, possibilitar a satisfação do direito à moradia em outro local, como prevê o art. 17 em relação à ocupação de áreas de risco”. Ademais, a expressão ‘edificação urbana’ permitiria uma regularização de cortiços em imóveis públicos, faltando a fixação de ‘uma data-limite’ para a aquisição do direito à concessão de uso especial, o que torna permanente um instrumento só justificável pela necessidade imperiosa de solucionar o imenso passivo de ocupações irregulares geradas em décadas de urbanização desordenada”. (GIANCOLI, Brunno Pandori. *Novas Soluções Jurídicas para a Moradia no Brasil: breves notas sobre o Direito real de concessão de uso especial para fins de moradia e sobre os reflexos de sua introdução no código civil pela lei nº. 11.481/2001*. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Rio de Janeiro, nº. 16, fev./mar., 2008, p. 83).

2.4. O papel do Direito na aplicação da legislação urbanística

Partindo, primeiramente, da teoria geral do Direito, sem maiores dissertações sobre o tema, as regras do Direito consistem na atribuição de efeitos jurídicos aos fatos da vida, dando-lhes um peculiar modo de ser.³³ O Direito, portanto, identifica os fatos relevantes e os converte para o mundo jurídico, na medida em que a norma, ao incidir sobre determinado fato, o transforma em fato jurídico. Este, por sua vez, quando for resultante de uma manifestação de vontade, é denominado ato jurídico.

O ato jurídico será eficaz quando for capaz de produzir seus efeitos, i.e., alcançar o seu verdadeiro fim. O professor Luís Roberto Barroso³⁴ distingue a eficácia social da norma da eficácia jurídica, uma vez que esta corresponde à concretização do comando normativo no mundo dos fatos e aquela ao efetivo cumprimento do Direito por parte da sociedade. Esta diferenciação é importante para compreender, ainda segundo o autor, que a noção de efetividade passa pelo reconhecimento da eficácia social, ou seja, o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada. E assim conclui:

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

A tarefa do Judiciário, no plano da cidade, ao interpretar, é de ampliar o alcance das normas urbanísticas, segundo sua eficácia social.³⁵ Para viabilizar esta eficácia, os intérpretes devem se valer dos princípios,³⁶ como referência para a

33 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 81.

34 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 84.

35 Nesse sentido está o Provimento nº. 37, de 7 de junho de 1999, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que “Institui o Projeto ‘Lar Legal’, objetivando a regularização do parcelamento (loteamento e desmembramento) do solo urbano”, que dispõe: ‘a inviolabilidade do direito à propriedade merece ser dimensionada em harmonia com o princípio de sua função social; a função do Direito não se restringe à solução de conflitos de interesse e busca de segurança jurídica, mas em criar condições para a valorização da cidadania e promover a justiça social; as leis visam à proteção dos adquirentes de imóveis; a Constituição Federal não garante apenas o acesso à posse, mas a decorrente e imprescindível titulação’ (...). E ainda, a jurisprudência segue nesse mesmo caminho: “(...) a força normativa da Constituição, como método próprio de interpretação constitucional, exige do juiz, ao resolver uma questão de direitos constitucionais, adotar a solução que propicie maior eficácia possível às normas constitucionais envolvidas, conforme lição de Konrad Hesse (...)”. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº. 2006.72.04.003887-4*. Apelante: Loreni Pinto Nazario. Apelados: Ministério Público Federal e União Federal. Rel. Juiz Roger Raupp Rios. Porto Alegre, 12 de maio de 2009.

36 Os princípios que devem nortear a interpretação do intérprete nos casos referentes à ocupação do espaço público urbano, já citados ao longo deste trabalho, são o da função social da cidade e o da função social da propriedade urbana.

interpretação, pois estes constituem via segura para garantia do espaço público urbano, pressuposto fundamental que qualifica a cidade e garante os direitos urbanísticos dos cidadãos.³⁷

Como vimos, o direito à cidade compreende, basicamente, as seguintes necessidades: habitação, lazer, trabalho e circulação, que devem ser atendidas em relação aos misteres da dignidade da pessoa humana.³⁸ Na conclusão de Eduardo Boquimpani³⁹, temos que:

Por coerência, estamos que o Judiciário poderá aferir, casuisticamente, o caráter democrático do plano posto. Assim, sempre com visão instrumental e razoável (*due process of law*, caráter substantivo), embora lhe seja vedado atuar como legislador positivo, deverá procurar, não somente no plano formal, mas na legislação ordinária como um todo, os ditames e anseios sociais, e a partir destes identificar o plano materialmente posto pelo povo da cidade. Ali encontrará, então, a função social que aquele povo vislumbra para a cidade e, a partir dela, o conteúdo do direito proprietário — a função social da propriedade urbana (...). Do Judiciário, assim, são esperadas medidas que conformem a propriedade urbana àquele direito (fazendo referência ao direito à cidade). Do Judiciário, pois, é de se esperar uma atuação profundamente comprometida com a efetividade do direito à cidade, enquanto expressão do acesso à justiça. A tanto se chega pela criatividade das soluções e sensibilidade às questões urbanísticas. Que isso é possível não resta dúvida.

3. Noções gerais sobre a posse

A posse é um tema vasto, que apresenta uma riqueza dialética sobre diversos pontos. Daí a importância de delimitarmos nosso estudo às teorias clássicas da posse no tocante à sua definição, sua função social e à posse dos bens públicos, pois estes são os aspectos que irão importar para a compreensão do objeto central deste trabalho.

A posse pertence ao ramo civil do Direito, mais especificamente relacionado ao estudo do direito das coisas, que regula o poder dos homens sobre os bens e os modos de sua utilização econômica.⁴⁰ O Código Civil atual, inclusive, a posiciona no Livro III denominado “Do Direito das Coisas”.

37 CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli, *op.cit.*, p. 63.

38 BOQUIMPANI, Eduardo Gonçalves. “Utilização compulsória da propriedade urbana”. In BONIZZATO, Luigi; COUTINHO, Ronaldo (coord.). **Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 193.

39 BOQUIMPANI, Eduardo Gonçalves, *op.cit.*, p. 193-194.

40 GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 7.

Os estudos conceituais da posse partem, necessariamente, dos elementos já expostos pela dogmática de Savigny e Ihering. Por esta razão, antes de analisarmos a definição adotada pelo Código Civil, insta destacar os ensinamentos das duas grandes teorias que contribuíram para a fixação da noção acerca da posse.

3.1. O conceito de posse na teoria de Savigny

Frederich Karl Von Savigny, ainda muito jovem, criou a obra “Tratado da Posse em Direito Romano”, que analisou o instituto a partir dos elementos *corpus* e *animus* de forma autônoma.

O *corpus* é o requisito material, ou seja, é o exercício do controle físico sobre a coisa e a defesa contra atos externos que possam subtraí-la. O *animus* representa a vontade, mais especificamente a vontade de ser proprietário. Então, para haver posse, além de deter a coisa, é necessária a intenção da pessoa de exercer o direito de propriedade, por isso este elemento é complementado pela figura do *domini* (intenção de ser dono).

Devido à existência do elemento *animus domini*, a teoria de Savigny é classificada como subjetiva. Nas lições do autor, “(...) para ser considerado verdadeiro possuidor de uma coisa, é preciso necessariamente que aquele que a detém a administre aos seus próprios olhos como proprietário; noutros termos, que pretenda dispor dela como um proprietário teria a faculdade legal de fazê-lo, em virtude de seu direito (...)”⁴¹

Para Savigny, portanto, o locatário, o mandatário, o comodatário, o mandatário e o depositário não teriam posse, seriam meros detentores. Diante da problemática de o locatário, por exemplo, não ser considerado possuidor, o autor criou a chamada “posse derivada”, que é aquela exercida sem a intenção de dono e se configura com a transferência dos direitos possessórios.

No tocante à natureza jurídica da posse, a teoria subjetiva sustenta que esta é, ao mesmo tempo, um fato e um direito. Por si mesma ela é um fato, mas que gera efeitos, tais como o usucapião e os interditos, que têm natureza de direito.⁴²

3.2. O conceito de posse na teoria de Ihering

Rudolph Von Ihering, ao contrário de Savigny, defendia a concepção objetiva da posse, através da destinação econômica da coisa. Para o autor, posse é a ex-

41 SAVIGNY *Apud* CAHALI, Yussef Said. *Posse e Propriedade*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1987, p. 668.

42 GOMES, Orlando, *op. cit.* p. 41.

terioridade da propriedade e afirma que: “Por exteriorização da propriedade eu entendo o estado normal externo da coisa, sob o qual ela cumpre sua destinação econômica de servir aos homens”.⁴³

Por este aspecto, Ihering sobreleva a posse à condição indispensável ao direito de propriedade⁴⁴, já que, como poder de fato, a posse é anterior à propriedade analisada como o poder de direito sobre a coisa.

O *corpus* nessa concepção já abarca o elemento *animus*, pois não se faz necessária a intenção de ser dono, mas a vontade de ter poder sobre a coisa como exerce o proprietário (o chamado *affectio tenendi*). Então, de acordo com Ihering, a noção de posse abarca o elemento *corpus* — aqui considerado como a relação exterior entre o possuidor e a coisa segundo sua destinação econômica⁴⁵ — e o elemento *affectio tenendi*.

Neste ponto reside a distinção entre as teoria objetivas e subjetivas. Para estas, *corpus* conjugado com *affectio tenendi* gera detenção, que somente se converte em posse quando se lhes adiciona o *animus domini*. Já para aquelas, o *corpus* mais a *affectio tenendi* geram posse, que se desfigura em mera detenção apenas na hipótese de um impedimento legal.⁴⁶

Ihering defende, portanto, a posse do provável proprietário (aquele que age com aparência de dono), independentemente do aspecto subjetivo descrito por Savigny. Desta forma, a teoria objetiva admite a posse do locatário e do mandatário, por exemplo.

Finalmente, no que diz respeito à natureza jurídica da posse, Ihering a considera como um direito. Para o elaborador da teoria objetiva, direito é um interesse juridicamente protegido, que abarca o elemento formal e o material. Por este se entende o interesse, que na posse se manifesta através de sua condição para utilização econômica da coisa e o elemento formal é a proteção jurídica, também presente na posse.⁴⁷

43 IHERING *Apud* CAHALI, Yussef Said. *op. cit.*, p. 669.

44 Na lição de Orlando Gomes: “Ora, *o jus possidendi* tem grande importância prática para o proprietário. Para que possa utilizar economicamente a coisa que lhe pertence, o proprietário deve ter a posse. Ihering frisa a necessidade que tem o proprietário de exercer a posse, dizendo que a propriedade sem a posse seria um tesouro sem chave para abri-lo, uma árvore frutífera sem a escada para colher os frutos”. (GOMES, Orlando, *op. cit.* p. 34).

45 De acordo com Caio Mario: “Um homem que deixa um livro num terreno baldio, não tem sua posse, porque ali o livro não preenche a sua finalidade econômica. Mas aquele que manda despejar adubo em um campo destinado à cultura, tem-lhe a posse, porque ali cumprirá seu destino”. (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direitos reais*, v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 21).

46 *Idem*.

47 GOMES, Orlando, *op.cit.* p. 42.

3.3. A relação entre posse e propriedade

A relação existente entre posse e propriedade deve ser abordada, primeiramente, a partir da compreensão do fundamento da tutela possessória pelas teorias relativas e absolutas.

As teorias absolutas tutelam a posse por si só, sem qualquer relação com determinado instituto jurídico. Dentre as teorias absolutas existentes, há a teoria da vontade, que garante a tutela possessória pelo fato desta ser um ato de vontade, e como ato de vontade merece a proteção do Direito. E temos ainda a teoria da posse como categoria econômica independente, que garante a proteção da posse, pois esta é uma forma de apropriação de bens e satisfação das necessidades humanas.

A teoria relativa da interdição da violência, de autoria de Savigny, considera que a defesa da posse é decorrente da obrigação de o Estado proteger o indivíduo contra qualquer ato de violência. Como fato, a posse se converte em Direito, na medida em que o ordenamento cria determinados instrumentos para proteção da mesma (a citar, por exemplo, o interdito possessório). Para Savigny, qualquer ato de violência, inclusive a turbacão da posse, é conduta antissocial.

A segunda teoria relativa é a do respeito à personalidade humana, que esclarece que o Direito deve proteger a posse, pois a sua perturbação é contra a personalidade humana, princípio do ordenamento jurídico.

A terceira teoria relativa existente é de Ihering, sendo qualificada como teoria da defesa complementar da propriedade. Segundo o autor, a posse é tutelada em detrimento do direito de propriedade, por isso a complementaridade.⁴⁸ Então, para as teorias absolutas a posse goza de autonomia e para as relativas ela está vinculada a outra situação.

No Código Napoleônico, a posse era situada no capítulo concernente à prescrição já que, de acordo com Pothier, no final do século XVII, a única posse jurídica existente era a do proprietário.⁴⁹

O Código Civil de 2002 define o possuidor em seu art. 1.196, nos seguintes termos: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.⁵⁰

Veja-se que até os dias de hoje, os conceitos romanos influenciam na dogmática da posse. Pela leitura do dispositivo, podemos perceber que a codifica-

48 Sobre o tema vide GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 91.

49 ALVES, Mauro Vinicius Duarte. *Função Social da Posse: reflexos concretos no ordenamento jurídico*. Foz do Iguaçu, PR: Livro Rápido, 2008, p. 23.

50 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Código Civil e Constituição Federal*. 57. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

ção atual optou pela concepção objetiva do possuidor, já que o *animus domini* não tem nenhuma influência para a caracterização da *possessio*.

Apesar disso, ainda há reflexos das ideias de Savigny em determinados dispositivos⁵¹ que utilizam o termo “possuir como seu”, apresentando assim, a necessidade da demonstração da intenção de ser dono. Desta forma, o direito brasileiro não se filiou exclusivamente a nenhuma das duas teorias.⁵²

A noção romana de Ihering, adotada em parte pelo Código Civil, vincula a posse à propriedade, já que, conforme visto anteriormente, a posse nessa concepção é uma exteriorização da propriedade. Portanto, o argumento para eventuais interditos possessórios se dá com base na propriedade, como meio de facilitar a defesa desta.

Savigny, por sua vez, que também influenciou no momento de elaboração do Código, possui uma visão mais social da posse, afirmando que esta possui um lugar equidistante da propriedade,⁵³ apesar de mencionar que para haver posse deve ser demonstrado o já citado *animus domini*.

Tanto a teoria subjetiva de Savigny, quanto a objetiva de Ihering se vinculam às teorias relativas de fundamento da posse, deixando de lado o entendimento de que ela merece proteção por si só, desvinculada da propriedade. Devido à influência de ambas no nosso código, a melhor doutrina do professor Azevedo Torres⁵⁴ entende que:

A importância conferida à propriedade pelo novo Código Civil decorre da segurança jurídica, social e econômica que a instituição permite no sistema capitalista, criando-se uma cultura de que é necessário ser proprietário para ver respeitados seus direitos sobre a coisa e para aquisição de *status* social, privilegiando o ter em detrimento do ser (...).

Portanto, devemos superar a noção romana de posse, de que ela representa a exteriorização do direito de propriedade.⁵⁵ Apesar da positivação da teoria relativa no Código Civil, o instituto em análise deve ser compreendido de forma

51 Vejam-se, por exemplo, os artigos 1238, 1239, 1240 e 1260 todos do Código Civil.

52 A respeito da posição do Código Civil de 1916: “O Código Civil nem sempre se mostra coerente: por vezes, em um capítulo, adota um sistema do qual se distancia em outro. Ao tratar da aquisição da propriedade, apontamos descentendimentos entre regras constantes dos livros sobre o Direito das Obrigações e o Direito das Coisas. Agora, vê-se que, ao dispor sobre o usucapião como modo de adquirir a propriedade, o legislador esqueceu dos princípios de Ihering, inspiradores do conceito de posse”. (BESSONE, Darcy. *Direitos Reais*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 230).

53 ALVES, Mauro Vinicius Duarte, *op. cit.*, p. 23.

54 TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, *op. cit.*, p. 311-312.

55 ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no Novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº. 5, jan./jun., 2005, p. 50.

autônoma e longe de uma concepção estritamente individualista. Neste mesmo sentido, continua o autor:⁵⁶

A importância econômica e social da posse não permite que seja considerada sentinela avançada da propriedade como sugere Ihering ou que sirva de muleta para um instituto que goza de adequada proteção do sistema (...). A tutela (proteção) da posse não pode mais se dar, porque o possuidor tem aparência de dono e, na grande maioria, o é como a doutrina tem sustentado e a jurisprudência admitido pacificamente, por interpretação do antigo art. 485 do Código Civil de 1916 e que certamente continuará a fazê-lo em razão do atual art. 1196 do Código Civil de 2002, mas em razão da função econômica e social que ela representa para o possuidor e para a sociedade.

Por oportuno, faremos a abordagem do conceito de função social no item seguinte, para que o direito civil tenha como base os mandamentos constitucionais e não apenas a concepção puramente patrimonialista.

3.4. A função social: da posse ou da propriedade?

A doutrina⁵⁷ aponta que a primeira Constituição a dispor sobre função social da propriedade foi a Constituição de Weimar de 1919, que teve seu artigo 153 repetido pela Constituição da Alemanha de 1949. O artigo tinha o seguinte teor: “A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir ao bem-estar social”.

O Brasil inaugurou o conceito de função social da propriedade em seu ordenamento na Constituição de 1946 e, posteriormente, na Carta de 1967, como princípio da ordem social e econômica. A Constituição atual, além de prever a função social da propriedade, a incluiu em seu art. 5º, referente aos direitos e garantias fundamentais.⁵⁸

56 TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, *op. cit.*, p. 361.

57 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Função Social da Propriedade e Legalidade Constitucional: anotações à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (A.I. 598.360.402-São Luiz Gonzaga)*. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, v. 9, n.º. 17, ago./dez., 2000, p. 44.

58 A Constituição de 1946 previa em seu art. 147: “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, §16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”. O art. 160 da Constituição de 1967 tinha o seguinte teor: “A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) III- função social da propriedade.” A Constituição de 1988, dispõe no art. 5, XXIII: A propriedade atenderá sua função social”. Todas as Constituições podem ser obtidas no site: <www.planalto.gov.br>.

Por função social entende-se um dever imposto ao proprietário, que deixa de ter um direito subjetivo ilimitado à sua propriedade. Apesar da variação que cada ordenamento possa conceder ao conceito, relativamente a todos se pode dizer que é um critério de valoração do exercício de um direito, que deve ser direcionado para um “*massimo sociale*”.⁵⁹

A função social da propriedade urbana, objeto central deste trabalho, é princípio dos direitos e garantias fundamentais e também da ordem política, ideológica e social (arts. 170, III e 182, CF). A própria Carta de 1988 estabelece no art. 182, § 2º que estará atendida a função social da propriedade urbana, quando esta cumprir as exigências do plano diretor de cada cidade (com mais de vinte mil habitantes).⁶⁰

No entanto, a função social é conferida à posse ou à propriedade? Hernandez Gil foi o protagonista no assunto, ao tratar, em 1987, da posse como fato social. Segundo o autor, ela é o instituto de maior densidade social, pois revela a necessidade primária do homem de apropriar-se das coisas de que dela necessita. Sendo assim, tal instituto deve ser sempre informado pela realidade social, devendo ser chamado a desempenhar uma tarefa integradora das exigências humanas e não mais um instrumento de dominação e estratificação. Logo, é na posse que se encontra sua função social, como pressuposto e como fim.⁶¹

Reconhecer a posse, então, significa reconhecer a realidade social. A partir de tal reconhecimento, faz-se necessário protegê-la para garantir a estabilidade sócio-econômica. Neste aspecto, o conceito de função social é fundamental para legitimar a apropriação dos bens, ou seja, a posse propriamente dita. Então, é através da posse que a função social poderá ser concretizada, desde que exercida em consonância com os preceitos constitucionais. Nas palavras de Teori Zavaski:⁶²

59 TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. São Paulo: Renovar, 2004, p. 319.

60 Veja-se, por exemplo: Rio de Janeiro. Lei Complementar nº. 25/2001. Dispõe sobre a política urbana do município, instituindo o plano diretor da cidade do Rio de Janeiro. Art. 6º. O Plano Diretor estabelece as exigências fundamentais de ordenação da Cidade para o cumprimento da função social da propriedade com a finalidade de: I. recuperar, em benefício coletivo, a valorização acrescentada pelos investimentos públicos à propriedade privada, através dos instrumentos legais pertinentes; II. condicionar a utilização do solo urbano aos princípios de proteção e valorização do meio ambiente e do patrimônio cultural; III. promover a geração de recursos para a implantação de infra-estrutura e de serviços públicos; IV. controlar a expansão urbana e a densidade populacional de acordo com a adequada utilização do solo urbano; V. definir o adequado aproveitamento de terrenos e edificações, sancionando a retenção especulativa, a subutilização ou a não utilização de imóveis de acordo com os parâmetros estabelecidos e com as diretrizes de desenvolvimento estabelecidas neste Plano Diretor; VI. promover o acesso à propriedade regular e à regularização urbanística e fundiária. Disponível em: <http://www2.rio.rj.gov.br/smu/com-pur/pdf/PLC_0025_01-%20SUBSTITUTIVO%203%20-%20TEXT0%20DO%20PL.pdf>. Acesso em: 02.abr. 2011.

61 ALBURQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 137-138.

62 ZAVASCKI, Teori Albino, *op. cit.*, p. 51.

Por função social da propriedade há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar que sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidas a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo. Bens, propriedades, são fenômenos da realidade (...). A função social da propriedade (que seria melhor entendida no plural, “função social das propriedades”), realiza-se ou não, mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, assim considerado no mais amplo sentido, seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse. Bem se vê, destarte, que o princípio da função social diz respeito mais ao fenômeno possessório que ao direito de propriedade.⁶³

A função social da posse é guiada pela realidade social, que faz prevalecer o valor da dignidade da pessoa humana. Desta forma, haverá uma visão mais ampla da posse, de sua utilidade social e de sua autonomia em relação a outros institutos jurídicos.

Por conseguinte, diante do conflito entre o titular do bem que não cumpre a função social e o possuidor que atinge tal preceito, a Constituição já apontou o caminho a ser seguido — a tutela para aquele que confere maior função social ao bem. Então, a posse com função social (também denominada de posse qualificada) deve prevalecer em relação ao título de propriedade que desconhece o preceito do art. 5º, inciso XXIII, CF/88. Esta, portanto, deve ser a análise do Código Civil à luz da Constituição.

O ter, tanto da propriedade pública quanto da privada, só terá proteção jurídica se cumprir a função social exigida pelo ordenamento jurídico. É certo é — e isto podemos afirmar para a realização da função social da propriedade urbana em qualquer cidade — que assegurar moradia e trabalho na terra, através da posse, é uma forma de cumprir a função social da propriedade exigida pela Constituição. A justificativa para tanto é explicada por Azevedo Torres.⁶⁴

63 No mesmo sentido, Marcos Alcino apresenta o voto vencido do juiz Marcio Puggina no M.S nº 195050976 da 4ª Câmara Civil do TARS: “Ter a propriedade função social significa o efetivo exercício fático de uma ação (função) social e exercer de fato alguma ação sobre a propriedade nada mais é do que o próprio conceito de posse. Logo, a função social da propriedade é a própria posse como o fato socialmente relevante exercido sobre a propriedade”. (TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, *op.cit.*, p. 374).

64 TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, *op. cit.*, p. 403.

Mister então reconhecer que a posse qualificada pela função social é um direito, porque instrumento de satisfação de necessidades humanas e porque a um só tempo viabiliza, atende e materializa direitos fundamentais sociais contribuindo para a concretude do princípio da dignidade humana, para erradicação da pobreza, para erradicação da marginalização, para a redução das desigualdades sociais, independente de origem, raça, cor, idade, possibilitando a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Podemos destacar, assim, que a função social da posse, além de determinar a judicialização de um fato social, é um meio para se atingir as exigências da própria Constituição, no tocante ao princípio constitucional de igualdade de todos e principalmente os objetivos do Estado democrático, como a erradicação da pobreza e o direito a uma existência digna.

É nesse contexto que se faz necessário citar outra categoria de posse existente, a chamada posse necessidade, que surge exclusivamente para atendimento de necessidades primárias, como a moradia e o sustento. Por oportuno, Betânia Alfonsin leciona que “a uma eficácia jurídica *erga omnes* de um título de propriedade vazio, opõe-se uma eficácia fática de uma posse não — formalmente titulada, mas cheia, e cheia de um direito elementarmente ligado à vida, como o de comer e o de morar”.⁶⁵

A par do exposto, é necessário ter em mente que a visão individualista de propriedade foi ultrapassada pela função social, que busca atingir um interesse mais social.⁶⁶ Para tanto, é preciso valorizar as denominadas posse-trabalho e posse-moradia, que atingem as necessidades básicas dos cidadãos.⁶⁷ Nesse diapasão, além de cumprimento ao disposto no art. 5º, XIII, CF, estaremos, da mesma forma, cumprindo os ditames do princípio da dignidade da pessoa humana.

3.5. A posse dos bens públicos

Bens públicos, assim definidos pelo Código Civil, são todos aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno.⁶⁸ Vale dizer, os bens públicos

65 ALFONSIN *Apud* TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, *op. cit.*, p. 384.

66 Atente-se, porém, que: “Não se quer com isto dizer que o domínio deve atender exclusivamente ao interesse social. Tampouco se pretende excluir do direito subjetivo sua vocação individualista, voltada para o atendimento de necessidades individuais de seu titular. Cuida-se, ao revés, de dotar o direito subjetivo de uma capacidade expansiva, de modo que, contemporaneamente à satisfação das necessidades do proprietário, possa atender a interesses não proprietários, estes legitimadores do domínio, segundo a ordem pública definida pela Constituição.” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson, *op. cit.*, p. 47).

67 Diante dessa afirmação, nos filiamos à teoria absoluta da posse como categoria econômica independente.

68 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Código Civil e Constituição Federal**. 57. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006. Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional per-

serão aqueles pertencentes à União, Estados, Distrito Federal, Municípios, às autarquias e fundações de direito público dos referidos entes e também às associações públicas e outras pessoas de caráter público criadas por lei, conforme disposto no art. 41 do Código Civil.

As principais classificações que serão abordadas para compreensão do objeto do presente trabalho dizem respeito à destinação, disponibilidade, regime jurídico, bem como às formas de uso privativo dos bens públicos.

No tocante à destinação, os bens públicos podem ser classificados em bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais. Os bens de uso comum são aqueles de utilização geral, com prevalência para a destinação pública, ou seja, a efetiva utilização pelos membros da comunidade.⁶⁹ Como exemplo deste tipo de destinação podemos citar as praias, as estradas e as ruas. Veja-se que a função social destes bens é cumprida na medida em que se destinam à fruição de todas as pessoas e, por esta razão, não podem ficar submetidos a um poder jurídico privado.

Os bens de uso especial, por sua vez, estão destinados especificamente a determinado serviço público e o uso caberá, preferencialmente, ao Poder Público, tais como os edifícios públicos, os hospitais públicos e os veículos da administração. Da mesma forma que os bens de uso comum, os bens de uso especial, enquanto estiverem cumprindo a função para a qual foram criados, estarão da mesma forma, cumprindo a sua função social.

Já os bens dominicais são aqueles que podem ser utilizados em qualquer fim (ou seja, não estão afetados) ou alienados pela Administração, por essa razão, são também chamados de bens patrimoniais disponíveis. José dos Santos Carvalho Filho⁷⁰ apresenta uma noção residual dos bens dominicais, pois irão se situar nesta categoria todos os bens que não forem de uso comum do povo ou de uso especial. Pode-se dizer que são bens dominicais, por exemplo, as terras sem destinação específica (ex.: terras devolutas) e os prédios públicos desativados. Nesta seara, será mais fácil identificar a falta de cumprimento da função social do bem.

Atente-se que os bens foram identificados quanto à sua destinação para se ter em mente que também os bens públicos, independentemente de sua classificação, devem cumprir função social e não só os bens particulares. Não havendo discriminação no art. 5º, XXIII, CF/88, quanto a ser pública ou privada a propriedade, incide o princípio da função social da propriedade, com a não concessão da preten-

tentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

69 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1004.

70 FILHO, José dos Santos Carvalho, *op. cit.*, p. 1005.

são reintegratória do Poder Público, em razão de outros interesses juridicamente relevantes, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana.⁷¹

Em relação à sua disponibilidade, os bens públicos podem ser divididos em bens disponíveis, bens patrimoniais disponíveis e bens patrimoniais indisponíveis. Os primeiros não possuem caráter patrimonial e por isso o Poder Público não pode deles dispor ou desvirtuá-los de suas finalidades principais. Sob tais aspectos, podem citar como exemplo as estradas, os mares e os logradouros públicos e, como ensina José dos Santos Carvalho Filho,⁷² alguns deles apenas serão indisponíveis enquanto mantiverem sua destinação.

Os bens patrimoniais disponíveis, por possuírem o caráter patrimonial, podem ser alienados em conformidade com a lei e são os bens dominicais em geral. Os bens patrimoniais indisponíveis, da mesma forma que os anteriores, possuem caráter patrimonial e são passíveis de avaliação pecuniária, mas não podem, entretanto, ser dispostos enquanto estiverem afetados aos fins públicos, como os bens de uso especial, por exemplo.

No que se refere ao regime jurídico, os bens públicos apresentam três características. A primeira é a alienabilidade condicionada, presente nos artigos 100 e 101 do Código Civil.⁷³

A regra, com base nos artigos mencionados, será a alienabilidade na forma da lei e somente serão inalienáveis os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial, enquanto conservarem a sua qualificação, também na forma da lei.

A impenhorabilidade é a segunda característica do regime jurídico dos bens em questão. Os bens públicos, então, não podem ser penhorados, com fundamento inclusive na própria Constituição (art. 100), que estabelece que os créditos de terceiros contra a Fazenda Pública, em virtude de sentença judiciária, devem ser pagos por meio de precatório. O intuito do legislador foi de proteger os bens públicos do processo comum de alienação referente aos bens privados.

A terceira característica do regime jurídico é a imprescritibilidade, que significa que os bens públicos são insuscetíveis de aquisição por usucapião, ainda que os mesmos não possuam qualquer destinação.

71 LOTUFO, Renan. “A Função Social da Propriedade na Jurisprudência Brasileira”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 349.

72 FILHO, José dos Santos Carvalho, *op. cit.*, p. 1006.

73 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Código Civil e Constituição Federal*. 57. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006. Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar; Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da Lei.

Essa característica, em verdade, foi a que mais motivou a elaboração do presente trabalho, pois em virtude inclusive do ordenamento Constitucional e do novo Código Civil,⁷⁴ ainda que o possuidor mantenha a posse por longo período de determinado bem público, que não tenha sua função social cumprida pelo Poder Público, não poderá adquirí-lo.

A matéria referente à impossibilidade de prescrição aquisitiva dos bens públicos foi sumulada pelo Supremo Tribunal Federal. Na dicção da Súmula 340: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.

A quarta e última característica é a impossibilidade de oneração, que impossibilita a gravação dos bens públicos em favor de terceiros no caso de inadimplemento da obrigação por parte do Estado. Neste aspecto, também a Constituição faz valer a característica da não onerabilidade ao disciplinar o regime dos precatórios para pagamento de crédito de terceiros contra a Fazenda Pública.

Em relação às formas de uso privativo dos bens públicos, apenas as que causam maior confusão em relação ao objeto central deste trabalho serão brevemente abordadas, sendo elas, a concessão de uso, a concessão de direito real de uso e a concessão de uso especial para fins de moradia, que será detalhadamente analisada no item posterior.

Vale salientar que o uso privativo dos bens públicos, também denominado de uso especial privativo é o direito que a Administração confere a certas pessoas para utilização de bens públicos. Tal direito será atribuído através de instrumento jurídico específico para o fim que a pessoa dará ao bem.

A concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público confere à pessoa determinada o uso privativo de bem público, independentemente do maior ou menor interesse público da pessoa concedente.⁷⁵

A concessão será formalizada por contrato administrativo, através da vontade discricionária da Administração sem, contudo, haver precariedade.

O autor José dos Santos Carvalho Filho⁷⁶ apresenta as seguintes espécies de concessão de uso: concessão remunerada e concessão gratuita de uso de bem público. Maria Sylvia Di Pietro, por sua vez, apresenta as seguintes modalidades: a de exploração ou de simples uso, conforme seja, ou não conferido ao

74 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05.10.1988. Art. 183, § 3º. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Código Civil e Constituição Federal*. 57. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006. Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

75 FILHO, José dos Santos Carvalho, *op. cit.*, p. 1030.

76 FILHO, José dos Santos Carvalho, *op. cit.*, p. 1031.

concessionário poder de gestão dominial, substituindo-se à Administração concedente; a temporária ou perpétua; a remunerada ou gratuita e por fim a de utilidade pública ou de utilidade privada.⁷⁷

A modalidade qualificada de concessão de uso é denominada concessão de direito real de uso, que é um direito real conferido ao particular para dar destinação ao bem público não edificado. Vale salientar que para regularização por meio da concessão de direito real de uso é preciso a concordância do dono do terreno. Logo, se o imóvel for do Município, só ele poderá conceder o referido instrumento.

A principal diferença entre a concessão de direito real de uso e a concessão de uso é que esta inaugura uma relação de caráter pessoal, com uma relação meramente obrigacional entre as partes e nem sempre os fins serão públicos. Naquela, o concessionário terá um direito real e os fins são estabelecidos na lei respectiva previamente, sendo destinada à urbanização, edificação, industrialização, cultivo ou a outro fim relacionado ao interesse social.

4. A medida provisória 2.220: concessão de uso especial para fins de moradia

Em razão da impossibilidade da prescrição aquisitiva dos bens públicos, conforme dicção do art. 183, § 3º da Constituição, houve a necessidade de se criar um instituto para reconhecimento da posse de diversos particulares em áreas públicas, com o intuito final de atender às necessidades reclamadas pela política urbana.

O projeto do Estatuto da Cidade previa a disciplina para a concessão de uso especial para fins de moradia, porém, os artigos referentes no projeto foram vetados pelo Presidente da época (v. item 2.3). Diante do veto, foi criada a Medida Provisória 2.220, no dia 4 de setembro de 2001, para regularizar o referido instrumento e atender ao mandamento constitucional presente no art. 183, § 1º da Carta Magna.⁷⁸

Cabe destacar que, no tocante aos imóveis da União, a Lei 11.481/07 se ocupou de regulamentar especificamente a posse das áreas federais. De acordo com a referida legislação, a concessão de uso especial para fins de moradia também será aplicada às áreas da União em geral, inclusive aos terrenos da marinha.

77 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.569.

78 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05.10.1988. Art. 183, § 1º. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

O art. 1º da Medida Provisória 2.220⁷⁹ apresenta os requisitos necessários para a concessão:

Art. 1º Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público, situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

[...]

Pelo que se pode perceber, a concessão de uso especial para fins de moradia será conferida àquele que possuir como seu, por cinco anos ininterruptos, imóvel público em área urbana, até 30 de junho de 2001, com o intuito de moradia, desde que não tenha outra propriedade, ou não seja beneficiário de outra concessão.

Os requisitos apresentados pela Medida Provisória são cumulativos. Atente-se que o primeiro requisito se inspirou na doutrina de Savigny, pois exige que o particular possua o já qualificado *animus domini*, na medida em que dispõe “possuir como seu”. Trata-se do requisito temporal que exige que o particular esteja há cinco anos ininterruptos na posse e desde que cumpridos até a data de 30 de junho de 2001. Esta última exigência, no entanto, não deve prosperar por motivos que teceremos mais adiante.

O segundo requisito é territorial, limitando a concessão em duzentos e cinquenta metros quadrados, da mesma forma que o usucapião especial urbano. Caso a área seja superior, se a ocupação se der por mais de um possuidor com os quinhões definidos e com a metragem dentro dos limites fixados na lei, tal composto também permitirá o reconhecimento do direito à concessão.⁸⁰

Outra exigência é que o imóvel seja utilizado para moradia (sua ou de sua família). Observa-se que o legislador buscou proteger com este instituto a

79 BRASIL. Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm>. Acesso em: 15.abr.2011.

80 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 377.

posse-moradia, ou seja, a posse qualificada pela moradia que contempla a função social da propriedade (art. 5º, XXIII e 170, III da CF/88) e a função social da cidade (art. 182 da CF/88 e Estatuto da Cidade).

Por fim, o requisito de caráter patrimonial, exigindo que o possuidor não seja proprietário de outro imóvel, já que a intenção da concessão de uso é suprir a falta de moradia do ocupante.

O art. 6º da Medida Provisória em destaque⁸¹ aponta uma ordem a ser seguida para obtenção da concessão. Primeiramente o particular deve requerer à Administração a concessão de uso e, apenas na hipótese de recusa ou inércia por mais de doze meses por parte da Administração, deverá fazê-lo perante o Poder Judiciário.

A justificativa para o Poder Judiciário poder reconhecer o direito à concessão está atrelada à natureza jurídica do instituto. Apesar do nome “concessão”, a sua natureza é de ato administrativo vinculado, pois se o possuidor cumprir os requisitos acima mencionados ele terá direito subjetivo à concessão. Ou seja, a Administração não possui qualquer discricionariedade, por esta razão, o Judiciário poderá reconhecer o direito, na medida em que estará fazendo um controle de legalidade do ato administrativo.

A outorga da concessão é gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, conforme dispõe o art. 1º, § 1º da MP 2.220. Ou seja, o legislador não atribuiu qualquer ônus pecuniário ao possuidor e o fez em respeito ao princípio da igualdade, independentemente do sexo e do estado civil.

A Medida Provisória se preocupou também com a ocupação de imóvel de uso comum do povo, destinado a projeto de urbanização e reservado à construção de represas e obras congêneres, de interesse da defesa nacional, de proteção urbana e de ecossistemas e também os situados em vias de comunicação (art. 5º da MP 2.220/01). Nestas hipóteses, o legislador facultou ao Poder Público a instalação dos posseiros em outro local.

Isso porque, nos bens mencionados, já há observância do cumprimento da função social, na medida em que os mesmos estão afetados a destinos específicos, porquanto não podem ser alienados ou cedidos. No entanto, em razão

81 BRASIL. Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências. Art. 6º O título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial. § 1º A Administração Pública terá o prazo máximo de doze meses para decidir o pedido, contado da data de seu protocolo (...). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm>. Acesso: em 15.abr. 2011.

do direito fundamental à moradia, o legislador sabiamente possibilita que se transfira o exercício do direito à concessão para outro local, sem necessidade da desafetação para expedição da concessão.⁸²

No tocante à perda da concessão, o concessionário que não observar o requisito finalístico, qual seja, a destinação para sua moradia ou de sua família, não poderá mais exercer seu direito à concessão de uso especial para fins de moradia. Da mesma forma, o particular que adquirir a propriedade ou concessão de outro imóvel, urbano ou rural, perderá a concessão, na forma do art. 8º da MP 2.220.

A Medida Provisória institui ainda a modalidade coletiva de concessão em seu art. 2º. Assim como na concessão individual, a modalidade coletiva apresentará os mesmos requisitos e exigirá ainda a destinação de uso para população de baixa renda e onde não for possível identificar os terrenos ocupados por possuidor.

Acerca da modalidade, sábias são as palavras de José dos Santos Carvalho Filho:⁸³

O instrumento coletivo, como já tivemos a oportunidade de assinalar quando dos comentários sobre o usucapião especial coletivo, repousa sobre dois fundamentos básicos — um de ordem urbanística e outro de ordem social. O de ordem urbanística consiste na possibilidade de serem regularizadas áreas de ocupação em terras públicas e de serem implementados equipamentos urbanos e serviços públicos para os moradores do local. Além do aspecto urbanístico, há também motivação de ordem social, esta representada pelo benefício a ser dispensado a pessoas de baixa renda e, portanto, integrantes das camadas mais desfavorecidas da sociedade.

Poderíamos, pois, dizer que a concessão de uso especial de imóvel público é o instrumento urbanístico e social que visa regularizar e garantir, para moradia, o uso de áreas públicas por quem preencha os requisitos exigidos em lei e pertença a camadas mais pobres da coletividade.

82 “A matéria pertinente à desafetação da área objeto da concessão é controversa. Porém, o entendimento que mais se amolda e confere maior aplicabilidade ao princípio reitor constitucional da função social da propriedade e do direito à moradia é o da desnecessidade (...). Por fim, cabe ressaltar que, embora se reconheça a autoridade dos que defendem a tese contrária, sua adoção implicaria esvaziar o caráter vinculado do instituto e o tornaria de difícil aplicação prática, culminando em um processo de regularização fundiária, mais lento, uma vez que os mecanismos postos à disposição pelo ordenamento jurídico para desafetação de bens públicos são complexos e sujeitos às variações políticas de toda sorte”. (TEIXEIRA, Paulo Luciano de Souza. A Medida Provisória 2.220/01 na Ótica da Função Social da Propriedade. *Revista EMERJ*, v. 9, nº 36, 2006, p. 300-301).

83 FILHO, José dos Santos Carvalho, *op. cit.*, op. 381.

Vale registrar que quando a ocupação acarretar risco à vida e à saúde, a teor do art. 4º, o Poder Público não deverá extinguir a concessão, mas garantir o exercício da concessão em outro local. Diferentemente do art. 5º, que confere uma faculdade ao Poder Público, aqui, ao revés, se está diante de uma obrigatoriedade.

Insta destacar, por fim, que com o advento da Lei 11.481/07, a concessão foi incluída no rol de direitos reais do art. 1225 do Código Civil (inciso XII).

Decerto, a concessão de uso especial para fins de moradia não tem o condão de solucionar a crise da moradia urbana no Brasil, mas é um passo de extrema importância para a concretização do direito fundamental à moradia presente no art. 6º da Constituição e, em última análise, da função social da propriedade, viabilizando o desenvolvimento humano de uma parcela muitas vezes esquecida da sociedade.⁸⁴

4.1. Da equívoca alegação de inconstitucionalidade da MP 2.220/01

Muito se debate acerca da inconstitucionalidade formal da Medida Provisória 2.220.⁸⁵ O argumento principal dos defensores dessa corrente é a vedação constitucional à interferência da União nos bens de outros entes da federação.

Isto porque a União criou a referida Medida e dispôs sobre a concessão de uso para fins de moradia não só para os seus bens, mas também para os bens dos Estados, Distrito Federal e Municípios. A MP 2.220 violaria, portanto, o art. 24, I da CF/88, que atribui competência à União para estabelecer apenas as regras gerais sobre direito urbanístico, sendo privativa a competência dos entes para legislar sobre seus próprios bens.

Em verdade, tal alegação de inconstitucionalidade é parcial, já que se refere apenas ao art. 3º da referida Medida.⁸⁶ A respeito do tema, parte da doutrina se posiciona nesse sentido:

84 GIANCOLI, Brunno Pandori, *op. cit.*, p. 85.

85 Não obstante a falta de ação direta de inconstitucionalidade sobre a Medida Provisória 2.220, no controle difuso, como veremos no item 5, a alegação de inconstitucionalidade é argumento de defesa do poder público titular do bem em litígio.

86 BRASIL. Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências. Art. 3º Será garantida a opção de exercer os direitos de que tratam os arts. 1º e 2º também aos ocupantes, regularmente inscritos, de imóveis públicos, com até duzentos e cinquenta metros quadrados, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que estejam situados em área urbana, na forma do regulamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm>. Acesso em 16.abr. 2011.

Não lhe cabe, em conseqüência, impor aos Estados e Municípios a outorga de título de concessão de uso, transformando-a em direito subjetivo do possuidor de imóveis públicos estaduais ou municipais. Se a norma constitucional fala em título de domínio e concessão de uso é porque deixou a decisão à apreciação discricionária do Poder Público titular do bem. A União pode, validamente, impor a concessão de uso, como decisão vinculada, com relação aos bens que integrem seu patrimônio, mas não pode fazê-lo em relação aos bens públicos estaduais e municipais. Fácil imaginar-se o ônus que tal imposição representara para os grandes Municípios, em que as favelas invadem espaços públicos desordenadamente e em que teria que ser assegurado a todos os invasores outro imóvel urbano ou rural. A aplicação da medida é praticamente impossível sem a destinação de recursos públicos a essa finalidade.⁸⁷

A arguição de inconstitucionalidade, no entanto, não merece prosperar. Em primeiro lugar porque o art. 183 da Constituição prevê que o título de domínio e a concessão de uso serão conferidos. Ou seja, não há aqui qualquer faculdade imposta pelo constituinte originário, mas em uma obrigatoriedade de reconhecimento da concessão, independentemente da titularidade do bem.

Por conseguinte, a União nada mais fez do que respeitar o art. 24 da Constituição disciplinando a regra geral através da Medida Provisória 2.220 e fazendo valer ainda o comando constitucional presente no art. 183. Dessa forma, e em segundo lugar, os outros entes da federação podem estabelecer outras hipóteses de incidência e prazos diversos, fazendo prevalecer a norma federal em caso de omissão, na forma do art. 24, §§ 1º e 2º da CF/88. O que a Constituição veda é a não concessão de uso quando atingidos os requisitos estabelecidos em lei.

A interpretação da Constituição deve ser um todo harmônico⁸⁸ que atinja ao máximo todos os preceitos constitucionais. A Medida Provisória 2.220 cumpre, assim, o art. 183 e ainda o art. 6º, através do reconhecimento da posse como instrumento para a garantia do direito à moradia. Ademais, como a ocupação se dá, em regra, por parte da população de baixa renda, a Medida Provisória em referência cumpre ainda o objetivo fundamental da República de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais, disposta no art. 3º, III da Carta Magna.

87 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Estatuto da Cidade: comentários à lei 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 159.

88 A respeito do tema, Luís Roberto Barroso: "O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, impondo ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas jurídicas (...). Portanto, na harmonização de sentido entre normas contrapostas, o intérprete deverá promover a concordância prática entre os bens jurídicos tutelados, preservando o máximo possível de cada um". (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 303-304.

Portanto, a obrigatoriedade de os Estados e Municípios outorgarem a concessão decorre da própria Constituição e não da Medida Provisória, inclusive porque o art. 5º, XXIII da CF, impõe a todas as propriedades, privadas ou públicas, federais, estaduais ou municipais, a observância da função social da propriedade. Então, na medida em que a MP 2.220 está fazendo valer o direito fundamental à função social da propriedade e os demais preceitos supramencionados, não há que se falar em qualquer inconstitucionalidade formal da mesma.

5. Análise casuística e tendência jurisprudencial

Este item se destina a expor um caso ilustrativo referente à ocupação de bem público, onde se discute a aplicação da Medida Provisória 2.220. O caso foi selecionado do Núcleo de Terras e Habitação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e ainda não foi julgado pelo juízo de primeira instância.

Após a exposição, analisaremos a chance de procedência do pleito através da tendência jurisprudencial de alguns Tribunais selecionados.

5.1. Caso: Assistidos da Defensoria X Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro (Ação Ordinária para Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia nº. 0040517-93.2010.8.19.0001)

Trata-se de ação ordinária para concessão de uso especial para fins de moradia, proposta na modalidade coletiva pelos ocupantes do bem público objeto do litígio, patrocinada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em face do Rioprevidência, titular do bem.

Os autores da demanda em questão ocuparam, em meados da década de 80, um imóvel abandonado (terreno baldio), que não contava com nenhuma construção ou infra-estrutura, sendo inclusive área com mato, lixo e até mesmo ossos humanos.

Os autores são pessoas de baixa renda e de boa-fé, ingressaram no imóvel sem saber que o mesmo possuía qualquer titularidade, em razão do abandono. Com a ocupação, construíram sistema de água, esgoto e luz, após requisição à LIGHT para a instalação de luz e postes. Veja-se que o imóvel, antes abandonado, passou a exercer sua verdadeira função social, através da oportunidade de moradia de pessoas carentes.

À época da ocupação, o imóvel pertencia ao Estado do Rio de Janeiro, fato este que só foi descoberto pelos moradores anos depois da ocupação. No

entanto, mesmo após o conhecimento por parte do Estado da ocupação do imóvel pelos autores, não houve qualquer oposição deste quanto à permanência das pessoas no local. Vinte anos depois, o imóvel foi transferido pelo Governo do Estado para o Fundo Único de Previdência Social-Rioprevidência, então denominado réu da ação.

A transmissão da propriedade só foi descoberta pelos autores no ano de 2002, quando o Rioprevidência começou a notificá-los extrajudicialmente para que os mesmos desocupassem o imóvel. Os possuidores compareceram ao Rioprevidência em busca de esclarecimentos, quando descobriram a transferência do imóvel feita pelo Governo do Estado. O réu alegava erroneamente que no local havia um prédio que foi invadido pelos moradores, fato este que não se coaduna com a realidade, já que o imóvel estava abandonado.

Os funcionários do órgão pressionaram os autores a assinar contratos obrigando-os a pagar taxa de ocupação, alegando que, caso não o fizessem, seriam expulsos de suas casas. Em razão da impossibilidade de os assistidos pagarem as referidas taxas, eles continuaram no local e a sua permanência ensejou a ajuizamento de ações individuais de reintegração de posse pelo Rioprevidência.

Houve, então, o ajuizamento de demanda visando à concessão de uso especial para fins de moradia com pedido de antecipação de tutela, na modalidade coletiva.⁸⁹ A demanda se pautou na alegação de que a concessão é ato administrativo vinculado, quando preenchidas as exigências da Medida Provisória 2.220, bem como na demonstração do cumprimento dos requisitos necessários, sendo eles: temporal, territorial, finalístico e patrimonial.

No tocante ao requisito temporal, os autores comprovam, através de documentos anexos à inicial, que estão ocupando o bem desde a década de 80, então cumprem com o requisito temporal exigido pela referida Medida Provisória, que é de cinco anos ininterruptos, concluídos até 30 de junho de 2001.

Acerca do requisito territorial, insta a observação do art. 2º da MP 2.220 que trata da modalidade coletiva. A área objeto deve ser superior a 250m², sendo que cada possuidor não pode ocupar uma área superior àquela, conforme dispõe o § 3º do referido artigo. Ambas as exigências estão preenchidas, pois através da certidão do Registro de Imóveis, apresentada na inicial, a área total do terreno é de aproximadamente 400m². Não é possível, no entanto, identificar ao certo a área ocupada por cada possuidor, já que eles dividem o mesmo, mas é certo que

89 A única decisão interlocutória proferida até o momento foi no dia 18 de fevereiro de 2010: “1. Defiro gratuidade de justiça. 2. Esclareça a parte autora acerca da ação de reintegração de posse existente mencionada, informando em qual Juízo tramita e, se possível, seu andamento”. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2010.001.037832-0>>. Acesso em: 18.abr. 2011.

cada área é menor que 250m², pois na mesma área residem doze famílias. Vale salientar que a impossibilidade de identificação dos terrenos ocupados por cada possuidor está disposta no *caput* do supramencionado artigo.

O terceiro requisito diz respeito à finalidade do imóvel para as famílias. O art. 2º exige que o imóvel seja utilizado para fins de moradia, o que vem sendo feito pelos moradores do local, sendo certo que todos são pessoas de baixa renda, com um grande número de trabalhadores informais e empregadas domésticas.

Finalmente, no que diz respeito ao requisito patrimonial, os possuidores não podem ser proprietários ou concessionários de outro imóvel. Este mandamento também está preenchido, já que os moradores não são titulares ou concessionários de qualquer outro bem, conforme comprovação do 5º Ofício de Registro e Distribuição arrolado nos autos.

Existe ainda a necessidade do pedido anterior à Administração Pública para concessão de uso especial para fins de moradia, na forma do art. 6º da MP 2.220 e só no caso de recusa ou inércia poderá haver a demanda judicial. O caso em tela, no entanto, aponta para uma desnecessidade do pedido administrativo, na medida em que a negativa do pedido de concessão de uso especial para fins de moradia resta evidente através da atitude do réu, principalmente com o ajuizamento de ações de reintegração de posse.

Verifica-se, portanto, que os requisitos foram devidamente demonstrados na inicial. Resta agora analisar a chance de procedência do pleito através da análise jurisprudencial.

5.2. A evolução da jurisprudência

Para análise da jurisprudência foram selecionadas decisões do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais de todas as regiões, bem como dos Tribunais de Justiça do Estado do Rio de Janeiro — pelo fato do caso ser de procedência deste local — e do Rio Grande do Sul.

As decisões são relativas a casos semelhantes à ação ordinária supramencionada e foram levantadas a partir de 1988, ano de promulgação da atual Constituição, que instituiu o conceito da função social da propriedade. As palavras-chave utilizadas na pesquisa foram “reintegração de posse”, “bem público”, “concessão de uso” e “moradia” e os julgados foram analisados entre os meses de fevereiro e abril de 2011.

Pelo que se vislumbra das decisões coletadas até meados de 2001, não havia qualquer discussão acerca da função social da propriedade, ainda que tal função fosse verdadeira cláusula pétreia constitucional, já que diz respeito a direito

individual fundamental, presente no art. 5º da Carta Magna. Percebe-se que a procedência do pedido era conferida ao titular do bem, quando este era autor da demanda, e a improcedência ao ocupante, quando este ajuizava a ação para reconhecimento de sua posse, independentemente da observância do art. 5º, XXXIII, CF/88.

O acórdão selecionado para expor o entendimento dos Tribunais até meados de 2001 é bastante semelhante ao caso exposto no item precedente, pois diz respeito à ocupação para moradia de várias famílias em bem pertencente ao Estado do Rio Grande do Sul. Por unanimidade, o Tribunal do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº. 70000051904,⁹⁰ de relatoria do Desembargador Rubem Duarte, deu provimento ao recurso do Estado do Rio Grande do Sul para que os ocupantes retirassem suas casas do terreno. Vejamos a ementa e trechos do relatório e do voto:

REINTEGRAÇÃO DE POSSE JULGADA IMPROCEDENTE. IMÓVEL PERTENCENTE AO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DA LEI, CRIAÇÃO RESULTANTE DA ESTRUTURAÇÃO DO ESTADO, VISANDO SAIR DO ESTADO DE NATUREZA. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, MESMO TENDO EXPLICITADO A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE, COEXISTE HARMONICAMENTE COM O CÓDIGO CIVIL E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. POSSE RESULTANTE DE MERA TOLERÂNCIA DO ESTADO. BENS PÚBLICOS NÃO GERAM DIREITO À POSSE E SÃO INSUSCETÍVEIS DE USUCAPIÃO. PRESENTE O ESBULHO, E AS DEMAIS CONDIÇÕES DO ART. 927 E INCISOS DO CPC, CABE A PROCEDÊNCIA DA AÇÃO, SEM DIREITO A RETENÇÃO DE BENFEITORIAS POR FALTA DE POSSE DE BOA-FÉ, PODENDO OS DEMANDADOS RETIRAREM AS CASAS QUE CONSTRUÍRAM.

RESTANTE DO APELO PREJUDICADO.

SENTENÇA REFORMADA EM REEXAME NECESSÁRIO E APELO PROVIDO. UNÂNIME.

1. Os réus, Rubem Mário Martins Rodrigues e Jeremias Chiabique Rodrigues, contestaram (fls. 41/43) afirmando que por não terem condições de adquirir suas casas o Prefeito autorizou o assentamen-

90 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Vigésima Câmara Cível. AC nº. 70000051904. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelados: Sucessão de Ilda Corrêa Fernandes e outros. Rel. Des. Rubem Duarte. Rio Grande do Sul, 13de junho de 2001, DJ 10.08.2001, unânime.

to no imóvel, que parecia ser de posse de Manoel José Veleda. Alegaram que a época outros já haviam se instalado no local. Requereram o reconhecimento do direito de retenção dos imóveis e indenização por benfeitorias.

2. Os réus, João Hermínio Maciel e Santa Guilhermina Maciel, também contestaram (fls. 49/51) afirmando que após uma enchente foram alojados no imóvel pela Prefeitura e que lá residem há mais de 30 anos. Alegou, ainda, que o Estado não comprovou a sua posse anterior, requisito necessário à procedência da ação de reintegração de posse. Requereram a improcedência da ação e o benefício da assistência judiciária gratuita.
3. Constituição, Código Civil e Código de Processo Civil coexistem de forma harmônica, mesmo ante a supremacia da Carta Magna. Embora tenha aquela explicitado a função social da propriedade, não autorizou o direito a invasão. Este é tido como esbulho. Além disso, os bens públicos são insuscetíveis de posse ou usucapião resultante dessa.
4. (...) dou provimento ao recurso de apelação, ficando os apelados autorizados a retirarem as casas que construíram no terreno. A posse existente não pode ser considerada de boa-fé nos termos do Código Civil. Por isso descabida a indenização por benfeitorias. (Grifou-se).

No caso em questão, as famílias ocupavam o imóvel há mais de trinta anos e o Estado não comprovou a sua posse anterior. Mesmo diante desta situação, o Tribunal não debateu o direito à moradia, como consequente realização do conceito de função social. De acordo com o relator, o respeito à lei faz com que um maior número de pessoas tenha uma vida melhor e, por esta razão, ainda que exista uma preocupação com o direito à moradia (argumento este utilizado pelo juiz de primeiro grau para julgar improcedente a ação proposta pelo Estado), a disposição legal vigente não pode ser desconsiderada.⁹¹

A situação de fato exercida pelos moradores foi pormenorizada em detrimento dos dispositivos presentes no Código Civil. As regras do Código Civil foram, portanto, elevadas à condição de norma constitucional, já que foram ponderadas e sobrepostas em relação ao conceito da função social, disposto na Constituição.

91 Nas palavras do relator: "Assim que a justiça é um compromisso do Estado-Juiz, mas respeitando o ordenamento jurídico. Se fomos observar, verificaremos que nas sociedades democráticas onde mais se cultua a lei, é exatamente onde melhor se vive (...) apreciando o fato em si, vejo que os réus ocuparam de forma irregular a área em disputa, tendo sido notificados para a desocupação. A posse até agora exercida não passou de mera tolerância do Estado. Desatendida a notificação, ficou caracterizado o esbulho. A precariedade caracteriza a ocupação. Não se convalida jamais, porque mantém o caráter com que foi adquirida (art. 492 do Código Civil — referente ao Código de 1916)".

É certo que ao Poder Judiciário incumbe interpretar de forma harmônica a Constituição e as normas infraconstitucionais vigentes, mas também não pode fazer de tal forma que as dissocie totalmente da Carta Superior. Ao prover o recurso do Estado, o Tribunal reconhece, em última análise, que o bem público não se submete ao conceito de função social, principalmente pelo destaque no acórdão à Súmula 340 do STF.⁹²

No mesmo sentido é o julgamento da Apelação Cível nº. 0022881-06.1999.8.190000 do TJRJ,⁹³ no qual o apelante ocupava o imóvel, de forma mansa e pacífica há mais de quarenta anos em imóvel pertencente ao Município. O acórdão reconheceu a boa-fé do ocupante, mas inadmitiu a proteção possessória por parte do Estado em bem caracterizado como público.

A partir de 2001— não obstante a existência de diversos acórdãos ainda resistentes à discussão acerca da função social no bem público⁹⁴— principal-

92 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 340**. Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 30.abr. 2011.

93 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, Décima Segunda Câmara Cível. AC nº. 0022881-06.1999.8.190000. Apelante: Wilson de Carvalho Alves. Apelado: Município do Rio de Janeiro. Rel. Des. Alexandre H.P. Varella. Rio de Janeiro, 22 de fevereiro de 2000, DJ 10.04.2000, unânime. Da mesma forma são os seguintes acórdãos: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO, Quarta Turma. REO nº 98.02.18702-0. Recorrente: Primavera Moraes de Aquino. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Rel. Des. Guilherme Couto. Rio de Janeiro, 26 de maio de 1999, DJ 20.01.2000, unânime; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Décima Nona Câmara Cível. AC nº. 70000144709. Apelante: Rogério Oliveira Porto. Apelado: Município de Pelotas. Rel. Des. Mário José Gomes Pereira. Rio Grande do Sul, 16 de novembro de 1999, DJ 10.12.1999, unânime; TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, Terceira Turma. AC nº. 90.01.04014-4. Apelantes: Instituto da Administração Financeira da Previdência e Assistência Social e Luzia Maria de Lucena. Apelados: os mesmos. Goiás, 30 de outubro de 1991, DJ 18.11.1991, unânime.

94 Veja-se, por exemplo, o seguinte acórdão, cujo grifo é nosso: ADMINISTRATIVO. BEM PÚBLICO. OCUPAÇÃO. FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE. INAPLICABILIDADE. 1. Como se depreende da interpretação sistemática dos incisos XXII a XXV do art. 5º da Constituição, o inciso XXIII, ao estabelecer que “a propriedade atenderá a sua função social”, se refere à propriedade privada, impondo o que alguns autores chamam de deveres sociais ao direito de propriedade, outrora concebido como absoluto e estritamente individual. Descabido, porém, invocar o dispositivo para reconhecer a função social da posse e permitir que particulares continuem a ocupar irregularmente o Jardim Botânico, bem do domínio público (Lei nº 10.316, de 6.12.2001), pois isto representaria repudiar a destinação legal do bem, voltada, ex auctoritate legis, ao bem-comum. 2. Além disso, sobre os bens públicos, não há posse jurídica senão quando o seu uso é concedido segundo lei específica. A mera detenção, ou ocupação, ainda quando permitida e não clandestina, é sempre a título precário. 3. Recurso e remessa providos. (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO, Quinta Turma Especializada. AC nº 1986.51.01.922901-9. Apelante: União Federal. Apelado: Harmonia Guarnido Caetano. Rel. Des. Luiz Paulo S. Araújo Filho. Rio de Janeiro, 21 de março de 2007, DJ 04.05.2007, unânime). E ainda os seguintes julgados: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO, Quinta Turma Especializada. AC nº. 1999.51.01.001535-2. Apelantes: Neuza Maria de Abreu da Silva e União Federal. Apelados: os mesmos. Rel. Des. Luiz Paulo da Silva Araújo Filho. Rio de Janeiro, 25 de abril de 2007, DJ 06.08.2010, unânime; RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, Terceira Câmara Cível. AC nº. 0161365-32.1998.8.19.0001. Apelantes: Adriana Pereira da Silva e outros. Apelado: Município do Rio de Janeiro.

mente com o advento da Medida Provisória 2.220 utilizada em matéria de defesa, a função social começa a ser discutida também nos casos que envolvam bens públicos. Vejamos a ementa e trechos do voto do acórdão prolatado na 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:⁹⁵

AÇÃO REIVINDICATÓRIA. CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA COMO MATÉRIA DE DEFESA. POSSIBILIDADE.

O juízo de primeiro grau entendeu que, em razão do disposto no § 3º do art.183 da Constituição da República, desnecessária a colheita de provas. O dispositivo em comento diz respeito à impossibilidade da configuração da usucapião sobre bens públicos, o que em momento algum foi pleiteado nestes autos. O que aqui se alega é o preenchimento dos requisitos para concessão de uso especial para fins de moradia (Medida Provisória nº 2.220, de 04.09.2001).

O possuidor, em tais casos, tem direito subjetivo à prática do ato, desde que preenchidos os requisitos apontados na lei, e por isso mesmo a atuação da Administração nessa hipótese é indubitavelmente vinculada, não se lhe permitindo qualquer avaliação de mérito quanto à conduta a ser efetivada.

A sentença que reconhecer a existência do direito tem cunho declaratório, assim como a usucapião. Ambos os institutos podem ser reconhecidos como matéria de defesa, justamente por constituírem direito subjetivo do possuidor.

Rel Des. Helena Cândida Lisboa Gaede. Rio de Janeiro, 16 de março de 2010, DJ 06.08.2010, unânime; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma. **Resp 863.939**. Recorrente: Claudemir de Oliveira Rego. Recorridos: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis- IBAMA. Rel. Min. Eliana Calmon. Rio de Janeiro, 04 de novembro de 2008, DJ 24.11.08, unânime.

95 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, Décima Terceira Câmara Cível. **AI nº. 0016135-73.2009.8.19.0000**. Agravante: Carlos da Costa Silva. Agravado: RioPrevidência. Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho. Rio de Janeiro, 15 de julho.2009, DJ 03.08.2009, unânime. Nesse sentido está o seguinte julgado: Apelação. Ordinária. Concessão real de uso de bem público. Municipalidade que não deu função social à propriedade dominical sua e pretende desalijar família de baixa renda, que ocupou imóvel abandonado. Sentença de Improcedência. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, Décima Terceira Câmara Cível. Apelação nº. 2006.001.44440. Apelante: Município do Rio de Janeiro. Apelado: Geralda de Paula. Rel. Des. Antônio José de Azevedo Pinto. Rio de Janeiro, 13 de dezembro de 2006, DJ 11.01.2007, unânime). E ainda: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, Quarta Turma. **AC nº. 2001.04.065530-3**. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social. Apelados: Waldir Neves e outros. Rel. Des. Federal Marga Inge Barth Tessler. Paraná, 11 de junho de 2008, DJ 09.09.2008, unânime; RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, Terceira Câmara Cível. **AC em MS nº. 2003.001.12618**. Apelante: Estado do Rio de Janeiro. Apelado: Irene de Bessa Lima e outro. Rel. Des. Ronaldo Rocha Passos. Rio de Janeiro, 10 de fevereiro de 2004, DJ 02.07.2004, unânime.

Não há como subtrair do réu o direito de demonstrar que se enquadra na hipótese mencionada, o que só conseguirá através de dilação probatória. Provimento do recurso.

1. O imóvel objeto de reivindicação localiza-se em bairro distante cerca de 70 km da sede da RIOPREVIDÊNCIA, em local carente e de pessoas humildes, sendo desconhecido seu proprietário; (ii) em março de 1990, o agravante, juntamente com outras pessoas, invadiram o terreno e ali construíram casas humildes para sua moradia, sem sofrer qualquer objeção, lá residindo mansa e pacificamente como se donos fossem, conferindo função social ao terreno;

2. A Constituição traçou, nos artigos 182 e 183, as regras fundamentais sobre a política urbana. Em tais dispositivos, o Constituinte evidenciou a preocupação quanto ao destino das cidades, conferiu ao Poder Público competência para instituir e preservar a ordem urbanística e vislumbrou medidas de inegável alcance social, permitindo o acesso a alguns direitos fundamentais por populações de baixa renda.

3. A fim de que não seja reconhecido o cerceamento de defesa nos presentes autos, dou provimento ao recurso, revogando-se a decisão recorrida. (Grifo Nosso).

O acórdão destacado é interessante, pois além de afirmar a função social do bem público, na medida em que este possa alcançar direitos fundamentais à população de baixa renda, assevera que a concessão de uso especial para fins de moradia é ato administrativo vinculado, impossibilitando qualquer avaliação do mérito por parte da Administração quando preenchidos os requisitos da Medida Provisória.

Interessante observar o julgado em que são partes famílias de baixa renda ocupantes de um imóvel destinado à moradia e o Município do Rio de Janeiro. Os posseiros apelaram da sentença de primeiro grau que reconheceu a inconstitucionalidade formal da Medida Provisória 2.220. O relator arguiu que a tese de inconstitucionalidade não deveria prosperar, principalmente porque a Medida veio para cumprir “justo programa constitucional, Direito de Moradia para os menos favorecidos em regime de concessão de uso especial e gratuita”.⁹⁶ Foi reconhecido que, pelo fato de os autores reunirem os requisitos para a concessão, ficaria afastado qualquer ato de turbação do Estado e, então, a apelação interposta pelos posseiros foi provida.

⁹⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, Décima Primeira Câmara Cível. AC nº. 0350714-05.2008.8.19.0001. Apelantes: Paulo da Silva e outros. Apelado: Município do Rio de Janeiro. Rel. Des. Adolpho C. de Andrade Mello Jr. Rio de Janeiro, 16 de dezembro de 2009, DJ 12.05.2010, unânime.

Ainda no tocante às decisões proferidas após a edição da Medida Provisória 2.220, podemos destacar dois acórdãos que discutem a função social da propriedade sem que a parte tenha se utilizado do novel instituto para caracterização de sua posse. Na Apelação Cível 0067370-74.2009.8.21.7000 do Rio Grande do Sul,⁹⁷ o Tribunal, por maioria, permitiu que os réus permanecessem no imóvel público que ocupam desde 1996.

A decisão assinala que ainda que seja garantido o direito de propriedade, este não é absoluto e deve atender a outros mandamentos constitucionais, tal como a função social da propriedade. Destaca ainda: “Com efeito, o objeto da jurisdição, na moderna concepção do Direito, basicamente voltada ao pensamento constitucionalizado, deixa de ser a lei enquanto legalismo puro e se volta ao Direito como um todo (assim entendido como norma de conteúdo valorativo)”. Assim, o papel do juiz é de servir aos princípios, de forma a abandonar a atuação meramente legalista. A reintegração de posse significaria, portanto, uma medida extrema que agrediria o ser humano na sua dignidade.

Atente-se para a evolução do papel do juiz observada neste acórdão em comparação ao primeiro julgado selecionado também do Rio Grande do Sul, que demonstra nítida preocupação com o estrito cumprimento da lei. Ao revés, o acórdão supramencionado assegura a observância dos princípios por parte do magistrado, muito além da atuação positivista. Aqui há, de fato, uma leitura do Código Civil à luz da Constituição e não o contrário.

O segundo acórdão, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região,⁹⁸ ao discutir a ocupação de famílias em área de preservação permanente, assevera que não há direito constitucional absoluto (direito à moradia x direito ao meio ambiente hígido) então, para que ambos sejam tutelados, o Estado poderá demolir as construções irregulares, desde que designe moradia alternativa às famílias.

97 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Décima Sétima Câmara Cível. AC nº. 0067370-74.2009.8.21.7000. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelados: Adão Eduardo Rodrigues de Souza e outros. Rel. Des. Bernadete Coutinho Friedrich. Rio Grande do Sul, 03 de dezembro de 2009, DJ 10.12.2009, por maioria, vencida a relatora.

98 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, Terceira Turma. AC nº. 2005.04.01.020586-8. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Nacional. Apelados: Waldir Neves e outro. Rel. Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria. Santa Catarina, 15 de setembro de 2009, DJ 05.11.2009, por maioria: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE. DIREITO À MORADIA. DIGNIDADE PESSOA HUMANA. PONDERAÇÃO. RECOMPOSIÇÃO DO MEIO. DESIGNAÇÃO DE NOVO LOCAL PARA HABITAÇÃO DA FAMÍLIA. Tendo em vista que não há direito fundamental absoluto, havendo embate entre o direito fundamental difuso ao meio ambiente hígido e o direito fundamental à moradia, que perpassa pela dignidade da pessoa humana, em que pese a prevalência geral do primeiro, porque sensível e afeto a toda a coletividade, há casos da prevalência deste, afim de garantir o mínimo existencial no caso concreto. Trata-se de prevalência, jamais total subrogação de um sobre o outro (...).

5.3. Chance de êxito do caso selecionado

Pelo que se vislumbra da análise jurisprudencial, a questão da função social da propriedade não era discutida até meados de 2001, quando as ações de reintegração de posse envolviam bens públicos. As causas eram julgadas em benefício do titular do bem, ou seja, o Poder Público, em razão da impossibilidade de prescrição aquisitiva dos bens públicos.

A partir de então, surge a Medida Provisória 2.220, que introduz a concessão de uso especial para fins de moradia no ordenamento pátrio, como forma de resolver o problema das áreas públicas ocupadas irregularmente. Desta forma, é possível afirmar que, ao criar mecanismos para regularizar a ocupação de áreas públicas às populações de baixa renda que concedem destinação social ao bem, os acórdãos começam a discutir a aplicação do princípio da função social em detrimento do titular do bem. Então, o pensamento meramente civilista e distante do ditame constitucional cedeu lugar para a afirmação de que os bens públicos, ainda que não possam ser usucapidos, têm sua função social exercida pelos concessionários.

Nesse sentido, os autores da ação ordinária selecionada têm grandes chances de obter sucesso na ação, principalmente porque o Poder Público não estava exercendo qualquer função social no bem. Ademais, pelo que foi visto na jurisprudência, os Tribunais já reconhecem que quando o titular cumpre os requisitos exigidos na Medida Provisória 2.220 há, incontestavelmente, direito subjetivo à concessão e, conseqüentemente, ao reconhecimento de sua posse.

6. O retrocesso da Medida Provisória 2.220

Apesar do progresso que pode ser analisado a partir da edição da Medida Provisória, com a introdução da discussão acerca da função social da propriedade nos bens públicos nos Tribunais, houve um “retrocesso” do referido diploma legal ao delimitar a concessão de uso especial para fins de moradia apenas para o possuidor que ocupar o bem “até 30 de junho de 2001”.

A justificativa para tal delimitação pode ser analisada nas razões do veto dos artigos 15 a 20 do Estatuto da Cidade. De acordo com o ex-presidente (Fernando Henrique Cardoso), deve haver uma data limite para aquisição do direito à concessão de uso especial, pois o instrumento só é justificável pela necessidade imperiosa de solucionar o imenso passivo de ocupações irregulares geradas em décadas de urbanização desordenada. Tal justificativa, no entanto, apresenta uma preocupação meramente organizacional da cidade,

para que não haja uma legalização dos “cortiços” em imóveis públicos, como assevera o Presidente.

A defesa da tese sustentada nesta monografia não se pauta no consentimento com todas as ocupações de bens públicos, principalmente com aquelas decorrentes de má-fé, mas prioriza a importância social da MP 2.220, que concretiza o reconhecimento social da posse e efetiva o direito à moradia. Por que, afinal, o indivíduo que completa cinco anos de ocupação mansa e pacífica em imóvel público abandonado para fins de moradia em 2002, por exemplo, não está exercendo a função social exigida pela Constituição?

Este item se destina a expor os fundamentos para o não reconhecimento da delimitação temporal imposta pela Medida Provisória 2.220.

6.1. A observância da força normativa da Constituição

Konrad Hesse, em sua obra “A força normativa da Constituição”, demonstra que a Constituição não deve ser considerada a parte mais fraca em caso de eventual conflito e nem apenas um pedaço de papel, como denota Lassalle. Segundo o autor, ainda que a Constituição não possa realizar nada sozinha, ela pode impor tarefas, pois configura a expressão de um ser e também de um dever ser.⁹⁹

Nesse sentido, a aplicação cega da lei deve ceder espaço para a hermenêutica que busca congrega a máxima observância dos mandamentos constitucionais. De acordo com Canotilho,¹⁰⁰ o princípio da força normativa da Constituição deduz que para a solução dos problemas jurídicos deve prevalecer os pontos que busquem uma eficácia ótima da lei fundamental. Dessa forma, imprescindível a adoção das soluções que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitem a atualização normativa, garantindo a sua eficácia e permanência.

Em outros termos, a força normativa da Constituição¹⁰¹ exige que o juiz adote a solução que conceda a maior eficácia jurídica possível às normas constitucionais, ou seja, que atenda aos anseios da Carta Superior. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:¹⁰²

99 HESSE, Konrad, *op. cit.*, p. 25.

100 CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, p. 1224.

101 Vale salientar que a força normativa da Constituição, bem como o princípio da máxima efetividade, são reconhecidos no âmbito do STF. A título de exemplificação vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Reclamação 6568**. Rel. Min. Eros Grau. Reclamante: Estado de São Paulo. Reclamado: Relator da ação cautelar nº. 814.597-5/1-00 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. São Paulo, 21 de maio de 2009, DJ 25.09.2009, unânime.

102 BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLI-

A constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infra-constitucional.

Consolidando este entendimento, o juiz Ricardo Coimbra da 13ª Vara de Fazenda Pública do Estado do Rio de Janeiro, proferiu uma decisão interpretando o artigo 183, § 3º da Constituição de forma restritiva, e dispondo que pode haver usucapião do direito de uso de bem público de forma a atribuir a máxima eficácia ao direito de moradia aos moradores da Vila Recreio II. Vejamos a decisão cujo grifo é nosso:¹⁰³

No dia 11/04/2011 este Juízo determinou a suspensão imediata da demolição das casas da Comunidade Vila Recreio II (...). O artigo 183, § 3º, da Constituição da República diz que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. Trata-se de uma cláusula restritiva de direitos, motivo pelo qual deve ser interpretada de forma restritiva. Assim, a proibição constitucional não impede a usucapião do direito de uso ou de superfície do bem imóvel. O direito de uso e o direito de superfície não importam na aquisição do bem. Uma coisa é adquirir o bem público, outra coisa é adquirir um direito sobre esse bem. Portanto, nada impede a usucapião do direito de uso ou de superfície de bem público. Até porque a Constituição garante direito à moradia, o direito à segurança jurídica quanto ao ato jurídico perfeito e a justa e prévia indenização. A Constituição também garante o direito à usucapião. Esta garantia, por sua vez não faz restrição quanto à usucapião de direitos como o de uso e superfície. Tanto é que o § 1º do art. 183 dispõe que o título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. A Constituição, portanto, reconhece a concessão de uso. Essa cláusula que estende uma garantia não pode ser interpretada de forma restritiva para se aplicar a usucapião somente aos bens privados. O Min. Luiz Felipe Salomão, no julgamento que admitiu a possibilidade de estender as garantias da união estável aos relacionamentos homoafetivos se baseou na tese de que uma cláusula que estende um direito, como ocorre com o art. 226,

VEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 67.
103 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, Décima Terceira Vara de Fazenda Pública. **Ação civil pública nº. 0416182-42.2010.8.19.0001**. Autor: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Réu: Município do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 18 de abril de 2011, DJ 29.04.2011.

§ 3º da CRFB, não pode ser interpretada restritivamente à união entre homem e mulher. Uma cláusula extensiva de direito não pode impedir a aplicação da analogia para situações semelhantes. A democracia impõe a proteção de todas as minorias. Não só aquelas que possuem poder político e econômico merecem proteção. Principalmente aquelas que não têm força econômica e política para defender seus direitos, também merecem a proteção do Poder Judiciário. O art. 10 da Lei nº 10.257/2001 permite a usucapião coletivo (...). Este artigo pode ser aplicado de forma analógica para viabilizar a usucapião do direito de uso ou superfície de bens públicos.

Para garantir a força normativa da Constituição, especificamente no tocante ao disposto no art. 183, § 1º, bem como no art. 6º da Constituição, faz-se necessário garantir a concessão de uso especial para fins de moradia a todos os indivíduos, independentemente de qualquer data, já que a Carta Superior não fez qualquer delimitação temporal. Neste mesmo sentido, explica Luiz Carlos Alvarenga:¹⁰⁴

A eficácia social da concessão de uso especial para fins de moradia seria maior não fosse o limite temporal de cinco anos estabelecido no art. 1º da MedProv 2.220/2001, limite este que expira em '30.06.2001'(...) A Constituição trouxe em seu bojo princípios que são instrumentos balizadores para interpretação e aplicação das relações jurídicas, devendo todos os institutos invariavelmente estar em consonância com eles (...). Uma interpretação condizente com os princípios constitucionais é no sentido de exigir, a exemplo do que ocorre na usucapião especial urbana, apenas cinco anos de posse ininterrupta, sem a necessidade de completar esses cinco anos até '30.06.2001'. O limite temporal estabelecido pelo art. 1º da MedProv 2.220/2001 é deveras desarrazoado e não encontra fundamento no ordenamento jurídico estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

A concessão de uso especial de moradia veio para atingir o disposto no art. 183, § 1º e, principalmente, para garantir o direito à moradia dos ocupantes de áreas públicas. Então, na busca de melhor otimizar a eficácia social dos referidos preceitos, a não delimitação da data "até 30.06.2001" da Medida Provisória 2.220/01 é a forma de se conferir aos dispositivos supramencionados a sua máxima efetividade, de forma a não estipular restrições que reduzam o seu alcance.

104 ALVARENGA, Luiz Carlos. A concessão de uso especial para fins de moradia como instrumento de regularização fundiária e acesso à moradia. *Revista de Direito Imobiliário*, ano 31, nº. 65, jul./dez., 2008, p. 65.

Defendemos, portanto, que o limite temporal deve ser considerado uma norma não escrita e não pode ser aplicado em benefício à máxima efetividade do direito fundamental à moradia, consagrado na Constituição.

6.2. A aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos

De acordo com a nossa Constituição, em seu art. 4º, II, a República Federativa do Brasil é regida pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.¹⁰⁵ Ademais, assegura, no art. 5º, § 2º, que os princípios por ela adotados não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Desta forma, não só no âmbito interno, mas também perante organismos internacionais, o Estado é obrigado a atender e proteger o direito à moradia, pelo fato deste estar presente em diversos tratados dos quais o Brasil é signatário, como, por exemplo, o Protocolo de *San Salvador* (Sistema Interamericano de Proteção Internacional dos Direitos Humanos) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁰⁶ (ONU), sendo este último ratificado pelo Decreto 591, de 6 de julho de 1992, dispondo no seu art. 11º, *in verbis*:

Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim, como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. (grifo nosso).

Ainda de acordo com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no art. 4º:

Os Estados-Partes no presente Pacto reconhecem que, no exercício dos direitos assegurados em conformidade com o presente Pacto pelo Estado, este poderá submeter tais direitos unicamente às limitações esta-

105 De acordo com Flávia Piovesan: “A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira. Implica, ademais, o compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados.” (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40).

106 Os artigos destacados do Pacto Internacional podem ser observados em: PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*, p. 416 -418.

belecionadas em lei, somente na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o objetivo de favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática. (grifamos).

A natureza do direito à moradia é de direito fundamental, então não se revela compatível com o disposto no Pacto a limitação ao exercício de um direito que proporciona ao indivíduo as condições mínimas para uma existência digna. Ademais, a sociedade democrática, segundo disposto no art. 1º da nossa Carta Superior, tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, por conseguinte, o seu bem-estar não é atingido quando há uma redução de seus fundamentos basilares.

A provável consequência da negativa à concessão de uso especial para fins de moradia às pessoas que não completarem os cinco anos até a data estabelecida será a remoção dos ocupantes sem qualquer reconhecimento do direito à moradia, ainda que em local diverso como garante a MP em determinadas hipóteses. Com a falta de proteção da MP 2.220 e o estabelecimento de um “prazo de validade” é provável que a situação anterior volte a prevalecer de forma a não garantir qualquer direito aos ocupantes, em que pesem as singulares decisões dos dois últimos acórdãos selecionados, nos quais os ocupantes não precisaram se utilizar da referida Medida Provisória para que fosse discutida a função social do bem público.

Caso a tese levantada realmente ocorra, haverá violação ainda maior dos dispositivos internacionais, tal como o Comentário Geral nº. 04 do Comitê das Nações Unidas sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,¹⁰⁷ que esclarece que não pode haver nenhum desalijado na condição de sem-teto, ou em situação de vulnerabilidade com relação aos direitos humanos, nos litígios envolvendo a moradia, mesmo quando legítimo o procedimento de despejo, devendo os Estados signatários providenciar todas as medidas necessárias para ofertar uma moradia alternativa, o reassentamento ou o acesso à terra produtiva.

Nesse contexto, a segurança da posse é um requisito mínimo e pode ser construído pela garantia da concessão de uso especial para fins de moradia a todas as pessoas que comprovarem a posse mansa e pacífica no imóvel público há cinco anos, independentemente da data em que foi completado este período. Os moradores têm direito ao reconhecimento de ter sua moradia intocada — quando atingidos os requisitos compatíveis com a Constituição e com o direito inter-

107 O Comitê Geral nº. 04 confere conteúdo normativo ao artigo 11 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e está disponível em: <<http://www.unhcr.ch>>. Acesso em: 01.mai.2011.

nacional — e protegida de eventuais remoções pautadas, notadamente, em mera disposição infraconstitucional que não observa os parâmetros internacionais.

6.3. O respeito ao princípio da igualdade

De acordo com o art. 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988, “todos são iguais perante a lei”. Veja-se, que o poder constituinte originário iniciou o título “Dos direitos e garantias fundamentais”, com destaque para o princípio da igualdade, que ganhou reforço também em outros dispositivos, tais como o art. 3º, III e IV, art. 7º, XXX e o art. 196.

O conceito de igualdade abarca a igualdade formal ou jurídica e a igualdade material ou real. A igualdade formal impossibilita a discriminação arbitrária e expressa a chamada “igualdade na lei”. Este termo, segundo Guilherme Peña de Moraes¹⁰⁸ significa que “a produção de regras não pode consubstanciar desigualdades não autorizadas pela ordem constitucional, destinada precipuamente aos órgãos legislativos”.

Nesse sentido, a limitação temporal da Medida Provisória 2.220 viola a referida igualdade formal dos ocupantes que não completam os cinco anos até 30 de junho de 2001, uma vez que os demais ocupantes que estão na mesma situação terão o direito à concessão de uso especial para fins de moradia. A desigualdade é arbitrária, visto que a própria Constituição, em seu art. 183, § 1º não impõe a limitação temporal.

A igualdade material ou real é equiparada às políticas de ações afirmativas, que buscam efetivar a igualdade no tocante aos requisitos mínimos de subsistência humana. A Medida Provisória 2.220, neste sentido, visa transcender à igualdade meramente formal, com a efetiva redução das desigualdades sociais, através da concessão de moradia aos ocupantes que, na maioria dos casos, não têm condições de adquirir moradia própria. Tal igualdade, no entanto, foi atingida apenas em parte pela MP 2.220, tendo em vista que só é assegurada àqueles que cumprem a delimitação temporal estabelecida.

A propósito, as 100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade, elaboradas durante o encontro de todos os Presidentes dos Tribunais Superiores e Constitucionais dos países do continente americano e Portugal e Espanha, na XIV Conferência Judicial Ibero-Americana, em Brasília, nos dias 04 a 06 de março de 2008, produziu o seguinte conceito de pessoas em situação de vulnerabilidade:

108 MORAES, Guilherme Peña de, *op cit.*, p. 539.

Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão de sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude, perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

O documento foi produzido pelo Poder Judiciário, para ele mesmo,¹⁰⁹ e tem o condão de interligar o direito de acesso à Justiça com o direito à igualdade e a não discriminação, com o objetivo de transformar o sistema judicial em meio capaz para a defesa efetiva dos direitos das pessoas em condição de vulnerabilidade. “Pouca utilidade tem que o Estado reconheça formalmente um direito se o seu titular não pode aceder de forma efetiva ao sistema de justiça para obter a tutela do dito direito”, como se depreende na exposição de motivos das 100 Regras de Brasília.

Para a promoção da igualdade material, é mister que se admita a proteção do vulnerável. A proteção da moradia em terrenos públicos foi concedida apenas à parcela dos vulneráveis e os outros que estão na mesma situação não recebem o mesmo tipo de tratamento. A premissa, portanto, de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades,¹¹⁰ não está sendo cumprida. Na mesma linha do item 6.2, também o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, do qual o Brasil é signatário, garante o direito à igualdade, na medida em que exige que todos os indivíduos sejam tratados sem discriminação alguma, na forma de seu art. 2º.

Os ocupantes que completam o período de cinco anos exigido pela Medida Provisória 2.220 após 30 de junho de 2001 sofrem discriminação direta, em razão da não aplicação de um instrumento de extrema importância para a redução das desigualdades sociais.

109 Define-se que os “atores dos sistema de Justiça” são os destinatários da norma, segundo a regra nº.24 das 100 Regras de Brasília: Serão destinatários das presentes Regras: a) os responsáveis pela concepção, implementação e avaliação de políticas públicas dentro do sistema judicial; b) os juízes, fiscais, defensores públicos, procuradores e demais servidores que laborem no sistema de Administração de Justiça em conformidade com a legislação interna de cada país; c) os advogados e outros profissionais do Direito, assim como os Colégios e Agrupamentos de Advogados; d) as pessoas que desempenham as suas funções nas instituições de ombudsman (provedoria); e) polícias e serviços penais; f) e, com caráter geral, todos os operadores do sistema judicial e quem intervém de uma ou de outra forma no seu funcionamento.

110 De acordo com o Supremo Tribunal Federal: “A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a um tratamento diverso do que atribui a outra. **Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio**”. (grifamos). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário. ADI 2.716, Rel. Min. Eros Grau. Rondônia, 29 de novembro de 2007, DJ 07.03.2008).

6.4. O princípio da supremacia da Constituição

Este último fundamento, em verdade, serve apenas como reforço aos argumentos expostos anteriormente, principalmente no que se refere ao princípio da igualdade e o respeito aos tratados internacionais, já que ambos estão expressamente consagrados na Carta Superior. De acordo com o princípio da supremacia da Constituição, a Carta Magna é dotada de primazia e prevalece sobre o processo político majoritário, sendo este o poder constituinte derivado e as leis em geral. Assim, nenhuma lei ou ato normativo poderá subsistir validamente se for incompatível com a Constituição.¹¹¹

Em outros termos, na medida em que a Constituição é produzida pelo poder constituinte originário, ela é hierarquicamente superior às demais espécies normativas (superioridade formal) e suas normas têm maior importância em comparação às outras (superioridade material).

Dessa forma, a justificativa para a implementação da limitação temporal, preocupada exclusivamente com questões governamentais e de organização da cidade, não deve prosperar em observância aos princípios e valores consagrados constitucionalmente.¹¹² A não aplicação da delimitação temporal imposta pela Medida Provisória 2.220 tem fundamento constitucional, o respeito ao princípio da igualdade, aos tratados internacionais e para garantia da máxima eficácia do direito fundamental à moradia. Por consequência, a efetiva aplicação da Medida Provisória sem a observância da data estipulada, garante a supremacia da Lei Maior.

111 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 300.

112 Da mesma forma entende o STF: “Razões de Estado não podem ser invocadas para legitimar o desrespeito à supremacia da Constituição da República - A invocação das razões de Estado - além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas - representa, por efeito das gravíssimas conseqüências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política. A defesa da Constituição representa o encargo mais relevante do Supremo Tribunal Federal (...). O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. ADI 2010 MC, Rel. Min. Celso de Mello. Distrito Federal, 30 de setembro de 1999, DJ 12.04.2002).

Conclusão

A partir da adoção do novo modelo de dogmática jurídica, que é o neoconstitucionalismo, os princípios passam a ser considerados verdadeiras normas dotadas de imperatividade. O pós-positivismo, marco filosófico do neoconstitucionalismo, além de incorporar valores na Carta Constitucional, principalmente no que se refere à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, atesta que os princípios devem nortear a atividade jurisdicional, já que são as normas mais importantes do direito positivo, ocupando assim, uma posição de centralidade.

Nesse sentido, a edição da concessão de uso especial para fins de moradia com a Medida Provisória 2.220, além de garantir o direito fundamental à moradia, presente no art. 6º da Magna Carta, aos ocupantes de bens públicos, contribuiu para atender um princípio de suma importância que deve ser observado tanto na propriedade privada, quanto na propriedade pública, em face do disposto no art. 5º, XXXIII da CF/88, que é o da função social da propriedade.

Como foi demonstrado, apenas com o advento da referida Medida foi possível constatar a discussão acerca do cumprimento da função social nos bens públicos, o que antes era rechaçado pelos Tribunais. E assim foi observado, no âmbito da jurisprudência, que também a propriedade pública não é plena, devendo atender aos conteúdos determinados pela Constituição. Daí decorre que, mesmo que a titularidade da propriedade seja do poder público, se este não cumprir sua função social não poderá ser tutelado pelo ordenamento jurídico.

Os juízes, então, mudam o papel estritamente legalista e passam a ponderar qual decisão que atende melhor aos princípios e valores estampados na Constituição. Neste diapasão, foi visto que a preocupação dos magistrados passa a ser com a concretização do princípio da função social.

Houve, então, o reconhecimento de que a posse dos ocupantes, qualificada pela função social, é um direito, na medida em que viabiliza o direito fundamental à moradia e contribui para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, o sujeito diretamente afetado, dito ocupante, passa a ser considerado como um fim em si mesmo, sendo retomada a ideia de Immanuel Kant e afastada a noção de que ele seria um meio para realização da finalidade estatal.

Apesar disso, o legislador não foi capaz de avaliar a importância da Medida Provisória 2.220 e garantiu a concessão de uso especial para fins de moradia apenas aos ocupantes que atingissem os requisitos exigidos pelo instrumento até 30 de junho de 2001. Para garantir o direito à concessão a todos os ocupantes que atinjam os requisitos, independentemente da data estabelecida, utilizamos o princípio da força normativa da Constituição, como método próprio de interpretação constitucional, que exige do intérprete, principalmente nas questões que

envolvam direitos fundamentais, a adoção da solução que forneça a maior eficácia jurídica possível às normas constitucionais envolvidas. É, portanto, diante deste princípio de hermenêutica constitucional que se revela imprescindível a aplicação da Medida Provisória 2.220 a todos os ocupantes que preencham os requisitos, sem a observância da data consignada, para a atribuição de maior eficácia ao princípio da função social e, em última análise, do direito à moradia.

Da mesma forma, para não haver discriminação, principalmente em respeito ao princípio da igualdade consagrado no *caput* do art. 5º da Constituição, a limitação temporal da Medida Provisória 2.220 não deve ser considerada em respeito aos ocupantes que completaram os cinco anos após 30 de junho de 2001 e que estão na mesma situação daqueles que receberam o direito à concessão.

Foi levantada ainda a preocupação com a repercussão do direito à moradia no direito internacional dos direitos humanos, porque, na medida em que a Constituição de 1988 estabelece que a República Federativa do Brasil é regida pelo princípio da prevalência dos direitos humanos e assegura que os princípios por ela adotados não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, os tratados dos quais o Brasil é signatário não podem ser desconsiderados. Destacamos então, alguns tratados, como o Protocolo de *San Salvador* e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, que trazem à baila o direito à moradia.

E, por fim, destacamos que a Constituição deve conduzir o processo de elaboração das leis e também o conteúdo que elas irão possuir. A supremacia da Constituição é, assim, um mecanismo pelo qual os princípios e direitos, destacados pelo poder constituinte originário, devem ser protegidos de eventuais normas infraconstitucionais que visem a burlá-los.

À guisa de conclusão é possível afirmar que o intérprete deve estar subordinado aos critérios que foram postos pela Constituição, sendo eles os valores e princípios que ela pretendeu que fossem observados. Adota-se aqui a postura de que a lei deve ser um instrumento de realização da justiça, como o faz a Medida Provisória 2.220, que deve continuar com tal poder sem delimitação temporal, para que a pessoa possa ser tutelada, muito além da tutela de sua posse.

À luz de tais considerações, pode-se afirmar que a proteção da função social da posse, que antes não era observada nos litígios que envolviam bens públicos, hoje, ao reverso, graças à Medida Provisória 2.220, é considerada também para aplicação nos bens de titularidade do Estado. E ainda mais aplauso merecerá caso retire a delimitação temporal imposta para que se recupere o percurso anteriormente traçado com o intuito de proteger o homem em sua dignidade.

Referências

- ALBURQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- ALVARENGA, Luiz Carlos. A concessão de uso especial para fins de moradia como instrumento de regularização fundiária e acesso à moradia. **Revista de Direito imobiliário**, ano 31, nº. 65, jul./dez., 2008, p. 62-75.
- ALVES, Mauro Vinicius Duarte. **Função Social da Posse: reflexos concretos no ordenamento jurídico**. Foz do Iguaçu, PR: Livro Rápido, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, Direito Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Bahia, nº. 15, jan./mar., 2007, p. 1-31.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição brasileira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. “A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil”. In: TEPE-DINO, Gustavo (coord.). **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 238-261.
- _____. “Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 51-91.
- _____. **Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BESSONE, Darcy. **Direitos Reais**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BOQUIMPANI, Eduardo Gonçalves. “Utilização compulsória da propriedade urbana”. In BONIZZATO, Luigi; COUTINHO, Ronaldo (coord.). **Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 179-228.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05.10.1988.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Código Civil e Constituição Federal**. 57. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.
- BRASIL. Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano — CNDU e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm>. Acesso em: Abr. 2011.

- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em: fev./abr. 2011.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em: fev./abr. 2011.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Disponível em: <www.trf4.gov.br>. Acesso em: fev./abr. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 2011.
- CAHALI, Yussef Said. **Posse e Propriedade**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1987.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARDOSO, Adauto Lucio. “A cidade e seu Estatuto: uma avaliação urbanística do Estatuto da Cidade”. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (coord.). **Reforma Urbana e Gestão Democrática: promessas e desafios do estatuto da cidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 27-51.
- CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. “O estatuto epistemológico do direito urbanístico brasileiro: possibilidades e obstáculos na tutela do direito à cidade”. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi. (coord.). **Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 53-69.
- COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (coord.). **Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1-15.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Estatuto da Cidade: comentários à lei 10.257/2001**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008
- _____. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- GIANCOLI, Brunno Pandori. Novas Soluções Jurídicas para a Moradia no Brasil: breves notas sobre o Direito real de concessão de uso especial para fins de moradia e sobre os reflexos de sua introdução no código civil pela lei nº. 11.481/2001. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, Rio de Janeiro, nº. 16, fev./mar., 2008, p. 83-85.
- GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

- GRAZIA, Grazia de. “Reforma urbana e Estatuto da Cidade”. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (coord.). **Reforma Urbana e Gestão Democrática: promessas e desafios do estatuto da cidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 53-70.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad: Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- JARDIM, Zélia Leocádia da Trindade. “Regulamentação da Política Urbana e Garantia do Direito à Cidade”. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (coord.). **Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 97-122.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LIRA, Ricardo Pereira. “Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária”. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (coord.). **Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1-15.
- LOTUFO, Renan. “A Função Social da Propriedade na Jurisprudência Brasileira”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 336-351.
- MATTOS, Liana Portilho. **Nova Ordem Jurídico-Urbanística: função social da propriedade na prática dos tribunais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MORAES, Guilherme Peña. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Aspectos Jurídicos do Brasil Contemporâneo: o pós-positivismo chega ao Brasil inaugura-se um constitucionalismo de transição. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Bahia, nº. 6, jun./ago., 2006, p. 1-11.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direitos reais**. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RIBEIRO, Luiz Cesar Queiroz e CARDOSO, Adauto Lucio. “Plano Diretor e Gestão Democrática da Cidade”. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (coord.). **Reforma Urbana e Gestão Demo-**

- crática: promessas e desafios do Estatuto da Cidade.** Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 103-118.
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.tj.rj.jus.br>. Acesso em: fev./abr. 2011.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Disponível em: <www1.tjrs.jus.br>. Acesso em: fev./abr. 2011.
- SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. “O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição.** Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 31-68.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 18. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.
- TEIXEIRA, Paulo Luciano de Souza. A Medida Provisória 2.220/01 na Ótica da Função Social da Propriedade. **Revista EMERJ**, v. 9, nº 36, 2006, p. 297-306.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** São Paulo: Renovar, 2004.
- _____; SCHREIBER, Anderson. Função Social da Propriedade e Legalidade Constitucional: anotações à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (A.I. 598.360.402— São Luiz Gonzaga). **Direito, Estado e Sociedade.** Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, v. 9, nº. 17, ago/dez, 2000, p. 41-57.
- TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no Novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº. 5, jan./jun, 2005, p. 50-61.
- <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=182231>. Acesso em: 10.abr. 2011.
- <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15.abr.2011
- <<http://www.unhchr.ch>>. Acesso em: 01.mai.2011
- <<http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/pesquisas/demograficas.html>>. Acesso em: 10.mar.2011
- <http://www2.rio.rj.gov.br/smu/compur/pdf/PLC_0025_01-%20SUBSTITUTIVO%203%20-%20TEXTO%20DO%20PL.pdf>. Acesso em: 02.abr.2011

Estudo de caso: os novos direitos dentro da perspectiva da empresa de ônibus Util S/A

BEATRIZ PERISSE BARATA

Introdução

O tema geral do presente trabalho será “Estudo de Caso: os novos direitos dentro da perspectiva da empresa de ônibus Util”. A relevância do estudo se dá pela análise que será feita da abrangência, importância e influência que o surgimento das chamadas gerações de direitos, mais especificamente, novos direitos, dentre eles, direito do consumidor, ambiental e regulatório, possuem do dia-a-dia da gestão de uma empresa de ônibus.

O surgimento dos novos direitos, que nasceram para resguardar a sociedade de abusos antes cometidos sem qualquer tipo de punição, se deu a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que permitiu o nascimento de um Estado Democrático de Direito.

A sociedade se encontra em constante mudança e desenvolvimento, provocando episódios causadores de novas situações jurídicas, e assim, o direito também precisa acompanhar esse avanço. Diante de determinadas ocorrências, como por exemplo, a globalização e a conscientização social, novos anseios da sociedades precisavam ser atendidos. Para novas situações, novos direitos surgiram conjuntamente, no entanto, ainda precisam se tornar mais sólidos.

Este estudo tem a finalidade de demonstrar de que maneira uma das empresas de ônibus mais antigas do Grupo Jacob Barata precisou mudar e se adaptar para atender as novas leis impostas à sociedade, que antes não tinha a quem “prestar contas”.

O trabalho tem o objetivo de analisar, não apenas por meio de doutrina, mas também a partir de questionários feitos com aqueles que compõe o coração da empresa, de que forma tais áreas do direito interferiram na empresa ao longo desses 25 anos. Fora isso, interessa mostrar também quais obstáculos tiveram que ser superados e o que teve que ser consertado/adaptado para a empresa se adequar ao sistema jurídico atual.

Diferentemente de trabalhos padrões de cursos de direito, nessa dinâmica será possível ter um panorama, não apenas jurídico, mas também administrativo, do modo como o direito do consumidor, regulatório e ambiental passaram a fazer parte da história da empresa, não passando mais despercebidamente, e, sim, fazendo parte de estratégias e projetos desenvolvidos pelos gestores da empresa.

A relevância do estudo também se dá ao mostrar como o direito vem se tornando fundamental na vida das pessoas, sendo um grande diferencial para aqueles que não pretendem seguir uma carreira jurídica, já que até para administrar uma empresa o conhecimento, ou a falta dele, pode fazer grande diferença quando se considerar os resultados produzidos.

A metodologia a ser utilizada consiste em pesquisas a partir de um questionário feito com funcionários antigos, tanto da área operacional, como do corpo jurídico da empresa e também com acionistas, para que assim se obtenham opiniões de pessoas com visões diferentes.

Para a realização do questionário, será feita uma seleção daqueles que serão entrevistados para compor e colaborar com o estudo. Como critério de seleção, serão convidados a participar aqueles considerados influentes e com razoável tempo de trabalho na empresa. Sendo assim, foram selecionados: um sócio, o diretor financeiro, a diretora operacional e o gerente jurídico.

Faz-se importante a escolha dos selecionados para responderem ao questionário, pois pontos de vista diferentes serão apresentados por pessoas que têm acesso a todos os setores da empresa e neles podem interferir.

Assim sendo, será feita uma pesquisa empírica em cima de quais estratégias a empresa passou a traçar para que continuasse prestando um ótimo serviço, operando com a mesma eficiência e sem aumento de custos relevante. Importante lembrar que a empresa deveria continuar apresentando aos acionistas resultados condizentes com o que foi acordado para cada setor, e também, trabalhando dentro dos parâmetros legais.

Dessa forma, de um lado temos uma empresa de ônibus que, anteriormente à entrada em vigor dessas leis, atuava mais livremente no mercado, sem precisar se preocupar com uma série de detalhes que se mostraram muito onerosos, caso não recebessem o devido cuidado e atenção e, de outro, temos determinados direitos que surgiram em razão das mudanças da sociedade e do desenvolvimento econômico, o que conseqüentemente desencadeou a necessidade de se criar novas regras para regular essas pendências que surgiram, o que acaba por desembocar em uma série de obstáculos para o empresário.

A partir da metodologia adotada se obterá um questionário completo e com informações fundamentais, ferramenta chave para que seja feita uma análise aprofundada no intuito de responder as questões abordadas no estudo.

1. Noções Históricas:

1.1 Breve resumo de como se deu o surgimento dos “novos direitos”.

Os direitos sempre refletiram os estágios de desenvolvimento das sociedades. Desde as mais remotas eras, apoiados na filosofia, como base das idéias, os direitos revelam os estilos de vida das sociedades.

Contextualizando o presente trabalho no tempo e na história, no final do século XX, foi promulgada a Carta Magna de 1988, marco histórico do novo direito constitucional no Brasil. A Constituição de 1988 foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento, para um Estado democrático de direito, o que permitiu, a partir da evolução social, o surgimento de uma nova divisão de direitos.

O século XX foi o século dos novos direitos e muito se tem falado ultimamente a respeito deste tema¹. Os novos ramos do direito — direito ambiental, direito do consumidor e direito regulatório, especificamente — consolidam necessidades de uma sociedade em transformação. Estes novos direitos, entretanto, não surgiram por acaso. Decorreram da nova realidade da vida, que vem sendo tratada desde a filosofia do direito até o estudo do conteúdo dos princípios e das regras concretas, constantes de normatização interna e de acordos internacionais².

Os novos direitos nasceram com o objetivo de assegurar a todos garantias antes não reconhecidas, dentro da indispensável convivência social, necessária à sobrevivência da sociedade organizada³.

Matéria ainda considerada de certa forma delicada, os novos direitos estão em formação, estabelecendo agora seus princípios próprios, delimitando seus objetos, construindo os respectivos regimes jurídicos, ou seja, os novos ramos do direito estão ainda se consolidando.

1 DE PINHO, Humberto Dalla Bernardes. A tutela coletiva no Brasil e a sistemática dos novos direitos.

2 <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2566/os-novos-direitos>

3 <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2566/os-novos-direitos>

Ao tratar da questão, não se pode deixar de levantar algumas ocorrências geradoras das novas situações jurídicas, como o fantástico desenvolvimento tecnológico e científico do século passado, o fenômeno da globalização, entre outros, abrangendo áreas do conhecimento humano sequer imaginadas.

Esses fenômenos são consequência de transformações sociais, econômicas e políticas profundas no mundo contemporâneo. Ocorre que esses fenômenos já haviam sido levantados por Norberto Bobbio desde o fim da década de oitenta, partindo dos direitos humanos, que se tornaram universais com a Declaração dos Direitos do Homem, durante a Revolução Francesa, e considerando o avanço da eletrônica, da química, da física, da biologia, da cibernética e de outros ramos do conhecimento científico.

A Declaração dos Direitos do Homem trazia como lema liberdade, igualdade e fraternidade. Estes postulados básicos desse novo pensamento constituíram, ao longo dos séculos XIX e XX, três gerações de direito, sendo a liberdade o ideal no direito de “primeira geração”, a igualdade como direito de “segunda geração” e a fraternidade e a solidariedade sendo consolidadas como direitos de “terceira geração”.

Do ponto de vista de alguns operadores do direito, no entanto, não cabe falar em gerações, mas, sim, em dimensões, uma vez que se alega que uma dimensão não substitui a outra, e, sim, a complementa, o que não acontece quando se trata de gerações. Diferentemente da divisão feita anteriormente, os doutrinadores dividem o direito não mais em três gerações, mas em cinco dimensões.

A categoria dos direitos individuais, que vinculam a igualdade formal perante a lei, são os direitos de primeira dimensão.

Direitos de segunda dimensão enquadram-se na categoria dos direitos sociais, tendo alcance social, econômico e cultural.

Os direitos de terceira dimensão são os direitos transindividuais, compreendendo os coletivos e difusos, que abarcam a proteção do consumidor, do meio ambiente, entre outros.

Quarta dimensão são aqueles direitos referentes ao patrimônio genético, relacionados à biotecnologia, bioética e bioengenharia.

Por fim, os direitos de quinta dimensão, que são advindos dos sistemas de tecnologia de informação e de comunicação, como internet, ciberespaço e realidade virtual, que inclusive desfizeram a noção de fronteira entre países e, também, a noção de tempo.

Importante ressaltar que o arcabouço jurídico até então existente não acompanhou a evolução mundial, o que resultou em um enorme descompasso

entre o fato social e o jurídico. Ihering afirmava que ao direito “não lhe basta uma ‘pretensão normativa’. É preciso que se lhe dê ‘efetividade social’. Este é o papel que os novos direitos vieram cumprir⁴.

Dada a sistematização desses novos direitos, serão abordados especificamente aqueles de terceira dimensão. Não menos importante será o direito regulatório, outro fenômeno típico do século XX.

1.2 Da evolução histórica sobre os contratos de transportes e o direito do consumidor.

No final do século XVIII, a atividade de transporte coletivo era muito incipiente, embora demonstrasse estar pulsante e em plena evolução. Naquela época, não havia legislação específica disciplinando os contratos de transportes e nem o Projeto de Clóvis Beviláqua, que viria a originar o Código Civil de 1916, trazia normas regulamentando este tipo de contrato.

Como o Projeto de Clóvis Beviláqua levou mais de 30 (trinta) anos para ser votado e aprovado pelo Legislativo e a demanda por uma norma regulamentar para a atividade de transporte coletivo crescia a passos largos, antes mesmo da vigência do CC/16, foi aprovado um Decreto Legislativo nº 2.681/12, conhecido como “*Lei das Estradas de Ferro*”, já que àquela época o primeiro e principal meio de transporte coletivo era a “*Maria-Fumaça*”⁵.

Sem regulamentação específica no CC/16, os contratos de transporte coletivo rodoviário modal, ainda muito escassos àquela época, porém, já presentes em nossa sociedade, passaram a ser analisados com força na responsabilidade subjetiva decorrente da prática de ato ilícito, prevista no art. 159 daquele *Codex*. Esta modalidade de responsabilidade exigia da parte prejudicada a comprovação de culpa do agente causador do dano, ou melhor, do funcionário da transportadora.

Como esse ônus probatório mostrava-se um obstáculo à satisfação dos danos experimentados pelo passageiro, o entendimento jurisprudencial⁶ foi-se

4 CAVALIERI FILHO, SERGIO. Programa de Direito do Consumidor. 2ª Edição. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2010. p.2.

5 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*: 5ª. edição. Rio de Janeiro: Ed. Malheiros, 2004. p. 291.

6 Recurso Especial nº511936/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, j. 26.06.1996, DJ 14.10.1996, p. 39.010: “Responsabilidade Civil. Contrato de Transporte. Passageiro menor (com 11 anos de idade). Culpa presumida da estrada de ferro. Extensão temporal do pensionamento.

1. A ferrovia somente se exonera da obrigação de reparar o dano, provando o caso fortuito ou a força maior ou a culpa exclusiva do viajante (art. 17 do dec. 2.681, de 07.12.1912).

2. Vítima que veio a suportar desde logo efetivo prejuízo de caráter patrimonial, pois se encontrava as vésperas de iniciar-se no mercado de trabalho.

3. Ocorrido o acidente em 22.03.84, época em que o trabalho somente era permitido a maiores de 12 anos (art. 165, inc. x, da cf de 1967, com a redação da emenda constitucional num. 1 / 69), a pensão é

ajustando à realidade social e passou-se, em curto espaço de tempo, a estender as regras previstas para o transporte coletivo ferroviário, “*Lei das Estradas de Ferro*”, ao modal rodoviário, aplicando-a por analogia, já que essencialmente tinham a mesma natureza.

Assim, por força da norma inserida no artigo 17 do Decreto nº2.681/127, a culpa do transportador passou a ser presumida, o que implicava na inversão do ônus da prova em favor do usuário, que para ver resguardado o seu direito, bastava comprovar a sua condição de passageiro e o nexo causal entre a conduta do agente e o dano experimentado.

Esse entendimento também foi suplantado, já que a jurisprudência, sensível à posição doutrinária defendida por renomados juristas, dentre os quais destacou-se o eminente Aguiar Dias⁸, cujos ensinamentos até hoje mostram-se atuais, à evolução social e à cláusula de incolumidade, ínsita a todo contrato de transporte, passou a adotar a seguinte posição: a responsabilidade do transportador é presumida.

Nitidamente, passou a predominar a “teoria do risco”, que tem por base a presunção de responsabilidade do transportador, que, considerando a cláusula de incolumidade, tem a obrigação de transportar o usuário são e salvo ao destino almejado.

Então, encontrava-se praticamente pacificado na jurisprudência e na doutrina pátria a presunção de responsabilidade do transportador em relação aos passageiros, prevalecendo, ainda, em relação aos terceiros, a teoria da responsabilidade subjetiva, que demandava a comprovação de culpa do agente causador do dano.

Foi promulgada a Constituição Federal de 1988, e a partir de sua vigência, a dignidade da pessoa humana passou a ter status de princípio fundamental, servindo como *significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte*⁹ na inter-

devida a partir do momento em que a vítima viesse a completar 12 anos de idade, perdurando enquanto ela viver.

4. Recurso especial conhecido e provido parcialmente, para julgar PROCEDENTE, EM PARTE, A AÇÃO.

7 Art. 17 - As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea.

A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas:

1ª - Caso fortuito ou força maior;

2ª - Culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada.

8 In: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*: 5ª. edição. Rio de Janeiro: Ed. Malheiros, 2004. p. 298.

9 HC 85.988/PA, Min. Celso Mello, DJ 25.05.2010. “A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a or-

pretação de todas as demais normas constitucionais e infraconstitucionais. A responsabilidade das empresas de transporte coletivo passou a ser objetiva, tanto em relação aos usuários quanto aos terceiros, por força da norma inserida no art. 37, §6º¹⁰, que equiparou as responsabilidades das empresas privadas prestadoras de serviço público (pessoa jurídica de direito privado) às pessoas jurídicas de direito público, estabelecendo que elas respondam pelos danos que, nesta qualidade, causarem a terceiros.

Foi a Constituição Federal a grande responsável pela mudança de perspectiva que se avizinhava a partir da interpretação humanista decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana e da expressa previsão constitucional, dentre o extenso rol de direitos fundamentais, o direito à indenização por dano material, moral e à imagem (art. 5º, V), bem como da defesa do consumidor (art. 5º, XX-XII), que nasceria o atual Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Quase dois anos após a promulgação de nossa Constituição da República, foi sancionada a Lei nº 8.078, nosso Código do Consumidor, que trouxe normas de natureza de ordem pública aplicáveis a todas as relações consumeristas¹¹.

Em que pese o Código de Proteção e Defesa do Consumidor não ter afetado de forma tão profunda os contratos de transporte de pessoas, como ocorreu em diversos outros setores, já que estes contratos, por força da evolução histórica e, principalmente, da consolidação jurisprudencial, vinham se adequando às exigências e demandas do mercado consumidor. A mudança básica foi o deslocamento da fundamentação da responsabilidade civil antes amparada na teoria do risco e na cláusula de incolumidade para o vício ou fato do serviço. Em ambos os casos, a responsabilidade do transportador é objetiva¹².

Para encerrar este item, se faz necessário enfatizar que após a promulgação da Constituição Federal e da vigência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor não é mais possível olhar a relação empresa-sociedade sem enaltecer a importância social e econômica que ela representa dentro de um contexto maior, o do equilíbrio e da solidariedade social.

A partir da vigência da Constituição Federal, que rompeu com a visão patrimonialista que imperava até então, toda a interpretação das normas legais

dem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência.”

10 § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

11 Art. 1º da Lei nº8.078, de 11 de setembro de 1990.

12 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil: 5ª. edição. Rio de Janeiro: Ed. Malheiros, 2004. p. 299.

sofreu uma radical alteração no fundamento ético-jurídico, especialmente no campo da responsabilidade civil, pois, identificou-se na “*solidariedade social o motor de uma nova dogmática em tema de reparação de danos, com vistas à justiça distributiva*”, considerando os princípios constitucionais da igualdade, integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade que, segundo Gustavo Tepedino, ratificando a nova visão interpretativa dos marcos valorativos defendida pela Mestre Maria Celina Bodin de Moraes: “*constituem, em última análise e a um só tempo, o substrato axiológico e o conteúdo normativo da dignidade humana*”¹³.

1.3 Da evolução histórica sobre os contratos de transportes e o direito ambiental.

Diversas são as leis ambientais vigentes em nosso país, remontando às primeiras que se tem notícia aos idos de 1934, quando foi instituído, através do Decreto nº 23.793, de 23.01.1934, o “Código Florestal”. Este decreto foi expressamente revogado pela Lei nº 4.771, de 28.09.1965, que instituiu o “Novo Código Florestal”.

Em 1981, entrou em vigor a Lei 6.938, que dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação. Esta legislação trouxe em seu corpo diversos princípios que norteiam e orientam a interpretação de todas as normas ambientais, que devem observar a Política Nacional do Meio Ambiente, cujo objetivo é a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

Em que pese a existência de normas rígidas e adequadas ao controle das atividades agressivas ao meio ambiente e estabelecimento de regras de conduta em favor da preservação e conservação do meio ambiente, somente a partir de 1992 é que, efetivamente, o Poder Público adotou políticas em prol do Meio ambiente.

Foi a partir da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), ECO-92, também conhecida como Cúpula ou Cimeira da Terra, realizada no Rio de Janeiro, onde se estabeleceu o marco divisor entre a benevolência com as práticas contrárias ao meio ambiente, imperantes até então, e a aplicação de normas rígidas em defesa do desenvolvimento sustentável¹⁴, conceito consagrado naquele encontro de Chefes de Estado.

13 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana — uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2009, aba do livro.

14 Enciclopédia Wikipédia: O desenvolvimento que procura satisfazer as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades, significa possibilitar que as pessoas, agora e no futuro, atinjam um nível satisfatório de desenvolvimento social e

Durante a construção deste trabalho acadêmico foi publicada a mais recente legislação ambiental, Lei nº12.305, de 02 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Certamente, esta nova legislação terá um forte impacto nas empresas de modo geral, principalmente, em relação às grandes produtoras de resíduos.

A partir da vigência dessa legislação, todas as empresas, inclusive e especialmente as empresas de transporte rodoviário, grandes geradoras de resíduos, terão que se adaptar, novamente, pois, agora, “*Na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, deve ser observada a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.*”¹⁵

Hoje, a UTIL S.A. já adota procedimentos para tratar os resíduos decorrentes de sua atividade. No entanto, uma ou outra adequação terá que ser promovida, face à nova Política Nacional de Resíduos Sólidos. Estes aspectos serão analisados juntamente com o estudo de caso, naquilo que envolve esta questão.

1.4 Da evolução histórica sobre os contratos de transportes e o direito regulatório.

Para analisar o transporte rodoviário com mais propriedade e segurança, é mister fazer uma breve abordagem histórica envolvendo o sistema de viação no país, que nos remete à época do Império.

Um dos mais importantes passos para o desenvolvimento do transporte no Brasil foi a abertura dos portos às nações amigas, o que se deu com a assinatura da Carta Régia de 1.808, pelo então Príncipe Regente D. João VI.

Outra importante iniciativa em prol da evolução do sistema de transportes no país ocorreu com a publicação da Lei do Império, de 29 de agosto de 1828, a qual “*estabeleceu regras para a construção das obras públicas, que tiverem por objecto a navegação de rios, aberturas de canaes, edificação de estradas, pontes, calçadas ou aqueductos*”¹⁶ [sic].

Essa lei estabeleceu, ainda, que as obras que fossem necessárias poderiam ser “*desempenhadas por empresarios nacionais, ou estrangeiros, associados em companhias, ou sobre si*” (art. 1º). Provavelmente, essa lei foi a primeira luz para o caminho das concessões públicas para realização de obras públicas e exploração de serviços.

econômico e de realização humana e cultural, fazendo, ao mesmo tempo, um uso razoável dos recursos da terra e preservando as espécies e os habitats naturais.

15 Art. 9º da Lei nº12.305, de 02 de agosto de 2.010.

16 Preâmbulo da Lei do Império de 29 de agosto de 1928.

Àquela época, todos os investimentos voltavam-se para os modais ferroviário e aquaviário, com a construção de ferrovias e portos para a prática da cabotagem. Vários planos de viação foram criados visando à interligação desses modais, porém, a grande maioria não foi adiante.

Inobstante os olhos dos investidores da época do império voltarem-se para a viação ferroviária e para a navegação marítima e fluvial, no dia 23 de junho de 1.861, D. Pedro II inaugurou a primeira estrada de rodagem macadamizada, conhecida como União Indústria, que ligava as cidades de Petrópolis/RJ e Juiz de Fora/MG¹⁷.

Foi, entretanto, no governo de Washington Luís (1926-1930) que o desenvolvimento da tendência rodoviária ganhou forte impulso, principalmente com a criação do Fundo Especial para a Construção de Estradas de Rodagem em 1.927. Este Fundo era formado pela arrecadação de um imposto adicional cobrado sobre combustíveis e veículos importados.

Nessa mesma época foram construídas as rodovias Rio-São Paulo e Rio-Petrópolis (1928), sendo esta última a primeira rodovia asfaltada do País¹⁸¹⁴.

Com o surgimento das primeiras rodovias, o crescimento dos transportes rodoviários tornou-se inevitável, tornando-se necessário estabelecer regras para controlar a circulação e, também, para a exploração do transporte de pessoas, que, embora modesto, já se fazia pujante à época.

A Constituição Federal de 1934, em seu artigo 5º, trazia a seguinte redação: “*Compete privativamente à União: IX — estabelecer o plano nacional de viação férrea e o de estradas de rodagem, e regulamentar o tráfego rodoviário interestadual*” (grifei).

Para tratar dos serviços de transportes rodoviários, o Poder Público viu-se diante da necessidade de criar um órgão específico para regulamentar estes serviços.

Assim, em 31 de julho de 1.937, foi sancionada a Lei nº467, transformando em Departamento Autônomo a então Comissão de Estradas de Rodagem Federais. Constituiu-se por esta Lei o DNER — Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, a quem competia, entre outras atribuições, “*conceder, regulamentar e fiscalizar os serviços de transporte coletivo nas estradas de rodagem*” (art. 2º, “d”, Lei nº467, 31.07.1937).

O primeiro “regulamento dos serviços rodoviários, interestaduais e internacionais, de transporte coletivo de passageiros” surgiu com a publicação do Decreto nº 68.961, de 20.07.1971, do Ministério de Estado dos Transportes. Este decreto trouxe as regras mínimas necessárias para a concessão das linhas,

17 Preâmbulo da Lei do Império de 29 de agosto de 1928.

18 Site do DNIT: <https://gestao.dnit.gov.br/planejamento-e-pesquisa/historico-do-planejamento-de-transportes>

que se faziam através da modalidade concorrência. Este regulamento só previu a delegação dos serviços de transportes por meio de concessão.

Suas normas eram bastante abrangentes no que tange, especificamente, aos serviços, especificando os requisitos para as empresas participarem da concorrência, as linhas, horários, condições de manutenção e suporte para atender à frota, características dos veículos, infrações, punições, etc, porém, não trouxeram nenhum dispositivo tratando dos direitos e deveres dos usuários.

Somente com o advento do Decreto nº 90.958, de 14.02.1985, que revogou o até então vigente Decreto nº 68.961/71, os direitos e deveres dos usuários passaram a constar, expressamente, no Capítulo IV, artigos 25 *usque* 26. Estabeleceu, também, a possibilidade de delegação de serviços através de contrato de permissão, o que não era permitido anteriormente, por falta de previsão legal.

O Decreto nº 90.958/85 teve uma vigência muito curta, pois, já no ano seguinte, foi revogado pelo Decreto nº 99.353, de 31.01.1986, que trouxe algumas inovações. Criou a Câmara Brasileira de Usuários e Transportadores Interestadual de Passageiros, cuja finalidade era prestar assessoria ao Ministério dos Transportes e ao DNER em matéria de transportes rodoviários de passageiros.

Além da criação de Câmara, o Decreto previu a possibilidade de delegação dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros pelo regime de concessão, que se daria mediante concorrência, e pelo regime de permissão, que se daria mediante seleção sumária da transportadora, que adjudicaria o serviço com a assinatura do Termo de Obrigação.

Esse Decreto nº 92.353/86 não ficou em vigência por muito tempo, pois, no dia 07 de outubro de 1993, entrou em vigor o Decreto nº 952, que o revogou expressamente. Esta nova legislação regulamentar dos serviços de transportes de passageiros previa a prorrogação dos prazos das permissões outorgadas às empresas de transportes por igual período. Este tema gerou enorme controvérsia, como será apreciado mais adiante.

Uma novidade trazida no Decreto nº 952/93 foi a instituição do princípio da prestação do serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários. Nota-se, a partir daí, uma forte influência da visão pró-usuário (consumidor) no nosso ordenamento jurídico, certamente, decorrente da então recente publicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CPDC), que reconheceu a vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor, criando normas para reduzir esse desequilíbrio.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor foi publicado no Diário Oficial no dia 11.09.1990. No entanto, por ser uma legislação inovadora, com fortes implicações na sociedade da época, foi necessário um período de *vacatio legis* de

180 (cento e oitenta), para que os interessados nas relações de consumo pudessem se adequar à nova realidade jurídica. Ou seja, suas normas, todas de ordem pública, somente passaram a ter eficácia plena a partir do dia 11 de março de 1991.

Sem dúvida alguma, foi a partir da vigência do CPDC e, posteriormente, da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95) que as empresas de transportes viram-se obrigadas a adotar diversas medidas para se adequar à nova realidade jurídica. Não há como negar. A qualidade, conforto, segurança e pontualidade na prestação dos serviços melhoraram muito após o surgimento de tais normas.

Finalmente, no dia 20.03.1998, foi publicado o Decreto nº 2.521, vigente até os dias atuais. Esta norma aprimorou alguns aspectos técnico-operacionais, mas, basicamente, manteve as linhas traçadas no revogado Decreto nº 952/93.

Uma grande polêmica surgiu após a vigência deste Decreto, pois, no regulamento anterior, as permissões eram outorgadas por um prazo de 15 (quinze) anos, podendo ser prorrogadas por igual período.

Ocorre que no art. 8º do Decreto nº 2.521/98, o prazo das permissões foi estabelecido em 15 (quinze) anos, suprimindo a parte do texto constante do art. 10 do Decreto 952/93, onde estava prevista a possibilidade de prorrogação das permissões por igual período.

Devido a essa redução repentina e indevida do prazo de outorga das permissões, diversas ações foram propostas por todo o país. O Poder Judiciário reconheceu o direito das empresas. Hoje a grande maioria está amparada em liminares.

Em breve será divulgado o edital de licitação para outorga das linhas rodoviárias interestaduais e internacionais de passageiros, ficando a cargo da ANTT — Agência Nacional de Transportes Terrestres a responsabilidade de promover os estudos necessários, definir as linhas a serem licitadas e estabelecer as regras do processo licitatório.

A ANTT foi criada pela Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001, que dispõe sobre a re-estruturação dos transportes aquaviários e terrestres, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes¹⁹.

Essa norma define as atribuições da ANTT (art. 24), dentre as quais a de fiscalizar a prestação dos serviços, cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento (inciso VIII). Hoje, devido à intensa fiscalização por parte desta instituição, as empresas de transportes têm aprimorado cada vez mais os seus serviços, o que reflete, diretamente, na qualidade final dos serviços contratados pelos usuários.

19 Preâmbulo da Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001.

2. Do estudo de caso: o impacto dos 'novos direitos' na empresa Util.

Diante do que se pretende apresentar ao final do estudo, foi necessário o desenvolvimento de um questionário que foi respondido detalhadamente por funcionários e sócios da empresa.

A realização deste estudo empírico se ateve a necessidade de embasamento para a realização do presente trabalho. Assim sendo, foram expostas questões que envolvessem as estratégias utilizadas pela empresa para obtenção de lucros atendendo aos “novos direitos” que surgiram ao longo da vida da Util S/A.

O estudo mostrou-se muito interessante, pois a partir dele foi possível notar quais dos “novos direitos” têm mais influência no dia-a-dia da empresa, ou seja, quais deles passaram a compor os planos estratégicos traçados pela sociedade. Foi possível notar também que um serviço melhor passou a ser prestado e como este diferencial influenciou na concorrência com outras empresas, pois o consumidor tornou-se mais exigente.

Conforme o presente questionário, uma das perguntas feitas para o Diretor Financeiro foi: Quais dos “novos direitos” passaram a ter mais influência no dia-a-dia da empresa? Algum especificamente ou todos, sendo cada um à sua maneira? De que forma?

A mesma pergunta também foi feita para um dos sócios, Jacob Barata Filho, que não atua diretamente dentro da empresa, mas participa do conselho do Grupo Jacob Barata. Ambos acreditam que a legislação que causou maior impacto foi o Código de Defesa do Consumidor, “que forçou a Administração a rever vários de seus procedimentos para oferecer um serviço adequado aos usuários e prestar-lhes informações mais precisas”. Concordou-se que as outras legislações não criaram tanto alvoroço para a empresa. No entanto, crê-se que a curto — médio prazo, o direito regulatório venha a ser impactante devido às licitações que estão para ser realizadas até ano que vem.

Nesse momento, a meu ver, surge uma grande preocupação, que seriam as condições do edital de licitação. Poderiam participar deste edital grupos estrangeiros? Qual tarifa seria cobrada? Esta tarifa seria cobrada por quilometro rodado? Será que as qualificações determinadas pelo Poder Regulador corresponderão a um valor justo que este determinará na cobrança na tarifa? Devido às novas regras introduzidas no edital, a concessão de transporte rodoviário ainda será um negócio atrativo?

Sabe-se que muitas vezes o poder regulador determina os requisitos do edital que os concorrentes devem cumprir para poderem participar da licitação, porém, para atender aos interesses da população, determina-se uma tarifa abaixo do valor estimado nos estudos feitos pelo próprio Órgão. É certo que

quanto melhor o serviço prestado, mais caro se cobra. No entanto, por questões políticas, nem sempre o que se prevê como “preço justo”, mediante estudos detalhados, corresponde ao que é determinado como valor do ticket obtido pelo passageiro. Nesse momento, o Regulador e o Empresário entram em atrito, pois se tem interesses conflitantes, já que o Empresário está disposto a prestar um serviço equivalente ao valor pago e o Regulador quer que este preste um serviço melhor do que o que está disposto a pagar. Como exemplo, no edital fica estabelecido que os ônibus devem ter motor traseiro e ar-condicionado. Ocorre que, para que o empresário possa arcar com o ônus de passar a adquirir ônibus mais sofisticados, este deve ter o direito de cobrar uma tarifa mais cara, pois do contrário, não conseguirá manter sua frota, o que acarretará em um serviço mais mal prestado ou na falência do empresário.

Sendo o Poder Regulador menos incisivo do que o direito do consumidor atualmente, tratarei deste ramo do direito mais adiante.

A empresa tem mais de sessenta anos de existência e, quando iniciou suas atividades, só havia o Código Civil e a Lei das Estradas de Ferro, além de algumas normas regulamentares editadas pelo ente público competente. Foi um período muito lucrativo para os empresários de ônibus, pois se atingiu um mercado em ascendência e as leis existentes não causavam grandes preocupações, já que a fiscalização era mínima. Havia inclusive uma brincadeira à época, de que o melhor negócio do mundo era uma empresa de ônibus com uma boa gestão e o segundo melhor era uma empresa de ônibus com uma má gestão.

Ressalta-se que, como se pode perceber com o passar dos anos, novas leis foram criadas procurando garantir que os direitos dos cidadãos fossem exercidos. Para que a empresa pudesse se adequar a esse novo contexto, vultuosos investimentos foram feitos, principalmente no que tange à qualidade do serviço e ao atendimento ao usuário.

Investimentos imperceptíveis para aqueles que não participam do negócio são feitos frequentemente, como em treinamento de pessoal e pesquisas de qualidade e satisfação do usuário (nestes dois pontos o Fale Conosco se esquadra, complementado-os). A empresa não lidava com este tipo de preocupação antes do surgimento dos “novos direitos”, pois não havia uma fiscalização tão rigorosa em relação à qualidade do serviço, assim como os usuários não tinham muitas opções de transporte. Estas circunstâncias influenciavam na forma de gestão da empresa.

A administração da sociedade foi se adequando aos moldes das normas que foram surgindo em nosso ordenamento jurídico. O surgimento de novas tecnologias foi um facilitador para os empresários, pois cooperou para o cumprimento dos mandamentos legais. Um investimento interessante e de grande

importância, tanto para a receita da empresa (que teve um aumento de aproximadamente 20%), quanto para a prestação de serviço ao usuário, foi a compra de GPS's para os ônibus e de um software chamado SIGLA, que operam conjuntamente. O SIGLA é um software importado da aviação e adaptado para o sistema rodoviário, responsável pela escala de motoristas e dos ônibus. Com o SIGLA integrado ao GPS foi possível redução de hora extra, maior aproveitamento da frota (o Grupo adquiriu em 2009 uma empresa de ônibus em Brasília que possuía 300 veículos e com a implantação do SIGLA + GPS passou a operar com apenas 160 ônibus), maior pontualidade, maior prudência dos motoristas, maior transparência.

Acredito que mesmo o relatório do GPS não sendo aceito como documento pela Justiça, por não ter sido homologado ainda, de certa forma, faça o possível autor de uma demanda judicial ponderar, pois ninguém ajuíza uma ação judicial quando suas chances de sucesso são claramente inferiores a de obter bons resultados. Mesmo o GPS não sendo homologado, entendo que deveria ser aceito, pois é uma tecnologia nova e muito precisa, já que se podem emitir relatórios detalhados descrevendo hora e velocidade exatas em que um veículo se encontrava como forma de prova contra possível denúncia. Não há razões para que, em breve, o aparelho não seja homologado e seus relatórios também valham oficialmente como documento perante a justiça.

Gostaria de chamar a atenção ainda para a Lei nº 11.975/09, um ponto curioso no que se refere ao direito do consumidor. A presente lei dispõe sobre a validade dos bilhetes de passagem no transporte coletivo rodoviário de passageiros, porém, em seu artigo 1º caput e parágrafo único e artigo 2º, há tratamento desigual entre a empresa e o usuário, pois a empresa precisa obrigatoriamente cumprir com um alto padrão na qualidade de seu serviço, enquanto o consumidor não tem qualquer responsabilidade com a empresa, sendo necessário para remarcar ou cancelar seu bilhete apenas sua declaração ou vontade, sem qualquer tipo de multa, como se vê:

“Artigo 1º Os bilhetes de passagens adquiridos no transporte coletivo rodoviário de passageiros intermunicipal, interestadual e internacional terão validade de 1 (um) ano, a partir da data de sua emissão, independentemente de estarem com data e horários marcados.

Parágrafo único. Os bilhetes com data e horário marcados poderão, dentro do prazo de validade, ser remarcados.

Artigo 2º Antes de configurado o embarque, o passageiro terá direito ao reembolso do valor pago do bilhete, bastando para tanto a sua simples declaração de vontade.”

Ainda que a empresa não se veja demasiadamente prejudicada, pois, como foi dito, a desmarcação/cancelamento é exceção e não regra, a norma é claramente inconstitucional, por vir a onerar excessivamente o empresário, ferindo o princípio da livre iniciativa.

O problema está na falta de regulamentação dessa norma, pois o passageiro pode desmarcar seu bilhete ou cancelá-lo a qualquer momento, independentemente do pagamento de uma multa. Se, por exemplo, o passageiro deixar de viajar por qualquer motivo, este depois tem até um ano para remarcar sua passagem e a empresa perdeu a oportunidade de vender aquele bilhete para alguém que fosse viajar. A título de ilustração, citarei um caso conhecido depois da vigência da Lei 11.975/09, no qual um time de atletas havia comprado doze passagens do Rio de Janeiro com destino a Belo Horizonte em um ônibus semi-leito. No entanto, na última hora desistiram de viajar e nada comunicaram à empresa. É possível imaginar o prejuízo obtido apenas nesta viagem.

Sendo assim, acredito que da mesma forma que a Util S/A e as demais empresas têm a responsabilidade de prestar um bom serviço para o consumidor, este também deve ter a responsabilidade de viajar no assento que lhe foi reservado, sob pena de multa para eventual remarcação ou cancelamento do bilhete, na intenção de ser ressarcido, assim como é feito na aviação. Esta é uma maneira de evitar o crescente número de desmarcações e cancelamentos, o que acaba prejudicando toda a operação da empresa e pode vir a afetar a prestação do serviço, já que o repasse dos custos gerados não podem ser passados aos passageiros, haja vista que o reajuste é feito pela ANTT, não podendo a empresa simplesmente elevar o valor de sua tarifa.

Por fim, chama-se a atenção para as implicações do Código de Proteção e Defesa do Consumidor na UTIL S.A. que são, preponderantemente, de cunho processual, já que o direito material não repercutiu de forma tão visível na atividade da empresa, salvo quanto à sua ampla divulgação pela mídia, o que importou no aumento da procura do usuário/consumidor pelos seus direitos.

Com uma visão voltada para uma justiça social e distributiva, o CDC em um único aspecto favoreceu o fornecedor, facultando-lhe chamar para compor a lide à seguradora, sempre que houver contrato de seguro de responsabilidade (art. 101, II, primeira parte).

Essa norma visa assegurar ao usuário/consumidor a mais ampla garantia de seu direito e não favorecer aos fornecedores, mas por via reflexa facilitou sua defesa das empresas em juízo, pois, a partir de sua vigência, o fornecedor pode chamar a seguradora para compor a lide a seu lado nas ações de rito sumário, já que até a entrada em vigor da Lei nº10.444/02, a intervenção de terceiro neste procedimento era expressamente vedada.

Outra legislação que causou grande impacto na vida da empresa foi a ambiental. Como já foi dito anteriormente, a empresa existe há mais de meio século e, devido a estruturas antigas e a uma maior fiscalização por parte dos Órgãos ambientais, parte da receita da empresa passou a ser destinada a reformas e adaptações para que ficasse de acordo com a normas, como por exemplo, local de pintura dos ônibus, espaço reservado à limpeza de peças, troca de óleo, etc.

Um caso interessante, e que custou à empresa mais de R\$300.000,00, foi a reforma da garagem de Belo Horizonte. A garagem foi fundada em 1972 e, naquela época, foi projetada conforme a legislação vigente e era uma das mais modernas e operacionais que existiam.

Ocorre que, com o passar dos anos, as exigências do Poder Público para a concessão de licenças ambientais foram ficando cada vez mais rigorosas em razão da nova Política Nacional do Meio Ambiente, obrigando as empresas a se adequarem ao novo regramento.

Foi então que, em 2001, a SMMA — Secretaria Municipal do Meio Ambiente da Prefeitura de Belo Horizonte, notificou à UTIL S.A. para adequar suas instalações às normas ambientais vigentes e, assim, possibilitar um desenvolvimento sustentável, sem agressão ao meio ambiente.

Para obter o licenciamento ambiental, a UTIL S.A. teve que cumprir diversas exigências, que envolviam desde o estudo de impacto da circulação de veículos na garagem e no seu entorno, até o destino final dos resíduos decorrentes de sua atividade.

Para cumprir todas as exigências, a empresa necessitava obter pareceres favoráveis de diversas outras secretarias municipais, órgãos ambientais, companhia de água e esgoto, etc. Abaixo estão relacionadas algumas das exigências e providências tomadas:

1 — A empresa teve que contratar um projeto de Estudo de Impacto Ambiental de circulação de veículos dentro e no entorno da garagem de Belo Horizonte. Providências: obtenção de parecer técnico favorável da BHTRANS — Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte, que exigiu algumas adaptações, sendo a mais marcante, a instalação de um sinal luminoso (semáforo) em frente à garagem;

2 — Para atender o parecer favorável COPASA (Companhia de Saneamento de Minas Gerais) e SUDECAP (Superintendência de Desenvolvimento da Capital), a UTIL S.A. teve que elaborar um projeto de captação de águas fluviais para ser reutilizada e, ainda, um projeto de separação das redes de esgoto e de águas fluviais. Para atender a estas exigências, foram feitas várias obras na empresa, que demandaram considerável dispêndio financeiro.

3 — Já para obter a “Conformidade Urbanística do Empreendimento” junto à Secretaria de Regulação Urbana — SMARU — de Belo Horizonte, as modificações foram muitas. Uma das exigências para obter o parecer favorável foi a demolição de um prédio de dois pavimentos inteiro, que não se enquadrava nos parâmetros urbanísticos. No lugar deste edifício, hoje, existe uma área permeável, com plantas (um jardim).

4 — Para conseguir o parecer favorável da Secretaria Municipal de Meio Ambiente — SMMA, a UTIL S.A. teve que encomendar um estudo de solo e de águas subterrâneas. Foi quando se descobriu a existência de contaminação no solo por hidrocarbonetos e outros compostos de carbono que atingiram o lençol freático. Esta contaminação foi provocada pelo vazamento de óleo de um tanque subterrâneo de coleta de óleo usado. Inicialmente, foi adotado o processo de bombeamento das águas subterrâneas, filtrando-as através da utilização de uma caixa separadora de água e óleo para extrair os compostos contaminantes.

Esse procedimento era muito lento, então, passou-se a utilizar o processo de remoção física do solo, retirando mais de 12 (doze) caminhões cheios de terra contaminada, que foram enviados à incineração, procedimento correto do ponto de vista ambiental. O processo de descontaminação do solo ainda está em andamento, pois depende de aprovação a questão do monitoramento da água subterrânea.

Até a presente data ainda não se obteve o parecer favorável definitivo e sem condições da SMMA, que, além da descontaminação do solo, também, exigiu:

- a) Reforma geral do lavador de peças, com a construção de uma caixa de captação de águas contaminadas e caixa separadora de água e óleo;
- b) Cobertura e reforma do lavador de ônibus;
- c) Laudo do Corpo de Bombeiros do Estado de Minas Gerais;
- d) Projeto paisagístico para o empreendimento, inclusive com plantação de várias mudas de árvores;
- e) Impermeabilização de toda área de circulação da frota da empresa, obrigando a asfaltar toda a garagem (PENDENTE);
- f) Projeto de reutilização das águas (reciclagem);
- g) Contrato com empresa de emergência ambiental (EPAE — Equipe de Pronto Atendimento e Emergência);
- h) Contrato para destinação de resíduos perigosos, como óleo, filtros, fluorescentes, baterias, etc., firmado com a empresa RESICON;
- i) Contrato com a COPASA para monitoramento das águas dos efluentes não domésticos;
- j) Monitoramento, semestral, do índice de opacidade, ou seja, emissão de gases poluentes;

- k) Outorga do poço artesiano junto ao IGAN — Instituto Mineiro de Gestão de Águas; e
- l) Entre outras, teste de estanqueidade dos tanques de combustíveis e das linhas de abastecimento com instalação de SUMP e *Check Valvs*.

Além dessas exigências, a UTIL S.A. teve que mandar instalar uma “Bacia de Segurança” para armazenamento de óleo diesel e óleo de motor, ou seja, os tanques de óleo foram instalados sobre uma manta impermeável para impedir a passagem de óleo para o solo, caso venha a ocorrer algum vazamento destes tanques, minimizando, dessa forma, os risco de contaminação do solo.

5 — A Secretaria de Limpeza Urbana — SLU — exigiu a apresentação de um Programa de Gerenciamento de Resíduos Sólidos em que fosse especificado o tipo de resíduo que é produzido pelo desenvolvimento da atividade da empresa, a quantidade e o destino dado a ele. Além disso, foi exigida a construção de uma “Central de Resíduos”, um prédio destinado, exclusivamente, ao armazenamento de resíduos perigosos e recicláveis.

Hodiernamente, a empresa adota como princípio em prol do Meio Ambiente as políticas para reduzir, reutilizar e reciclar os resíduos resultantes de sua atividade. Por exemplo: pneus e borrachas são usados como combustíveis de siderúrgicas; papel, papelão e afins, assim como ferro, metal, aço, vidros, etc., são entregues em cooperativas de reciclagem.

Some-se a tudo isso, ainda, o fato de toda a frota da empresa ter que passar por rigorosa inspeção quanto à emissão de gases poluentes²⁰.

Muitas adequações já foram feitas. No entanto, muitas outras ainda terão que ser promovidas, posto que a UTIL S.A. tem garagens em vários Estados e estas também terão que se adequar às exigências ambientais, cada vez mais rígidas para assegurar um desenvolvimento sustentável.

Por fim, tratarei do direito regulatório e de que maneira vem interferindo na empresa.

Começarei abordando um tema que já citei anteriormente, licitação. Como foi dito, no curto — médio prazo acredita-se que, devido às licitações, o direito regulatório venha a ter grande influência na vida de todas as empresas de ônibus. Sabe-se que a ANTT, Agência Nacional de Transporte Terrestre, além de outras atribuições, atualmente é responsável pela fiscalização e por determinar diretrizes a serem seguidas por empresas rodoviárias

²⁰ Art. 104. Os veículos em circulação terão suas condições de segurança, de controle de emissão de gases poluentes e de ruído avaliadas mediante inspeção, que será obrigatória, na forma e periodicidade estabelecidas pelo CONTRAN para os itens de segurança e pelo CONAMA para emissão de gases poluentes e ruído.

interessaduas. Assim sendo, cuidará também dos termos do edital de licitação. Antes da criação da ANTT, o responsável pelos editais de licitação era o Ministério do Transporte.

Nos termos do inciso V do art. 24 da Lei nº. 10.233/01, cabe à ANTT estabelecer a edição de atos de outorga e de extinção da prestação de serviços terrestres, assim como a celebração e gestão dos contratos e demais instrumentos administrativos decorrentes de tais ações.

A ANTT não possui importância para a empresa apenas quando se atenta a licitações, mas tem influência também no seu dia a dia. Como se sabe, a agência tem forte papel fiscalizador, com relação a qualquer quesito que tenha a ver com ônibus, como por exemplo, cumprimento de horários, limpeza, documentação dos motoristas, se o veículo que está saindo da plataforma corresponde ao bilhete comprado pelo passageiro, nova abertura de horários, etc.

Acredito que a criação da ANTT, juntamente com o direito do consumidor, trouxe um grande avanço na qualidade do serviço prestado pela empresa, já que indiretamente “obriga” a empresa a se preocupar com detalhes que antes passavam despercebidos.

Sabe-se, no entanto, que sempre é possível encontrar prós e contras. Sendo assim, do mesmo modo que a agência vela rigorosamente pelo bom atendimento aos usuários, como ponto negativo encontramos um excesso de burocracia, que faz parte de nossa cultura, o que acaba por engessar o órgão e dificultar que atitudes necessárias e urgentes sejam tomadas com velocidade.

Quando a empresa foi comprada, foi necessária a redução em seu quadro de horários oficiais, pois a demanda não correspondia à oferta, o que acabava por gerar prejuízos que poderiam ser rapidamente superados, já que o passageiro não estava deixando de ser atendido. Por toda a burocracia, levou-se em torno de três meses para que o pedido de redução de horário pudesse ser atendido pela ANTT.

É evidente, portanto, que a agência reguladora seja fundamental para a garantia da concorrência “saudável” e de um serviço bem prestado. Porém, deve-se atentar para procedimentos mais rápidos, menos burocráticos. Como crítica positiva, para concluir, acredito que, se a agência reguladora atuasse conjuntamente com os empresários, e não apenas condenando-os, teríamos um agente fiscalizador mais eficiente e empresas prestando serviços ainda melhores a partir de sugestões dadas pela Agência. Assim, teríamos condições de ver os “dois lados da moeda”.

Conclusão

Nota-se que o ramo do direito que mais interferiu no dia-a-dia da empresa foi o direito do consumidor, já que o usuário passou a ser mais exigente a partir do momento em que lhe foi dado este direito. Como maneira de fazer valer seu direito, ações judiciais são ajuizadas requerendo indenizações pelos danos sofridos em razão da má prestação de serviço.

Hoje, os empresários devem avaliar previamente suas decisões antes de pô-las em prática, sempre que elas envolverem o trato direto com o consumidor, afetando-o de alguma forma. O CDC trouxe uma série de direitos básicos do consumidor que devem ser respeitados por todos os fornecedores de produtos e serviços.

Reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo e impondo a todos o respeito à sua dignidade, saúde, segurança, melhoria da sua qualidade de vida e transparência, sempre pautando suas políticas na boa-fé e na busca do equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, o CDC impôs uma mudança de visão administrativa.

Como forma de atender melhor seus usuários, a empresa investiu em tecnologia e pesquisas de satisfação, por exemplo, o que gerou grandes melhorias no atendimento ao usuário, além de beneficiar a empresa com redução de custos em diversas áreas, ou seja, passou a obter maior faturamento.

Novas estratégias foram traçadas e o setor administrativo passou a ter que se preocupar com problemas que antes não representavam obstáculos. No entanto, mesmo com novas dificuldades, chegou-se a conclusão de que a consequência foi positiva, já que o passageiro está mais satisfeito e o empresário também, pois não foi prejudicado pelos novos anseios dos consumidores, uma vez que viu ser possível prestar um serviço melhor, além do usuário também estar disposto a pagar mais caro por uma melhor qualidade do serviço.

O segundo ramo do direito que mais interferiu no cotidiano da Util foi o direito regulatório. Ocorre que, dentro de um prazo não muito longo, estão para ser realizadas as licitações das linhas interestaduais. É evidente, portanto, a importância que o direito regulatório passará a ter para a empresa. Ademais, enquanto o edital de licitação não for publicado, a ANTT atua diariamente junto à empresa como órgão fiscalizador.

A criação da Agência Reguladora reforçou ainda mais o direito do consumidor, não só fiscalizando a operação das empresas, mas também as punindo quando o serviço for mal prestado. Pode-se considerar neste aspecto o direito regulatório complementar ao direito do consumidor.

Para concluir, o direito ambiental é o direito que menos teve influência. Vem causando preocupações nas garagens mais antigas da empresa, nas quais as estruturas não estão em conformidade com a lei, porém é dado um prazo para que a sociedade se adeque, o que gera certo conforto. Soma-se a isso o fato da empresa se preocupar com a conscientização ambiental, e sendo assim, já direciona parte de seu faturamento para “atualizar” sua estrutura, antes mesmo de receber qualquer tipo de autuação por parte do Órgão responsável.

Diante de todo o exposto, conclui-se que os novos direitos foram causadores de grande impacto na vida da empresa de ônibus Util, cada um a seu modo. Importante lembrar que mesmo gerando custos e novos desafios na gestão da sociedade, o impacto foi visto de forma positiva, pois o fim pretendido com o surgimento destes direitos foi atingido, ou seja, o usuário passou a ser mais bem atendido, está sendo prestado um serviço de melhor qualidade e maior transparência e os obstáculos a serem ultrapassados pelos empresários foram superados. Ressalte-se, entretanto, que nunca nenhuma das partes estará completamente satisfeita, pois o usuário sempre estará querendo pagar menos por um serviço melhor, enquanto o empresário sempre estará querendo cobrar o mais caro possível pelo serviço prestado.

Apesar destas tensões serem insuperáveis, não há dúvida de que, ao longo dos últimos vinte e cinco anos, a empresa internalizou em suas rotinas e procedimentos operacionais o impacto gerado pela emergência dos novos direitos. Além de ter se adaptado às novas exigências trazidas pelos direitos de última geração, a empresa procura também transformar positivamente a realidade, respeitando o meio-ambiente, seus consumidores e as determinações do órgão regulador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 19 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes; LEITE, Jose Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*: 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*: 5. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004.
- DE ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

- DE PINHO, Humberto Dalla Bernardes. A tutela coletiva no Brasil e a sistemática dos novos direitos. Disponível em: < http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_tutela_coletiva_e_os_novos_direitos.pdf>.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana — uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro, Renovar, 2009.
- Preâmbulo da Lei do Império de 29 de agosto de 1828.
- Preâmbulo da Lei nº10.233, de 05 de junho de 2001.
- Recurso Especial nº511936/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, j. 26.06.1996, DJ 14.10.1996, p. 39.010: “Responsabilidade Civil. Contrato de Transporte. Passageiro menor (com 11 anos de idade). Culpa presumida da estrada de ferro. Extensão temporal do pensionamento.
- SCHWENCK, Terezinha. Os novos direitos. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2566>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

APÊNDICE – QUESTÕES

JACOB BARATA FILHO – Sócio

1. Como é a relação da ANTT com a empresa? Já houve atritos, por exemplo, houve o interesse da empresa no corte de horários?

No dia-a-dia se lida com os fiscais que se encontram em um setor reservado ao órgão na rodoviária, fiscalizando intensamente os ônibus (limpeza, documentos dos motoristas), horários (quais são os horários oficiais, atraso) e vendas. O órgão é muito burocrático e engessado. Quando se tem algo mais importante para ser resolvido, como licitações, processos administrativos junto a ANTT, uma advogada contratada pelo grupo cuida das diligências junto a ANTT. Quando a empresa foi comprada, há 10 anos atrás, não foi necessário o corte de muitos horários, porém, nos poucos horários que se encontrou necessidade, não teve atritos, no entanto, o procedimento para cancelamento era muito demorado e burocrático.

2. O agente regulador colaborou de alguma forma “auxiliando” no novo quadro de horários, já que recebe reclamações de passageiros acerca dos horários mais procurados, ou apenas criticou?

Não houve qualquer tipo de “auxílio”, apenas foram recebidos respostas positivas e/ou negativas acerca do que foi requerido ao órgão. Cada uma das respostas dada pelo órgão levavam em torno de 2 a 3 meses. Antes do pedido ser feito a ANTT é feita uma pesquisa.

3. Atualmente, quando uma linha, prejudicada devido a concorrência com o avião, em razão de preços extremamente baixos cobrados em suas passagens, precisa ter seu quadro de horários reduzido, para que aquela linha não venha a trazer prejuízos para a companhia, a ANTT consegue entender com certa facilidade ou ainda é encontrada muita burocracia?

Ainda é encontrada muita burocracia. Não é que a ANTT não consiga entender, mas faz parte da cultura do país, o que vem a prejudicar a empresa devido a demora para o deferimento do pedido.

4. Para ser capaz de prestar um melhor serviço para o consumidor, a empresa não só instalou GPS em todos os seus ônibus, como também contratou três pessoas para ficarem em função de fiscalizá-los 24h, para que, por exemplo, numa situação onde

um ônibus ficasse preso no trânsito, o responsável pela escala dos ônibus, pudesse ser avisado e fazer rapidamente um remanejamento, liberando um outro ônibus, da mesma classe ou melhor, que estivesse parado na garagem, no intuito de que o horário daquele ônibus atrasado pudesse ser cumprido sem atrasos na rodoviária. Você acredita que esse investimento ajudou a empresa a cumprir as exigências legais da ANTT e, deixou o consumidor mais satisfeito, fazendo com que deixasse assim de processar a empresa? O investimento já se pagou devido a multas da ANTT que deixaram de ser recebidas e processos do consumidor?

Acredito que sim, pois os horários passaram a ser cumpridos mais pontualmente, o que acarreta uma satisfação maior para o cliente, e conseqüentemente, por uma questão lógica, menos reclamações chegam a ANTT. Sim, já se pagou, não apenas em relação as multas que se deixou de receber ou de ações que deixaram de ser ajuizadas, mas em razão de uma receita maior, devido a um melhor serviço prestado pela empresa.

5. Em razão de forte atuação do direito do consumidor e regulatório na vida da empresa, esta passou a prestar um melhor serviço? Há reclamações de que aqueles que aplicam o direito, ou o fiscalizam, fazem de forma prejudicial a empresa? Como explica isso?

Sim, pois alguns conceitos da ANTT estão ultrapassados e precisam ser atualizados, como por exemplo, a empresa precisa ter uma frequência alta nas linhas independentemente da quantidade da frequência passageiros, e para reduzir esses horários é demasiadamente difícil. Outro exemplo, é quando se tem uma linha que só a empresa faz, quando pede a seção, as vezes a ANTT não da, ficando o consumidor prejudicado.

6. Dentre o direito do consumidor, regulatório e ambiental, qual desses você acredita que influencie mais no dia a dia da empresa, em um momento de planejamento estratégico? Qual você acredita que interfira mais no longo prazo?

Direito do consumidor e ANTT, o direito ambiental ainda influencia menos que dos demais. No caso atual o que vem interferindo mais é o direito regulatório devido as licitações, como por exemplo, quais serão as regras após as licitações.

GLORIA BARATA — Diretora Operacional

1. Em razão da importância que vem sendo dada ao meio ambiente, foi desenvolvido por você a campanha “Preservar a fauna é UTIL”, onde foram encomendados dois ônibus pintados com pelagem de zebra e onça pintada para fazerem a linha Rio — Brasília, que, atualmente, é a linha mais longa percorrida pela empresa. Essa idéia é consequência da força que o direito ambiental vem tomando ao longo dos anos? É notável como os órgãos ambientais tem interferindo mais no dia-a-dia da empresa? Como é dada essa interferência?

Pode-se dizer que é consequência de uma conscientização ambiental, além de ser uma ferramenta de marketing para a empresa, já que tem um concorrente forte na linha como a empresa Itapemirim, que é muito tradicional. A empresa é relativamente nova na linha, por isso foram encomendados esses ônibus, sendo os dois fortes motivos: uma forma de conscientização ambiental, que é uma das grandes preocupações da empresa e uma estratégia comercial da empresa. Sim, devido ao rigor na fiscalização e no cumprimento das normas.

2. Acredita que o investimento em GPS tenha ajudado a empresa a ter um melhor relacionamento com a ANTT? Seus ônibus saem pontualmente? Como era antes do GPS?

Com a ANTT nada mudou, pois o disco de tacógrafo é o único documento considerado legal pela ANTT. Melhorou muito a operação da empresa, está mais transparente, principalmente com relação ao fretamento (contratos com os condomínios). 90% dos ônibus saem pontualmente, contando a tolerância de 10 minutos. Não se tinha qualquer informação da operação da empresa. Só se sabia que algo aconteceu, ou se a operação foi boa ou ruim quando o ônibus chegava. Antes do GPS tinha-se necessidade de ter vários fiscais para que a operação não corresse totalmente às escuras, no entanto, depois do GPS essa despesa pode ser cortada.

3. A cada trimestre é realizada pela empresa uma pesquisa de satisfação dos passageiros. Acredita que devido a forte fiscalização que a empresa sofre e a essas novas tecnologias instaladas necessárias para que a empresa cumprisse com a legislação, tenham sido fatores que colaboraram para que, hoje, os clientes estejam mais felizes?

Acredito que de uma maneira indireta a fiscalização tenha alguma influência, mas sem dúvida as tecnologias contaram muito para uma maior satisfação.

4. A empresa reserva parte de seu faturamento para uma série de coisas, como por exemplo, modernização de frota. Sabendo que garagens antigas devem se estruturar

para que fiquem de acordo com a legislação ambiental, parte do faturamento que antes tinha outra destinação, agora é destinado a um "fundo" da empresa que cuida apenas desse tipo de preocupação, ou seja, grandes obras de reestruturação, e não apenas manutenção de praxe?

Pode-se dizer que sim, pois não existe um fundo na empresa para onde parte do faturamento é destinado, mas tem havido uma maior preocupação em reestruturar a empresa.

5. A garagem de Belo Horizonte era uma garagem antiga, mas, no passado, por não ter uma fiscalização do meio ambiente, nem se ter uma conscientização social tão forte, os resíduos dos ônibus escorriam no chão, penetrando-o, e iam de encontro aos lençóis freáticos, poluindo-os. Devido a uma autuação recebida, a garagem rapidamente começou suas obras, adequando-se a legislação ambiental. Mais uma vez se vê como o direito ambiental está poderoso em nosso ordenamento. Depois desse episódio, a empresa passou a se preocupar mais com o tratamento e destinação dos resíduos, de uma maneira geral?

Sempre houve grande preocupação com a destinação dos resíduos, o que ocorreu foi que ao comprar a empresa, se descobriu que o solo já estava contaminado, e devido a forte fiscalização ambiental atual (muito diferente de antigamente, quando não se dava qualquer importância para isso) foi necessário fazer a obra que custou a empresa mais de R\$ 300.000,00. No tratamento de resíduos a empresa sempre teve grande preocupação, passou a ter mais preocupação no entanto com relação a infraestrutura para outras atividades, como local de pintura dos ônibus, limpeza de peças, troca de óleo.

6. Devido a uma série de novas regras, novos investimentos tiveram que ser feitos, e novas preocupações surgiram. A empresa no final das contas passou a ser uma melhor prestadora de serviço? O surgimento desses novos direitos ajudou a empresa a fidelizar e conseguir mais clientes, tornando-a mais lucrativa, ou tornou a empresa menos lucrativa já que o dinheiro que antes tinha outro destino, como por exemplo, divisão de dividendos, agora é investido em prol de se evitar problemas com o direito do consumidor, regulatório e ambiental?

Sim, pode-se aprimorar no detalhe, se planejando melhor (ex: mais pontual, atender com os mesmos recursos maior quantidade de horários, motoristas mais bem treinados).

CLAUDIO MEDEIROS — Gerente Jurídico

1. Quando a empresa foi adquirida, qual foi o montante de tipos de ações jurídicas mais herdadas? Hoje em dia qual é o maior número de tipos de ações ajuizadas contra a empresa?

Na aquisição da Empresa havia o passivo de 160 ações trabalhistas, e 310 ações cíveis. Atualmente temos 101 ações trabalhistas e 313 ações cíveis, sendo a maioria indenizatórias.

2. Desde que a Lei 11.975/09 entrou em vigor, reservado ao consumidor o direito de remarcar sua passagem a qualquer hora, a empresa se viu demasiadamente prejudicada? A princípio pensou se em não cumprir com essa regra e fazer “jogo duro” com o consumidor para que o número de remarcações fosse reduzido? Foi gerada uma grande demanda judicial para a empresa em razão da reação dos clientes a essa lei? Como a empresa se comporta frente a essa situação?

Prejudicada sim, no entanto, não em demasia, por que os casos de cancelamento e/ou remarcação de passagens são exceções e não a regra. Considerando o universo de vendas de passagens da empresa, os casos de cancelamentos representam, hoje, segundo informações obtidas junto ao setor de arrecadação, 3,38% das vendas (mês de agosto). No que tange ao aumento de demandas judiciais por conta das disposições da nova Lei nº 11.975/09, que deu validade de um ano aos bilhetes de passagens no transporte coletivo rodoviário de passageiros, intermunicipal, interestadual e internacional, não houve alteração alguma. Não recebemos, até o momento, nenhuma ação cujo objeto seja a recusa no cancelamento da passagem, até porque a empresa está cumprindo a norma legal e trocando e/ou cancelando os bilhetes. Realmente, assim que a referida lei foi publicada, a primeiro impulso da Administração foi no sentido de não acatá-la, no entanto, diante dos riscos expostos pelo Jurídico e, especialmente pelas inúmeras solicitações de informações por parte do Ministério Público e instituições de proteção e defesa do consumidor, resolveu-se cumprir o preceito legal. Como a legislação concede o prazo de 30 (trinta) dias para a transportadora reembolsar o valor pago ao usuário, o “jogo duro” criado pela empresa é perfeitamente legal e, por conta disso, não há demanda judicial envolvendo validade de bilhete de passagem. Importante esclarecer que há ações que tem dentre os seus pedidos, o de devolução do valor pago, mas este acaba sendo um pedido acessório do principal, que, via de regra, tem como causa de pedir falha na prestação de serviço com pedido de indenização por danos morais. Ex: perdeu embarque; troca de bilhete comprado pela internet ou telefone; informação equivocada quanto à plataforma de embarque (perdeu embarque); etc.

Uma curiosidade! Tem ações nas quais o usuário pede a devolução do valor da passagem com base no CDC ou mesmo na Lei nº 11.975/09. Nesse caso, após apurado o que de fato ocorreu, nós já oferecemos na defesa o valor da passagem, o que passa uma imagem positiva da empresa para o Magistrado. Quanto às duas últimas proposições do item 2, entendemos já terem sido respondidas com os esclarecimentos acima.

3. Regras internas referentes a política de compra de passagens foram ditadas como forma de e resguardar dos efeitos negativos dessa lei que visa apenas proteger o consumidor, sem olhar pela empresa?

Como já dissemos, a empresa criou um procedimento para remarcação e cancelamento de bilhetes de passagens, que realmente crie alguma burocracia para desestimular o usuário a cancelar a passagem. Já respondemos algumas solicitações de PROCON's e até do Ministério Público sobre a matéria e, até o momento, parece ter satisfeito aos representantes daquelas instituições, já que não houve mais nenhum contato.

4. Ao longo desse ano o número de processos contra a empresa aumentou? incluindo-se dentre essas demandas desde ações requerendo indenização pelo fato da empresa não ter permitido que se transportasse um animal de estimação no bagageiro, até casos de atropelamento seguido de morte. Sabendo-se que no caso de empresas de ônibus a responsabilidade é objetiva, que caminhos a empresa traça para que o passageiro continue sendo fiel a empresa, por uma questão de preferência, e que esse passageiro não venha a ajuizar uma ação contra a Util S/A?

Com relação ao número de demandas judiciais cíveis, considerando os dados apurados nos anos de 2008, 2009 e 2010, período em que o sistema de controle de processo (programa de gerenciamento de processos judiciais — Themis) passou a ser alimentado corretamente, inclusive pelos escritórios terceirizados, nota-se que houve uma queda do ano de 2009 (166 processos) para o de 2008 (144 processos). Esse ano de 2010 já recebemos 111 citações, se for mantida a média mensal, provavelmente teremos um número bastante aproximado de processo ao do ano anterior. No que pertine às políticas administrativas adotadas pela empresa para fidelização e satisfação dos usuários, temos conhecimento de que a Diretoria tem investido na área de treinamento de pessoal. No entanto, para uma resposta mais precisa, sugerimos que essa pergunta seja feita à Diretoria. Por estar submetida à teoria da responsabilidade civil objetiva em quase a totalidade das ações, é necessária a adoção de políticas preventivas, visando assegurar a preservação das provas (documentais) necessárias à defesa

dos interesses da empresa em Juízo, especialmente nas ações envolvendo relação de consumo, nas quais inverte-se o ônus da prova em favor do consumidor.

5. Sabe-se que um cliente satisfeito não será um potencial autor numa lide contra a empresa. O Fale Conosco pode ser considerado mais um caminho para que essa satisfação seja alcançada e a empresa não tenha que vir a arcar com novas indenizações?

Sem dúvida alguma, o Fale Conosco é uma ferramenta importantíssima para a Administração da empresa, por que permite identificar as principais reclamações dos usuários e, conseqüentemente, os setores que necessitam mais treinamento ou ajustes. Como você mesmo disse, se o cliente estiver satisfeito com o serviço ele não terá interesse em propor uma ação judicial. Há casos, entretanto, em que o serviço apresenta alguma falha, gerando uma insatisfação no usuário. Nesse momento o marketing (lato senso), nele incluído o Fale Conosco, tem papel de importantíssimo, cabendo-lhe apagar a imagem negativa da empresa perante o cliente e, principalmente, dissuadi-lo de propor eventual demanda judicial. É claro que nem sempre as conversas e propostas da empresa serão aceitas pelo cliente, mas poderão ser útil no momento da defesa judicial, mostrando ao juiz o respeito ao usuário e a preocupação com a qualidade dos serviços.

6. Você acredita que os passageiros muitas vezes possam se valer das vantagens legais dadas aos consumidores para conseguir alguma indenização, ou pelas ações ajuizadas é notável que se sentiram lesados pelo serviço prestado? Caso queiram apenas tirar vantagem de uma situação favorável, de que estratégia se vale a empresa para que isso não ocorra com tanta frequência?

Com a disseminação da cultura do dano moral, há casos em que realmente é possível notar o animus lucrandi do demandante, no entanto, via de regra, as demandas trazem pretensões justas, embasadas em defeitos na prestação de serviço. Em que pese a existência dos Juizados Especiais Cíveis, onde a ampla defesa e o devido processo legal, na maioria das vezes, são relegados ao segundo plano em prol da celeridade processual (esse posicionamento é nosso), a Justiça é feita, prova disso é que 63% das 43 (quarenta e três) sentenças proferidas este ano foram de improcedência. Corroborou muito para esse sucesso, a obtenção de provas favoráveis à defesa, especialmente nas ações que tinham por objeto alegação de defeito na prestação de serviço. Mapa de Viagem, tacógrafo, cântotos de passagens, procedimentos administrativos mais bem instruídos, etc., são de suma importância para comprovar a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros. Sem provas, o sucesso não viria.

7. Pode-se considerar que a instalação dos GPS's nos ônibus foi mais uma forma da empresa se defender de ações cuja alegação era direção perigosa do motorista em razão de alta velocidade, e também, por exemplo, contra ações trabalhistas, já que agora os motoristas de condomínio não podem mais alegar que trabalham ininterruptamente. Em razão das pessoas saberem das existência desses mecanismos, ações desse tipo reduziram significativamente?

Se caso não tenham reduzido, pelo menos, perante a justiça, a empresa tem saído vitoriosa mais vezes? O sistema do GPS não é reconhecido, ainda, na Justiça do Trabalho. Como prova no cível, as informações do GPS servem para corroborar as informações constantes do disco de tacógrafo, este sim, um documento visto com bons olhos pelos Magistrados, por que decorre de imposição de Lei (art. 105, II do CTB). No cível todas as provas são aceitas e o juiz dará a elas o valor que entender que valham, considerando os fatos e demais provas produzidas nos autos. Embora dados mais precisos possam ser obtido junto a outros setores da empresa, acreditamos que o GPS é sim um inibidor da imprudência dos condutores, que têm conhecimento de que a empresa terá como apurar a sua conduta na direção do veículo, desde a origem até o destino.

8. Você acredita que o fato do jurídico atuar conjuntamente com outros setores da companhia é uma forma de fazer com que a empresa se conduza de forma mais harmônica com a legislação? Isso já é feito?

O fato do Jurídico estar dentro da empresa, não só facilita o contato dos demais setores da empresa com os advogados, como permite um diálogo mais fácil, direto e transparente entre os interessados. Não é raro o Jurídico receber ligações dos encarregados de rodoviárias, por exemplo, para tirarem alguma dúvida. O mesmo ocorre com o Fale Conosco, este com menos frequência atualmente. Cabe aos gerentes de cada setor da empresa consultar o Jurídico em caso de dúvida em relação a algum procedimento a ser implementado ou a um contrato a ser assinado, bem como no caso de acidentes. A legislação muitas vezes engessa as pretensões da Administração, por isso é importante a consulta ao Jurídico para viabilizar a adoção de procedimentos que minimizem os riscos. Uma das funções do Jurídico é procurar brechas nas leis para permitir o crescimento da empresa. Hoje, há um diálogo mais próximo da Diretoria com o Jurídico, o que tem refletido positivamente não só para o crescimento sereno da empresa, como também no bom desempenho do nosso departamento nos contenciosos cíveis.

EDUARDO CASTRO — Diretor Financeiro

1. Estão para ser realizadas as licitações das linhas de ônibus interestaduais. Como está sendo a atuação da ANTT e do Ministério do Transporte diante dessa situação, e como se deu esse fato na última licitação realizada?

O Ministério dos Transportes não tem atuação direta na execução do processo licitatório. Ele tem como tarefa o estabelecimento de políticas e diretrizes para o sistema de transportes no País. Cabe à ANTT a permissão dos serviços de transporte rodoviário de passageiros no âmbito interestadual e internacional. Nos termos do inciso V, do art. 24, da Lei nº 10.233/01, cabe à ANTT estabelecer a edição de atos de outorga e de extinção da prestação de serviços terrestres, assim como a celebração e gestão dos contratos e demais instrumentos administrativos decorrentes de tais ações. Considerando que em 07 de outubro de 2008 houve o término da vigência dos contratos de permissão da maioria das linhas em operação no País e não houve como prorrogar os contratos, passou a ser necessária a licitação dos serviços. Nesse contexto é que a ANTT, como agência reguladora e cumprindo sua atribuição precípua está agindo. Através da RESOLUÇÃO 407/2008 foi instituído o Projeto da Rede Nacional de Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros — PROPASS BRASIL, que tem como objetivo re-estruturar o sistema de transporte rodoviário de passageiros no País, através da apresentação de estudos de viabilidade econômico-financeira das linhas. Desde então, diversos trabalhos já foram feitos visando a construção do modelo de licitação, definição do edital e das regras do certame licitatório, com previsão para estarem concluídos os trabalhos até dezembro de 2001, conforme definido no cronograma estabelecido pelo Tribunal de Contas da União — TCU. Uma primeira tentativa de licitar foi abortada por falta de consistência dos dados que a embasavam. Desde então a ANTT vem refazendo o processo e coletando mais dados, com vistas a publicar até novembro desse ano o novo modelo de edital. Quanto à última licitação ocorrida, em 1998, foi realizada sob o comando do então Departamento de Transportes Rodoviário — DTR, do Ministério dos Transportes. Àquela época ainda não existia a ANTT. Foram licitadas 26 linhas até então não existentes e que eram objeto de determinação judicial.

2. Quais dos “novos direitos” passou a ter mais influência no dia-a-dia da empresa? Algum especificamente ou todos, sendo cada um a sua maneira? De que forma?

A legislação que causou maior impacto na rotina da empresa foi o Código de Defesa do Consumidor, que forçou a Administração a rever vários de seus procedimentos para oferecer um serviço adequado aos usuários e prestar-lhes informações mais precisas. Outras legislações não causaram tanto impacto na atividade da empresa quanto o referido Código.

3. No início da empresa qual o direito que tinha mais importância na rotina da empresa? Esse tipo de preocupação existia?

A Util S/A tem mais de 60 (sessenta) anos de existência. Quando iniciou suas atividades, só havia o Código Civil e a Lei das Estradas de Ferro, além de algumas normas regulamentares editadas pelo ente público competente. Foi um período muito fértil e lucrativo, pois, o mercado estava crescendo vigorosamente e permitiu a expansão, não só da Util S/A, mas de todas as empresas contemporâneas a ela. Naquela época não havia a preocupação que temos hoje. Atualmente o serviço tem que ser prestado de forma adequada, o que importa dizer que deve ser pontual, seguro, confortável, etc. Antes não havia uma fiscalização tão rigorosa em relação à qualidade do serviço, assim como os usuários não tinham muitas opções de transporte. Essas circunstâncias influenciavam na forma de gestão da empresa. Por essa razão, as empresas de transporte coletivo, de forma geral, sentiram as contundentes modificações introduzidas pelo Código Consumerista. Outra legislação que causou grande reviravolta na empresa foi a ambiental, que antes era praticamente inexistente.

4. Para que a empresa se adequasse a esse contexto de novos direitos, em qual área precisou se focar mais? Os custos aumentaram muito devido a essas adequações?

Sem dúvida, a qualidade do serviço e o atendimento ao usuário foram os principais focos de atenção da administração da empresa, a fim de se adequar aos novos mandamentos legais. Com relação às adequações às normas do consumidor, o impacto não foi muito sentido, haja vista que voltou-se mais para a área de treinamento de pessoal e conscientização da necessidade de se prestar um serviços de qualidade. Por outro lado, no que pertine às adequações às leis ambientais, essas elevaram consideravelmente os custos da empresa, em razão das obras que se fizeram necessárias.

5. Após as a adequações feitas pela empresa para que estivesse de acordo com nosso ordenamento pátrio, pode-se considerar que essas mudanças foram benéficas para que a empresa crescesse? Passou a gerar mais lucros?

A qualidade dos serviços melhorou consideravelmente. Hoje os usuários viajam em veículos bastante confortáveis, com pontualidade e a máxima segurança. No que tange ao meio ambiente, as modificações implementadas através, principalmente, das obras realizadas, foram benéficas no processo de conscientização ambiental por parte de todos. Essas modificações não geraram lucro, ao contrário, como esclarecido no item anterior, houve uma elevação nos custos.

A repartição de riscos em contratos regidos pela Lei nº 8.666/93

JOÃO PAULO DA SILVEIRA RIBEIRO DA SILVA

Introdução

Nos últimos anos, o Direito Administrativo Brasileiro passa por profundas reformas com a busca da superação gradual de conceitos e institutos clássicos que se afiguram anacrônicos na atual conjuntura de busca da eficiência na gestão pública, tais como: formalismo excessivo, legalidade estrita e supremacia do interesse público.

Contudo, permanece praticamente inalterada e pouco debatida a disciplina jurídica dos contratos administrativos no Brasil, regidos pela Lei nº 8.666/93. Uma das principais questões a ser enfrentada se refere à repartição de riscos nos contratos administrativos comuns¹. A disciplina contida na Lei nº 8.666/93 aloca, na prática, de acordo com o modelo tradicional² sustentado pela doutrina clássica³, grande parte dos riscos para o Estado, o que suscita efeitos perversos para a sociedade como: ineficiência, morosidade no cumprimento dos contratos, extrapolação dos prazos previstos e aumento de custos.

Como se sabe, a Lei nº 8.666/93 versa tanto sobre o procedimento licitatório como disciplina os contratos administrativos. No que concerne às disposições referentes ao procedimento licitatório, já houve reformas importantes⁴ e existem, em tramitação, propostas de reforma; todavia, o mesmo não ocorre com o regramento atinente aos contratos administrativos, que permanece praticamente inalterado e sem propostas efetivas de mudança.

Alguns autores possuem opinião extremamente crítica em relação à Lei de Licitações e Contratos, como salienta GUSTAVO BINENBOJM:

1 No presente trabalho, permite-se designar aqueles contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93, como contratos administrativos comuns.

2 Modelo que defende a constitucionalização da repartição de riscos contida no art. 65, II, *d*, da Lei nº 8.666/93.

3 Exemplos: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Marçal Justen Filho; Celso Antonio Bandeira de Mello. Ressalte-se que essa corrente é majoritária.

4 Cite-se como exemplo, a edição da Lei 10.520/02, que instituiu o pregão.

“A Lei 8.666/93 é, reconhecidamente, uma das piores leis de Licitações do Mundo. Um exemplo de academicismo jurídico prosaico, destituído de qualquer preocupação pragmática com resultados. E tal receita é ainda regada a altas doses de corrupção e pouca transparência”⁵.

Com efeito, parte considerável da doutrina verifica a superação do modelo consagrado na Lei nº 8.666/93. MARÇAL JUSTEN FILHO⁶ prevê que, em breve, o procedimento licitatório nos moldes atuais será objeto de profunda reformulação:

“Verifica-se forte tendência à alteração do modelo da Lei nº 8.666/93. Há difusão da sistemática do pregão (disciplinada pela Lei 10.520), que vem sendo aplicado de modo amplo. A Lei nº 11.079 (de 2004) introduziu sensíveis inovações nas concorrências para outorgas de parcerias público-privadas. É previsível que, em um futuro não muito distante, o procedimento licitatório siga disciplina muito diversa daquela prevista na Lei nº 8.666”.

Em relação à alteração do modelo consagrado na Lei de Licitações, é preciso registrar que essa tarefa tem se mostrado extremamente árdua. Incontáveis propostas de alterações encontraram grande dificuldade de tramitação no Congresso, por isso, quando se fala em superação da Lei 8.666/93, é imprescindível levar em consideração a dificuldade em empreender mudanças.⁷

Parece-nos, entretanto, que grande parte dos problemas suscitados pela Lei 8.666/93 advém da sua aplicação e não da sua redação, mesmo considerando que a Lei em si, possui sérias deficiências. Todavia, as distorções principais se referem à cultura anacrônica que norteia a sua aplicação, exemplo disso é justamente a repartição de riscos em contratos administrativos comuns.

Deste modo, é possível inferir que a Lei nº 8.666/93, da forma como vem sendo habitualmente aplicada, se afigura como obstáculo a eficiência administrativa e, por isso, é antagonista ao Novo Direito Administrativo que a cada dia se desenvolve e avança no Brasil.

5 BINENBOJM, Gustavo. *Reforma da Lei de Licitações: poderia ser melhor*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, nº. 8, dezembro 2006./ janeiro/fevereiro.

6 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* — 11. Ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 12.

7 Nesse contexto, é possível perceber um esvaziamento da Lei 8.666/93. Uma série de diplomas legais subsequentes tem reduzido a abrangência da referida Lei: Lei 8987/95, Lei 10520/02, Lei 11.079/04, sem contar os procedimentos licitatórios específicos referentes aos setores regulados, como ocorre com o setor elétrico, por exemplo.

Colocação do problema

Importante registrar que em todos os contratos existe repartição de riscos, afinal, uma das funções precípua dos contratos é justamente distribuir riscos entre as partes.

No que tange aos contratos administrativos, parte considerável da doutrina considera que a distribuição de riscos entre o Estado e o particular já foi feita pela Lei 8.666/93.

Como regra, presume-se que para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, necessariamente, serão alocados ao Estado os riscos referentes à ocorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, conforme dispõe o art. 65, II, *d*, da referida Lei.⁸

Daí se segue a afirmação de que por força de tal Lei, obrigatoriamente, os riscos delineados no art. 65, II, *d*, estariam sempre alocados ao Estado.⁹

Tal interpretação contribui para o seguinte cenário: os contratos administrativos apenas em casos excepcionais são cumpridos pelo preço originalmente contratado.¹⁰

Essa constatação ratifica-se com a análise de alguns casos concretos, nos quais se verifica uma total subversão dos valores, pois a regra que deveria ser o cumprimento do contrato pelo preço contratado se afigura como exceção e, a majoração, por meio de aditivos, se converte em regra.¹¹

Esse fenômeno pode ser facilmente compreendido com a análise do mencionado art. 65, II, *d*. Como se estudará adiante, o referido dispositivo possui uma série de conceitos indeterminados que provocam muitos inconvenientes durante a execução dos contratos.

8 Art. 65, II, *d* — “para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”

9 “Em geral, nossos contratos tratam de repartição de riscos de forma sumária, muitas vezes relapsa. Resolve-se a questão, normalmente, mediante aplicação do abstrato princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, cujas diretrizes conformadoras estão fixadas em lei, mas cuja aplicação prática é feita pelo Judiciário a cada caso, com o auxílio da doutrina acadêmica.” PINTO, Marcos Barbosa. *Repartição de Riscos nas Parcerias Público-privadas* in Revista do BNDDES, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, jun. 2006, p. 158.

10 Existem outros fatores que contribuem para esse cenário, como a utilização indiscriminada de contratações por preço unitário e as alterações do objeto solicitadas pelo Estado.

11 Não se está aqui a condenar todos os aditivos contratuais, pois eles são um instrumento essencial no desenrolar dos contratos administrativos.

Contudo, o propósito do presente estudo será o de examinar a possibilidade da repartição dos riscos em termos diversos aos contidos no art. 65, inc. II, *d*. Em outras palavras, será analisada a possibilidade da matriz de riscos contratual prevalecer sobre os critérios genéricos de distribuição de riscos constantes no referido dispositivo legal.¹²

De forma mais genérica, pode-se dizer que no presente estudo será verificada a possibilidade de analisar separadamente o sistema de distribuição de riscos do sistema de manutenção das condições da proposta, previsto no art 37, XXI, da Constituição Federal. Desta forma, seria estabelecida uma distinção conceitual entre estes sistemas.

Essa pode ser considerada a primeira parte deste estudo. No entanto, caso se verifique a possibilidade da predominância das matrizes de riscos contratuais sobre aquela prevista na Lei 8.666/93, será fundamental examinar as melhores práticas referentes à repartição objetiva de riscos entre Estado e particular.

Ou seja, comprovando-se que é admissível alocar contratualmente os riscos entre Estado e particular, será imperativo estudar a melhor maneira de fazer isto, pois são os ganhos de eficiência¹³ que justificarão a adoção de matriz de risco distinta daquela contida na Lei de Licitações.

Nesse sentido, a discussão a respeito da repartição eficiente de riscos consiste em tema da maior relevância. Estudo realizado no Reino Unido demonstra que 60% dos ganhos econômicos propiciados pelas PPP, resultam de uma repartição de riscos eficiente.¹⁴

Sendo assim, estabelecer diretrizes sobre alocação eficiente de riscos entre Estado e particular consistiria na segunda parte do presente estudo.

Pode-se afirmar, então, que as duas partes explicitadas acima, nas quais o presente estudo se subdivide, encontram-se em planos lógicos diversos. Desta forma, existem duas questões a serem enfrentadas em ordem sucessiva.

A primeira questão lógica consiste em examinar se é possível determinado contrato administrativo contemplar repartição de riscos em parâmetros diversos aos contidos no art. 65, II, *d*, da Lei 8.666/93.

A segunda questão lógica depende da primeira e apenas surgirá caso a resposta à primeira questão seja afirmativa. Consiste em traçar diretrizes sobre alocação eficiente de riscos em contratos administrativos comuns.

12 No presente estudo, designa-se essa possibilidade como repartição objetiva de riscos.

13 Para os fins do presente estudo, considerarei como eficiente qualquer medida que traga benefícios para todas as partes envolvidas ou cujos benefícios sejam suficientes para compensar as perdas sofridas pelas partes perdedoras.

14 ARTHUR ANDERSEN AND ENTERPRISE LSE. *Value for money drivers in the private finance initiative*. Londres: The Treasury Taskforce, 2000, p. 3.

Essas são as questões principais às quais este estudo procurará responder.

Como visto, o estudo proposto demanda análises de natureza distinta, que estão ordenadas da seguinte forma:

- (i) análise referente aos novos paradigmas do Estado e as evoluções do direito administrativo no Brasil;
- (ii) descrição e análise do modelo tradicional de contratação administrativa;
- (iii) a juridicidade da repartição de riscos contratual em termos distintos aos previstos na Lei 8.666/93 diante da disciplina constitucional e legal das licitações e contratos administrativos e;
- (iv) questões referentes à repartição eficiente de riscos em contratos administrativos.

Por essa razão, a exposição está organizada em partes distintas e será desenvolvida de acordo com o roteiro apresentado.

Novos paradigmas para o Estado

1.1 O novo direito administrativo

Até meados da década de 1990, a concepção de direito administrativo no Brasil, seguindo os influxos do direito administrativo francês, caracterizou-se pela centralização, pela excessiva afeição aos meios (formalismo), pelo desapego dos resultados e pela estrutura estatal hierarquizada. A conjuntura delineada justificava-se no modelo de estado social, com forte intervenção estatal nas atividades econômicas.

Em síntese, a princiologia da atividade administrativa caracterizava-se pela grande ênfase à discricionariedade administrativa, pela exclusão do administrado na formação do processo decisório, pela supremacia do interesse público sobre o particular e pela vinculação da administração ao princípio da legalidade estrita.

Nesse sentido, o direito administrativo era considerado como um mero conjunto de regras norteadoras da estrutura burocrática do Governo. Isto é, pensava-se o direito administrativo como a disciplina voltada apenas à organização da máquina administrativa do Estado e daí o porquê da princiologia descrita acima.

O direito administrativo pátrio, que até então havia sido influenciado preponderantemente pelo direito administrativo francês, sofreu profundas mudanças em virtude da promulgação da Constituição de 1988.

Ademais, registre-se que, a partir do processo de Reforma do Estado, que se iniciou de maneira consistente apenas em meados dos anos 90, o direito administrativo não permaneceu inerte a todo o processo de transformação pelo qual passava o Brasil, pelo contrário, passou a ser um dos principais focos das novas demandas do novo modelo político que então começava a se desenhar.

Anote-se, nesse sentido, o surgimento das Agências Reguladoras e a consagração do princípio da eficiência como imperativo à atividade administrativa, ambos de inspiração no direito norte-americano.

As mudanças foram impostas pela nova realidade da sociedade e por suas novas demandas, incompatíveis com o modelo anterior, que se caracteriza pelo total desapareço aos resultados em razão do excessivo apego à forma.

Na prática, a mudança de concepção, privilegiando os resultados, significa, por parte do Estado, o compromisso de trabalhar com objetivos precisos, programas exequíveis e rígido controle de metas em áreas diversas do serviço público, como equilíbrio fiscal, desoneração da produção e estímulo ao crescimento e qualidade dos gastos públicos.

Como decorrência do processo de mudança dos paradigmas de atuação do Estado, antigos e arraigados dogmas começam a ser objeto de reflexão e por via de consequência, de alguma contestação, como a supremacia do interesse público¹⁵, a discricionariedade administrativa¹⁶, as cláusulas exorbitantes¹⁷, a legalidade estrita, e o Estado hierarquizado¹⁸.

Retratando esses novos paradigmas do Estado, JACQUES CHEVALIER assevera que:

“o postulado segundo o qual a gestão pública, colocada a serviço do interesse geral, não podia ser medida em termos de eficácia, deu lugar à ideia de que a administração é obrigada, como todas as empresas privadas, a aperfeiçoar sem cessar o seu desempenho e a reduzir os seus custos; ela é obrigada a realizar as suas missões nas melhores condições possíveis, velando pela qualidade de suas prestações e utilizando do melhor modo possível os meios à sua disposição. O antigo mecanismo de legitimação estatal baseado

15 Ver SARMENTO, Daniel; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Interesse público v. interesse privado: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

16 Ver GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

17 Ver MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *O Futuro das Cláusulas Exorbitantes nos Contratos Administrativos*. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XVII. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 3-22.

18 Ver BINENBOJM, Gustavo. Capítulo VI - *Do Executivo Unitário à Administração Pública Policêntrica in Uma Teoria de Direito Administrativo*, Editora Renovar, 2006, p. 239

na busca pelo interesse geral entrou em crise: a mera invocação do interesse geral não é mais suficiente; ainda é necessário que gestão pública comprove sua eficácia. (...) Certamente, como as empresas privadas, a administração deve gerir do melhor modo os meios que lhe são afetados; mas a eficácia se aprecia fundamentalmente por relação ao grau de realização dos objetivos fixados pelos eleitos e não em função apenas da rentabilidade financeira”¹⁹.

1.2 O direito administrativo do clips x o direito administrativo dos negócios

Com grande maestria CARLOS ARI SUNDFELD sintetizou a dicotomia presente no direito administrativo brasileiro entre os institutos clássicos e os novos institutos decorrentes da concepção de direito administrativo que ora se desenvolve no Brasil.

Analisando os paradoxos e contradições do direito administrativo pátrio, o autor verifica a existência de duas categorias de direito administrativo: a do direito administrativo do clips e a do direito administrativo dos negócios.

“Direito administrativo do clips (DAC) é o da Administração de papeleria, que age por autos e atos, trata direitos e deveres em papel, é estatista, desconfia dos privados, despreza a relação tempo, custos e resultados, não assume prioridades. Têm sido campos tradicionais desse modelo as atividades estatais de regulação (processos administrativos de licenciamento, registros, fiscalizações, aplicação de sanções e etc.) além da gestão financeira, de pessoal e de patrimônio da Administração Direta e autarquias. (...) Ao DAC se opõe o direito administrativo dos negócios (DAN), o dos que se focam em resultados e, para obtê-los, fixam prioridades, e com base nelas gerenciam a escassez de tempo e de recursos. Para esse âmbito, valem práticas opostas às do DAC: aumenta a informalidade nos procedimentos; a inação é o pior comportamento possível do agente; soluções devem ser encontradas o mais rápido; acordos são desejáveis; evitar e eliminar custos é fundamental.”²⁰

A definição de Direito Administrativo dos Negócios se aproxima muito do conceito de *New Public Management*,²¹ que tem como fins reduzir o peso do

19 CHEVALLIER, Jacques, *O Estado Pós-moderno*. Tradução Marçal Justen Filho. Editora Forum. Belo Horizonte. 2009, p. 84 e 85.

20 SUNDFELD, Carlos Ari. *O Direito Administrativo entre os clips e os negócios*. In: Alexandre Santos de Aragão; Floriano de Azevedo Marques Neto. (Org.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. São Paulo: Fórum, 2008, p. 87-93.

21 Modelo inspirado no conceito de gestão concebido no Reino Unido no governo Margaret Thatcher.

Estado e transformar o modelo de gestão pública. Os princípios norteadores do New Public Management são o desengajamento do Estado da esfera produtiva (privatizações); ampliação da autonomia de gestão (managerization); a submissão à competição (marketization) dos serviços mantidos na seara estatal; o acompanhamento rigoroso dos recursos públicos alocados (value for money) e uma gestão orientada pela mudança de paradigmas (management for change).²²

A aplicação indiscriminada da matriz de riscos contida no art. 65, II, d, da Lei 8.666/93 é um bom exemplo do denominado direito administrativo do clips. A repartição objetiva dos riscos entre o particular e a administração consiste em instrumento inerente à concepção do direito administrativo dos negócios, ou até mesmo ao New Public Management, pois garante a redução de custos, a celeridade, a eficiência e maior previsibilidade para as partes.

Com essa perspectiva é que será estudada a possibilidade de repartição objetiva de riscos em contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93.

O modelo tradicional e sua obsolescência

2.1 Descrição

O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos possui matriz constitucional, no art. 37, XXI,²³ que determina a manutenção das condições efetivas da proposta.

Por força do art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93, a doutrina tradicional apregoa que o conceito de equilíbrio econômico-financeiro do contrato vai além da manutenção das condições efetivas da proposta. Sustenta que, para o contrato estar equilibrado, haverá necessidade de revisão sempre que o particular sofrer prejuízos em decorrência de fatos imprevisíveis, previsíveis de consequências incalculáveis, caso fortuito ou força maior.²⁴

Nesse sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, destaca que o equilíbrio econômico-financeiro é uma equação intangível, uma “relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante

22 Op. Cit. CHEVALLIER, p. 86.

23 Art. 37, XXI — “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

24 Denomina-se o modelo explicitado acima como “modelo ou doutrina tradicional”.

no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá”²⁵.

Complementa o destacado autor:

“a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato é ampla e se manifesta com respeito às seguintes situações: (...) Agravos econômicos sofridos em razão de fatos imprevisíveis produzidos por forças alheias às pessoas contratantes e que convulsionam gravemente a economia do contrato. Seria o caso, por exemplo, de acentuada elevação do preço de matérias-primas, causadas por desequilíbrios econômicos.”

Assim, os que defendem que foi constitucionalizado o modelo clássico de divisão de riscos para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, sustentam que as disposições do art. 65, da Lei nº 8.666/93, integrariam o núcleo do art. 37, XXI, da Constituição Federal.

Esse sistema atribui inevitavelmente à Administração os riscos de caso fortuito, força maior, fato do príncipe, álea econômica extraordinária e ordinária de efeitos imprevisíveis.

Tal suposição leva a crer que a não repetição no contrato da repartição de riscos contida na Lei nº 8.666/93 configuraria negação da eficácia do princípio constitucional da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Após a compreensão das premissas básicas do modelo tradicional, é fundamental aplicá-las ao caso prático para verificar a sua falibilidade e entender o contexto em que se inserem as proposições contidas no presente estudo.

Em síntese, é possível sistematizar o funcionamento do modelo tradicional da seguinte forma:

- (i) baseia-se na divisão dos riscos ou áleas em ordinários e extraordinários.²⁶
- (ii) o particular assume as áleas ordinárias e a Administração as áleas extraordinárias.

Por álea ordinária depreende-se aquela que está presente em qualquer tipo de negócio, é um risco que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado. Sendo o risco previsível, por ele responde o particular.

25 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 19ª edição Malheiros, 2005: São Paulo, p. 580.

26 Riscos e áleas possuem um significado semelhante nesse contexto.

Enquanto, a álea extraordinária consiste na ocorrência de fato imprevisível, inevitável e não imputável ao contratado, subdivide-se em álea administrativa e álea econômica.

Assim, a álea econômica consiste nos eventos econômicos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis (conforme expressamente previsto na Lei), independentes da vontade das partes, que alteram a situação econômica em que se insere o contrato.

Ou seja, na álea administrativa estão abrangidas as modificações unilateralmente impostas pela Administração Pública; as medidas governamentais gerais que repercutem indiretamente sobre o contrato (fato do príncipe) e as medidas administrativas diretamente dirigidas ao contrato, que venham a retardar, impedir ou agravar sua execução (fato da Administração).

Como regra, adotou-se a concepção de que eventos imprevisíveis ou de consequências imprevisíveis (álea extraordinária), posteriores ao oferecimento da proposta pelo particular, configuram motivo bastante a atrair a responsabilidade administrativa quanto ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

De forma geral, para verificar o equilíbrio econômico-financeiro, o modelo tradicional adota o critério do fato ocorrido ter sido ordinário e extraordinário.

Contudo, como afirma MARÇAL JUSTEN FILHO:

“inexiste critério objetivo capaz de diferenciar com proficiência álea ordinária e extraordinária. As tentativas em conceituar tendem a ser circulares ou repetitivas (tautológicas). Afirma-se que álea ordinária é a normal e inerente a um empreendimento, diversamente da extraordinária. Essa formula não é apta a fornecer um critério exato para solucionar problemas práticos.”²⁷

2.2 A insuficiência das definições de áleas ordinárias e extraordinárias

Em regra, como já foi explicitado acima, afirma-se que álea ordinária consiste nos riscos corriqueiros e inerentes a um empreendimento. Por outro lado, no que concerne aos riscos alocados ao Estado, a definição é extensa e pródiga, ao alocar especificamente alguns riscos como caso fortuito e força maior, ao invés de atribuir genericamente como fez com o particular, apenas a álea extraordinária — mesmo assim tal definição não deixa de ser imprecisa.

27 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 400

Em suma, o modelo descrito acima não fornece um critério eficiente para solucionar problemas práticos, pelo contrário, confunde ao invés de esclarecer.

A doutrina sobre as áleas ordinárias e extraordinárias é vaga e indeterminada no que tange aos riscos suportados pelo particular. É justamente aí que reside o problema, pois cláusulas contratuais imprecisas se afiguram como uma receita infalível para suscitar problemas no decorrer dos contratos.

Esclareça-se que existe uma grande variedade de situações concretas em que é impossível saber se o desequilíbrio econômico e financeiro do contrato se origina em fato relacionado a risco ordinário ou extraordinário, tomando-se por base as balizas do modelo tradicional.

Veja-se, como exemplo da imprecisão da doutrina das áleas, passagem de CAIO TÁCITO, na qual é elaborada tentativa de diferenciação entre eventos ordinários e extraordinários:

“os fenômenos de instabilidade econômica ou social (guerras, crises econômicas, desvalorização da moeda) são as causas principais do estado de imprevisão, tanto pela importância do impacto de seus efeitos, como pela imprevisibilidade de suas consequências. (...) A imprevisibilidade não se refere, necessariamente, ao elemento perturbador em si mesmo, mas aos seus efeitos que ultrapassam à razoável previsão humana”²⁸

Nesse passo, algumas indagações se impõem: os fenômenos de instabilidade econômica e social sempre ensejam indenização ao contratado por parte do Estado? Tais acontecimentos são sempre imprevisíveis? O que seriam efeitos que ultrapassam a razoável previsão humana?

O que é importante inferir da passagem transcrita acima é a imprecisão que permeia as definições do modelo tradicional. Com definições abertas e indeterminadas não é possível solucionar as questões práticas que a realidade impõe, inerentes a qualquer contrato, seja público ou privado.

Como se vê, sem uma repartição objetiva dos riscos a serem alocados para cada parte, possível conflito tende a não ser resolvido ou sê-lo em prejuízo do Estado e, por decorrência, da sociedade.

Toda a insegurança e imprevisibilidade provocada pela alocação de riscos contida na Lei nº 8.666/93 suscita efeitos percebidos por toda a sociedade: não cumprimento dos prazos determinados com grandes atrasos nos cronogramas

28 TÁCITO, Caio. *O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. Temas de Direito Público*. Vol. I, Renovar, 1997, p. 209.

estabelecidos; aditivos contratuais de grande monta onerando sobejamente o erário e disputas judiciais intermináveis.

2.3 A confusão entre os conceitos de equilíbrio econômico-financeiro do contrato e da distribuição de riscos

Possivelmente, parte considerável das distorções referentes à alocação de riscos em contratos administrativos se refere a definições imprecisas e confusas de equilíbrio econômico-financeiro e de distribuição de riscos.²⁹

A distinção entre ambos é feita de maneira muito clara por MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO e LUCAS NAVARRO PRADO³⁰.

Segundo tais autores, por equilíbrio econômico-financeiro do contrato depreende-se aquele instrumento comum em contratos de longo prazo, para lidar com as consequências da passagem do tempo sobre o relacionamento das partes.

Já a distribuição de riscos é a principal função de qualquer contrato consistindo em antecipar e alocar a cada uma das partes a obrigação de assumir as consequências de ocorrências futuras.

Sendo assim, pode-se depreender que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato concerne à fixação de critérios e procedimentos a serem observados para preservar a repartição de riscos pactuada no contrato.

Como se vê, no modelo tradicional a lógica é distinta, não havendo separação entre distribuição de riscos e equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Para a manutenção do equilíbrio do contrato, necessariamente os fatos imprevisíveis, de caso fortuito e força maior, devem ser alocados ao Estado.

É sempre bom deixar claro que tal confusão não ocorreu por parte do constituinte, uma vez que o próprio art. 37, XXI, determina que apenas as condições efetivas da proposta deverão ser mantidas, não atribuindo riscos, em momento algum, a nenhuma das partes.

29 Como exemplo da falta de distinção entre os dois institutos cite-se: “Além disso, é mais difícil fazer, no momento do contrato, uma previsão adequada do equilíbrio, uma vez que os acordos administrativos em geral envolvem muitos riscos decorrentes de várias circunstâncias, como a longa duração, o volume grande de gastos públicos, a natureza da atividade, que exige muitas vezes mão-de-obra especializada, a complexidade da execução e etc.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 21ª ed., Atlas, 2008, p. 261).

30 RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP - Parceria Público-Privada: Fundamentos Econômico-Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 116 e 117.

A constitucionalidade da repartição objetiva de riscos em contratos regidos pela Lei 8.666

Como se demonstrará a seguir, a repartição objetiva de riscos no contrato prevalece em face da distribuição de riscos contida no art. 65, II, d, da Lei 8.666/93, e não há nenhuma inconstitucionalidade nisto.

Observe-se que a repartição de riscos aqui vislumbrada só é possível se houver previsão expressa no ato convocatório da licitação.³¹ Caso contrário, o equilíbrio econômico do contrato estaria sendo inegavelmente abalado, embasando eventual pedido do contrante para reequilibrar o contrato.

Vejam os quatros argumentos que fundamentam a constitucionalidade da repartição objetiva de riscos, em termos diversos aos previstos no art. 65, II, d, da Lei 8.666/93:

3.1 A manutenção das condições efetivas da proposta

Nada obstante, a matriz constitucional do equilíbrio econômico-financeiro dos Contratos Administrativos está contida no art. 37, XXI, da Carta de 1988:

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

Ressalte-se que é considerável a diferença entre a disciplina constitucional e aquela prevista no art. 65. A Lei nº 8.666/93 vai muito além ao confundir os conceitos de risco e manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

Ora, por equilíbrio entende-se a preservação das condições contratadas originalmente como reza a Constituição. Contudo, a Lei nº 8.666/93 inova ao determinar a revisão dos contratos na ocorrência de fatos abrangidos pela álea extraordinária.

O conceito constitucional de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato apenas assegura a intangibilidade das condições previstas na proposta, resguardando o particular de intervenções administrativas autoritárias no âmbito das cláusulas econômicas do contrato. Nada obstante, não

³¹ A repartição de riscos deve ser aquela prevista na minuta de contrato que acompanha o edital.

é possível extrair do texto constitucional qualquer restrição à livre disposição pelas partes quanto à partilha de responsabilidades sobre os riscos decorrentes da execução de determinado contrato.

Nesse sentido, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO defende a constitucionalidade da repartição de riscos em contratos de concessão, ou seja, aqueles regidos pela Lei nº 8.987/95. Segundo o autor

“... a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro referido constitucionalmente é inferida apenas da exigência de manutenção das ‘condições efetivas da proposta’ (art. 37, XXI, CF), tornando admissível a repartição de riscos diversa dos parâmetros da doutrina clássica, seja para atribuir à concessionária riscos que normalmente eram considerados como sendo do poder concedente ou vice-versa, desde que prevista no ato convocatório da licitação e, conseqüentemente, ao menos de forma implícita, da proposta apresentada pelo concessionário.”³²

Embora o autor defenda a repartição de riscos na seara das concessões comuns³³, a mesma argumentação se aplica sem restrições aos contratos administrativos comuns, pois a lógica interpretativa é a mesma. Vale lembrar que a Lei nº 8.666/93 se aplica às concessões — mesmo que de maneira subsidiária — o que reforça o entendimento de que grande parte da argumentação favorável à aplicação da repartição de riscos às concessões comuns se aplica também aos contratos administrativos comuns.

O que ocorre, tal como demonstrado acima, é a confusão entre os conceitos de distribuição de riscos e manutenção das condições efetivas da proposta.

Mesmo considerando essa argumentação suficiente para demonstrar a constitucionalidade da repartição de riscos em contratos administrativos, os argumentos favoráveis não se esgotam aqui.

3.2 Eventos de natureza extracontratual?

O segundo argumento que fundamenta a aplicação da repartição de riscos em contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93 é extraído da própria redação do art. 65, II, *d*. Tal dispositivo prevê que:

32 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. pp. 649 e 650.

33 Também defendem a possibilidade de Repartição Objetiva dos Riscos nas concessões regidas pela Lei 8987/95: MARCOS PÉREZ, MARCOS PINTO, FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES, MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO e LUCAS NAVARRO PRADO.

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Todavia, o modelo tradicional parece ignorar aspecto fundamental do dispositivo transcrito — imprescindível para a sua correta interpretação —, o termo extracontratual, consagrado na parte final do dispositivo.

Como apontam MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO e LUCAS NAVARRO PRADO, a doutrina tradicional passa ao largo do fato de que o dispositivo exige, como fundamento para o reequilíbrio, que o evento seja extracontratual. Com efeito, por exemplo, se eventos considerados de força-maior tiverem sido tratados no contrato como hipóteses que não ensejam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, então por certo, não se poderá recorrer ao art. 65, II, d.³⁴

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO assevera que:

“a álea econômica consiste em circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado”.³⁵ (Grifos nossos)

Importante registrar que é por força do termo “extracontratual” que as disposições contidas no dispositivo em exame afiguram-se constitucionais. Caso contrário, de acordo com a doutrina tradicional, poder-se-ia imaginar situação em que as “condições efetivas da proposta” — consagradas constitucionalmente — fossem alteradas por força do art. 65, II, d. É nesse ponto que o termo extracontratual compatibiliza o art. 65 com o art. 37, XXI, da Constituição Federal, e aí que reside sua fundamental importância.

34 RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP - Parceria Público-Privada: Fundamentos Econômico-Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007 p.122.

35 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 21ª ed., Atlas, 2008, p. 262.

Portanto, se por um lado haverá incidência do art. 65 apenas em relação aos eventos extracontratuais, por outro prevalecerão as condições efetivas da proposta em relação aos riscos previstos no contrato, de forma a preservar as condições efetivas da proposta consagradas pela Constituição de 1988.

3.3 Os riscos contratuais e a manutenção das condições da proposta

O terceiro argumento se relaciona com o segundo e é bastante singelo. Caso um contrato administrativo comum contemple uma repartição objetiva de riscos, atribuindo ao particular os riscos de caso fortuito e força maior, se ocorrer a aplicação do art. 65, II, *d*, esta é inconstitucional, porque não se pode alterar as condições efetivas da proposta.

Note-se que o art. 37, XXI, da Constituição de 1988, estabelece que sejam “mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei”. Desta forma, como a Lei 8.666/93 determina que apenas os eventos considerados extracontratuais ensejam a aplicação da matriz de riscos nela prevista, esse argumento é absolutamente compatível com o texto constitucional e não importa em redução da Lei de Licitações.

3.4 A repartição objetiva dos riscos e o princípio da eficiência

Por fim, o quarto argumento: considerando os ganhos que a repartição de riscos pode trazer, sua aplicação se legitima sob o prisma do princípio da eficiência, norteador da Administração Pública, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Com a mesma inspiração foi elaborada a Lei nº 11.079/04, a Lei de PPP, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.³⁶ Nos termos do seu art. 4º, VI, na contratação de parceria público-privada, uma das diretrizes a serem observadas é a repartição objetiva de riscos entre as partes. Prevê ainda o art. 5º:

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

36 Ver RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP - Parceria Público-Privada: Fundamentos Econômico-Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 120 e ss.

III — a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária

Percebe-se, assim, que é consagrada expressamente a possibilidade de alocação de riscos referentes à álea extraordinária para o particular.

A Lei de PPP é, sem dúvida alguma, um dos melhores exemplos da incidência do novo direito administrativo, em que o fim almejado é a eficiência. O formalismo e a burocracia são pormenorizados em prol dos resultados, com uma série de inovações no que tange aos contratos administrativos; contrapõe-se, assim, ao anacronismo representado pela Lei nº 8.666/93.

Como dito, estudo realizado no Reino Unido³⁷ — a propósito das PFI³⁸ — aponta que esta modalidade contratual propicia economia média de 17% frente aos contratos administrativos comuns e que 60% destes ganhos econômicos, resultam de uma repartição de riscos eficiente.³⁹

A repartição objetiva de riscos, mantendo as condições previstas na proposta, é plenamente factível e altamente recomendável a sua aplicação, por força do princípio da eficiência, norteador da atividade administrativa (art. 37, *caput*, da C.F.).

Parte dos ganhos de eficiência que as PPP proporcionam podem ser incorporados aos contratos administrativos comuns, por meio de uma eficiente repartição objetiva dos riscos.

Linhas gerais sobre alocação eficiente de riscos

Como visto, a possibilidade de repartição objetiva de riscos relacionados a eventos considerados imprevisíveis, em contratos administrativos, foi prevista expressamente no Brasil pela Lei nº 11.079/04.⁴⁰

37 “The average percentage estimated saving against the PSC for our sample of projects was 17%. On the basis of the public sector’s own figures, the PFI therefore appears to offer excellent value for money. Projected savings are, however, sensitive to risk transfer valuations that accounted for 60% of forecast cost savings.” (ARTHUR ANDERSEN AND ENTERPRISE LSE. *Value for money drivers in the private finance initiative*. Londres: The Treasury Taskforce, 2000, p. 3.)

38 As Project Finance Initiative (PFI), do Reino Unido, inspiraram a criação das PPP brasileiras e por isso os institutos são muito semelhantes.

39 No mesmo sentido: “A recent survey commissioned by the UK Treasury Taskforce on PPP identified that the average percentage saving in net present cost terms of using PPP was estimated at 17% over the contract duration”. (EUROPEAN COMMISSION. *Guidelines for Successful Public — Private Partnerships, 2003*, p. 55.)

40 Note-se que, mesmo antes da edição da Lei das PPP, já era possível a alocação dos riscos contidos no art.65, II, *d*, para a parte que pode gerenciá-los a um custo mais baixo, o que a Lei fez foi prever expressamente tal possibilidade.

A Lei é inovadora na medida em que consagra o conceito de que os riscos devem ser distribuídos para a parte que pode gerenciá-los a um custo mais baixo. Registre-se que esta é a noção que inspira e orienta o presente estudo.

Por exemplo, a Lei nº 8.987/95 — que disciplina as denominadas concessões comuns — assevera que o contrato corre por conta e risco do particular. Todavia, por não haver uma repartição objetiva de riscos, na esmagadora maioria dos contratos já celebrados, persiste a incidência do art. 65 da Lei nº 8.666/93. Desta forma o art 2º⁴¹, da Lei nº 8.987/95 fica esvaziado e, na prática, os riscos do contrato correm — pelo menos em parte — por conta do Estado, de maneira similar ao que ocorre com os administrativos comuns estruturados de acordo o modelo tradicional.

A doutrina tradicional entende que nas concessões comuns todos os riscos correm por conta e risco do particular, mesmo com incidência do art. 65, II, *d*⁴².

A propósito das concessões comuns, MARCOS AUGUSTO PEREZ discorda do modelo tradicional e aponta:

“... não importa em transferência ao concessionário de todos os riscos inerentes ao empreendimento. Importa, sim, transferência ao concessionário dos riscos que o contrato indicar. Melhor dizendo, são ‘por conta e risco’ da concessionária aqueles riscos que o contrato, expressa ou implicitamente, lhe transferir”⁴³

Fora isso, é fundamental compreender que a lógica de atribuir todos os riscos para o particular pode revelar grande ineficiência. Em alguns casos, determinados riscos são mais bem absorvidos pelo Estado.

“The principle governing risk transfer is that the risk should be allocated to whoever from the public or private sector is able to manage it at least cost.”⁴⁴

41 Art 2º, da Lei nº 8.987/95: Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, **por sua conta e risco** e por prazo determinado.

42 PEREZ, Marcos Augusto. *O Risco no Contrato de Concessão de Serviços Públicos*, Belo Horizonte: Fórum, 2006, pp. 102. “Mais a maior das contradições da doutrina tradicional do risco na concessão de serviço público está no fato de admitir teoricamente a transferência total dos riscos ao concessionário, porém, ao mesmo tempo, reconhecer que há garantia do concessionário em relação a alguns riscos relacionados ao empreendimento, geralmente chamados de riscos extraordinários ou de álea extraordinária”.

43 O art. 10, da Lei nº 8.987/95, parece confirmar essa tese: “Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.

44 “An optimal sharing of risk between the private and public sector should recognise that there are certain risks that are best managed by the government and to seek to transfer these risks would either not be

Apenas para exemplificar a origem dos ganhos decorrentes da repartição de riscos, vamos recorrer a um exemplo singelo para explicar como isto ocorre. Imaginemos que um contrato administrativo deixe de transferir para o parceiro privado os riscos atinentes aos custos de execução de uma obra. Neste caso, é óbvio que o parceiro privado não terá nenhum incentivo para reduzir custos, pois é o Estado quem os custeará em última instância. Deste modo, a tendência é que os custos corram livremente, gerando um desperdício de recursos públicos com o aumento dos valores globais da obra.⁴⁵

Antes de examinarmos as diretrizes básicas atinentes à repartição objetiva de riscos, é preciso analisar algumas questões de natureza prática, imprescindíveis para que a alocação de riscos proporcione os resultados pretendidos.

A primeira questão que se coloca é que a distribuição de riscos deve ser feita caso a caso⁴⁶. Por mais que existam regras e *guidelines* a respeito da forma mais eficiente de alocar riscos entre o Estado e o particular, é fundamental que haja flexibilidade na alocação de riscos e daí porque a inconveniência da distribuição de riscos ser feita por Lei⁴⁷.

Demonstrando como cada situação é única e não há regras rígidas ou modelos de alocação de riscos estáticos, a Espanha quebrou paradigmas em relação ao modelo de suas estradas pedagiadas.⁴⁸

De acordo com o Guide Book das Nações Unidas, há cerca de 30 anos, o governo espanhol, em um esforço para melhorar suas estradas na região costeira — com o intuito de impulsionar o turismo —, tomou uma decisão polêmica. Assumiu o risco cambial sobre o projeto, algo que, de acordo com a prática comum, pode ser considerado impróprio. Este modelo persiste até os dias atuais. No entanto, com base em um cálculo dos custos decorrentes do risco cambial

available or not offer value for money for the public sector. The government pays for inappropriately transferred risks through higher service charges.” (CORNER, David. *The United Kingdom Private Finance Initiative: The Challenge Of Allocating Risk in* OECD Journal on Budgeting — volume 5 — no. 3, p. 46).

45 Teoricamente esses seriam riscos ordinários e, portanto, a cargo exclusivamente do particular, mas em decorrência da não repartição objetiva de riscos, em conduta oportunista, o particular, em muitos casos, pleiteia a revisão.

46 “Note-se que o exercício de busca do desenho contratual mais eficiente é algo que se deve fazer caso a caso.” (RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP - Parceria Público-Privada: Fundamentos Econômico-Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 117).

47 “Mais do que isso, como as PPP podem ser aplicadas a diversos setores da economia, a alocação de riscos mais eficiente pode variar a cada caso. Portanto, uma combinação de análise técnica e bom senso por parte dos administradores é indispensável para que se atinjam resultados satisfatórios.” (PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de Riscos nas Parcerias Público-privadas in Revista do BNDDES, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, jun. 2006, p. 167 e 168)

48 O exemplo se refere a uma concessão, mas serve para demonstrar como o quadro da distribuição de riscos não é estático e nem pode existir modelo pré-definido aplicável rigidamente a todos os casos.

— mesmo sem considerar os benefícios ao setor de turismo decorrentes da melhoria das estradas — parece que neste período o governo nada perdeu ao assumir este risco.⁴⁹

Nesse ponto, é fundamental consignar uma nota: a possibilidade de distribuição de riscos em contratos administrativos e a flexibilidade desses modelos, não conferem um “cheque em branco” para o administrador. Mesmo considerando a necessidade de flexibilização, a alocação de riscos deverá observar uma série de regras prudenciais na sua elaboração, que serão desenvolvidas adiante.

Com efeito, seria fundamental que o Governo Brasileiro elaborasse Guia concernente à alocação de riscos em contratos administrativos.⁵⁰

A segunda questão que se coloca é que a Administração deve identificar os riscos no início dos projetos, antes de ser elaborado o edital. Um bom ponto de partida pode ser usar uma lista de verificação dos riscos, que normalmente aplicam-se com pequenas variações aos projetos de infra-estrutura.⁵¹

É fundamental que a alocação de riscos ocorra antes da celebração dos contratos, visto que, normalmente, as partes, chegam com mais facilidade a um acordo sobre a alocação de um risco do que de um prejuízo.⁵²

A terceira questão segue a segunda. Depois da Identificação dos riscos do projeto, em específico, é fundamental que a repartição seja objetiva, sendo cada risco atribuído ao Estado ou ao Particular.⁵³

Ressalte-se que uma alocação eficiente de riscos pode gerar bons resultados para todas as partes.

“Porém, para que isso ocorra, é essencial que o contrato seja claro e objetivo. A vagueza do contrato deve ser evitada a qualquer custo, pois coloca o Estado à mercê de comportamentos oportunistas do parceiro privado.”⁵⁴

49 UNITED NATIONS. *Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships*, 2008, p. 39.

50 A elaboração de Guidelines não é uma prática inédita no Brasil, como exemplo, é possível citar a Portaria 50, do CADE, que versa sobre Concentrações Horizontais.

51 Uma ferramenta útil tanto para o governo como para o setor privado é a matriz de risco. Durante a elaboração do edital, pode servir como uma lista de verificação para garantir que todos os riscos sejam abordados. (UNITED NATIONS. *Guidebook on promoting Good Governance in Public-Private Partnerships*, p. 36)

52 COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Direito e Economia* - tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª Edição — Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 223.

53 “Good risk management requires a thorough appraisal of all possible risks attached to a deal and the development of contingencies should the risks crystallize.” (CORNER, David. *The United Kingdom Private Finance Initiative: The Challenge Of Allocating Risk in OECD Journal on Budgeting* — volume 5 — no. 3, p. 50)

54 PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas in *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, jun. 2006, p. 160.

4.1 Diretrizes básicas na alocação de riscos em contratos administrativos

Apesar da já mencionada flexibilidade do administrador para a realização da distribuição de riscos, existem diretrizes básicas que se aplicam a imensa maioria das contratações públicas e que precisam ser observadas.

Vale lembrar que a identificação da alocação de riscos mais eficiente não é uma tarefa singela, visto que está condicionada a uma série de informações técnicas, que nem sempre estão disponíveis, ou a estudos extremamente sofisticados.⁵⁵

Isso não nos impede, contudo, de reconhecer na teoria econômica e na experiência internacional, diretrizes básicas que podem nortear as decisões do administrador público na alocação de riscos.

Nesse sentido, sublinhe-se que subscrevemos todas as diretrizes apontadas por MARCOS BARBOSA PINTO, em estudo pioneiro a propósito da Repartição de Riscos em Parcerias Público-Privadas. Apesar do foco do referido estudo ser a Repartição de Riscos em PPP, entedemos que as diretrizes são inteiramente aplicáveis e compatíveis com contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93.

A primeira diretriz aponta que os riscos devem ser alocados para a parte que puder, a um custo mais baixo, reduzir as chances de que o prejuízo venha a se materializar ou, não sendo isso possível, mitigar os prejuízos resultantes.⁵⁶ Normalmente, essa parte é aquela que tem maior controle sobre os riscos em questão ou sobre suas consequências.⁵⁷

Alocando riscos para quem tem maior controle sobre eles, cria-se um incentivo econômico — a possibilidade de perdas caso o risco se materialize — para que sejam tomadas as medidas necessárias para minimizar o risco e os prejuízos resultantes de sua materialização.⁵⁸

A segunda diretriz indica que não é recomendável a alocação de riscos para agentes econômicos que possuem capacidade de externalizar suas perdas. Isto porque a criação de um incentivo para prevenir ou mitigar a materialização

55 Registre-se, que a repartição de riscos de contratos administrativos comuns é mais simples do que nas concessões comuns e PPP patrocinadas, porque não há o risco de demanda.

56 Ademais, condutas oportunistas geradas pelo desalinhamento de interesses são coibidas. Tal desalinhamento poderia fazer com que a parte que tem maior controle sobre os custos deixasse de evitá-los ou até mesmo provocá-los intencionalmente, já que não paga por eles.

57 Um bom exemplo dessa diretriz é a atribuição para o particular dos riscos de construção: “The private sector is clearly in a stronger position to anticipate many Project risks, and in particular the *construction and operating risks*.” (INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Government guarantees and fiscal risk*, 2005, p. 7)

58 “A key principle of PPP is that risk should be allocated to the party best able to manage it. The effective allocation of risk has a direct financial impact on the project as it will result in lower overall project costs and will therefore provide enhanced value for money if compared to traditional procurement methods.” (EUROPEAN COMMISSION. *Guidelines for Successful Public — Private Partnerships*, 2003, p. 50).

de um risco perde o seu significado quando uma das partes pode transferir os prejuízos para terceiros.

Por decorrência, na maior parte dos casos, a lógica dos incentivos da alocação de riscos a uma das partes não funciona adequadamente no que se refere ao Estado. O motivo é simples, o Estado pode transferir todos os seus custos para os contribuintes. Com efeito, possíveis perdas sofridas não estimulam uma administração mais eficiente de custos.⁵⁹

A terceira diretriz revela que se uma das partes puder obter seguro contra determinados riscos a um custo mais baixo, tais riscos devem ser atribuídos a ela.⁶⁰

A quarta diretriz é bastante simples e lógica. Em todas as hipóteses em que não estiver claro qual é a alocação de riscos mais eficiente, devem ser alocados para a parte sobre a qual eles recaem normalmente, pois é menos oneroso deixar as coisas como estão do que alterá-las.⁶¹

Após breve exposição dessas diretrizes básicas que devem nortear as repartições de riscos em contratos administrativos, é fundamental traçar algumas considerações a respeito de alguns dos riscos mais relevantes que podem surgir durante a execução do contrato:

- (i) riscos de caso fortuito e força-maior;
- (ii) riscos cambiais; e
- (iii) riscos políticos.

A análise que será feita adiante é resultado das diretrizes explicitadas acima.⁶²

4.2 Os riscos de caso fortuito e força-maior

Um dos principais argumentos utilizados contra a alocação dos riscos de caso fortuito e força maior para o particular consiste na tese de que, nesse caso, os valores globais dos contratos administrativos sofreriam grande aumento, pois os

59 “O custo esperado de uma alocação de risco para o Estado tende a ser maior por sua capacidade de externalizar perdas, já que essa capacidade retira-lhe os incentivos econômicos para minimizar custos.” (PINTO, Marcos Barbosa. *Repartição de Riscos nas Parcerias Público-privadas* in Revista do BNDDES, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, jun. 2006, p. 169).

60 Essa diretriz será melhor analisada no item 4.2.2.

61 “Desta forma, evitam-se os custos indiretos relacionados a compensações econômicas, tais como o custo de fiscalizar se o prejuízo é mesmo compensável, o custo de determinar o montante da perda e o custo de eventuais compensações indevidas resultantes de comportamento oportunista.” (PINTO, Marcos Barbosa. *Repartição de Riscos nas Parcerias Público-privadas* in Revista do BNDDES, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, jun. 2006, p. 170)

62 “Esses são alguns exemplos de aplicação de diretrizes microeconômicas, baseadas no princípio da eficiência, que podem auxiliar o administrador público em sua tarefa. Não se deve esquecer, contudo, que as diretrizes acima não são absolutas, muito menos universais. Sua aplicação — ou descarte — exige informação, ponderação e razoabilidade. Cabe ao administrador público executar essa tarefa com bom senso, buscando determinar a alocação mais adequada a cada caso.” (*Idem*, p. 174).

particulares precificariam tais riscos, o que suscitaria um considerável aumento nos preços contidos na proposta. Ressalte-se que estas considerações são subscritas por juristas de justo renome.

Nesse sentido, podemos citar MARÇAL JUSTEN FILHO:

“Se os particulares tivessem de arcar com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais onerosas. É muito mais vantajoso convidar os interessados a formular a menor proposta possível: aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ou oneroso posterior. Concomitantemente, assegura-se ao particular que, se vier a ocorrer o infortúnio, o acréscimo de encargos será arcado pela Administração. Em vez de arcar sempre com o custo de eventos meramente potenciais, a Administração apenas responderá por eles se e quando efetivamente ocorrerem. Trata-se, então, de reduzir os custos de transação atinentes à contratação com a Administração Pública.”⁶³

Da mesma forma sustenta ALEXANDRE WAGNER NESTER:

“Não fosse assim, o risco assumido pelos particulares que contratam com o Poder Público seria de tal ordem que inviabilizaria a formulação de propostas condizentes com os preços correntes de mercado. Toda contratação administrativa abrangeria a álea extraordinária. A busca da Administração pelo preço mais vantajoso restaria frustrada pela provável postura defensiva (e legítima) dos particulares, que formulariam propostas com preços tão elevados quanto necessários para evitar, além dos riscos normais às atividades empresariais e ao mercado (álea ordinária), os riscos extraordinários e imprevisíveis. Haveria um acréscimo automático e indesejado nos custos de transação.”⁶⁴

Tal situação é prevista também por DAVID CORNER:

“If the public sector seek to transfer risks which the private sector cannot manage, value for money will reduce as the private sector seeks to charge a premium for accepting such risks.”⁶⁵

63 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos — 11. Ed. São Paulo: Dialética, 2005, p.542.

64 NESTER, Alexandre Wagner. *A Variação Cambial e o Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos Administrativos* in Revista de Direito Público da Economia n. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 127

65 *The United Kingdom Private Finance Initiative: The Challenge Of Allocating Risk* in OECD Journal on Budgeting — volume 5 — no. 3, p. 46.

De fato, a alocação para o Estado dos riscos atinentes a álea extraordinária na execução de contratos administrativos, pode apresentar ganhos *ex ante*⁶⁶. Isto ocorre em razão da desconsideração — pelos particulares — dos riscos referentes a eventos imprevisíveis ao tempo da formulação da proposta no curso do processo licitatório, pois evita a precificação desta insegurança, favorecendo preços mais vantajosos à Administração.

Com a devida vênia, tal entendimento não é absoluto e merece maior reflexão, por dois motivos:

- (i) a não alocação de riscos ao particular suscita perdas de eficiência *ex post*⁶⁷;
- (ii) as hipóteses de seguro mitigam as perdas *ex ante*⁶⁸ decorrentes da alocação de riscos para o particular.

4.2.1 Perdas de eficiência *ex post*

A alocação dos riscos de força maior e caso fortuito ao Estado pode revelar uma ineficiência *ex post*, na medida em que se subtrai o incentivo ao contratado à economia e eficiência na administração dos custos de produção do contrato.

É fundamental consignar que determinados riscos, mesmo sendo imprevisíveis, podem ser mitigados e gerenciados pelo particular, pois estão diretamente relacionados à sua esfera de atuação, que é a execução do contrato. Vale lembrar ainda que, em muitos casos, o particular reúne melhores condições de buscar a prevenção de certos riscos.⁶⁹

Quando é assegurada ao contratado a garantia à recomposição integral da equação econômico-financeira do contrato por eventos imprevisíveis, mesmo em hipóteses em que há capacidade de mitigação ou minimização de perdas decorrentes da materialização de riscos inerentes à conduta do particular, não há incentivos a uma gestão mais eficiente dos custos destes riscos, gerando-se uma ineficiência contratual.

FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES⁷⁰, alude a um exemplo em que “uma camada rochosa não identificada ao tempo da assinatura do ajuste

66 Ganhos que se referem a eventos futuros e ocorrem em momento anterior a formação do contrato.

67 Por perdas *ex post* depreende-se aqueles prejuízos que ocorrem depois da formação do contrato.

68 Por perdas *ex ante* designam-se os prejuízos futuros com que as partes se defrontam durante a negociação de determinado contrato.

69 MARCOS BARBOSA PINTO concorda com essa tese: “transferir o risco para o setor público geraria custos indiretos, já que as perdas relacionadas a caso fortuito e força maior normalmente recaem sobre o parceiro privado”. (*Repartição de Riscos nas Parcerias Público-privadas* in Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, jun. 2006, p. 173).

70 VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. “A Repartição de riscos em contratos de Parceria Público-Privada”, In Revista de Direito Público da Economia n. 24. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 167.

(no projeto básico) de um contrato de execução de obra exija, com vistas à sua remoção, intervenções tecnológicas sofisticadas, disponíveis em diversas configurações e tipos no mercado”.

Conclui o autor que:

“... a certeza quanto ao ressarcimento pleno e integral do custeio dessas contingências gerará um desincentivo ao contratado quanto à sua gestão eficiente. A administração destes custos de produção gerados à conta da situação imprevista — a escolha pela opção tecnológica adequada, o alcance do barateamento dos custos, a negociação com terceiros e etc. — não será movida pela busca à racionalização, desestimulada que está pela certeza da recomposição integral dos prejuízos pela Administração. A ausência de incentivo a uma execução racionalizada destas contingências pelo contratado gera uma ineficiência contratual — que acarreta a elevação dos custos globais necessários à produção do contrato”.

Nesse sentido, é importante citar o modelo adotado no Reino Unido, por ocasião das obras de expansão do Metrô de Londres. Em obras dessa natureza, durante a perfuração dos túneis, descobrem-se cabos e dutos subterrâneos (interferências imprevistas), que não se sabia anteriormente, na rota dos túneis. O Governo Britânico, de maneira pioneira, entendeu que o particular reunia melhores condições de lidar com as interferências, por ser ele quem pode tomar as precauções para evitar a ocorrência de danos ou, caso estes ocorram, pode repará-los a um custo menor.⁷¹

Enfim, são inúmeras as situações em que o particular — mesmo lidando com riscos imprevisíveis — possui melhores condições para preveni-los e no caso de materialização dos mesmos, agrega maior capacidade de gerenciá-los e minimizá-los a um custo menor.

4.2.2. O seguro e os preços — ganhos de eficiência *ex ante*

Em relação aos possíveis aumentos de preços em decorrência da precificação pelos particulares dos riscos de fatos imprevisíveis, existe um remédio: a contratação de seguro.⁷² O seguro mitiga as perdas *ex ante*.

Nesse sentido, sempre que houver a possibilidade de contratação de seguros, os riscos de caso fortuito e força maior devem ser atribuídos ao particular,

71 RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP - Parceria Público-Privada: Fundamentos Econômico-Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 119.

72 Nesse contexto, as “garantias” oferecidas pelo Estado, possuem o mesmo significado dos seguros.

já que estas perdas, na maioria dos casos, normalmente recaem sobre a parte responsável pela execução do contrato.⁷³

Registre-se que a contratação de seguro é fundamental, pois, caso contrário, o particular cobrará um valor extra pela assunção dos riscos que não pode gerenciar.⁷⁴

Havendo a contratação de seguro, os riscos estarão garantidos e isso evitará que os participantes da licitação precifiquem tais riscos em suas propostas o que ensejaria, de fato, um aumento abrupto nos preços dos contratos administrativos.

Nada obstante, pode-se argumentar que a solução exposta acima encontra dois grandes óbices à sua aplicação:

- (i) o setor privado pode não oferecer seguro para determinados contratos administrativos; ou
- (ii) as seguradoras privadas podem oferecer cobertura securitária a preços impraticáveis, o que também ensejaria um aumento global dos preços nos contratos administrativos.

Contudo, existe solução para ambos os problemas, já aplicada com sucesso em alguns países.

Um bom exemplo é uma estrutura alternativa, já utilizada com sucesso no Chile⁷⁵. Neste caso, o Estado, de fato, vende a sua proteção.

Alguns contratos chilenos de concessão estabelecem que o setor privado pode optar por absorver determinados riscos ou pagar uma remuneração ao Estado para que ele o faça.

Esse modelo garante a eficiência da alocação de riscos, desde que a proteção seja precificada adequadamente. Desta forma, caso o particular adquira a garantia, estará confirmada a hipótese de que o governo é mais eficiente que o setor privado na absorção destes riscos. Todavia, caso o particular possa absorver o risco a um custo mais baixo que o fixado pelo governo, a garantia não será adquirida.

Entretanto, as garantias oferecidas pelo Estado devem ser utilizadas apenas em casos restritos, pois a sua aplicação generalizada pode retirar do particular

73 MARCOS PINTO concorda: “Com relação ao risco de caso fortuito ou força maior, a solução mais indicada é a alocação para o setor privado sempre que houver cobertura securitária”. (*Repatrição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas* in Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, jun. 2006, p. 173)

74 “Natural disaster risk is a case in point, where the commercial availability of catastrophe insurance is likely to determine whether the private sector bears this risk.” (INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Government guarantees and fiscal risk*, 2005, p. 8).

75 MARCOS PINTO também cita o modelo chileno como referência. (*Repatrição de Riscos nas Parcerias Público-privadas* in Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, jun. 2006, p. 170).

incentivos para que seja eficiente na execução do contrato.⁷⁶ Se as garantias se converterem em regra, o particular terá sempre a expectativa de que eventuais prejuízos estarão garantidos pelo Estado e com isso não terá incentivos para prevenir ou minimizar os riscos atribuídos a ele.⁷⁷

Por isso, é imprescindível nos casos em que o Estado atue como segurador, que uma parcela do risco permaneça com o setor privado:

“Whatever the type of guarantee, the private sector should be left bearing some risk at the margin. Partial guarantees limit moral hazard and adverse selection problems. Deductibles, ceilings on government exposure (e.g. loan guarantees covering only a proportion of loan principal or interest), collateral requirements, delays before compensation is paid, and asserting the seniority of government claims to assets in the event of default are all approaches that help to retain an incentive for the private sector to manage risk efficiently.” (INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Government guarantees and fiscal risk*, 2005, p. 9)

Atribuir parcialmente o risco garantido ao particular possui a mesma função que a franquia ou o rateio exercem nos seguros privados:⁷⁸ estimular a cooperação do segurado para impedir a materialização do sinistro ou reduzir seus efeitos.

Portanto, para os casos em que o mercado não ofereça seguro ou o faça a preços muito elevados, o Estado pode atuar da mesma forma como atuaria uma seguradora privada.

4.3 O risco cambial

Em muitas situações os contratos administrativos envolvendo projetos de infraestrutura de grande porte são, pelo menos em parte, financiados pelo particular, com recursos de terceiros.

Todavia, quando o dinheiro é emprestado no exterior, a moeda estrangeira está sujeita a flutuações que podem ameaçar a viabilidade do projeto. Evidentemente, tal risco não existirá se o particular obtiver financiamento integral em moeda local.

76 As garantias são instrumentos importantes para gerar eficiências, mas sua aplicação incorreta pode gerar muitos malefícios.

77 “A ‘guarantee culture’ is created where the private sector (and in some cases international financial institutions and bilateral lenders) seek guarantees as an alternative to properly managing risk themselves.” (INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Government guarantees and fiscal risk*, 2005, p. 10).

78 Na franquia, o segurado assume um valor fixo em dinheiro do prejuízo. No rateio, o segurado assume um percentual fixo de seu prejuízo.

Em condições normais, esse risco deveria ser absorvido pelo setor privado, tendo em vista seu controle sobre a estrutura de capital do projeto, de acordo com a primeira diretriz.

Entretanto, MARCOS BARBOSA PINTO aponta que duas imperfeições do mercado podem alterar essa conclusão. A primeira é o fato de que as taxas de juros e prazos de financiamento sejam mais vantajosos em moeda estrangeira do que em moeda local. A segunda imperfeição é a inexistência de contratos de *hedge*⁷⁹ de câmbio de longo prazo no Brasil, o que faz com que o particular tenha de absorver integralmente o risco da variação cambial, caso opte por contrair empréstimos em moeda estrangeira.

A falta de um “seguro” quanto ao risco de variação cambial pode fazer com que o particular precifique essa insegurança na proposta, ou opte por contrair financiamento no mercado interno mesmo que em condições menos favoráveis. Em ambos os casos, o risco cambial suscitará um acréscimo nos custos do contrato.⁸⁰

Com efeito, pode ser eficiente, em alguns projetos, que o Estado assuma o risco de variação cambial.⁸¹ O Estado forneceria então o *hedge*⁸² inexistente no mercado, permitindo que o parceiro privado obtivesse financiamentos no mercado internacional a um custo mais baixo.⁸³

Para garantir que a economia financeira obtida com a proteção seja maior que o custo da absorção desse risco pelo Estado, o Estado deve precificar a proteção cambial oferecida, deixando ao parceiro privado a opção de adquiri-la ou não. Caso a proteção cambial custe menos do que o ganho financeiro a ser obtido com empréstimos em moeda estrangeira, ele optará pela proteção cambial. Caso contrário, tomará financiamentos em moeda local.⁸⁴

79 Contratos de hedge possibilitam que os riscos cambiais sejam repassados para o mercado.

80 Em relação ao tema, é importante citar o modelo adotado na PPP da linha 4, do Metrô de São Paulo. A garantia dada ao particular é ampla, pois o risco cambial é obrigatoriamente levado em consideração no reajuste das tarifas.

81 A Comissão Européia também concorda que em determinados casos o Estado pode assumir os riscos referentes ao câmbio: “In certain cases, foreign currency risk can be assumed by sovereign governments, export credit agencies, or international financial institutions in order to make concession projects more attractive to private investors.” (EUROPEAN COMMISSION. *Guidelines for Successful Public — Private Partnerships*, 2003, p. 52).

82 Solução desenhada por MARCOS PINTO in *Repartição de Riscos nas Parcerias Público-privadas* in Revista do BNDDES, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, jun. 2006, p. 173.

83 Importante citar o exemplo das estradas espanholas em que o governo assumiu os riscos cambiais. Ver item IV do presente estudo.

84 O raciocínio é similar ao desenvolvido em relação ao seguro para os riscos de caso fortuito e força maior.

4.4 O risco político

Os riscos políticos devem ser assumidos pelo Estado, pois o particular não possui nenhuma ingerência quanto à sua materialização.

Dessa forma, o Estado deve assumir os custos referentes à modificação unilateral do contrato que aumente os encargos do particular, das alterações na legislação que repercutam nos preços do contratado e dos danos referentes à supressão de obras por determinação da Administração, assim como os denominados fatos do príncipe e fatos da Administração.⁸⁵

Por via de consequência, o Estado teria um incentivo econômico para restringir as alterações ao mínimo necessário, já que ele próprio arcaria com o seu custo. Já o setor privado teria mais conforto para contratar e não seria obrigado a cobrar preços exorbitantes para se proteger contra modificações promovidas pelo Estado.⁸⁶

4.5 Matriz de riscos

Como visto, é fundamental que o contrato contemple matriz de riscos bem definida, distribuindo expressamente os riscos entre as partes. Para ilustrar o que foi dito até o momento, transcrevemos abaixo, a matriz de riscos simplificada referente ao Projeto Pontal em Petrolina/PE, elaborada de acordo com a modelagem desenvolvida pelo IFC — International Finance Corporation⁸⁷:

85 No mesmo sentido, o risco de inflação, pois foge totalmente ao controle do particular, razão pela qual nenhuma redução de custos seria obtida fazendo com que o parceiro privado suportasse este risco. Neste sentido, o art. 55, III, da Lei nº 8.666/93: o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.

86 “Suponhamos que o Estado decida transferir para o parceiro privado o risco de alteração, pela administração pública, das especificações de serviço estabelecidas no contrato. Neste caso, o mais provável é que as empresas privadas desistam da parceria, já que não têm controle sobre a atuação do Estado e não podem prever qual será o impacto das alterações de serviço sobre seus custos.” (PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de Riscos nas Parcerias Público-privadas in Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, jun. 2006, P. 160).

87 Importante registrar que essa matriz de riscos é utilizada apenas como exemplo, pois foi elaborada para atender demandas específicas do projeto, não podendo ser utilizada como diretriz geral para uma repartição eficiente de riscos.

	SPE	Governo
Atraso na Construção / Tecnologia de Construção	X	
Atraso no Pagamento de Tarifas	X	
Criação ou mudança de impostos e exigências legais, exceto imposto de renda		X
Custo de Construção	X	
Custos e despesas relacionadas ao reassentamento		X
Decisão (legal, administrativa ou arbitral) que impeça SPE de receber ou reajustar tarifas de acordo com o contrato		X
Descumprimento, pelo poder concedente, de obrigações contratuais ou regulamentares que causem prejuízo à SPE		X
Força Maior caso haja cobertura de seguros no Brasil	X	
Força Maior caso não haja cobertura de seguros no Brasil		X

	SPE	Governo
Inflação, taxa de câmbio, custo de dívida e taxa de juros	X	
Manifestações sociais até 15 dias em 12 meses ou até 90 dias desde a assinatura do contrato (cumulativo)		X
Manifestações sociais superiores a 15 dias em 12 meses ou superiores a 90 dias desde a assinatura do contrato (cumulativo)		X
Mudança no escopo dos serviços, diretrizes técnicas mínimas ou no plano de ocupação solicitadas pelo Governo		X
Ocupação das terras	X	
Passivos Ambientais	X	
Perda/furto	X	
Perdas geradas por defeito oculto	X	
Permissões e autorizações	X	
Recusa no pagamento de tarifas	X	

Anote-se, ainda, que a repartição objetiva de riscos não se afigura como uma grande inovação no contexto brasileiro quando analisamos os contratos privados de EPC⁸⁸. É comum verificar nos contratos privados dessa natureza matrizes de riscos bem definidas com a distribuição objetiva dos riscos entre as partes, ao invés de atribuir grande parte dos riscos para o contratante, como ocorre com os contratos administrativos.

Considerando que tal prática é tão difundida no setor privado, é preciso indagar por que suscita tantas polêmicas na seara do setor público.

4.6 Algumas externalidades positivas decorrentes da repartição objetiva dos riscos

Como vimos, são inúmeros os ganhos oriundos de uma repartição de riscos eficiente:

88 Contrato de EPC se refere àqueles contratos de empreita, disciplinados pelo art. 619, do C.C./02

- redução das chances dos riscos se materializarem, pois a alocação de riscos para a parte que possui maior controle sobre eles cria um incentivo econômico para que sejam tomadas as medidas necessárias para minimizar o risco e os prejuízos resultantes de sua materialização;⁸⁹
- redução de custos ao atribuir o risco à parte que pode absorvê-lo a um custo menor, com ganhos de eficiência *ex ante e ex post*.

Vejamos agora, outras externalidades positivas decorrentes da repartição objetiva de riscos:

- desestímulo a processos de renegociação que, como veremos a seguir, além de provocarem aumento dos custos de transação, via de regra, resultam em alterações contratuais desfavoráveis para o Estado;
- ganhos na elaboração das propostas com riscos bem definidos, o que desestimula a ocorrência do fenômeno da seleção adversa⁹⁰.

4.6.1. Combate a ineficiência — a repartição objetiva dos riscos dificulta as renegociações dos contratos administrativos

As renegociações são instrumentos importantes para que a execução de contratos ocorra a bom termo para ambas as partes. Sua razão de ser é a noção intransponível de que os contratos, por natureza, não conseguem prever todas as situações que serão enfrentadas durante a sua execução.

Contudo, na maioria das situações, por si sós, as renegociações tendem a gerar ineficiência em decorrência dos custos de transação que suscita. Por isso deveriam acontecer apenas em situações excepcionais, afigurando-se como exceções.⁹¹ Com efeito, é recomendável que as renegociações sejam restringidas e desestimuladas.⁹²

89 Se por um lado o Estado se beneficia desse arranjo, o particular que gerencia com eficiência os riscos também, pois havia precificado determinado risco na sua proposta e com a não concretização de tal risco, o setor privado lucra com isso.

90 Ver definição no item 4.6.

91 José Luis Guasch constatou que mais de 41% das concessões de infra-estrutura na América Latina e no Caribe foram objeto de renegociações. Os setores mais atingidos foram o dos transportes e de saneamento com a incidência de renegociação de 55 a 75%, respectivamente. Outro motivo de preocupação foi o curto prazo em que se deu o pedido de renegociação. O tempo entre o início das operações e a renegociação dos contratos foi em média de dois anos, apesar dos contratos possuírem prazo original de 20-30 anos.

92 Registre-se que, embora o estudo de Guasch verse sobre concessões de infraestrutura, os dados citados são importantes para demonstrar como existe nos países da América Latina, inclusive no Brasil, a cultura da renegociação em contratos administrativos.

Via de regra, os processos de renegociação acarretam a paralisação da execução do contrato e provocam um desnecessário aumento de custos.⁹³ Em todos os casos em que um contrato exija a transferência de recursos de uma parte à outra como forma de compensar prejuízos, através de indenizações em dinheiro, ajustes contratuais, prorrogação do prazo do contrato, é necessário incorrer em custos para verificar se a compensação é realmente devida, determinar o seu montante e executar o contrato em juízo, caso uma das partes se recuse a cumpri-lo.⁹⁴

Entretanto, a consequência mais nociva dos processos de renegociação pode ser considerada as alterações dos contratos em termos desfavoráveis ao Estado, decorrentes de condutas oportunistas do particular.

Com o escopo de evitar as perdas de eficiência descritas acima, a repartição objetiva de riscos se afigura como o mais poderoso mecanismo para reduzir as hipóteses de renegociações futuras.

Isto se dá por dois fatores principais:

- (i) em alguns casos os pedidos de renegociação se fundam em dúvidas na interpretação da Lei e dos contratos — pela ausência de uma repartição objetiva de riscos — situações em que ambas as partes atuam com boa-fé, mas mesmo assim pleiteiam a renegociação;
- (ii) um contrato com os riscos bem definidos que cada parte assume restringe a margem de manobra — tanto do Estado como do particular — para implementar condutas oportunistas.

4.6.2 As possíveis condutas oportunistas do particular

O poder público tende a sair em desvantagem nos processos de renegociação, como demonstrou Guasch — em estudo sobre as concessões.⁹⁵

O motivo para tanto não é difícil de entender: o particular sabe que o custo do rompimento do contrato administrativo é muito alto para o Estado (os cofres públicos), para os governantes (custos políticos) e também para a população (não poder usufruir das melhorias que a execução do contrato proporcionaria).

93 Nesse sentido, MARCOS PINTO in *Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas* in Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, jun. 2006, p. 167.

94 The process of renegotiations can be fairly long and costly on both sides, that of the operator and that of the regulator or government. (...) For renegotiations in which a clear welfare benefit is evident, the tradeoffs might be warranted, but for opportunistic ones—aiming at best, at redistribution of resources—the impact of those costs and locking those resources can be quite damaging. (GUASCH, J. L. *Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right*. World Bank Institute Development Studies, 2004, p. 35)

95 Embora o estudo verse sobre concessões, muitas observações são aplicáveis aos contratos administrativos comuns.

Ademais, ao contrário do que ocorre no processo licitatório, o particular não está sujeito a pressões concorrenciais, possuindo melhores condições para impor sua vontade.⁹⁶

Toda essa situação cria um cenário extremamente favorável para o particular, que tende a se beneficiar da conjuntura descrita para buscar vantagens que acabam custando muito caro para toda a sociedade.⁹⁷

Sem uma repartição objetiva dos riscos, possui o particular todos os incentivos para buscar lacunas do contrato com o propósito de se livrar de custos que deveria suportar.

4.6.3 Renegociações como instrumento para burlar licitações

Outro efeito negativo suscitado pela ampla possibilidade de renegociação dos contratos é a brecha que se abre para desvirtuar o resultado das licitações.

Isso ocorre da seguinte forma: o particular, sabendo da possibilidade de renegociação posterior, formula propostas extremamente agressivas e em alguns casos inexecutáveis, com o intuito de sagrar-se vencedor do certame licitatório.

Ressalte-se que jamais o particular considerou a possibilidade de executar o contrato nos termos da proposta formulada. Ainda durante o curso do processo licitatório, já vislumbrava a possibilidade de renegociações futuras.⁹⁸

O efeito dessas condutas é extremamente danoso para a sociedade, pois retira os ganhos que o processo licitatório deveria proporcionar — decorrentes da competição entre os proponentes — suscitando elevados aumentos de preços e eliminação de concorrentes de boa-fé. Veja-se, nesse sentido, passagem elucidativa do estudo de José Luis Guasch:

“If bidders believe that renegotiation is feasible and likely, however, their incentives and bidding will be effected, and the auction will likely

96 Such behavior undermines the efficiency of the process and the overall welfare, because renegotiation takes place between the government and the operator only, so it is not subject to competitive pressures and their associated discipline. (GUASCH, J. L. *Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right*. World Bank Institute Development Studies, 2004, p. 19).

97 A Comissão Europeia também manifesta preocupação quanto a esta possibilidade (EUROPEAN COMMISSION. *Guidelines for Successful Public — Private Partnerships*, 2003, p. 52)

98 “As noted, firms may consider aggressive bidding a rational strategy if governments are unable to commit to a policy of no renegotiation. Firms are then likely to submit unsustainable bids with the intention of renegotiating better terms after the concession has been awarded.” GUASCH, J. L. *Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right*. World Bank Institute Development Studies, 2004, p. 44

select, not the most efficient provider, but the one most skilled at renegotiations.” (p. 19)⁹⁹

Quando as renegociações se tornam prováveis, o processo licitatório tende a selecionar o proponente que reúne as melhores condições para renegociar os contratos e não o mais eficiente que formula a proposta mais vantajosa para a Administração.

Em relação ao Brasil, como a prática demonstra, as renegociações acontecem em grande escala. A redação do art. 65, II, *d*, da Lei nº 8.666/93, sem dúvida alguma, é um facilitador para pedidos de renegociação por parte do particular.

4.6.4 As possíveis condutas oportunistas do Estado

Em alguns casos, é o próprio Estado que se utiliza de condutas oportunistas em relação ao particular. José Luis Guasch — a propósito das concessões — aponta que 26% das renegociações são pleiteadas pelo Estado.¹⁰⁰

Isso de dá, muitas vezes, por razões eleitoreiras ou após mudanças de governos. Nestes dois casos o Estado almeja repassar ônus pelos quais o particular não era responsável.¹⁰¹

Destaque-se, que esse tipo de comportamento — por parte do Estado — é muito mais comum nas concessões do que nos contratos administrativos comuns. O motivo é simples, a remuneração dos contratos de concessão advém da cobrança de tarifas sendo, portanto, o tema muito mais sensível à questões políticas.

4.6.5 A necessidade da fixação de procedimentos de revisão para a preservação da matriz de riscos prevista no contrato

Porém, os ganhos de eficiência decorrentes da repartição objetiva de riscos podem ser drasticamente reduzidos, se não houver procedimentos de revisão minuciosos, contratualmente estipulados desde o início.¹⁰²

99 “Thus firms seeking concession rights might logically submit their most optimistic bids, with the expectation that if things do not turn out well they can renegotiate the terms of the contract, drawing on the financial equilibrium clause” (*Idem* p. 37)

100 GUASCH, J. L. *Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right*. World Bank Institute Development Studies, 2004, p. 84.

101 Importante destacar que nem todas as renegociações pleiteadas pelo Estado são oportunistas.

102 Exemplo de metologia inovadora de revisão em contratos de concessão é o da utilização do Fluxo de Caixa Marginal. Ver a esse respeito LINS, Paulo Meira. O Novo Modelo das Concessões Rodoviárias Federais in Revista BNDES Setorial, Setembro de 2009.

Como vimos, o particular só poderá solicitar o reequilíbrio nos casos em que o risco do evento causador do desequilíbrio estiver expressamente alocado para o setor público.

Isso só não basta. Para a matriz de riscos prevista contratualmente ser preservada, é fundamental que eventual indenização pleiteada pelo particular seja calculada e precificada com exatidão. Caso contrário, o particular pode se aproveitar para transferir custos indevidos para o Estado, alterando a distribuição de riscos pactuada no contrato.¹⁰³

Assim sendo, é fundamental a previsão da metodologia que será utilizada para quantificar a indenização devida com o objetivo de perseguir sempre as condições mais próximas dos preços de mercado, reduzindo a margem para manobras oportunistas do particular.

O único remédio contra condutas oportunistas do particular e também do Estado — e ainda assim, apenas parcial — é um contrato que reparta objetivamente os riscos entre as partes e contemple mecanismos de revisão bem definidos, com vistas a manter a matriz de riscos pactuada entre as partes no princípio.

Portanto, uma das melhores externalidades geradas por uma repartição objetiva dos riscos consiste na criação de uma dificuldade para que revisões contratuais sejam pleiteadas.

4.7 Prevenção ao fenômeno da seleção adversa

É possível destacar ainda, outro efeito, talvez não tão nítido como os elencados acima, mas de grande relevância, o fenômeno que os economistas conceituam como seleção adversa, muito bem observado por MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO E LUCAS NAVARRO PRADO¹⁰⁴, no contexto das contratações públicas.

A teoria da seleção adversa¹⁰⁵ surgiu para descrever o comportamento de empresas seguradoras.¹⁰⁶ Consiste no método utilizado pelas seguradoras para

103 O Tribunal de Contas da União manifestou-se favoravelmente em relação ao fluxo de Caixa Marginal, por meio do Acórdão TC-014.654/2006-5, em sessão de 7 de fevereiro de 2007, nos seguintes termos: “A metodologia prevista para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato consistirá em estabelecer um fluxo de caixa apartado, também chamado marginal, para o evento que provocou o ajuste. Esse demonstrativo desconsiderará o fluxo de caixa do empreendimento como um todo para focalizar no evento que gerou o desequilíbrio.”

104 RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP - Parceria Público-Privada: Fundamentos Econômico-Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 104.

105 AKERLOF, George. *The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism* in *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3. (Aug., 1970), pp. 488-500.

106 “The principle of ‘adverse selection’ is potentially present in all lines of insurance.” *Idem*, p. 493.

precificar o prêmio dos seguros. A seguradora faz este cálculo de acordo com probabilidades médias.

Ou seja, de acordo com amostras, as empresas estipulam que jovens, do sexo masculino, solteiros apresentam uma probabilidade muito maior de se envolverem em acidentes automobilísticos. Em razão disto, o prêmio cobrado detse grupo é muito maior do que dos demais. As empresas desconsideram que muitos destes jovens possuem perfil distinto e com menos probabilidades de se envolverem em acidentes.

A teoria da seleção adversa passou, então, a ser aplicada em contratos, para descrever a conduta de determinados contratantes.

Entretanto, a seleção adversa ocorre de maneira mais perversa nas contratações públicas do que nos contratos de seguro, via de regra, o particular trabalha o pior cenário, presume que terá de suportar todos os riscos que não foram claramente repartidos no contrato, elevando o preço de suas propostas.¹⁰⁷

4.8 Condições essenciais à aplicação da repartição objetiva de riscos de maneira eficiente

Após analisar algumas externalidades positivas decorrentes da repartição objetiva de riscos, é imprescindível examinar duas condições essenciais para sua aplicação eficiente.

4.8.1 A fundamental autonomia do particular para gerenciar os riscos assumidos

Se por um lado é fundamental uma repartição eficiente dos riscos, por outro é igualmente relevante assegurar ao particular as condições necessárias para gerenciar os riscos que lhe foram atribuídos.

Nesse contexto, não é admissível que a Administração imponha ao particular obrigações incompatíveis com a gestão eficiente da alocação de riscos pactuada no contrato.

Com efeito, o particular precisa ter assegurada a autonomia necessária durante a execução do contrato. Caso contrário, seriam inócuos os incentivos que induzem o particular a gerenciar os riscos atribuídos a ele da maneira mais eficiente possível, pois qualquer perda relacionada à gestão de tais riscos poderia ser atribuída ao Estado, eximindo o setor privado de eventuais prejuízos.

107 MARCOS PINTO concorda com esse entendimento: “Da mesma forma, as empresas privadas não podem formular propostas atrativas nas licitações se não sabem os riscos que estão aceitando correr: via de regra, elas presumem que terão de suportar todos os riscos que não foram claramente repartidos no contrato, elevando consideravelmente suas propostas financeiras. A incerteza na alocação de riscos tem, portanto, um custo, e ele é pago por todos nós.” (*Repartição de Riscos nas Parcerias Público-privadas* in Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, jun. 2006, p. 161).

Em outras palavras, é condição para que o particular seja responsabilizado pela gestão dos riscos que lhe foram atribuídos que as decisões de gestão tenham sido tomadas com autonomia em relação ao Estado.

Imaginemos que o particular assuma os riscos de construção de uma Usina Hidrelétrica. No decorrer da construção, o Estado interfere na execução da obra, exigindo a utilização de determinados materiais, bem como estabelecendo alterações na concepção do projeto de engenharia. Caso ocorra algum problema em relação à construção do projeto, o particular poderá se eximir de responsabilidades em decorrência da interferência estatal, sendo absolutamente inócua a repartição de riscos estabelecida no contrato.

Por via de consequência, é fundamental que o controle sobre o particular ocorra em relação aos resultados apresentados e não em relação aos procedimentos utilizados, em consonância com a lógica de Direito Administrativo dos Negócios.

Desse modo, é importante superar a lógica do Direito Administrativo do Clipes, consubstanciada no formalismo e na burocracia, incompatíveis com uma gestão eficiente dos riscos e que poucos resultados apresentaram no decorrer da história.

Não é possível que as decisões essenciais atinentes a execução do contrato fiquem submetidas à Administração, o que na prática eliminaria a alocação de riscos feita anteriormente, pois quem — em última análise — estaria gerenciando-os seria o Estado.

Por decorrência, é necessário que o edital de licitação seja modelado com vistas a conceder autonomia para o particular na gestão dos riscos que lhe foram alocados.

Nesse sentido, GASPAR ARIÑO ORTIZ e LUCIA LÓPEZ DE CASTRO afirmam que a abrangência da tutela ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato está diretamente relacionada à falta de autonomia do particular.¹⁰⁸

Conclui-se que, caso o particular não tenha autonomia para gerenciar os riscos assumidos, deverá ser indenizado caso os mesmo se materializem.

4.8.2 Casos em que não é eficiente a repartição objetiva dos riscos caso a caso

É fundamental registrar que a repartição objetiva de riscos, caso a caso, engloba questões de alta complexidade e, por conseguinte, afigura-se como uma atividade custosa¹⁰⁹.

108 ARIÑO ORTIZ, Gaspar e CASTRO, Lucia López de. *El Sistema Eléctrico Español — Regulación e Competencia*, Madrid: Montecorvo, 1998, p. 238.

109 Nesse conceito de custos estão englobados recursos humanos e materiais e questões de tempo.

Como se sabe, a Lei nº 8.666/93 disciplina contratos extremamente complexos, de longa duração e de grande vulto, até contratos extremamente singelos, de curto prazo e de baixo custo.

Assim, não parece ser eficiente que a repartição objetiva de riscos seja feita caso a caso em todos os contratos regidos pela Lei nº 8.666/93, pois, em alguns casos, o custo da repartição objetiva de riscos poderá ser maior do que os benefícios gerados por ela.¹¹⁰

Por considerar que a alocação dos riscos gera sempre resultados positivos, consideramos que o ideal é distinguir o seu nível de detalhamento e sofisticação de acordo com as peculiaridades de cada caso.

A solução é diluir os custos de transação inerentes à repartição objetiva de riscos. Podemos fazer isto em relação a contratos de objeto mais simples e de menor valor através de matrizes de riscos padronizadas e com menor grau de detalhamento. A Administração pode adotar matrizes de riscos padrão, diferenciadas de acordo com a sua natureza de cada contrato.

Por outro lado, em contratos complexos e de maior soma se justificariam matrizes de riscos customizadas e minuciosas.

A Teoria da Análise Econômica em contratos estuda a questão dos custos de transação relacionados à repartição objetiva dos riscos entre as partes.

Segundo ROBERT COOTER E THOMAS ULEN¹¹¹ as partes esperam economizar em custos de transação, deixando lacunas em contratos sempre que o custo efetivo da negociação de condições explícitas exceda o custo esperado do preenchimento de uma lacuna¹¹².

Aplicando a teoria de ROBERT COOTER E THOMAS ULEN aos contratos administrativos podemos esboçar as seguintes regras:

- Custo de alocação de um risco caso a caso > custo de alocação de um prejuízo X probabilidade de um prejuízo utilizar as matrizes padronizadas;
- Custo de alocação de um risco caso a caso < custo de alocação de um prejuízo X probabilidade de um prejuízo utilizar a repartição de riscos customizada.¹¹³

110 Manifesto gratidão ao Professor Antonio José Maristrello Porto pela percepção de que era fundamental analisar as hipóteses em que a Repartição Objetiva de Riscos não seria eficiente de acordo com a Teoria da Análise Econômica dos Contratos.

111 COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Direito e Economia* - tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª Edição — Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 223.

112 Nesse caso, lacuna possui o mesmo significado de deixar de repartir objetivamente os riscos caso a caso.

113 Não dispomos de dados empíricos para sustentar critérios objetivos de não aplicação da repartição objetiva de riscos caso a caso. Por isso, não conseguimos prever com precisão, por exemplo, que contratos abaixo de X milhões devem ser estruturados de acordo com matrizes padronizadas. Contudo, nos parece

À vista das considerações desenvolvidas, incorporamos a regra descrita acima para averiguar, em tese, se um contrato administrativo deve ou não alocar caso a caso, objetivamente, os riscos para cada uma das partes.

Conclusão

Como foi visto, a possibilidade da repartição objetiva dos riscos em contratos regidos pela Lei 8.666/93 possui uma vasta gama de consequências positivas para a sociedade.

Um tema que até poucos anos atrás não merecia maior reflexão e era tratado de forma relapsa e com desdém, sobretudo, no âmbito da Administração Pública. Tal cenário suscitou, em muitos casos, que a alocação de riscos fosse feita pelo Judiciário, com assimetria de informações e com enormes custos incorridos.

Nada obstante, o cenário descrito acima mudou e a repartição objetiva de riscos passou a ser objeto de debate no Brasil, devido a experiências internacionais bem sucedidas e diretrizes propagadas por instituições bilaterais. O debate no contexto brasileiro iniciou-se por ocasião das discussões em torno da elaboração da Lei das PPP.

Isso posto, as conclusões do trabalho são as seguintes:

A repartição de riscos se insere em um contexto de mudança vivenciado pelo Direito Administrativo Brasileiro, cenário em que antigos e arraigados dogmas se confrontam com novos conceitos de Administração Pública — situação retratada pelos conceitos de Direito Administrativo do Clipes e de Direito Administrativo dos Negócios.

Verificamos que o modelo tradicional de repartição de riscos é insuficiente para lidar com questões práticas e que a sua aplicação generalizada provoca grande ineficiência na execução dos contratos administrativos, cujos efeitos são percebidos por toda a sociedade. Como resultado disto, as licitações e contratos administrativos são associados às piores práticas pela opinião pública.

Ao avaliar o marco jurídico atual, concluímos que a repartição objetiva dos riscos não encontra óbice ou impedimento algum para a sua aplicação prática nos contratos administrativos comuns. O constituinte optou por consagrar como manutenção do equilíbrio econômico—financeiro do contrato a intan-

um bom início que a repartição objetiva de riscos customizada seja aplicada em contratos cujo objeto possua complexidade, perdure por um algum período de tempo e envolva somas consideráveis. Um bom exemplo seriam as grandes obras de infraestrutura.

gibilidade das condições efetivas da proposta. Ademais, a repartição de riscos contida na Lei 8.666/93 só incide em relação a eventos extracontratuais, o que não ocorre quando há uma repartição objetiva de riscos pactuada em contrato.

Constatamos que a Repartição Objetiva de Riscos não é uma atividade intuitiva, mas uma ciência. Cuida-se de atividade complexa que demanda tecnicismo e a observância a determinadas regras para que os resultados almejados aconteçam.

Examinamos que os ganhos de eficiência proporcionados por uma repartição objetiva dos riscos são muito relevantes e podem propiciar uma grande economia de recursos públicos.

Ao analisar as diretrizes e as questões inerentes a uma repartição eficiente de riscos, entendemos como os ganhos de eficiência ocorrem, notadamente, pela concepção de que os riscos devem ser alocados para a parte que puder, a um custo mais baixo, reduzir as chances de que o prejuízo venha a se materializar ou, não sendo isso possível, mitigar os prejuízos resultantes. Normalmente, essa parte é aquela que tem maior controle sobre os riscos em questão ou sobre suas consequências.

Ademais, vimos que a repartição objetiva de riscos suscita uma série de externalidades positivas, como a prevenção ao fenômeno da seleção adversa bem como a condutas oportunistas do particular no curso do processo licitatório ou durante a execução dos contratos.

Conferimos ainda que a complexidade e especificidade da matriz de riscos podem variar de acordo com a natureza de cada contrato. Considerando o amplo espectro da Lei 8.666/93, que versa sobre contratos extremamente simplórios até contratos altamente sofisticados, não seria eficiente determinar a elaboração de matriz de riscos customizada em todos os contratos administrativos, dados os custos de transação incorridos.

Anote-se, por fim, que o objetivo almejado no presente estudo foi o de oferecer subsídios à boa gestão pública, contribuir para o desenvolvimento de um modelo de Estado voltado para a busca da eficiência.

Sem dúvida, isso é desafiador especialmente em um país desigual como o Brasil, onde tradicionalmente se associa quantidade de recursos com o êxito da ação. E onde se confunde intenção com resultados e discurso com realidade.

Ressalte-se que um país com as carências do Brasil não pode se dar ao luxo de limitar o debate em torno dos investimentos públicos à quantidade — sempre escassa — de recursos. É imprescindível que a eficiência da aplicação seja levada em conta. Do contrário, continuaremos perpetuando histórias de desperdício e pagando indefinidamente um alto preço decorrente da ausência de apreço pelos recursos públicos. Mudar é preciso. Esse é o nosso desafio!

Referências Bibliográficas

- AKERLOF, George. *The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism* in *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3, 1970.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar e CASTRO, Lucia López de. *El Sistema Eléctrico Español — Regulación e Competencia*, Madrid: Montecorvo, 1998.
- ARTHUR ANDERSEN AND ENTERPRISE LSE. *Value for money drivers in the private finance initiative*. Londres: The Treasury Taskforce, 2000.
- BINENBOJM, Gustavo. *Reforma da Lei de Licitações: poderia ser melhor*. Revista. Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, nº. 8, dezembro 2006/ janeiro/fevereiro.
- _____. *Uma Teoria de Direito Administrativo*, Editora Renovar, 2006.
- CHEVALLIER, Jacques, *O Estado Pós-moderno*. Tradução Marçal Justen Filho. Editora Forum. Belo Horizonte. 2009.
- COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Direito e Economia* — tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª Edição — Porto Alegre: Bookman, 2010.
- CORNER, David. *The United Kingdom Private Finance Initiative: The Challenge Of Allocating Risk in OECD Journal on Budgeting* — volume 5 — no. 3
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 19ª ed., Atlas, 2006.
- EUROPEAN COMMISSION. *Guidelines for Successful Public — Private Partnerships*, 2003.
- GUASCH, J. L. Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right. *World Bank Institute Development Studies*, 2004
- GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. “A Repartição de riscos em contratos de Parceria Público-Privada”, *In Revista de Direito Público da Economia* n. 24.
- INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Government guarantees and fiscal risk*, 2005.
- IRWIN, Timothy. *Public money for private infrastructure: deciding when to offer guarantees, output-based subsidies, and other fiscal support*. World Bank Working Papers, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* — 11. Ed. São Paulo: Dialética, 2005.
- _____. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

- LINS, Paulo Meira. *O Novo Modelo das Concessões Rodoviárias Federais* in Revista BNDES Setorial, Setembro de 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 19ª edição Malheiros, São Paulo: 2005.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Riscos, incertezas e concessões de serviço público*. Revista de Direito Público da Economia, v. 20, 2008.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Futuro das Cláusulas Exorbitantes nos Contratos Administrativos*: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XVII. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- NESTER, Alexandre Wagner. *A Variação Cambial e o Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos Administrativos* in *Revista de Direito Público da Economia* n. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- PEREZ, Marcos Augusto. *O Risco no Contrato de Concessão de Serviços Públicos*, Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- PINTO, Marcos Barbosa. *Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas* in Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, jun. 2006
- RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP — Parceria Público-Privada: Fundamentos Econômico-Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SARMENTO, Daniel; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Interesse público v. interesse privado: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *O Direito Administrativo entre os clips e os negócios*. In: Alexandre Santos de Aragão; Floriano de Azevedo Marques Neto. (Org.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. São Paulo: Fórum, 2008.
- TÁCITO, Caio. *O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. Temas de Direito Público*. Vol. I, Renovar, 1997.
- UNITED NATIONS. *Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships*, 2008.

Análise crítica dos mecanismos de prevenção na Lavagem de Dinheiro

ROGERIO BARROS SGANZERLA¹

Introdução:

Este artigo é parte integrante do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado pelo autor, sob orientação do Professor Thiago Bottino do Amaral, como requisito para colação de grau na Escola de Direito do Rio de Janeiro — FGV no ano de 2009. Este trabalho também foi indicado ao prêmio FGV Inovação para melhor trabalho de conclusão de Curso.

O presente tema de estudo originou-se através da pesquisa sobre medidas assecuratórias no processo penal, cujo tema foi proposto pelo Ministério da Justiça em edital no ano de 2009.

Assim, a lavagem de dinheiro torna-se um importante tema na atualidade, pois o Brasil está cada vez mais inserido no contexto do comércio internacional, mostrando-se cada vez mais como um país importante nas trocas mercantis mundiais.

Por isso, é preciso haver uma mudança constante na forma com que se lida com a matéria haja vista que o Direito sempre está atrás da realidade, cabendo a ele, muitas vezes, ajustar-se a elas.

Com relação à lavagem de dinheiro não é diferente. As regulações para os setores estão organizadas de maneiras diversas, o que não é possível para um Estado como o Brasil.

Por isso, visa-se construir uma análise fática e teórica dos fundamentos pertinentes da Lei de Lavagem, seus métodos, usos e aplicações pertinentes.

Assim, o que se expõe é um déficit nas regulações, podendo haver uma melhora nos resultados através de mudanças. Essa melhora é abordada na forma de três assuntos: critério objetivo e subjetivo das regulações, utilizações das comunicações recebidas e procedimentos policiais e judiciais instaurados.

¹ Bacharel em Direito pela Escola de Direito (FGV-RJ), Graduando em Filosofia pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), Mestrando em Direito pela UNESA, Professor Substituto de Prática Penal na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Professor de Atividade Complementar Eletiva na Escola de Direito (FGV-RJ).

Sabendo que as regulações no setor ainda são relativamente recentes, é importante haver críticas, de modo que se possa avançar sobre a matéria e conseguir resultados mais significativos.

Tendo como base esses resultados expostos durante os dez anos de vigência da Lei de Lavagem é que se constroem as presentes críticas e análises, visando a propostas concretas de melhorias e resultados.

2. Aspectos gerais da Lavagem de Dinheiro:

A utilização de capital oriundo de transações ilícitas é a base para as organizações criminosas operarem. Para isso, precisam dar aparência lícita ao capital proveniente do crime, como forma de realizar novas transações, prever sustento ou mesmo ostentação. Utiliza-se a prática da lavagem a fim de realizar estas operações e dar, assim, contorno lícito à origem delituosa.

A Lei n.º 9.613/98 (Lei de Lavagem) criminalizou ações que ocultassem, dissimulassem ou integralizassem valores oriundos do tráfico de drogas e de outros ilícitos previstos na lei. Com efeito, não é qualquer lucro proveniente de crime que é passível de lavagem. Seguindo uma das recomendações da Convenção de Viena, Áustria, ratificada pelo Decreto n.º 154, de 26 de junho de 1991, apenas determinados recursos dão origem a proveitos cuja lavagem é criminosa.

A análise do art. 1º da Lei n.º 9.613 de 03.03.98 pressupõe a abordagem dos aspectos tipológicos que apontam três fases distintas: ocultação, dissimulação e reintegração. Na primeira, o agente adota os atos capazes de afastar os bens, direitos ou valores de sua origem ilícita; na segunda, a da dissimulação, os atos se destinam a impedir ou dificultar o encontro ou a busca dos recursos ilícitos, ou, tão somente, o conhecimento de sua própria ilicitude; na terceira, a fase da reintegração, dá-se a incorporação dos bens, direitos ou valores ao sistema econômico, agora com aparência de origem lícita.

Em relação aos crimes antecedentes, a lei brasileira é bem taxativa, o que não está previsto na recomendação 1 do GAFI (Grupo de Ação Financeira), art. 1º da Lei 9613/98. A relação de crimes antecedentes não limita a repressão da lavagem à ocultação de patrimônio obtido em consequência do narcotráfico, mas também não se assemelha aos sistemas que admitem a existência de lavagem em razão da ocultação de bens oriundos de qualquer tipo de ilícito precedente.

Assim, tendo em vista as práticas utilizadas no mercado visando à ocultação, dissimulação e reintegração de ativos provenientes do crime de lavagem, muito se faz para que se possa diminuir a incidência destas condutas, atuando tanto de forma preventiva, como de forma repressiva.

Há diversos órgãos nacionais e internacionais que editam resoluções e regras na tentativa de melhorar o combate a esse crime. Nacionalmente, o COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) é o órgão centralizador de informações, que atua de forma administrativa, disciplinando, recebendo, examinando e identificando operações suspeitas de atividades ilícitas previstas na Lei de Lavagem. É ele que edita as principais normas para os obrigados do art. 9º da Lei n.º 9.613/98, recolhendo as informações e montando um banco de dados nacional.

Dentre suas atribuições está a de atuar preventivamente a fim de identificar suspeitas de atividades ilícitas de lavagem de dinheiro, devendo comunicar às autoridades competentes para a instauração de procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos em lei, ou de fundados indícios de sua prática.

Além de reunir informações sobre instituições já submetidas à fiscalização de outros órgãos (Sistema Financeiro/BACEN; Seguros/SUSEP; Bolsas/CVM; Fundos de Pensão/SPC), o COAF regula os setores que não possuem órgão supervisor próprio, tais como bingos, imobiliárias, empresas de fomento mercantil, joalherias e lojas que comercializem pedras, metais preciosos, objetos de arte e antiguidades e, ainda, o segmento de loterias e sorteios.

O COAF não tem poderes de investigação e não tem acesso às contas ou investimentos das pessoas. Trata-se de um órgão de prevenção e não de repressão, cuja finalidade é auxiliar as autoridades nos casos de investigação dos crimes financeiros. O COAF edita resoluções obrigando determinadas entidades e instituições a fornecerem informações consideradas relevantes, formando um banco de dados que permite agilidade de resposta e flexibilidade no intercâmbio de informações com autoridades brasileiras e do exterior. A comunicação deverá ser realizada sem que as entidades obrigadas comuniquem aos interessados (*tipping off*), para evitar que eles mudem de instituição, dificultando seu rastreamento, ou retirem os recursos do sistema financeiro.

Esse caráter regulatório pode se dar mediante duas vertentes.

A primeira é geral. Sendo que o poder regulatório é discricionário e propicia o foco em diferentes áreas, pode-se escolher o modo de atuar. Essa investigação geral acontece quando o COAF, ao editar normas, passa a fiscalizar um grupo maior de transações. Ao fazer isso, decide que não importa o valor ilícito que o agente tenha ocultado, dissimulado e/ou reintegrado, mas sim o maior número de pessoas que cometem o ilícito. Analogicamente, seria como usar uma rede com seu feixe de linhas bastante fino. Dessa maneira, ao jogar no mar, o pescador pegaria não só alguns peixes grandes, mas como também vários

peixes pequenos, não sendo a ele importante o seu tamanho, mas sim a quantidade. Um ponto forte desta vertente é que se tem a possibilidade de pegar todos os que infringiram a lei, mas, em contrapartida, com a imensa quantidade de informação investigada, exigiria um elevado custo na seleção de informações realmente ilícitas dentre as diversas realizadas diariamente. Seria como, literalmente, procurar uma agulha no palheiro.

As normas editadas pelo COAF preveem a investigação de transações de baixo valor mercadológico ou mesmo vários tipos diferentes, que deve acabar por inflacionar o número de casos que chegam para a sua análise.

Por outro lado, poderia adotar também uma vertente mais específica. Nela, a regulação se dá através de normas que têm uma abrangência menor que a da vertente anterior, focando-se numa área mais limitada. Neste caso, o que importa é o tamanho do peixe e não a quantidade. As normas, desta forma, teriam foco somente nas transações mais elevadas, não importando as de pequenos valores.

O efeito colateral desta opção de limitação da investigação é que diversas atividades com menor visibilidade deixariam de ser investigadas, gerando impunidade. Porém, focando-se numa determinada faixa mínima de valor ou importância, se estaria regulando e considerando aquelas pessoas que realmente fazem com que o sistema seja prejudicado. Se estas pessoas quisessem passar despercebidas ou fora do radar, seria algo mais custoso, que ensejaria mais encargos à atividade.

Analisando, então, a atuação do COAF e o precedente do STF, verifica-se que a vertente adotada seria a de uma investigação e regulação mais generalista.

Primeiro porque o STF, no RHC 80.816/SP, acolheu a tese de que o tipo não tem como requisito nem o êxito definitivo da ocultação, visado pelo agente, nem o vulto e a complexidade dos exemplos de requintada “engenharia financeira” transnacional, com os quais se ocupa a literatura. Contudo, essa postura pode ser criticada porque se baseia em casos concretos há muito tempo descobertos, estando distantes dos casos reais atuais. Os métodos societários utilizados atualmente com o fim de ocultar, dissimular e reintegrar o ativo ilícito são cada vez mais complexos e longe de serem publicados em quaisquer obras.

Segundo, pois é através de suas regulações que a investigação se baseará, sendo tal legislação formada por um processo político, seja com foco em punir a todo custo todas as pessoas possíveis, seja punir alguns poucos figurões e, em contrapartida, deixar vários pequenos livres.

Tais questões fazem jus à complexidade do tema e não destoam da quantidade de possibilidades de interpretações possíveis que se podem aferir dos dados. Contudo, é preciso maximizar a eficiência de forma a prover maior filtragem nas comunicações recebidas, e assim, melhorar o combate ao crime de Lavagem de Dinheiro.

3. Análise e propostas de aprimoramento:

Utilizando as estatísticas apresentadas nos Relatórios de Atividades do COAF, de 2005 a 2008, disponíveis no próprio site do órgão, pode-se fazer uma análise daquilo que está sendo feito e de como se pode melhorar.

Administrativamente, o COAF exerce papel regulatório sobre vários setores da economia com o fim de prevenir o crime de lavagem de dinheiro.

As normas editadas pelo COAF têm por objeto uma fiscalização mais geral e abrangente e mapeiam fatos e processos que prejudiquem diferentes bens jurídicos potencialmente afetados pela lavagem, tais como a administração da justiça, ordem econômica, saúde ou qualquer outro bem jurídico que venha a ser afetado.

Essa pretensão abrangente gera como consequência um número de casos muito grande sob controle do COAF.

Objetivamente, estão obrigadas a notificar suas atividades: as empresas do ramo imobiliário com transações acima de cem mil reais; as de factoring acima de cinquenta mil reais; as lotéricas acima de dez mil reais; bingos acima de dois mil reais; as de joias no valor de cinco mil reais no varejo e cinquenta mil no industrial, considerando suspeitas as vendas acima de dez mil; as operações em bolsa acima de dez mil reais em espécie; as operações com objetos de arte e antiguidades acima de cinco mil reais e as operações de transferência de numerário acima de cinco mil reais em espécie.

É com base nessas resoluções que o COAF recebe comunicações com o fim de montar o seu banco de dados. O presente trabalho pretende desenvolver três críticas relativas a estas normativas, quais sejam: (i) o caráter objetivo e subjetivo das comunicações; (ii) utilização das comunicações recebidas pelo COAF e (iii) procedimentos policiais e judiciais.

i. Do caráter objetivo e subjetivo das comunicações:

Existem duas formas de tratar as comunicações realizadas pelas pessoas obrigadas pelo art. 9º da Lei n.º 9.613/98*,: a primeira é através de um aspecto subjetivo e a segunda é através de um aspecto objetivo.

O aspecto subjetivo acontece quando os requisitos para comunicação se baseiam na opinião do obrigado, devendo ele decidir, a partir de sua apreciação subjetiva, se é o caso de, diante dos requisitos apresentados, informar ao COAF o ocorrido ou não. Isto é um problema, pois dá abrangência a uma discricionariedade do obrigado e, obviamente, um desinteresse dele em comunicar, tendo em vista a sua maior responsabilidade com seu cliente. Um exemplo seria o

dever de comunicação de pessoas obrigadas do ramo imobiliário em casos com aparente superfaturamento ou subfaturamento do valor do imóvel, incompatível com o patrimônio ou a capacidade financeira presumida dos adquirentes².

O aspecto objetivo acontece quando cabe ao obrigado informar questões que são objetivas e certas, sem necessidade de valoração ou avaliação subjetiva, resultando numa sanção, caso haja o seu descumprimento. Estes requisitos são certos e pontuais, resultando em responsabilidade por parte do obrigado, caso este não comunique a transação. Isto é importante, pois não há juízo de valor neste requisito, sendo uma obrigatoriedade do sujeito informar ao COAF a transação, às vezes até de forma automática, dependendo da capacidade técnica e informática. Um exemplo seria o dever de comunicação de pessoas em casos de transação imobiliária cujo pagamento, igual ou superior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), tenha sido realizado por meio de transferência de recursos do exterior, em especial daqueles oriundos de paraíso fiscal.

De acordo com a Resolução 14, de 23 de outubro de 2006, no que se refere às declarações de transações envolvendo imóveis, encontram-se requisitos objetivos, tais como a obrigação de comunicação de operação com valores superiores a R\$ 100.000,00, realizados por terceiros, de diversas origens ou naturezas, em espécie, cujo comprador tenha sido dono do mesmo imóvel, oriundo de paraísos fiscais e aquelas realizadas por pessoas domiciliadas em cidades fronteiriças. **Dos doze itens, metade é de requisitos objetivos e metade de requisitos subjetivos.** Os subjetivos incluem aparente faturamento ou subfaturamento, incompatibilidade com patrimônio, resistência em facilitar informações, entre outros.

No tocante às empresas de factoring, conforme a Resolução 13, de 30 de setembro de 2009, ficam obrigadas, por meio de aspecto objetivos naquelas transações com valor superior a R\$ 50.000,00 realizadas entre as contrapartes, em praças de fronteiras, com clientes não habituais de outras praças, por meio de mandato, lastreadas em títulos falsos ou negócios simulados e com representantes em localidades consideradas não cooperantes. Como critério subjetivo tem-se as operações que figurem indícios de crime na tentativa de burlar o limite, indução ao erro do funcionário, características envolvendo o crime, entre outras. **Tem-se oito itens objetivos e dez itens subjetivos.**

Naquelas envolvendo premiações e bingos, segundo a Resolução 05, de 02 de julho de 2009, objetivamente tem-se a obrigação, em premiações acima de R\$ 10.000,00, a um portador de um mesmo CPF, num período de 12 meses, com pagamento superior à receita acumulada ou com premiação mensal, trimestral e anual superior a dez, trinta e sessenta mil reais, respectivamente.

2 Disposições 8 e 10 do Anexo da Resolução nº 14, de 23 de outubro de 2006, edita pelo COAF.

Como requisitos subjetivos têm-se como exemplo a desproporcionalidade entre recursos apostados e expectativa de prêmio, aumento de incidência com probabilidade de fechar as combinações possíveis, entre outros. **Totalizando nove itens, seis contêm critérios objetivos.**

Nas operações suspeitas envolvendo joias, pedras e metais preciosos, de acordo com a Resolução 04, de junho de 1999, têm-se como requisitos objetivos: operações com valor superior a dez mil reais realizadas em espécie e por meios de recursos entre contas no exterior. Subjetivos: operações suspeitas perto do limite, com predisposição a não cumprir as regras e quando pode-se configurar um laranja e propostas. **Dos oito itens, cinco têm características objetivas.**

Com relação aos cartões de crédito, conforme a Resolução 06, de 01 de julho de 1999, há 9 requisitos para comunicações, sendo somente **um completamente objetivo** (pedidos habituais de cancelamentos após pagamento da fatura), enquanto os outros oito **são subjetivos.**

Através da Resolução 07, de 15 de setembro de 1999, em operações realizadas em bolsas de mercadorias ou corretores, **dois dos cinco requisitos são subjetivos**, sendo eles: proposta de venda sem que seja conhecida a origem dos recursos e naquelas com valor superior a dez mil reais realizadas em espécie. Logo, **três requisitos são objetivos.**

No setor de objetos de arte, regulado pela Resolução 08, de 15 de setembro de 1999, têm-se como requisitos objetivos: operações acima de R\$ 10.000,00 em espécie e aquelas cujo pagamento seja proposto por meio de transferência de recursos entre contas no exterior. Como requisitos subjetivos, operações que tentem induzir a erros os responsáveis por cadastramento, aquelas em que haja pessoas que tenham possibilidade de configurar testa-de-ferro ou laranja, ou quando as pessoas envolvidas não possuam fundamentos econômicos para realizar as operações dispostas. **Dos oito critérios, dois são objetivos e seis são subjetivos.**

O setor de transferência de numerário, conforme Resolução 10, de 19 de novembro de 2001, possui onze critérios. Destes, **cinco se configuram objetivos, e seis subjetivos.**

No setor de lotéricas e sorteios, de acordo com a Resolução 03, de 04 de junho de 1999, e a Resolução 09, de 05 de dezembro de 200?, **há três requisitos específicos, sendo um objetivo e dois subjetivos.**

Setor	Tipos
Imóveis	6 objetivos — 6 subjetivos
Factoring	8 objetivos — 10 subjetivos
Premiações e Bingos	6 objetivos — 3 subjetivos
Jóias e Metais Preciosos	5 objetivos — 3 subjetivos
Cartões de Crédito	1 objetivo — 8 subjetivos
Bolsas de Mercadorias	3 objetivos — 2 subjetivos
Objetos de Arte	2 objetivos — 6 subjetivos
Transferência de Numerário	5 objetivos — 6 subjetivos
Lotéricas e Sorteios	1 objetivo — 2 subjetivos

Portanto, diante desses dados, o que se nota é que há efetivamente uma baixa quantidade de requisitos objetivos em cada setor, nos quais as pessoas citadas no art. 9º da lei n.º 9.613/98 são obrigadas a prestar obrigação sob penas administrativas.

A maioria dos setores contém uma superioridade de tipos subjetivos. Isso, por um lado, gera uma filtragem anterior nas informações realmente relevantes, somente enviando ao COAF aquelas com algum indício de crime. Por outro lado, leva a um número baixo de comunicações enviadas devido ao caráter intuitivo do obrigado, cabendo a ele fazer o valor sobre o que informar.

O que se tem hoje é um rol com vários conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais que dão incerteza sobre algum significado ou aplicação. Com isso, há obscuridade e amplitude para a discricionariedade de informação. Deve, sim, haver tais normas mais abrangentes, cabendo até a pergunta de punição administrativa no caso de dolo eventual, na omissão de prestação de informações, mas tais pontualidades não devem se tornar maioria ou grande parte dentre todos os requisitos.

Como resultado, o que se conclui é que esses requisitos subjetivos podem ter grande influência no baixo percentual de comunicações utilizadas, processos policiais e judiciais instaurados. Mesmo que ainda não exposto, conforme a Tabela II, levando-se em conta apenas os setores regulados pelo COAF, tem-se somente 5,5% de utilização do total das comunicações recebidas pelo órgão. Nos demais setores que têm regulação própria, este número sobe para 9,5% de utilização.

Ainda assim, esses números são muito baixos, tendo em vista o número de comunicações recebidas. O que se tem que visar é a uma objetividade específica destas comunicações, através de uma regulação mais objetiva, com o fim de se obter mais produtividade.

ii. Utilizações das comunicações recebidas:

Tabela I

Nota explicativa: a tabela trata das comunicações recebidas pelo COAF, identificando o número de comunicações separadas por segmento obrigado a prestar informações. A primeira linha em azul representa a soma dos setores regulados pelo COAF. A segunda representa a soma das comunicações recebidas pelos COAF e reguladas por órgãos próprios. Já a terceira representa especificamente as comunicações recebidas pelo COAF sobre as operações em espécie advindas do Bacen.

Comunicações Recebidas Por Segmento — até 31/07/2009										
	1999 a 2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	TOTAL	
Setores Regulamentados pelo COAF	5.320	869	755	13.747	8.458	11.870	16.602	10.621	68.241	
Bingos	2.454	19	7	0	0	0	0	0	2.480	
Bolsas de Mercadorias	0	0	0	0	0	0	2	0	2	
Cartões de Crédito	101	88	4	3	0	70	96	266	628	
Compra e Venda de Imóveis	2.287	619	630	750	747	1.736	2.766	1.438	10.973	
Factoring	84	1	27	12.892	7.610	8.828	12.462	7.812	49.716	
Jóias, Pedras e Metais Preciosos	9	0	1	0	0	4	23	17	54	

Comunicações Recebidas Por Segmento — até 31/07/2009 (continuação...)										
	1999 a 2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	TOTAL	
Loterias e Sorteios	382	140	84	101	101	197	261	420	1.686	
Objetos de Arte e Antiguidades	1	1	2	0	0	2	0	2	8	
Transfêrência de Numerários	1	1	0	1	0	1.033	992	666	2.694	
Setores com Órgão Regulador Próprio	12.400	6.299	8.295	15.381	14.435	129.706	344.697	1.337.976	1.869.189	
Sistema Financeiro — Operações Atípicas (Bacen)	12.096	5.405	7.086	12.593	10.942	15.842	17.389	11.917	93.270	
Seguros (SUSEP)	275	879	1.169	2.505	3.100	112.856	305.498	1.321.989	1.748.271	
Bolsas (CVM)	20	13	12	178	192	287	821	605	2.128	
Fundos de Pensão (SPC)	9	2	28	105	201	721	20.989	3.465	25.520	
Sistema Financeiro — Operações em Espécie (Bacen)	0	33.358	76.102	129.489	171.107	193.788	284.486	185.450	1.073.780	

Fonte: SISCOAF — Sistema Informatizado do COAF³

3 SISCOAF. (s.d.). *Comunicações Recebidas Por Segmento*. Acesso em 17 de 11 de 2009, disponível em COAF: <https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/estatisticas/comunicacoes-recebidas-por-segmen-to/>

As comunicações acima expostas já demonstram aquilo que será trabalhado à frente: grande parte das comunicações recebidas advém do setor com regulação própria, em especial do Mercado de Seguros e do Sistema Financeiro — Operações em Espécie (Bacen). Os setores regulados pelo COAF, em comparação com os outros setores, enviam menos comunicações.

Tabela II

Nota explicativa: os setores listados representam os mesmos setores da Tabela I. O setor Sistema Financeiro COS — Bacen representa o setor de Operações Atípicas, listado na Tabela I. O setor Sistema Financeiro — COE representa o setor de Operações em Espécie, listado na Tabela I. Os setores sublinhados em vermelho são aqueles que sofrerão análise posterior, igualmente como o número total de comunicações e o percentual total de utilização das comunicações recebidas. Além disso, por não constar no Relatório de Atividades de 2008, o que representam essas utilizações recebidas, não há precisão sobre o que isto se caracteriza. Diferentemente da Tabela I, esta tabela tem como corte a data de 31/12/2008, diferente daquela, que tem como corte a data de 31/07/2009. Por esta razão, notam-se as diferenças de comunicações totais. Aqueles setores regulados pelo COAF estão com letra de cor azul

Percentual de Utilização das comunicações recebidas (até 31/12/2008)			
Setor	Nº de comunicações	Utilização das Comunicações	% Utilização
Cartões de Crédito	362	88	24,3%
Sistema Financeiro COS — Bacen	81.353	18.539	22,8%
Loterias e Sorteios	1.266	197	15,6%
Sistema Financeiro — COE	888.330	114.645	12,9%
Valores Mobiliários — CVM	1.523	15	7,6%
Factoring	41.904	2.365	5,6%
Compra e Venda de Imóveis — COFECI	9.535	482	5,1%
Jóias, Pedras e Metais Preciosos	37	1	2,7%
Bingos	2.480	23	0,9%
Mercado Segurador — SUSEP	426.282	2.957	0,7%
Transferência de Numerários	2.028	6	0,3%
Previdência Complementar — SPC	22.055	25	0,1%
Bolsa de Mercadorias	2	0	0,0%
Objetos de Arte e Antiguidades	6	0	0,0%
Total	1.477.160	139.443	9,4%

Fonte: COAF — RELATÓRIO ATIVIDADES, 2008

Nessa tabela, o que se nota é um ranking dos setores que mais utilizam as comunicações recebidas.

Dos setores em que há regulação do COAF, somente dois se destacam (Cartões de Crédito e Lotéricas). Os demais setores têm utilização inferior a 10% das comunicações.

Nesses dois setores, o que se nota é uma subjetividade nas suas informações, visto que os requisitos subjetivos representam, no setor de Cartões, 8 de 9 requisitos, e no setor de Lotéricas, 2 de 3 requisitos. Como trabalhado anteriormente, há uma filtragem anterior das operações “suspeitas”, podendo fugir à análise alguma transação importante, mas também só chegando ao COAF aquelas que realmente têm algum indício relevante.

Para isso, utilizam-se os dois principais setores que enviam comunicações ao COAF e os dois que mais têm suas comunicações utilizadas como forma de comparação entre as regulações de ambos.

O que se pode notar, a partir do desenho das tabelas acima, é que há uma ineficiência na utilização das informações recebidas. Para demonstrar isso, a análise vai se focar em dois grupos. O primeiro é baseado nos dois primeiros setores que mais fornecem comunicações (Sistema Financeiro COS — BACEN e Mercado Segurador — SUSEP), representando 88,99% do total de comunicações. O segundo grupo se baseia nos dois primeiros setores que mais têm comunicações utilizadas dentro do seu setor (Cartões e Sistema Financeiro COS — BACEN), representando 47,1%.

Esta divisão é meramente instrumental, apenas para efeitos de análise sobre o ponto de vista da ineficiência das utilizações das informações. Embora os setores de cartões de crédito e mercado segurador representem, respectivamente, 1/25 e 1/2 do número de comunicações em relação a seu par dentro do grupo, tal junção em bloco é importante, pois o critério mais relevante é a utilização das comunicações de cada setor.

Esse critério, como vai ser visto mais à frente, tende a demonstrar o quanto das informações é utilizado, mostrando quais os setores que oferecem comunicações mais eficientes. Contudo, não há no Relatório de Atividades de 2008, fornecido pelo COAF, o teor desta utilização, nem exatamente como esta comunicação é utilizada. Não obstante a forma de utilização seja desconhecida, não há uma grande relevância na diferença entre uma informação utilizada e uma informação não utilizada, sendo esta última ineficaz para os fins aos quais o COAF propõe.

Sendo assim, o Sistema Financeiro — COE e o Mercado Segurador — SUSEP representam 88,99%⁽¹⁾ das comunicações recebidas pelo COAF até 2008. Contando as comunicações recebidas até 31.07.09, conforme Tabela I, estes dois setores aumentam seu percentual para 93,71% do total de comunicações recebidas pelo COAF. Além disso, o percentual de utilização das comunicações destes dois setores representam 84,33%⁽²⁾ do total de comunicações utilizadas. Ou seja, um grupo de setores que representa 88,99% das comunicações recebidas, tem 13,6% de utilização de suas comunicações.

Por outro lado, os setores de Cartões de Crédito e Sistema Financeiro COS — BACEN representam 5,53%⁽³⁾ das comunicações recebidas pelo COAF até 2008. Contando as comunicações recebidas até 31.07.09, conforme Tabela I, estes dois setores diminuem seu percentual para 3,11% do total de comunicações recebidas pelo COAF. Além disso, as comunicações utilizadas destes dois setores representam 13,35%⁽⁴⁾ do total de comunicações utilizadas. Ou seja, um grupo de setores que representa 5,53% do total de comunicações recebidas, tem 47,1% de utilização de suas comunicações.

Comparando esses dois blocos de setores, SUSEP/COE e Cartões/COS, o que vemos é que o primeiro bloco, que representa 88,99% das comunicações recebidas pelo COAF, tem 13,6% das comunicações utilizadas, enquanto o segundo bloco, que representa 5,53% das comunicações recebidas pelo COAF, tem 47,10% das comunicações utilizadas.

O que acontece é uma regulação que inverte os valores. Como visto anteriormente, há duas possibilidades de regulação: uma mais específica, que se presta a ter uma regulação mais centralizada, limitada a uma abrangência menor, e outra mais generalista, que tenta buscar o maior número de condutas possível.

Buscando uma regulação mais genérica, o que se nota é um número irrisório de comunicações utilizadas do Mercado Segurador — SUSEP. Por outro lado, o setor de cartões de crédito possui um número de 362 comunicações, mas com 24,3% de utilização. Ambos os setores atuam de forma extrema. O primeiro é regulado de forma a mandar muitas informações ao COAF, que, abarrotado de comunicações, somente utiliza um número ínfimo. Já o segundo é regulado de maneira a comunicar poucas informações, mas que são de extrema utilidade para o COAF.

Além disso, o setor Sistema Financeiro — COE, que representa 60% do número de comunicações, tem 12,9% de utilização de suas comunicações, que representam 82,21% do total de comunicações utilizadas. Este setor representa a maioria das comunicações recebidas e utilizadas pelo COAF, mas seu setor aproveita razoavelmente suas próprias comunicações. Isso demonstra que, para o COAF, este setor é muito importante, pois representa grande parte das comunicações que são utilizadas por ele, mas sua regulação acaba sendo pouco produtiva.

Há, então, duas metas possíveis tomando por base a eficiência dos setores: (i) seguir o número menor de comunicações, como adotado pelo setor de Cartões de Crédito e Sistema Financeiro COS — BACEN, porém eficiente, frisando numa área específica de eficiência, tornando os outros setores baseados em requisitos subjetivos que realmente possam gerar comunicações utilizáveis, ou (ii) aumentar as regulações destes dois setores de modo a gerar um número maior de comunicações, haja vista a importância deles para a prevenção do crime de Lavagem de Dinheiro.

Ambos os lados têm argumentos, mas se baseiam em fatos empíricos e hipóteses que precisam ser testadas largamente. O principal é mudar os requisitos dos setores do Mercado Segurador e do Sistema Financeiro — COE, de modo que as utilizações de suas comunicações se tornem mais eficientes e produtivas.

iii. Procedimentos policiais e judiciais:

O Relatório de Atividades de 2005 do COAF mostra dados referentes ao número de procedimentos policiais e judiciais instaurados a partir de informações recebidas ou obtidas pelo órgão.

Conforme se vê nas tabelas abaixo inseridas, apresentam-se os números de processos até 2005.

Tabela IV – Quantidade Anual de Procedimentos Instaurados

Nota explicativa: os dados utilizados são até o ano de 2005, tendo em vista que somente o Relatório de Atividades de 2005 possui dados sobre o número de inquéritos, ações penais, total de réus e total de réus condenados. Além disso, os dados até 2005 representam um acumulado desde o ano de 1998, data de criação da Lei de Lavagem, tendo o número de processos instaurados com base em informações provenientes do COAF.	
	Até 2005
Inquéritos policiais	998 ⁽²⁾
Ações Penais	171 ⁽³⁾
Total de Réus	1.973 ⁽⁵⁾
Total de Réus Condenados	361 ⁽⁴⁾

Fonte: Relatório Atividades, 2005.

A partir da Tabela IV, o que se pode aferir é que, até 2005, foram instaurados 998⁽²⁾ inquéritos policiais com 171⁽³⁾ ações penais (17,13% de aproveitamento de inquéritos), totalizando 361⁽⁴⁾ réus condenados de 1.973⁽⁵⁾ denunciados (18,29% de condenações).

Esse número de procedimentos policiais e judiciais poderia ser maior se houvesse uma melhor regulação do setor.

Diz-se isso, pois, tomando como base os dados fornecidos anteriormente, tem-se uma utilização de 9,4% das comunicações recebidas. Esta utilização resultou em procedimentos policiais e judiciais, além de pedidos de cooperações, sejam nacionais ou internacionais.

No caso do setor de cartões de crédito, seus critérios de regulação são altamente subjetivos. Esta forma explica os resultados encontrados na análise: (i) o baixo número de comunicações recebidas e (ii) o alto número de comunicações utilizadas.

Ambas as consequências derivam do substancial subjetivismo dos requisitos. Um administrador desse setor, ciente desses critérios, só irá comunicar

aquilo que tiver “suspeita” ou quando houver “alta concentração sem causa aparente”, cabendo a ele enviar tais informações. Por um lado, cria um subjetivismo, mas por outro, cria uma filtragem por parte do obrigado, que só irá enviar informações que tenham algum tipo de “indício” e não qualquer transação, somente por ultrapassar determinado valor.

Esse tipo de análise ajuda o COAF, visto que já traz a ele comunicações com possibilidade real de serem utilizadas, não ficando a seu cargo fazer uma filtragem daquilo que realmente importa.

Contudo, ao se adotar esse critério de subjetividade em todas as comunicações, como já acontece, o que se tem é uma baixa utilização de apenas 9,4%.

Ao tratarmos somente dos setores que o COAF regulamenta, somente o setor de cartões de crédito tem uma maior utilização de suas comunicações. O restante dos setores obrigados, mas com regulação própria do setor, enviam bastantes comunicações.

Então, o que se pode concluir é que não basta haver maior ou menor subjetivismo na regulamentação do setor, porém um caráter objetivo específico, fazendo com que o setor seja obrigado a enviar comunicações de transações independentemente de sua vontade, mas somente daquelas que realmente interessam, de uma faixa, proveniência ou forma específica.

Como exemplo do exposto, citamos novamente o modelo do feixe de pesca. O que há para o setor de cartões de crédito é um feixe grande, no qual passam peixes menores, ficando somente os maiores, levando a um cuidado posterior de especificar, dentre os maiores, aqueles que realmente importam. Nos setores com regulação própria, há a utilização de um feixe pequeno, no qual ficam todos os peixes possíveis, sem, contudo, ter um cuidado de especificar quais seriam os peixes que realmente importam, ficando a cargo do órgão peneirar os peixes que poderão ser utilizados.

O que poderia haver, como já exposto, seria a atuação em uma área específica de eficiência, tornando os outros setores baseados em requisitos subjetivos que realmente possam gerar comunicações utilizáveis, ou aumentar as regulações de todos os setores de modo a gerar um número maior de comunicações eficientes.

Como a primeira opção é a adotada hoje pelos órgãos, através de uma regulação subjetiva, cujo resultado é de 9,4% de utilização de comunicações, uma alternativa seria a mudança do restante para uma regulação objetiva específica, na qual o feixe de peixe seria pequeno, ficando preso à rede um grande número de comunicações, mas somente sendo reportadas, através de novas regulamentações, aquelas específicas e que possam ser utilizadas.

Assim, se poderia focar naquilo que realmente é utilizado e resulta em inquéritos policiais e judiciais. Além disso, com o número de 9,4% de utilização das comunicações, o que se percebe-se que estes critérios poderiam ser melhorados, cabendo tal alteração a uma melhoria na percepção global de enquadramento, passando de formas mais gerais, para específicas.

No tocante às diretivas internacionais, vê-se que a legislação brasileira tem um histórico muito bom de recepção de diretivas internacionais, participando dos principais tratados internacionais e convenções que coíbem o crime.

As resoluções editadas pelo GAFI têm grande receptividade no Brasil. A recomendação 1 do GAFI, que sugere uma tipificação mais abrangente do crime antecedente, até agora não foi adota. Entretanto, o PL 3.443/08, como citado acima, propõe a alteração do caput do art. 1º da Lei de Lavagem de forma a abranger qualquer infração penal como crime antecedente, podendo aí incorporar diversos crimes.

Mais ainda, diversas recomendações foram incorporadas ao ordenamento, tanto através de resoluções do COAF ou Banco Central, quanto através de legislação ordinária. As nove recomendações especiais do GAFI, editadas em 2004, tratam especificamente do terrorismo e seu financiamento.

A tipificação da conduta exposta no art. 1º, inciso II, da Lei de Lavagem, conforme demonstrado anteriormente, não foi incorporado pelo ordenamento brasileiro, mesmo tendo o Brasil assinado Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo. Logo, ainda necessita de regulação ordinária, além de incorporação das regras previstas nas nove recomendações especiais do GAFI.

Em especial, frisa-se sobre a Recomendação 3, daquelas editadas em 2004, que sugerem uma implementação de medidas para congelar, sem atrasos, fundos e rendas de terroristas ou de quem os financia. É preciso haver uma proporcionalidade no momento de elaboração da norma ou na sua aplicação de modo a não haver injustiças ou arbitrariedades.

É claro que é preciso haver uma repressão sobre esses grupos terroristas, ainda mais quando se trata em ativismos contra a população em nome de um “ideal maior”. Porém, não se devem quebrar direitos com base na justificativa de que a segurança é o bem mais importante, visto que é justamente em situações de risco que os direitos fundamentais devem ser resguardados.

Hoje em dia, com diversos seriados, filmes e pressões internacionais, a punição tornou-se o argumento a fim de prevenir. Contudo, como já exposto anteriormente, não adianta reprimir se a prevenção é ineficaz, seja através das fronteiras, contas, movimentação de ativos, entre outros.

No Brasil, o COAF e o DRCI possuem acordos bilaterais ou multilaterais com vários países, entre eles, EUA, Argentina, Uruguai, Paraguai, Colômbia, França, Itália, Portugal, Suíça, Coréia do Sul, Peru, Líbano e Ucrânia. São estes tratados que possibilitam a troca de informações em relação à fraude fiscal e facilitam a repatriação do dinheiro de origem ilícita.

Há uma tentativa de interação global de modo a remover etapas numa sociedade cada vez mais ágil em meio à tecnologia. Isso tem custos, muitas vezes altos, mas que precisam outras vezes ser repensados, tendo em vista os objetivos do país, sejam eles resguardar uma democracia com seus direitos fundamentais, sejam a garantia da segurança coletiva, cada vez atuando de modo repressivo, extinguindo aos poucos com a democracia e suas liberdades individuais.

4. Conclusão:

Diante de todas as análises feitas pelo presente estudo, tendo como base as estatísticas obtidas junto aos Relatórios de Atividades do COAF, podem-se aferir algumas ineficiências administrativas no uso e formulação das regras de comunicações das pessoas obrigadas pelo art. 9º da Lei n.º 9.613/98.

Com o fim de melhorar tal desempenho, não adianta a formulação de novas regras sem foco específico ou focando sobre aspectos errados, criando novos obrigados e pessoas obrigadas a prestar comunicações, tratar toda e qualquer infração como crime antecedente do crime de lavagem, seguir ou não as normas internacionais a dedo ou, simplesmente, criar milhões de cargos achando que poderá usar-se de toda e qualquer informação recebida para o fim da criminalização da lavagem.

O verdadeiro foco, ao entender particular, num primeiro momento, deveria ser a administração interna com ênfase na elaboração de normas sobre a sua utilização em procedimentos policiais e judiciais. Não adianta receber comunicações sobre diversas áreas, sendo que aquelas que realmente interessam são subutilizadas ou passam despercebidas. Focar nos setores que geram efetivamente uma demanda maior por resultados nada mais é que gerar eficiência, algo que não está claro até o momento.

Esse foco se daria como um exemplo e algo a se copiar. Como visto, os setores regulados pelo COAF que mais têm utilização são aqueles com regras subjetivas, mas com características específicas sobre o que se quer filtrar. Outras regras, como as dos Bancos com operações em espécie, possuem normas muito abrangentes, com um corte nas transações muito baixo. Dessa maneira, diversas operações serão reportadas, muitas inúteis, precisando ainda ser filtradas,

inchando o órgão de informações que não tem uma praticidade com relação à lavagem de dinheiro.

Além disso, quando se diz que o ideal é uma postura mais objetiva específica, propõe-se terem normas com características diretas, de modo que não haja obscuridade por trás da regulação. Uma forma específica ajudaria a focar realmente no que se propõe, o objetivo principal sobre aquele que se quer pegar.

A diferença entre um corte em operações de cinco mil reais e quinze mil reais é somente o valor. Pessoas que realizavam operações com quatro mil reais vão continuar a realizar operações com quatorze mil reais. O que muda é que a faixa irá frisar uma especificidade de operações, aquelas menos engenhosas e que geram mais custos. Aqueles que fazem armações ambiciosas serão difíceis de encontrar, mas é possível encontrar aqueles que não se importam ou têm menos cuidados com isso.

Contudo, se uma alternativa diferente for tomada, aumentando o corte e propiciando que novos atores e operações sejam reportados ao COAF, o resultado será mais comunicações ao órgão. Aquelas que não estavam sendo abrangidas, agora serão reportadas. Isso sempre acontecerá, aumentando em números exponenciais as comunicações recebidas.

O critério, então, baseando-se em uma forma mais objetiva, tentaria maximizar as áreas específicas a dar-se ênfase. Hoje, há um caráter subjetivo generalista, no qual as comunicações recebidas têm utilização baixa, o que reflete no número de procedimentos, sejam policiais ou judiciais.

Caso se queira mudar, isso não pode vir a todo custo, primeiro porque o problema é interno e administrativo e segundo porque não adianta punir mais e de um modo severo quebrando garantias fundamentais e direitos constitucionais.

A primeira razão, como já analisado durante o trabalho, advém de regulações redigidas de modo abrangente que acabam por ser um dos fatores que implicam na baixa utilização das comunicações, gerando ineficiência administrativa policial e judiciária.

A segunda razão é uma tendência brasileira dos últimos anos e que a cada dia se faz crescente: penas e leis mais severas como forma de acabar com os crimes. Não é através de leis e penas que se protege a sociedade de crimes, mas sim de uma fiscalização mais adequada.

Nesse caso não seria diferente. Fiscalizar e fazer normas mais ajustadas ao padrão, através de estudos técnicos e referências, com certeza é muito mais produtivo que gerar mais processos com o fim de punir mais. Ninguém será punido se não for pego, tornando a lei inepta e ineficiente, tomando por base sua finalidade.

Além disso, necessário seria fazer uma melhora no controle das informações que são recebidas. O COAF é um órgão centralizador de informações, devendo a ele fazer um banco de dados e cruzar as diversas operações, semelhante ao que ocorre com a Receita Federal.

Para isso o incentivo à melhora deve ser feito na parte de elaboração de normas e controle das comunicações. Desta forma, os resultados serão maiores, melhores e mais eficientes.

Bibliografia

- ALVES, Daniel. **Estudo de casos práticos da utilização ilícita de off-shores**. s.d.
- BARROS, Marco Antonio de. “Lavagem” de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98. São Paulo: RT, 2004.
- BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98**. São Paulo: RT, 2007.
- BONFIM, Márcia Monassi Mougénot, BONFIM, Edilson Mougénot. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- CALLEGARI, André Luís. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais da Lei n.º 9.613/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- CASTELLAR, João Carlos. **Lavagem de dinheiro — A questão do bem jurídico**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- GARCIA, Hamílcar de. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Delta S.A., vol. IV, 1968.
- MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro: lavagem de ativos provenientes do crime. Anotações às disposições criminais da Lei n.º 9.613/98**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2006.
- OLIVEIRA, William Terra de, CERVINO, Raúl, GOMES, Luiz Flávio, **Lei de Lavagem de Capitais**. São Paulo: RT, 1998.
- PINTO, Edson. **Lavagem de dinheiro e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007.
- PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente**. São Paulo: RT, 2003.
- PRADO, Luiz Régis. **Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais**. São Paulo: RT, 2007.

SISCOAF. (s.d). **Comunicações recebidas por segmento**. Acesso em 17 de novembro de 2009, disponível em COAF: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/estatisticas/comunicacoes-recebidas-por-segmento/>

TÓRTIMA, Fernanda Lara. **Imputação do Crime de Lavagem de Capitais ao Autor do Crime Antecedente**, s.d.

VILARDI, Celso Sanchez. O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. RT, vol. 74, março-abril de 2004.

