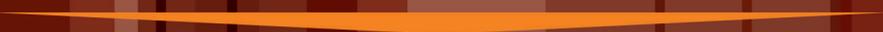


REVISTA DA ESDM



Staff da Revista da ESDM

Diretor Geral da ESDM : Alexandre Marder

Diretora Editorial (Editora-Chefe): Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira

Diretora Institucional: Alexandra Cristina Giacomet Pezzi

Diretoria de Comunicação: Carin Prediger, Márcia Rosa de Lima e André Santos Chaves

Integrantes do Conselho Editorial

Alexandra Cristina Giacomet Pezzi (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Alexandre Marder (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Aloisio Cristovam dos Santos Junior (Centro Universitário da Bahia - Simões Filho, BA, Brasil)

André Santos Chaves (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Arícia Fernandes (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Arthur Maria Ferreira Neto (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, RS, Brasil)

Carlos Augusto Silva (Universidade Federal do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Carolina Cardoso Guimarães Lisboa (Centro Universitário de Brasília - Brasília, DF, Brasil)

Cintia Estefania Fernandes (Procuradoria Geral do Município de Curitiba - Curitiba, PR, Brasil)

Cláudio Fortunato Michelon Jr. (University of Edinburgh - Escócia)

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira (Procuradoria-Geral do Município - Porto Alegre, RS, Brasil)

Daniela Silva Fontoura de Barcellos (Universidade Federal do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Francisco Bertino Bezerra de Carvalho (Universidade Federal da Bahia - Salvador, BA, Brasil)

José Sérgio da Silva Cristóvam (Universidade Federal de Santa Catarina - Florianópolis, SC, Brasil)

Leandro Martins Zanitelli (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG, Brasil)

Luciôla Maria de Aquino Cabral (Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza - Fortaleza, CE, Brasil)

Luiz Gustavo Levate (Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte - Belo Horizonte, MG, Brasil)

Luiz Henrique Antunes Alochio (Universidade Federal do Espírito Santo - Vila Velha, ES - Brasil)

Marcelo Sampaio Siqueira (Centro Universitário 7 de Setembro - Fortaleza, CE, Brasil)

Márcia Rosa de Lima (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre aposentada - Porto Alegre, RS, Brasil)

Márcio Augusto Vasconcelos Diniz (Faculdade de Direito, UFC - Fortaleza, CE, Brasil)

Marco Ruotolo (Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre - Itália)

Maren Guimarães Taborda (Fundação Escola Superior do Ministério Público do RGS - Porto Alegre, RS, Brasil)

Raffaele de Giorgi (Università del Salento - Itália)

Rodrigo Brandão (Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Vanêscia Buzelato Preste (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre aposentada - Porto Alegre, RS, Brasil)

Vanice Regina Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Vasco Manuel Pereira da Silva (Universidade de Lisboa - Portugal)

Hamilton da Cunha Iribure Júnior (Faculdade de Direito do Sul de Minas - Pouso Alegre, MG, Brasil)

Pareceristas

André Luís Bergamaschi (São Paulo, SP, Brasil)

André Santos Chaves (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Andrea Teichmann Vizzotto (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre aposentada - Porto Alegre, RS, Brasil)

Cila Maria Jardim (Araraquara, SP, Brasil)

Cintia Estefania Fernandes (Procuradoria-Geral do Município de Curitiba - Curitiba, PR, Brasil)

Luciôla Maria de Aquino Cabral (Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza - Fortaleza, CE, Brasil)

Jorge Luiz Oliveira dos Santos (Belém, PA, Brasil)

José Fernando Ferreira Brega (Procurador ia-Geral do Município de São Paulo - São Paulo, SP, Brasil)

Gabriela Lema Icasuriaga (Universidade Federal do Rio de Janeiro - RJ, Brasil)

Marcelo Sampaio Siqueira (Centro Universitário 7 de Setembro - Fortaleza, CE, Brasil)

Márcia Rosa de Lima (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre aposentada - Porto Alegre, RS, Brasil)

Maren Guimarães Taborda (Fundação Escola Superior do Ministério Público do RGS - Porto Alegre, RS, Brasil)

Rachel Lopes Queiroz Chacur (Universidade Federal de São Paulo, Unifesp - São Paulo, SP, Brasil)

Romualdo Baptista dos Santos (Procuradoria Geral do Estado de São Paulo - São Paulo, SP, Brasil)

Vanêscia Buzelato Preste (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre aposentada - Porto Alegre, RS, Brasil)

Vitor Tadeu Carramão Mello (Procuradoria da Fazenda Nacional - Niterói, RJ, Brasil)

Editoração

Amanda Costa Moreira Teixeira

Ficha catalográfica

Revista da ESDM [recurso eletrônico] / Fundação Escola Superior de Direito Municipal – Vol. 8, n. 15 (2022) - .
Porto Alegre: ESDM, 2015 -

Semestral

ISSN online 2595-7589

Editora responsável Cristiane C. Fagundes de Oliveira

1. Direito - Periódicos. 2. Direito Municipal. I. Fundação Escola Superior de Direito Municipal - ESDM. II. Título.

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Caroline Silveira Sarmento – CRB10/2240

Rua Siqueira Campos, 1184/ sala 909
CEP: 90010-001 - Centro Histórico - Porto Alegre - RS - Brasil
<http://revista.esdm.com.br/index.php/esdm>
revista@esdm.com.br
(51) 3212.2778/99752.0521

| | |
|---|-----------|
| Apresentação..... | 5 |
| OS BENEFÍCIOS E OS DESAFIOS NA UTILIZAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL Bruna Ohana Silva Brito, Giovanna Oliveira Felício e Anne Herecleia de Brito e Silva | 7 |
| DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO PLANEJAMENTO URBANO DURANTE A PANDEMIA Tasso Jardel Vilande e Guilherme Luizão Marques..... | 19 |
| A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE E SUA TUTELA COLETIVA PARTICI- PATIVA Cassio Alberto Arend e Oscar Aloisio Lehmann Rabuske | 29 |
| GOVERNO DIGITAL E CONTROLE SOCIAL DOS ORÇAMENTOS MUNICIPAIS José Luiz de Moura Faleiros Júnior | 45 |
| MUDANDO O RUMO: QUESTÃO FUNDIÁRIA, MORADIA E CRISE SANITÁRIA Gabriela Maria Lema Icasuriaga e Natália Coelho de Oliveira | 69 |
| QUESTÕES AMBIENTAIS E O USO DOS ESPAÇOS PÚBLICOS PELAS RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA - CASE PORTO ALEGRE, RS, BRASIL Vladimir Stolzenberg Torres e Juliano Gomes de Carvalho | 86 |
| A SOLIDARIEDADE NO DIREITO À SAÚDE VISTA PELOS TRIBUNAIS GAÚCHOS APÓS O JULGAMENTO DO TEMA 793 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Gustavo da Silva Santanna e Felipe Scalabrin | 98 |

Apresentação

A *Revista da ESDM* é um periódico científico semestral que reúne artigos produzidos por procuradores municipais, professores e pesquisadores, com a presença de autores mestres e doutores, com a missão promover o aprimoramento dos estudos na área do Direito, especialmente na área do Direito Público Municipal. A revista oferece acesso livre imediato ao seu conteúdo, seguindo o princípio de que disponibilizar gratuitamente o conhecimento científico ao público e proporcionar maior democratização mundial do conhecimento.

Os textos reunidos nesta 15ª edição abordam temas atuais, como o impacto das políticas públicas em tempos de pandemia, além de explorar a busca pela transparência nos atos da administração pública, a participação social e o uso de tecnologia em audiências públicas, bem como apresenta análise de fundamentos jurídicos, trazendo conteúdos sobre: licitações, gestão democrática, função socioambiental da propriedade, audiências públicas sobre leis orçamentárias, aspectos histórico-estruturais da habitação, direitos fundamentais e judicialização do direito à saúde.

No artigo “Os Benefícios e os Desafios na Utilização do Pregão Eletrônico na Administração Pública Municipal”, *Bruna Ohana Silva Brito, Giovanna Oliveira Felício e Anne Herecleia de Brito e Silva* apresentam os principais fundamentos principiológicos da utilização do pregão eletrônico dentro do Direito Administrativo, bem como o arcabouço legislativo que lhe dá fundamento. Tema que se reveste de relevância para as Procuradorias Municipais, além de motivar a Administração Pública a exercer boas práticas.

Tasso Jardele Vilande e Guilherme Luizão Marques relatam o rito legislativo que culminou na modificação do Plano Diretor do Município de Araquari (SC) durante a pandemia da COVID-19. O artigo “Democracia Participativa no Planejamento Urbano Durante a Pandemia” reflete sobre os mecanismos utilizados ao longo do processo, evidenciando a realidade da participação popular local diante da gestão da política urbana municipal

A edição tem sequência com o artigo “A Função Socioambiental da Propriedade e sua Tutela Coletiva Participativa” de *Cassio Alberto Arend e Oscar Aloisio Lehmann Rabuske*. O texto propõe uma discussão contemporânea sobre a questão do bem comum e reflete sobre a premissa teórico-jurídica moderna de propriedade privada e da soberania estatal na estipulação da regulação social e no julgamento dos seus conflitos, trazendo referências interdisciplinares.

A reflexão proposta por *José Luiz de Moura Faleiros Júnior*, no texto “Governo digital e controle so to mais específico e atual, que é a participação pelos meios digitais. O autor aborda pontos importantes, como a necessidade da segurança da participação digital nas audiências públicas e as limitações do acesso à internet e à educação digital.

Dando sequência a edição, *Maria Lema Icasuriaga e Natália Coelho de Oliveira*, em “Mudando o Rumo: questão fundiária, moradia e crise sanitária”, realizam uma análise do

assunto atualíssimo e com pouca doutrina, sobre a preocupação com a moradia em tempos de pandemia e o impacto das políticas públicas em tempos de crise. As autoras enfatizam a necessidade urgente de uma mudança de rumo no enfrentamento da questão fundiária e habitacional no contexto de aprofundamento da mercadorização da vida que afeta os setores sociais historicamente vulnerabilizados.

“Questões Ambientais e o Uso dos Espaços Públicos pelas religiões de matriz africana - CASE Porto Alegre, RS, Brasil” é o assunto abordado no artigo de *Vladimir Stolzenberg Torres e Juliano Gomes de Carvalho*. Os autores analisam, com subsídio teórico atualizado, uma questão pouco explorada e necessária para pacificar os direitos da temática sobre liberdade religiosa, além de refletir se ela é, de fato, compreendida pela sociedade. A partir da pesquisa e da análise dos fatos, os autores observam o tema à luz do Direito e das compreensões ambientais que o assunto abrange.

Fechando a edição, em “A solidariedade no direito à saúde vista pelos tribunais gaúchos após o julgamento do tema 793 pelo Supremo Tribunal Federal” traz para debate um tema excelente para o momento atual brasileiro. Ao longo do texto, *Gustavo da Silva Santanna e Felipe Scalabrin* avaliam algumas decisões produzidas no estado do Rio Grande do Sul e propõem uma observação do direito através da realidade do Judiciário, não teórica, mas prática através das decisões.

Assim, os textos que integram a edição auxiliam a refletir sobre temas diversos presentes na esfera social, administrativa e jurídica, ressaltando a realidade, os desafios municipais, o caminho percorrido, as alternativas criadas, além de apontar mudança necessárias para seu enfrentamento. Com a publicação da edição, esperamos que esta obra possa contribuir para a visibilidade e fortalecimento da pesquisa e do desenvolvimento científico, por meio do diálogo e das relações com o campo do Direito Municipal.

Atualmente, a *Revista da ESDM* está indexada nas seguintes bases de dados, que cooperam na divulgação do material: LATINDEX; Base de dados da Rede Virtual de Bibliotecas Congresso Nacional - RVBI; Sumários de Revistas Brasileiras (Sumários.org); Diadorim.

Nossos agradecimentos aos que contribuíram com mais esta edição. Aos autores que submeteram seus trabalhos e aos pareceristas pela significativa colaboração prestada.

Aos leitores, em nome de todos os autores, desejamos uma boa leitura.

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira

Diretora Editorial da Revista da ESDM

Procuradora Municipal de Porto Alegre

OS BENEFÍCIOS E OS DESAFIOS NA UTILIZAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL

The Benefits and Challenges Faced in the Use of Electronic Bidding in the Scope of Municipal Public Administration

Bruna Ohana Silva Brito

Graduada em Direito pela Cristo Faculdade do Piauí (CHRISFAPI). Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal. Pós-graduada em Docência do Ensino Superior. Pós-graduada em Gestão Pública com ênfase em Licitações e Contratos Administrativos. Pós-graduada em Direito Administrativo e Constitucional. Advogada (PI, Brasil).

Giovanna Oliveira Felício

Graduação em Administração pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Diretora do departamento pessoal da Prefeitura Municipal de Domingos Mourão (PI, Brasil). Professora mediadora do curso concomitante de Técnico em Secretariado – SEDUC/PI. Graduada do curso de Direito da CHRISFAPI. Pós-graduada em Docência do Ensino Superior - UNICESUMAR.

Anne Herecleia de Brito e Silva

Mestra em Gestão Estratégica das Organizações-Gestão Pública pela FEAD. Acadêmica do Curso Bacharelado em Direito pela CHRISFAPI. Graduação em Licenciatura Plena em Ciências Biológicas pela Universidade Estadual do Piauí (UFPI) e em Psicologia pela Faculdade de Ciências Médicas. Professora no Cristo Faculdade do Piauí e psicóloga do Educandário Cristo (PI, Brasil). Pós-graduada em Psicologia da Educação pela UFPI. Pós-graduada em Psicopedagogia Clínica e Institucional e em Docência Superior pela CHRISFAPI.

Resumo

O presente artigo teve como tema os benefícios e os desafios enfrentados na utilização do pregão eletrônico no âmbito da administração pública municipal. Na busca pela transparência nos atos da administração pública, de tal modo a modalidade de licitação chamada pregão, mira à transparência, agilidade e eficiência do procedimento de compra entre órgãos públicos e fornecedores sendo significativo o conhecimento em relação aos seus preceitos gerais, leis e regulamentos. Há dois tipos de pregão, o presencial e o eletrônico, e conforme a Instrução Normativa 206 de 2019, foram estabelecidos prazos para que órgãos da administração pública federal direta, autarquias, fundações, fundos especiais, e no âmbito municipal utilizem obrigatoriamente a forma eletrônica, quando estes executarem recursos advindos da União. Assim, o questionamento desta pesquisa é: Como o pregão eletrônico pode beneficiar a administração pública municipal e quais desafios norteiam a utilização dessa modalidade licitatória? Este estudo busca trazer relevantes contribuições no que tange as contratações públicas municipais através do pregão eletrônico. Portanto, o objetivo geral é analisar os benefícios e os desafios enfrentados pelos municípios na utilização do pregão eletrônico. De modo específico, os objetivos são: fazer considerações acerca das licitações públicas, compreender as diferenças entre pregão presencial e eletrônico e analisar as inovações trazidas pelas legislações acerca do pregão. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, a partir de uma análise de pesquisa qualitativa. Utilizou-se como fonte de pesquisa, artigos científicos e livros recentes, bem como das legislações existentes correlatas ao assunto.

Palavras-chave: Licitações. Administração Pública Municipal. Pregão Eletrônico.

Abstract

This article had as its theme the benefits and challenges faced in the use of electronic bidding in the scope of municipal public administration. In the search for transparency in the acts of public administration, in such a way, the bidding modality called "pregão", aims at the transparency, agility and efficiency of the purchasing procedure between public agencies and suppliers, with significant knowledge regarding its general precepts, laws and regulations. There are two types of auction, in person and electronic, and according to Normative Instruction 206 of 2019, deadlines have been established for bodies of the direct federal public administration, autarchies, foundations, special funds, and at the municipal level to use the electronic form obligatorily, when they execute resources coming from the Union. Thus, the question of this research is: How the electronic auction can benefit the municipal public administration and what challenges guide the use of this bidding modality? This study seeks to bring relevant contributions regarding municipal public contracts through the electronic auction. Therefore, the general objective is to analyze the benefits and challenges faced by municipalities in the use of electronic bidding. Specifically, the objectives are: to make considerations about public tenders, to understand the differences between on-site and electronic auctions and to analyze the innovations brought about by the legislation on the auction. The methodology used was the literature review, from a qualitative research approach. Scientific articles and recent books were used as a source of research, as well as existing legislation related to the subject.

Keywords: Bids. Municipal Public Administration. Electronic Auction.

Sumário

1. Introdução; 2. Licitações Públicas; 3. Pregão: presencial e eletrônico; 4. Benefícios e Desafios da Utilização do Pregão Eletrônico na Administração Pública Municipal; 5. Considerações Finais; Referências

1. INTRODUÇÃO

A administração pública brasileira está marcada pela escassez de recursos financeiros, portanto, é cada vez maior a preocupação dos gestores públicos em atender as demandas da sociedade, tendo responsabilidade ao gerir os gastos públicos. É de grande importância para o governo, a transparência dos procedimentos e o emprego dos recursos, portanto, alguns valores morais, como ética e responsabilidade, devem garantir a eficiência e a eficácia na utilização dos bens públicos da sociedade. É preciso governar de maneira estável, para isso, a administração pública sujeita-se a utilizar um nível alto de "burocracia" nas contratações públicas (FARIA *et al.*, 2010).

Em decorrência da indisponibilidade do interesse público, procurando consagrar a isonomia e a impessoalidade, o legislador estabeleceu procedimentos formais e prévios para a realização das contratações públicas, objetivando a escolha da melhor proposta possível. A este procedimento prévio, chamamos de licitação, que é o meio utilizado pela Administração Pública para adquirir recursos materiais, realizar obras, serviços e alienar bens. Os procedimentos por meio dos quais a licitação se desenvolve são denominados de modalidades, que consistem na forma de conduzir os procedimentos licitatórios. Na busca pela transparência nos atos da administração pública, de tal modo a modalidade de licitação chamada pregão, mira à transparência, agilidade e eficiência do procedimento de compra entre órgãos públicos e fornecedores sendo significativo o conhecimento em relação aos seus preceitos gerais, leis e regulamentos.

Há dois tipos de pregão, são eles: o presencial e o eletrônico, sendo que no primeiro os licitantes estão presentes fisicamente na sessão onde são realizados os procedimentos, e no segundo, o pregão ocorre através do uso da internet, sem presença física. De acordo com a Instrução Normativa 206 de 2019, foram estabelecidos prazos para que órgãos da administração pública federal direta, autarquias, fundações, fundos especiais, e no âmbito municipal utilizem obrigatoriamente a forma eletrônica, quando estes executarem recursos advindos da União (BRASIL, 2019b).

Assim, o questionamento que norteia o estudo é: Como o pregão eletrônico pode beneficiar a administração pública municipal e quais desafios norteiam a utilização dessa modalidade licitatória? Este estudo busca trazer relevantes contribuições no que tange as contratações públicas municipais através do pregão eletrônico, destacando os benefícios e desafios encontrados por ele nesse processo. Este estudo é importante para os acadêmicos que buscam se aprimorar nesta nova modalidade de licitação e para aqueles que buscam participar do processo de compra das entidades públicas. É um tema inovador e de interesse para a sociedade, para as prefeituras e para os fornecedores que almejam participar e fornecer bens para os entes públicos.

Então, o objetivo geral deste estudo é analisar os benefícios e os desafios enfrentados pelos municípios na utilização do pregão eletrônico. De modo específico, os objetivos são: fazer considerações gerais acerca das licitações públicas, compreender as diferenças entre pregão presencial e eletrônico e analisar as inovações trazidas pelas legislações acerca do pregão. Entre os vários métodos que podem ser empregados para conjecturar sobre o objeto de uma pesquisa, no presente estudo, foi escolhida a revisão bibliográfica, realizada a partir de uma análise de pesquisa qualitativa.

O presente trabalho está dividido em três tópicos, que na sua primeira parte contextualizará licitações públicas, o segundo abordará pregão presencial e eletrônico e o terceiro discorre acerca dos benefícios e desafios enfrentados pela administração pública municipal na utilização do pregão eletrônico. O estudo teve como critério de inclusão artigos e livros que tratam sobre o tema, bem como das legislações existentes correlatas ao assunto, a exemplo: Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/02, Decreto nº 10.024/19 e Lei nº 14.133/21.

2. LICITAÇÕES PÚBLICAS

Em decorrência da indisponibilidade do interesse público, procurando consagrar a isonomia e a impessoalidade, o legislador estabeleceu procedimentos formais e prévios para a realização das contratações públicas, objetivando a escolha da melhor proposta possível. A este procedimento prévio, chamamos de licitação, que é o meio utilizado pela Administração Pública para adquirir recursos materiais, realizar obras, serviços e alienar bens.

Acerca do conceito de licitação segundo Torres (2018, p. 263) podemos compreender que: “é o procedimento prévio de seleção por meio do qual a Administração, mediante critérios previamente estabelecidos, isonômicos, abertos ao público e fomentadores da competitividade, busca escolher a melhor alternativa para a celebração de um contrato”.

O artigo 37, XXI, da Constituição Federal assegura que os contratos administrativos sejam precedidos de licitação pública, assim como o artigo 175, que versa das outorgas de Concessões e Permissões, também faz alusão à obrigatoriedade de licitar, conferida ao ente estatal (BRASIL, 1988). No âmbito federal, presentemente, a referida lei convive com 3 (três) outras leis gerais de licitações: Leis nº 8.666/1993, Lei nº 10.520/2002, Lei do pregão, e a Lei nº 12.462/2011, que trata do Regime Diferenciado de Contratações.

A Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) foi sancionada e publicada na data de 01 de abril de 2021, desta forma, entre abril de 2021 e abril de 2023 – prazo de dois anos

estabelecido no artigo 193, II da Lei 14.133/2021 – o administrador público terá a alternativa de licitar nos moldes da lei anterior, ou optar pelo novo regramento, sendo que sua escolha deverá estar manifestada no edital de licitação, não se admitindo que as duas legislações sejam combinadas (BRASIL, 2021). Ademais, é válido lembrar que as contratações das empresas estatais são reguladas pela Lei nº 13.303/2016, não se lhes aplicando as normas da lei geral.

A licitação tem como desígnio garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e de escolher a proposta mais vantajosa para a Administração, de forma a garantir oportunidade igual a todos os participantes e possibilitar o comparecimento ao certame do maior número possível de concorrentes. O procedimento licitatório é desenvolvido através de vários atos vinculantes entre terceiros interessados e a administração pública, resguardando os princípios constitucionais, especialmente o da isonomia, preservando sempre a igualdade de oportunidade aos participantes interessados em firmar contrato com o ente público (TORRES, 2018).

No que tange à natureza jurídica, a licitação é um processo administrativo, que na forma da lei, precede os contratos celebrados pela Administração. Ressalta-se que processo e procedimento não devem ser confundidos, tendo em vista que o procedimento aponta a forma pela qual os atos se apresentam de acordo com a determinação legal, já a licitação é o processo que pode se desenvolver através dos procedimentos indicados na legislação. Os procedimentos por meio dos quais a licitação se desenvolve são denominados de modalidades (CARVALHO, 2021).

Modalidade de licitação consiste na forma de conduzir os procedimentos licitatórios. A Lei nº 8.666/93 enumera em seu artigo 22 como modalidades licitatórias: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão (BRASIL, 1993). A lei de maneira expressa proíbe a criação de novas modalidades e a combinação das modalidades existentes, previstas no artigo 22, §8º. Isto impede que as leis estaduais e locais o façam, por se tratar de norma geral. Acerca disso, Oliveira (2019) entende que esta aceção se dirige ao administrador, não impedindo que o legislador posterior crie novas modalidades, como ocorreu, por exemplo, no caso do pregão.

Na Nova Lei, houve a supressão do convite e da tomada de preço que eram definidas para contratações de valores baixos e médios respectivamente, não sendo mais o valor um critério de definição da modalidade do certame a ser usada pelo ente público. De acordo com o artigo 28 do novo regramento, são modalidades de licitação: o pregão, a concorrência, concurso, leilão e o diálogo competitivo (BRASIL, 2021).

3. PREGÃO: PRESENCIAL E ELETRÔNICO

A administração pública busca transparência em seus atos, de tal modo a modalidade de licitação chamada pregão, mira à transparência, agilidade e eficiência do procedimento de compra entre órgãos públicos e fornecedores sendo significativo o conhecimento em relação aos seus preceitos gerais, leis e regulamentos.

O pregão foi instituído inicialmente como uma modalidade específica das agências

reguladoras, regulamentado na Lei nº 9.472/97, que criou uma autarquia federal para implementar seus ideais: a Agência Nacional de Telecomunicações. Em 2000, foi editada a Medida Provisória 2.026/2000 que estendeu a sua aplicação aos órgãos e entidades da União Federal, todavia, o pregão só foi oficialmente estabelecido em 2002 por meio da Lei nº 10.520/02 e regulamento pelo Decreto nº 3.555/2000, tendo como objetivo desburocratizar o processo licitatório (CARVALHO, 2021).

De caráter técnico, Niebuhr (2015) menciona que o pregão é uma modalidade licitatória designada a contratos e aquisição de bens ou prestação de serviços, ambos considerados comuns, cujo julgamento das propostas precede a fase de habilitação, aceitando que os participantes ou parte deles melhorem as suas propostas verbalmente. Isto é, o pregão consiste na modalidade de licitação prevista na Lei nº 10.520/2002 para aquisição de bens e serviços comuns, independentemente do valor estimado do futuro contrato. Sua criação teve como finalidade trazer mais celeridade às contratações públicas e expandir a competição entre os licitantes, suavizando os requisitos de participação e provocando estímulo à diminuição de preços, caso justificável em virtude de sua disposição para contratações mais simples.

De acordo com o artigo 1º, parágrafo único, da citada lei, são considerados bens e serviços comuns “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.” (BRASIL, 2002). Contratações complexas ou sujeitas à demasiada atividade intelectual se afastam do conceito de bens e serviços comuns. Quem conduz o pregão é um agente público diferenciado, o pregoeiro, que atua gerindo o certame licitatório. O artigo 3º, IV, da Lei nº 10.520/2002 aduz que no pregão a comissão de licitação é substituída pelo pregoeiro, que deve ser agente público, e sua equipe de apoio, tendo a missão de conduzir os trabalhos (BRASIL, 2002).

De acordo com Niebuhr (2015) há dois tipos de pregão, são eles: o presencial e o eletrônico, sendo que no primeiro os licitantes estão presentes fisicamente na sessão onde são realizados os procedimentos, e no segundo, o pregão ocorre através do uso da internet, sem presença física. Para realização do pregão eletrônico existem várias plataformas, a exemplo: Portal de Compras do Governo Federal, popularmente chamado de Comprasnet, Portal de Compras Públicas, Bolsa de Licitações do Brasil (BLL) e o Licitações-e, plataforma do Banco do Brasil.

Justen Filho (2009) difere pregão comum de pregão eletrônico, sendo o pregão comum desenvolvido a partir da tradição básica das licitações, uma vez que os licitantes interessados devem comparecer pessoalmente ou por representante na hora e local designados e apresentar ao pregoeiro envelopes lacrados com as suas propostas e os documentos essenciais para habilitação. No pregão eletrônico não há comparecimento físico do licitante à repartição que promove a licitação, nem há encaminhamento de documentos, tudo se passa virtualmente.

Observa-se que as normas básicas são idênticas para os dois tipos de pregão, tendo em vista que é uma modalidade única, como bem elucidada Monteiro (2010) ao asseverar que a forma eletrônica não é uma nova e diferente modalidade de licitação. Este pensamento é

compartilhado por Niebuhr (2015) que explica que mesmo havendo distinções e divergências nos detalhes entre os dois procedimentos, as premissas, objetivos e princípios jurídicos são idênticos.

O pregão eletrônico é regulamentado pelo Decreto nº 10.024/2019, que surgiu com o intuito de aperfeiçoar o rito deste tipo de pregão, tendo como pilar a ampla competitividade (BRASIL, 2019a). Além disso, se tornou obrigatório aos municípios a utilização desta modalidade para contratar, quando da utilização de verbas federais através de convênios, contratos de repasse e Transferências voluntárias. É previsto que o pregão presencial só deverá ser utilizado como exceção, devendo ser justificada e comprovada a inviabilidade técnica ou desvantagem para a administração na utilização do pregão eletrônico.

O Tribunal de Contas da União a respeito deste assunto é categórico ao afirmar que a regra geral para instituições públicas, incluindo agências reguladoras, é a utilização do pregão eletrônico para adquirir bens e serviços comuns, sendo exceção o uso do pregão presencial, precisando ser justificada no processo licitatório, conforme acórdão n.º 2753/2011-Plenário, TC-025.251/20104, relator Min. José Jorge (BRASIL, 2011b).

Assim, a Instrução Normativa nº 206, de 18 de outubro de 2019, veio para estipular prazos para que os órgãos e entidades da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, usem, de modo obrigatório, a modalidade de pregão eletrônico ou de dispensa eletrônica, vejamos os seguintes prazos (BRASIL, 2019b):

| A PARTIR DE | ALCANCE |
|-------------|--|
| 28.10.2019 | Estados, Distrito Federal e as respectivas entidades de direito público. |
| 03.02.2020 | Municípios com mais de 50.000 habitantes e as respectivas entidades de direito público. |
| 06.04.2020 | Municípios entre 15.000 e 50.000 habitantes e as respectivas entidades de direito público. |
| 01.06.2020 | Municípios com menos de 15.000 habitantes e as respectivas entidades de direito público. |

Fonte: Adaptado segundo a Instrução Normativa nº 206, de 18 de outubro de 2019.

Portanto, de acordo com esses prazos estabelecidos, a forma eletrônica já é imprescindível para os órgãos da administração pública federal direta, autarquias, fundações, fundos especiais, e no âmbito municipal, quando estes executarem recursos advindos da União. Ademais, salienta-se que em consequência da pandemia do Coronavírus iniciada no ano de 2020, o pregão eletrônico é a única opção viável para evitar que as licitações paralisem, sendo assim, é o momento certo para que os municípios se adequem e utilizem desta modalidade, que é peça fundamental na preservação da saúde dos servidores e licitantes, tendo em vista que não gera aglomeração nos órgãos públicos (SABATKE, 2020).

4. BENEFÍCIOS E DESAFIOS DA UTILIZAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL

Inicialmente, é importante destacar que em decorrência da pandemia do Coronavírus, que impôs a necessidade de distanciamento social, o pregão eletrônico se tornou ainda mais importante para a realização de licitações, tendo em vista que evita aglomerações e consequentemente a contaminação dos participantes e servidores públicos, garantindo segurança sanitária. Isto posto, é extenso o rol de motivos pelos quais se defende tão intensamente o pregão eletrônico e entre eles estão: a eficiência administrativa e competitiva dos recursos de tecnologia da informação, como à integridade do procedimento.

No que se refere a eficiência administrativa, os procedimentos eletrônicos facilitam as ações da Administração na medida em que praticamente não existe necessidade de espaço físico para realizar a sessão, além do que todas as informações são mais gerenciáveis, visto que são todas disponibilizadas aos participantes via sistema. No que diz respeito à concorrência, a possibilidade de alcançar possíveis concorrentes no pregão eletrônico é extraordinariamente maior, em razão da participação no certame não depender da localização da empresa e seu corpo administrativo. Acerca da integridade do procedimento, a forma eletrônica tem a vantagem de dificultar os acertos corruptivos entre as autoridades que conduzem o processo e algum ou alguns licitantes, assim como diminuir a possibilidade de sucesso de eventuais conluios entre os participantes (AMORIM, 2020).

As licitações eletrônicas são favoráveis por conta do aumento da competitividade, que garante a participação de empresas de todos o Brasil, porém, a distância do fornecedor pode acarretar em inúmeros problemas para os órgãos públicos, a exemplo: atraso no fornecimento dos produtos, trocar produtos defeituosos, inadequados ou faltosos é mais demorado e complicado, além do contato com empresas distantes ser mais difícil e caro para o órgão (RAMOS *et al.*, 2016).

Os problemas de logística poderão acarretar em atrasos na entrega dos produtos ou serviços e, até mesmo, em desabastecimento para a administração, pois por envolver empresas de todo o território nacional é possível, a título de exemplo, a lentidão na entrega dos produtos daquelas que ofereceram menores preços no transcorrer da execução do contrato, causando prejuízos de cunho administrativo e operacional para administração (MELO, 2020).

Neste íterim, fica clara a implantação de um governo eletrônico, não tão somente em decorrência da pandemia do Coronavírus, mas também imprimida pelas atualizações legais e jurisprudencias, a adaptação às novas técnicas, a prestação dos serviços públicos com qualidade e o cumprimento das formalidades normativas da nova lei de Licitações impõe um desenvolvimento tecnológico e a inclusão digital dos prestadores públicos a essa nova era.

Como governo eletrônico compreende-se uma plataforma digital emergente de fornecimento ou disponibilização de informações, serviços e produtos, a partir ou através de órgãos públicos, a qualquer momento, local e cidadão, de modo a agregar valor a todos os envolvidos com a esfera pública, consoante afirmação de Zweers e Planqué (2001 apud Garcia, 2006, p. 80).

A partir do entendimento de Gonçalves (2014, p. 55) o pregão eletrônico contribui positivamente para a prevenção à corrupção envolvendo as licitações públicas:

Por ser realizado através da rede mundial de computadores, a internet deixa o processo mais transparente e assim é possível acompanhar e fiscalizar de forma efetiva as compras governamentais, isto diminuirá os casos de superfaturamento dos preços dos contratos e o conluio de empresas.

A tecnologia gera transparência aos atos públicos, tendo em consideração que a partir do momento em que os atos administrativos da licitação são divulgados na internet, facilita o controle do Tribunal de Contas e permite acesso prático e rápido à população. O certame eletrônico tem sido a forma mais eficaz de adquirir bens e contratar serviços pela Administração Pública. Outrossim, entende-se que esse novo aspecto de gerir a política de aquisições e contratações de serviços dos órgãos públicos pode contribuir para abolir uma das preocupações mais evidentes da sociedade: a corrupção nos processos licitatórios (MELO, 2020).

Diante dos diversos casos de corrupção envolvendo contratações públicas, a transparência que o pregão eletrônico traz é uma boa ferramenta de combate, considerando que a produção e divulgação de informações em meios eletrônicos é um dos pilares para que a sociedade acompanhe os atos públicos. Os lances, acontecimentos e atas geradas pelo pregão eletrônico ficam disponibilizadas no sistema em que se realiza o procedimento, logo, a população se beneficia. Segundo Vieira (2018) uma vantagem ocasionada pela utilização do pregão eletrônico é a não identificação dos fornecedores, o que torna o procedimento mais impessoal e igualitário.

Um grande desafio é a conectividade da internet nos muitos municípios brasileiros, que ainda sofrem com a falta de uma internet de alta velocidade. É preciso que o governo incentive a busca pela inclusão digital, tendo em vista que muitos brasileiros não possuem acesso às tecnologias digitais, sendo assim uma limitação que deve desaparecer com o passar dos anos (KLEIN, 2012).

A partir de um levantamento feito pelo Tribunal de Contas do Piauí e divulgado em 23 de julho de 2021, que visou apreciar melhor a infraestrutura de tecnologia da informação das prefeituras municipais e alicerçar fiscalizações futuras da Corte, constatou-se que a maioria dos municípios piauienses possuem condições tecnológicas para realizar o pregão eletrônico, em detrimento da opção presencial. O levantamento feito pelo Tribunal, onde 223 dos 224 municípios participaram, concluiu-se que 67% dos municípios piauienses não possuem limitações de equipamentos ou conectividade para realizar pregão eletrônico (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PIAUÍ, 2021).

Capacitar os servidores e gestores para a utilização do pregão eletrônico é um grande desafio enfrentado pelos municípios, especialmente os menores. É necessário que os órgãos invistam em qualificação de seus servidores, assim como em melhorias em infraestrutura de rede. Bem como é necessário qualificar as empresas que pretendem contratar junto à administração pública, há muitos fornecedores que não possui qualificação para participar de determinados processos. Diversas propostas são desqualificadas por não cumprirem o que o edital exige, por total desconhecimento das leis (BATISTA, 2019).

É necessária uma equipe técnica capacitada para que haja sucesso da utilização da

ferramenta do pregão eletrônico. Para isso, é preciso que os municípios superem as barreiras dos conflitos normativos, bem como a segregação tecnológica e da aversão natural aos novos procedimentos. O gestor público municipal deve compreender que a utilização do pregão eletrônico é um passo importante na busca pela desburocratização, eficiência e agilidade nas ações da administração, pois amplia a transparência dos entes públicos e o controle da sociedade sobre seus atos e que os desafios que venham a surgir são meros contratempos solucionáveis.

A fim de efetivamente aplicar o Princípio da Eficiência à atividade pública é indispensável capacitar seus profissionais para aplicar as tecnologias de acordo com a necessidade da Administração Pública, pois a complexidade das novas tecnologias impõe a estruturação de uma equipe com elevada expertise técnica.

E em cabimento ao Princípio da Economicidade, o pregão eletrônico mediante a tecnologia pode ser uma ferramenta importante para a racionalização, ela precisa ser considerada pelos gestores públicos, no intuito de desempenhar com êxito seu papel na Administração Pública.

Evidencia-se, então, a relevância da inclusão digital 5G no setor público, em especial no setor de licitações, fazendo insurgir a carência de políticas públicas nesse âmbito, em vista da necessidade de eficiência, economicidade e técnica.

Pode-se assegurar que os objetivos almejados pelo estudo são validados, já que, conclui-se que o pregão eletrônico é uma ferramenta que permite melhor gestão dos recursos públicos, com agilidade, transparência e publicidade desejadas. Ademais, existem muitos desafios e melhorias que podem ser efetivadas para as futuras compras públicas advindas dessa modalidade licitatória.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o problema da presente pesquisa, chegou-se à conclusão de que o gestor público municipal deve compreender que a utilização do pregão eletrônico é um passo importante na busca pela desburocratização, eficiência e agilidade nas ações da administração, pois amplia a transparência dos entes públicos e o controle da sociedade sobre seus atos e que os desafios que venham a surgir são meros contratempos solucionáveis.

Pode-se considerar que a licitação tem como desígnio garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e de escolher a proposta mais vantajosa para a Administração, de forma a garantir oportunidade idêntica a todos os participantes e possibilitar o comparecimento ao certame do maior número possível de concorrentes.

O artigo 37, XXI, da Constituição Federal assegura que os contratos administrativos sejam precedidos de licitação pública, assim como o artigo 175 (BRASIL, 1988). No âmbito federal, presentemente, a referida lei convive com 3 (três) outras leis gerais de licitações: Leis nº 8.666/1993, Lei nº 10.520/2002, Lei do pregão, e a Lei nº 12.462/2011, que trata do Regime Diferenciado de Contratações. A Lei nº 14.133/2021, nova lei de licitações, foi sancionada e publicada na data de 01 de abril de 2021, desta forma, entre abril de 2021 e abril de 2023 o administrador público terá a alternativa de licitar nos moldes da lei anterior,

ou optar pelo novo regramento, sendo que sua escolha deverá estar manifestada no edital de licitação, não se admitindo que as duas legislações sejam combinadas (BRASIL, 2021).

Notou-se que as normas básicas do Pregão Presencial e Eletrônico são idênticas para os dois tipos de pregão, tendo em vista que é uma modalidade única, mesmo havendo distinções e divergências nos detalhes entre os dois procedimentos, as premissas, objetivos e princípios jurídicos são idênticos.

Observou-se que as licitações eletrônicas são favoráveis por conta do aumento da competitividade, que garante a participação de empresas de todos o Brasil, bem como é extenso o rol de motivos pelos quais se defende tão fortemente o pregão eletrônico e entre eles estão: a eficiência administrativa e competitiva dos recursos de tecnologia da informação, como à integridade do procedimento.

Tendo em vista, os vários casos de corrupção envolvendo contratações públicas, a transparência que o pregão eletrônico traz é uma boa ferramenta de combate, considerando que a produção e divulgação de informações em meios eletrônicos é um dos pilares para que a sociedade acompanhe os atos públicos.

Dentre os desafios que a Administração Pública pode enfrentar ao contratar utilizando o Pregão Eletrônico, podemos elencar: atraso no fornecimento dos produtos, demora na troca de produtos defeituosos, inadequados ou faltosos e a conectividade da internet nos muitos municípios brasileiros, que ainda sofrem com a falta de uma internet de alta velocidade.

Este estudo buscou colaborar com a Administração Pública municipal, enriquecendo a discussão em torno do pregão eletrônico, tratando de um tema inovador e de interesse para a sociedade, para as prefeituras e para os fornecedores que almejam participar e fornecer bens para os entes públicos. Ambiciona-se a partir da temática aqui proposta, a geração de relevantes contribuições àqueles que buscam se aprimorar no pregão eletrônico, bem como para aqueles que buscam participar do processo de compra dos entes públicos. De tal modo, compreende-se que são muitos os benefícios do pregão eletrônico no âmbito da Administração Pública municipal, bem como os desafios podem ser solucionados, visto que são meros contratemplos e inconveniências.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim. **Pregão Eletrônico**: Comentários ao Decreto Federal nº 10.024/2019. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020.

BATISTA, A. R. R. O pregão como ferramenta logística no processo de aquisição da administração Pública Brasileira. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 1736-1745, jan. 2019. Disponível em: <http://www.brjd.com.br/index.php/BRJD/article/download/1171/1028>. Acesso em: 7 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: outorgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019**. Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos

os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10024.htm. Acesso em : 1 jul.2021.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 11 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.** Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.** Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2011a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884>. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. **Instrução Normativa nº 206, de 18 de outubro de 2019.** Brasília, DF: Ministério da Economia, 2019b. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/instrucao-normativa-n-206-de-18-de-outubro-de-2019-222816417>. Acesso em: 23 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas de União. **Acórdão nº 2753/2011.** Plenário. TC- 025.251/20104. Relator: Ministro José Jorge, 19 out. 2011. Brasília, DF: TCU, 2011b. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14DB4AFB3014_DBB4601400092&inline=1. Acesso em: 10 jun. 2021.

CARVALHO, Matheus. **Nova Lei de Licitações Comentada.** Salvador: Editora Juspodwm, 2021.

FARIA, E. R. de; FERREIRA, M. A. M.; SANTOS, L. M.; SILVEIRA, S. F. R. Fatores determinantes na variação dos preços dos produtos contratados por pregão eletrônico. **Revista de Administração Pública**, [Rio de Janeiro], v. 44, n. 6, p. 1405-1428, nov./dez. 2010.

GARCIA, R. M. **Governo eletrônico, informação e competência em informação.** Informação & Sociedade: estudos, [João Pessoa], v. 16, n. 2, 2006. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ies/article/view/624/1478>. Acesso em: 19 ago. 2022.

GONÇALVES, Suely Hastenreiter. **Licitações e Contratos na Sociedade do Conhecimento: Pregão Eletrônico.** 2014. Monografia (Especialização em Gestão Pública) - Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Pato Branco, 2014. Disponível em: http://repositorio.roca.utfpr.edu.br/jspui/bitstream/1/6112/1/PB_GP_III_2014_22.pdf. Acesso em: 1 jul. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônica.** 5. ed. São

Paulo: Dialética, 2009.

KLEIN, Roberto Knebel. **Pregão Presencial e Eletrônico e sua importância para as compras do Setor Público Municipal**. 2012. Monografia (Bacharel em Ciências Contábeis) - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Três Passos, 2012. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/1012/TCC%20ROBERTO%20KNEBEL%20KLEIN.pdf?sequence=1>. Acesso em: 17 jul. 2021.

MELO, Juliana Melissa Lucas Vilela e. As Vantagens e Desvantagens do Pregão Eletrônico na Administração Pública. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55044/as-vantagens-e-desvantagens-do-prego-eletrnico-na-administracao-pblica>. Acesso em: 27 jul. 2021.

MONTEIRO, Vera. **Licitação na modalidade pregão**. São Paulo: Malheiros, 2010.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 7. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2019.

RAMOS, Josiani *et al.* As vantagens e desvantagens do pregão eletrônico e presencial do ponto de vista da Administração Pública. **Revista de Administração e Contabilidade-RAC (IESA)**, [S.], v. 15, n. 29, p. 106-127, 2016.

SABATKE, Letícia Maiara. **Aspectos positivos e negativos da aplicação do pregão eletrônico na administração pública e as inovações trazidas pelo Decreto nº 10.024/19**. 2020. Monografia (Especialização em Gestão Pública Municipal) - Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PIAUÍ. **Levantamento aponta que maioria das cidades tem condições tecnológicas de realizar pregão eletrônico**. Teresina, 2021. Disponível em: <https://www.tce.pi.gov.br/levantamento-aponta-que-maioria-das-cidades-tem-condicoes-tecnologicas-de-realizar-pregao-eletronico/>. Acesso em: 28 jul. 2021.

TORRES, Ronny Charles Lopes. **Licitações Públicas, Lei nº 8.666/93**. 9. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2018.

VIEIRA, A. P. **Compras na Administração Pública**. Escola Nacional de Administração Pública - ENAP. 2018. Disponível em: http://antigo.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fCompras_administracao_publica.pdf. Acesso em: 12 jun. 2021.

Recebido em: 07/03/2022

Aceito em: 12/08/2022

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO PLANEJAMENTO URBANO DURANTE A PANDEMIA

Participatory Democracy in Urban Planning During the Pandemic

Tasso Jardel Vilande

Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade do Vale do Itajaí (PMGPP/UNIVALI). Especialista em Licitações e Contratos Públicos Municipais e em Processo Legislativo Municipal (UNIPÚBLICA). Pós-graduando em contabilidade pública municipal (UNIPÚBLICA). Graduado em Direito pela UNIVALI. Atua como Subprocurador Jurídico e Administrativo no Poder Executivo Municipal. Professor na UNIPÚBLICA/Unypós. Professor Universitário na Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE, SC, Brasil).

Guilherme Luizão Marques

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Especialização em Direito Tributário pelo Damásio Educacional. Especialização em Especialização em Direito Público pelo Damásio Educacional. Procurador da Prefeitura Municipal de Araquari e Procurador-Geral da Prefeitura Municipal de Araquari (PR, Brasil).

Resumo

A presente pesquisa versa sobre a experiência de democracia participativa no planejamento urbano do Município de Araquari. O objetivo é demonstrar se e a forma em que se deu o funcionamento dos mecanismos de participação popular durante a Pandemia da COVID-19, e se ocorreu de acordo a Constituição Federal e o Estatuto da Cidade. Observa-se que a Constituição Federal previu modelo de gestão de políticas urbanas locais com forte ênfase na participação popular. Nota-se que a reforma do Plano Diretor de Araquari, empreendida através da Lei Complementar Municipal 323/2020, contou com sólidos instrumentos voltados a participação popular, mesmo durante a pandemia da COVID-19. Por fim, verifica-se que a participação em Araquari ocorreu alinhada com com a previsão Constitucional sob o paradigma de democracia direta, apesar das dificuldades relacionadas a efetiva participação da população interessada. A relevância da pesquisa está consubstanciada na necessidade de identificar a realidade da democracia participativa local. Na pesquisa foi utilizado o método indutivo para esclarecimento dos pontos abordados.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Gestão democrática. Plano diretor. Processo Legislativo. Participação popular.

Abstract

The present research deals with the experience of participatory democracy in the urban planning of the Municipality of Araquari. The objective is to demonstrate the way in which the mechanisms of popular participation worked during the COVID-19 Pandemic, and if it occurred in accordance with the Federal Constitution and the City Statute. It is observed that the Federal Constitution provided for a management model for local urban policies with a strong emphasis on popular participation. It is noted that the reform of the Araquari Master Plan, undertaken through Municipal Complementary Law 323/2020, had solid instruments aimed at popular participation, even during the COVID-19 pandemic. Finally, it appears that the participation in Araquari occurred in line with the Constitutional prediction under the paradigm of direct democracy, despite the difficulties related to the effective participation of the interested population. The relevance of the research is based on the need to identify the reality of local participatory democracy. In the research, the inductive method was used to clarify the points addressed.

Keywords: Public Policies. Democracy management. Master plan. Legislative Process. Popular participation.

Sumário

1. Introdução; 2. Modelo Constitucional; 3. Plano Diretor; 4. Participação Popular; 5. Conclusão; Referências

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo demonstrar se a forma em que se deu o funcionamento dos mecanismos de participação popular no planejamento urbano, com a reforma do Plano Diretor Municipal durante a Pandemia da COVID-19, ocorreu de acordo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e o Estatuto da Cidade.

A pesquisa se justifica pela dificuldade que a pandemia da COVID-19 impinge, ao menos em tese, para a participação da sociedade civil interessada no rito legislativo da alteração do plano diretor, precarizando os meios para o atendimento da imposição constitucional da adoção de modelo de gestão de políticas urbanas locais que favoreçam a participação popular, dentro de um contexto de democracia direta.

A presente pesquisa foi realizada por intermédio do método indutivo, ou seja, para chegar as conclusões do presente trabalho científico, partiu-se do conhecimento específico para o conhecimento geral. Ainda, foi realizada a pesquisa bibliográfica, através da consulta da doutrina pertinente, da legislação e da jurisprudência, bem como da análise de caso, por meio da observação da parte inicial do processo legislativo que culminou na elaboração da Lei Complementar Municipal n. 323/2021 do Município de Araquari (ARAQUARI, 2021), a qual modifica o Plano Diretor local.

O presente artigo está dividido em três partes. A primeira trata do modelo constitucional estabelecido pela CRFB/88 para a elaboração de políticas urbanas por meio de uma ótica de descentralização federativa, com o fortalecimento e autonomia dos poderes locais, e de democratização da gestão urbana, que deve ser observada como gestão democrática com a participação popular na elaboração da legislação sobre o tema.

A segunda versa sobre a fase inicial do rito legislativo que culminou na elaboração da Lei Complementar Municipal n. 323/2021 do Município de Araquari (ARAQUARI, 2021), a qual modifica o Plano Diretor local, especialmente do momento em que a participação popular na elaboração legislativa se faz presente com maior ênfase no plano de gestão democrática.

A terceira parte demonstra que o rito local adotado se mostrou formalmente adequado para o atendimento dos desígnios constitucionais concernentes a gestão da política pública sob o paradigma de democracia direta, apesar das dificuldades relacionadas a efetiva participação da população interessada.

2. MODELO CONSTITUCIONAL

A CRFB/88 estabelece, logo em seu primeiro artigo, a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, estipulando que todo poder emana do povo, que o exercer por meio de representantes eleitos ou diretamente (BRASIL, 2020).

As casas legislativas são o campo preferencial debate na democracia representativa, são o mecanismo tradicional para seu exercício, que ocorre por meio dos representantes

eleitos pelo povo. No entanto, também há instrumentos de participação direta, de modo que a existência de meios de atuação direta da sociedade civil, no acompanhamento da gestão da coisa pública, acaba por dar, mediante a institucionalização de espaços de participação social, concretude ao que se pode denominar “espírito de 1988”.

Neste sentido, a CRFB/88 traz em seu artigo 29, inciso XII, que as Leis Orgânicas do Municípios deverão observar o dever de cooperação das associações representativas no planejamento municipal, e, no inciso XIII, a iniciativa popular no interesse da cidade ou de bairros (BRASIL, 2020).

Inserido neste contexto, os anos 1990 trouxeram para o Brasil uma série de avanços institucionais na área de políticas urbanas dentro de um contexto de descentralização federativa, com o fortalecimento e autonomia dos poderes locais, e de democratização da gestão urbana, compreendido como ampliação dos espaços de participação e controle social das políticas (ROLNIK, 2009, p. 31).

A política de desenvolvimento urbano, prevista pelos artigos 182 da CRFB/88 (BRASIL, 2020), objetiva-se ordenar o pleno desenvolvimento das funções da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, exigindo, por conseguinte, a gestão democrática com participação popular na elaboração da legislação sobre o tema, a fim de legitimar as deliberações que afetem o planejamento municipal (SANTA CATARINA, 2013).

Tal política deve ser executada pelo Poder Público Municipal com base nas diretrizes gerais fixadas no Estatuto da Cidade (Lei Federal n. 10.257) e tem como instrumento básico o Plano Diretor. O Estatuto das Cidades regulamenta o desenvolvimento urbano desde 2001, trazendo diretrizes gerais acerca da execução da política urbana (Capítulo I), dos seus respectivos instrumentos (Capítulo II), e das normas acerca do Plano Diretor (Capítulo III), com previsão específica da participação da comunidade no seu processo de elaboração (art. 4º) (BRASIL, 2001).

Dentre as diretrizes fixadas no Estatuto da Cidade para a execução da política urbana está a gestão democrática. Esta implica a participação da população e das associações representativas de segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (BRASIL, 2001). Ou seja, estabelece mecanismos jurídicos e administrativos com vistas a participação popular no processo de planejamento urbanístico municipal, em verdadeiro arcabouço de arranjos e instrumentos institucionais para o melhor desempenho da missão constitucional da ordenação urbana.

Neste sentido, o Estatuto da Cidade traz uma série de instrumentos que deverão ser utilizados pelo Poder Público Municipal com vistas a garantia da gestão democrática da cidade (art. 43), com especial destaque para a previsão de órgãos colegiados, bem como a realização de debates, audiências, consultas públicas e conferências (BRASIL, 2001).

Os conselhos são órgãos colegiados que contam com a participação de representantes tanto do Poder Público como de membros da sociedade, preferencialmente paritariamente, sendo que, por vezes, ainda conta com a participação de representantes dos setores

produtivos da indústria ou comércio (FRANCISCO; GOLDFINGER, 2020, p. 176).

As audiências, debates e consultas dão cumprimento aos princípios da publicidade na Administração Pública (art. 37, caput, da CRFB/88), devido processo legal e da ampla defesa (art. 5º, inciso. LIV e LI) além de atenderem o direito à informação (art. 5º, inc. XXXIII, da CRFB/88) (FRANCISCO; GOLDFINGER, 2020, p. 176).

Assim, destaca-se que os debates realizados entre a sociedade e o poder público, são meios de trocas de ideias, opiniões e críticas com vistas a construção de soluções para problemas advindos das ações urbanísticas, enquanto as audiências e a consultas públicas permitem a interação do poder público com a comunidade na busca de soluções e entendimentos (FRANCISCO; GOLDFINGER, 2020, p. 176).

Destaca-se o fato de a doutrina costumemente diferenciar a audiência da consulta pública com base na forma, ou seja, a primeira ocorreria por meio de debates orais, com sessão definida para tanto, e a segunda por meio de manifestações escritas, sem uma sessão própria para tanto (FRANCISCO; GOLDFINGER, 2020, p. 176).

As conferências, por sua vez, são campos de interação onde há divulgação, por parte de especialistas e estudiosas, acerca de ideias, sugestões, planos e estudos em encontros com caráter técnico para o debate destes (FRANCISCO; GOLDFINGER, 2020, p. 177).

Portanto, fiel ao texto constitucional, o Estatuto das Cidades traz uma série de instrumentos de democracia participativa para a gestão da cidade. A existência desses mecanismos representativos está de acordo com o princípio da participação direta na gestão pública, donde decorreram o surgimento de diversos institutos de gestão e fiscalização de políticas públicas.

A soberania e a cidadania são valores máximos abrigados na Constituição Federal, estando relacionados com o Estado Democrático de Direito, de forma que o envolvimento da sociedade no acompanhamento da gestão pública, por meio da participação direta, em um meio de densidade democrática elevada e robustez normativa e instrumental, é importante solução jurídica encontrada pelos legisladores.

Garantir o debate junto a população é essencial, pois o Plano Diretor, conforme Meirelles (2013, p. 562):

[...] deve ser a expressão das aspirações dos munícipes quanto ao progresso do território municipal no seu conjunto cidade/campo. É o instrumento técnico-legal definidor dos objetivos de cada Municipalidade, e por isso mesmo com supremacia sobre os outros, para orientar toda a atividade da Administração e dos administrados nas realizações públicas e particulares que interessarem ou afetarem a coletividade.

O planejamento urbanístico, especialmente no âmbito municipalista, acaba por gerar impactos externos e externalidades negativas sociais relevantes, especialmente por conta dos condicionamentos e limitações que impõe à atividade e aos bens dos particulares, mas que são legitimados e justificados pelos fins coletivos buscados (SILVA, 2010, p. 106).

Quando se diz que os planos são bons quando levam em conta o bem-estar do povo, quando são sensíveis às necessidades e aspirações deste, é preciso que se esclareça que

tal sensibilidade há de ser captada por via democrática, e não idealizada autoritariamente, como é comum nos tecnocratas e nos salvadores do “bem comum” subjetivamente projetado. Esse tipo de planejamento busca realizar-se com base no consentimento popular, compreendendo-se que o povo deverá participar, a fim de que seja legítimo (SILVA, 2010, p. 108).

Ocorre que essa construção nem sempre é simples. Neste sentido, Rolnik (2009, p. 31) destaca que:

A ideia de construção pública e coletiva de um projeto de cidade, alicerçada sobre a definição de sua função social lançada pelo Estatuto das cidades e presente na Campanha dos Planos Diretores, esbarrou, como já demonstramos, na blindagem semântica operada pela linguagem do planejamento urbano.

Isso posto, ainda de acordo com Rolnik (2009, p. 31):

Mais do que uma suposta ‘vontade política’ de seguir um plano diretor, o governo local carece claramente de incentivos para fazê-lo, já que, como demonstrado, os processos decisórios sobre os investimentos e destino da cidade são, no atual modelo federativo e sistema político brasileiro, estruturados sob outra lógica.

De todo o exposto, conclui-se que o Estatuto da Cidade, ao garantir a participação da população interessada no processo de planejamento urbanístico, impõe a lógica de gestão democrática onde não cabe ao poder público implementar processo de urbanização de forma unilateral, sem contar com a participação da sociedade interessada, lógica afetada pelas restrições impostas pela pandemia da COVID-19.

3. PLANO DIRETOR

O atual Plano Diretor do Município de Araquari foi modificado pela Lei Complementar Municipal n. 323/2021 (ARAQUARI, 2021), cujo rito legislativo ocorreu durante a pandemia da COVID-19, por meio de recursos digitais.

Esta modificação foi de grande importância, tanto sob o aspecto qualitativo, visto que modificou regras relevantes relacionadas ao zoneamento, ocupação de solo e procedimentos de licenciamento, como sob o aspecto quantitativo, abrangendo de forma total ou parcial, seja através de alteração de redação ou de revogação, quarenta e quatro artigos de um total de trezentos e trinta e um presentes na lei.

A democracia direta mostrou-se presente e efetiva no trâmite legislativo que deu origem a Lei Complementar n. 323/2021 apesar das dificuldades impostas pela pandemia da COVID-19. Este trâmite teve início por meio da publicação de “edital de convocação de audiência pública para revisão do plano diretor” e de “edital de convocação do conselho da cidade”, ambos publicados no Diário Oficial do Município de Araquari, na data de 20 de novembro de 2020, Edição n. 695.

Ambos indicavam que, tanto a Audiência Pública como a Sessão do Conselho da Cidade, ocorreriam de forma digital, por meio de videoconferência, medida necessária por conta da Pandemia da COVID-19 que, em âmbito Municipal, levou à edição do Decreto nº 50/2020 (ARAQUARI, 2020), o qual impunha diversas restrições tanto à atividade pública do ente Municipal, tal qual às atividades privadas realizadas no território do Município de Araquari.

Também fora disponibilizado formulário de manifestação para que os municípios e demais interessados tivessem a oportunidade de apresentarem propostas ou manifestações por escrito. Sendo tal instrumento exitoso, na medida em que houve onze propostas realizadas por meio desses formulários, as quais foram debatidas e que, inclusive, contaram com aprovação e inclusão no plano diretor.

Referidas propostas originaram-se de sete proponentes, dos quais: quatro são ligados a empresas relacionadas a loteamentos ou prestadoras de serviço afins, um empresário, um advogado e um servidor público. Sendo que tanto a advogada quanto a servidora realizaram duas propostas; e um dos proponentes, de uma empresa de topografia, realizou três propostas.

Tais propostas abrangeram temas complexos e distintos, tratando de assuntos abrangentes como o uso do solo em imóveis que compõe mais de um zoneamento ou da dimensão de loteamentos, da criação soluções jurídicas para a regularização de imóveis em situação irregular e da implementação de instrumentos jurídicos como é o caso do desdobro.

Inicialmente, o Conselho da cidade reunir-se-ia em 08 de dezembro de 2020, sendo que a audiência pública ocorreria em 10 de dezembro do mesmo ano. Ocorre que, por conta da extensão dos debates das reuniões do Conselho da Cidade e com vistas a ampliar a publicidade e a participação popular, a audiência pública foi adiada, inicialmente para o dia 16.

Posteriormente, a audiência pública teve nova data, sendo adiada para o dia 25 de janeiro de 2021. Tal alteração ocorreu para atender o prazo legal mínimo de 15 dias de disponibilização e publicidade das propostas de alteração do Plano Diretor que sofreram alterações e revisões durante as sessões do Conselho da Cidade.

O Conselho da Cidade reuniu-se em três sessões extraordinárias, nos dias 08, 09 e 10 de dezembro. De um total de trinta membros, conforme previsão do Decreto Municipal 103/2020, a primeira reunião contou com a presença de 19 pessoas, a segunda com 20 pessoas e a terceira com 19 membros. As reuniões tiveram ampla duração, sendo a primeira com aproximadamente uma hora e trinta minutos, a segunda com aproximadamente seis horas e a terceira com aproximadamente três horas.

Em cada uma dessas reuniões as propostas de alteração da Lei Complementar 281/2019 (ARAQUARI, 2019) foram discutidas, deliberadas e votadas, inclusive com alterações das propostas inicialmente apresentadas pelo Poder Executivo ao Conselho da Cidade.

Posteriormente, as alterações aprovadas pelo Conselho da Cidade foram discutidas em audiência pública virtual, realizada em 25 de janeiro de 2021. Esta contou com a presença de 63 participantes e teve duração de uma hora e quarenta e sete minutos.

Por fim, observa-se que o processo legislativo de alteração do Plano Diretor de Araquari contou com participação ativa da população em diversas fases, inclusive com a proposição de novas normas, alterações e debate daquelas propostas e modificação daquelas inicialmente previstas e colocadas em debate.

4. PARTICIPAÇÃO POPULAR

Apesar das óbvias dificuldades e limitações impostas pela Pandemia da COVID-19, o processo legislativo de alteração do Plano Diretor de Araquari (ARAQUARI, 2019) atendeu a previsão constitucional consagrada no Estatuto da Cidade quanto a forma de gestão da política urbana municipal.

A observação dos princípios da soberania popular e da cidadania, ambos de fundo constitucional relacionados com o Estado Democrático de Direito, através do envolvimento e acompanhamento do trâmite legislativo por parte da sociedade, trouxe forte caráter democrático a norma aprovada.

Em um pano de fundo muito peculiar, foi de extrema importância a solução encontrada pelos gestores locais para garantir a participação da população interessada no processo de planejamento urbanístico, atentando-se lógica de gestão democrática. Tal teve como objetivo o bem-estar da população, muito suscetível as modificações do plano Diretor. Para tanto, coube a utilização de procedimentos para compreender as necessidades e interesses da sociedade civil.

Observa-se a efetiva utilização de diversos mecanismos jurídicos e administrativos com vistas a participação popular no processo de planejamento urbanístico municipal. Utilização esta que se deu de forma extensa, com amplas discussões, rejeição e aprovação de projetos, modificações dos textos originais e até mesmo propositura de normas com aprovação das mesmas, culminando com sua inserção no Plano Diretor do Município de Araquari (ARAQUARI, 2019).

Cabe ressaltar que a população civil interessada não é tão extensa quanto é a importância das reformas tratadas. Parte dos participantes é de servidores públicos, que apesar de legítimos, tanto sob o ponto de vista normativo, quanto do ponto de vista de cidadão, não necessariamente exprimem os interesses diversos de fatias distintas da população, como seria o caso daqueles em estado de vulnerabilidade.

Há importante participação dos setores econômicos, tanto no Conselho da Cidade, como da audiência pública. Sejam loteadores, investidores ou empresas prestadoras de serviços, tais agentes econômicos têm importante papel social e podem ser diretamente afetados pelas mudanças nas previsões normativas urbanas locais.

O meio adotado para as atividades de democracia direta, para a gestão das políticas locais de planejamento urbano, ocorreu de forma digital por conta das necessidades sanitárias impostas pela pandemia da COVID-19. Foram utilizadas reuniões online e questionários enviados por meio digital, que, em tese, favorecem a participação popular.

Ciente de que não cabe ao poder público implementar processo de urbanização de forma unilateral, a utilização de meios que facilitem a participação da sociedade civil é medida que se impõe. Entretanto, contata-se que no rito legislativo aqui tratado a população civil demonstrou menos interesse se comparado aos setores que tenham interesse econômico e aos próprios servidores públicos.

Tanto nas discussões ocorridas no conselho da cidade, como na audiência pública, é possível constatar que os membros natos indicados entre os servidores públicos e os setores que têm interesse econômico na política urbana demonstram maior interesse na participação, posto que tiveram menos faltas e maior participação.

A propósito, em relação as propostas apresentadas para modificação no plano diretor através da entrega dos formulários, nenhuma contou com participação de munícipe que não tivesse relação com atividade econômica pertinente ao meio urbano ou que não fossem servidores públicos.

Inúmeros motivos podem constituir a razão para tanto. Seja a dificuldade de compreensão da temática, a falta de percepção da importância das reuniões ou das temáticas, o desconhecimento real do procedimento legislativo relacionado a mudança do plano diretor ou até mesmo a existências de outras demandas do cotidiano. Contudo, o fato relevante é a sociedade civil interessada não tem maior participação no processo legislativo de alteração do plano diretor.

Os servidores públicos presentes têm origem em carreiras tanto com atuação direta nas políticas urbanísticas como de carreiras sem atuação direta nas políticas urbanísticas, situação interessante, dado que aqueles que atuam diretamente na área urbana já detêm, de alguma forma, participação na elaboração e implementação das políticas públicas.

Evidente que a participação dos servidores das áreas relacionadas as políticas urbanas dentro dos conselhos e reuniões pode ter caráter diferente daquelas do cotidiano do labor, não há hierarquia e disciplina. A lógica da participação não é pautada pela lealdade a instituição que serve, mas sim, para o crivo daquilo que, sob sua perspectiva, entende como mais adequado para o município.

Já os setores com interesse econômico se fazem presentes justamente para defender aquilo que pode ter implicação, seja negativa ou positiva, nas suas atividades econômicas. Neste caso, como o processo legislativo relacionado a alterações no plano diretor implica um rito pautado na democracia direta, a atuação junto as reuniões e as sugestões por meio dos canais oficiais divulgados se faz necessária, ao contrário de outras áreas em que a influência pode se dar a portas fechadas.

De todo o exposto, observa-se que o rito legislativo para a alteração do Plano Diretor do Município de Araquari tanto observou formalmente os designios constitucionais, com garantiu que, mesmo diante das dificuldades presentes pela pandemia da COVID-19, a relativa participação popular, ao menos da sociedade civil interessada, em atenção ao princípio da democracia participativa.

5. CONCLUSÃO

A limitação da presente pesquisa se funda na diminuta amostragem que a realidade local de um único rito de alteração de Plano Diretor Municipal tem diante da necessidade de se identificar a realidade da participação popular local com fim ao desenvolvimento dos meios de gestão popular por meio de democracia participativa, sobretudo pelo uso de meios tecnológicos novos que podem consolidar maior e melhor participação da sociedade civil

organizada.

A pesquisa pode ser aprofundada através da repetição de estudos em outras situações, sejam durante a pandemia da COVID-19 ou não, em que foram utilizados meios tecnológicos no rito legislativo com vistas a alteração de planos diretores locais. Também o pode através do estudo da diferença entre a natureza e “qualidade” da participação ocorrida durante a pandemia de COVID-19, que se deu por instrumentos de tecnologia, bem como a participação em outros momentos para além da pandemia, a fim de verificar se a utilização desses meios favorece, ou não, a participação popular.

REFERÊNCIAS

- ARAQUARI. **Decreto n. 50, de 03 de abril de 2020**. Araquari, SC: Prefeitura Municipal, 2020. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/a/araquari/decreto/2020/5/50/decreto-n-50-2020->. Acesso em: 25 fev. 2022.
- ARAQUARI. **Lei Complementar n. 281, de 31 de julho de 2019**. Dispõe sobre o plano diretor participativo do município - PDPM de Araquari, e dá outras providências. Araquari, SC: Prefeitura Municipal, 2019. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/a/araquari/lei-complementar/2019/29/281/lei-complementar-n-281-2019-dispoe-sobre-o-plano-diretor-participativo-do-municipio-pdpm-de-araquari-e-da-outras-providencias-2019-11-12-versao-compilada>. Acesso em: 25 fev. 2022.
- ARAQUARI. **Lei Complementar n. 323, de 03 de março de 2021**. Altera a Lei Complementar 281/2019 - Plano Diretor do Município de Araquari. Araquari, SC: Prefeitura Municipal, 2021. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/a/araquari/lei-complementar/2021/32/323/lei-complementar-n-323-2021-altera-a-lei-complementar-2812019-plano-diretor-do-municipio-de-araquari>. Acesso em: 25 fev. 2022.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em: 25 fev. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm#:~:text=Para%20todos%20os%20efeitos%2C%20esta,bem%20como%20do%20equil%C3%ADbrio%20ambiental. Acesso em: 25 fev. 2022.
- FRANCISCO, Ronaldo Vieira; GOLDFINGER, Fábio. **Direito**. 5. ed. rev., atual e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020. (Coleção Sinopses para Concursos).
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- ROLNIK, Raquel. Democracia no fio da navalha: limites e possibilidades para a implementação de uma agenda de reforma urbana no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais**, v. 11, n. 2, p. 31-31, 2009.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **ADI n. 2013.005814-2**. Relator: Des. João Henrique Blasi, 2013. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25328360/acao-direta->

de-inconstitucionalidade-adi-20140165828-sc-2014016582-8-acordao-tjsc/inteiro-teor-25328361. Acesso em: 25 fev. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Recebido em: 25/02/2022

Aceito em: 17/06/2022

A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE E SUA TUTELA COLETIVA PARTICIPATIVA

The Social and Environmental Function of the Property and Its Participative Collective Tutelage

Cassio Alberto Arend

Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Doutorando em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul. Advogado. Professor da UNISC. Pós-Graduação em Demandas Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2004). Subcoordenador do Curso de Direito sede da UNISC (RS, Brasil).

Oscar Aloisio Lehmann Rabuske

Graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (RS, Brasil). Advogado. Tem experiência na área de direito ambiental e urbanístico.

Resumo

A percepção da função socioambiental da propriedade na pós-modernidade requer um olhar sob a égide do republicanismo com vistas a tutela coletiva participativa. A problemática de pesquisa reside em verificar quais os fundamentos jurídicos da propriedade acerca da função socioambiental da propriedade na era pós-moderna e como a tutela coletiva participativa pode garantir o exercício da cidadania? Nesse sentido, o estudo propõe uma reflexão acerca de uma nova racionalidade jurídica que supere a premissa teórico-jurídica moderna de propriedade privada e da soberania estatal na estipulação da regulação social e no julgamento dos seus conflitos. Para o desenvolvimento do presente estudo utiliza-se o método sistêmico-complexo permitindo um enfoque multidisciplinar. E como resultado aponta-se para o entendimento pós-moderno constitucional de que a garantia da função socioambiental da propriedade se dá por meio de um processo republicano de tutela participativa da propriedade especial, meio ambiente, e que enquanto bem comum, pode ser gerido e regulado de maneira a construir uma nova racionalidade teórica para o direito.

Palavras-chave: Função socioambiental da propriedade. Tutela Coletiva Participativa. Bem comum.

Abstract

The perception of the socio-environmental function of property in post-modernity requires a look under the aegis of republicanism with a view to collective participatory tutelage. A research problem lies in verifying the legal foundations of property regarding the socio-environmental function of property in the post-modern era and how can a participatory collective tutelage guarantee the exercise of citizenship? In this sense, the study proposes a reflection on a new legal rationality that overcomes the modern theoretical-legal premise of private property and state sovereignty in the stipulation of social regulation and in the judgment of its conflicts. For the development of this study, the systemic-complex method is used, allowing a multidisciplinary approach. And as a final result, we point to the post-modern constitutional understanding that the guarantee of the socio-environmental function of property takes place through a republican process of participatory tutelage of special property, the environment, and that as a common good, it can be managed and regulated in order to build a new theoretical rationality for law.

Keywords: Socioenvironmental function of property. Participatory Collective Guardianship. Very common.

Sumário

1. Introdução; 2. A função socioambiental da propriedade em face da tutela coletiva participativa; 3. A gestão e regulação dos bens comuns: um contributo da experiência do Tribunal de Águas de Valência; 4. Considerações Finais; 5. Notas; Referências

1. INTRODUÇÃO

A dinâmica contemporânea das relações sociais e os respectivos reflexos no meio ambiente e na forma de conceber a propriedade, especialmente a privada, exigem uma nova compreensão da sua função socioambiental. Nesse cenário pós-moderno eclode um necessário redimensionamento teórico-jurídico da função socioambiental da propriedade sob a égide do republicanismo e evidenciando a tutela coletiva participativa como premissa basilar.

Nessa baila há que se compreender a imperiosa superação da tradicional e dogmática dicotomia entre bem público e bem privado, para perceber a existência de um bem comum. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 estabelece o meio ambiente enquanto bem comum e que pressupõe uma regulação, gestão e resolução de conflitos de maneira diferenciada, buscando uma nova racionalidade. Para tanto, a experiência das *common pool resource*, proposta por Elinor Ostrom, denota uma significativa contribuição para a formação dessa nova racionalidade.

Para tal a problemática de pesquisa reside em verificar quais os fundamentos jurídicos da propriedade acerca da função socioambiental da propriedade na era pós-moderna e como a tutela coletiva participativa pode garantir o exercício da cidadania? Dessa forma o estudo objetiva refletir acerca de uma nova racionalidade jurídica que supere a premissa teórico-jurídica moderna de propriedade privada e da soberania estatal na estipulação da regulação social e no julgamento dos seus conflitos. Bem como denota a construção de uma racionalidade que vislumbre uma tutela coletiva participativa que garanta o exercício dessa tutela com base no direito romano de contraponto. Ainda, traz à tona a teoria da gestão e regulação dos recursos de fundo comum mediante a exemplificação do Tribunal das Águas de Valência na Espanha como uma forma participativa de regulação e decisão coletiva de conflitos em contraponto à jurisdição estatal.

Para o desenvolvimento do presente estudo utiliza-se o método sistêmico-complexo permitindo um enfoque multidisciplinar. Para tal, como teoria de base buscou-se autores como José Isaac Pilati, Elinor Ostrom e Francois Ost. Ainda, como procedimento utilizou-se a pesquisa bibliográfica e referendada por técnicas que incluem o fichamento de texto e resumo expandido até a elaboração do texto definitivo. E como resultado aponta-se para a compreensão constitucional contemporânea que a garantia da função socioambiental da propriedade é vislumbrada através de um processo republicano de tutela participativa da propriedade especial, meio ambiente, e que enquanto bem comum, pode ser gerido e regulado de maneira a construir uma nova racionalidade teórica para o direito.

2. A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE EM FACE DA TUTELA COLETIVA PARTICIPATIVA

Enquanto contorno propedêutico da temática da função socioambiental da propriedade, mister identificar a compreensão acerca do surgimento do conceito de propriedade

privada, que teve suas primeiras manifestações em Roma. Neste sentido:

Antes da época romana, nas sociedades primitivas, somente existia propriedade para as coisas móveis, exclusivamente para objetos de uso pessoal, tais como peças de vestuário, utensílios de caça e pesca. O solo pertencia a toda a coletividade, todos os membros da tribo, da família, não havendo o sentido de senhoria, de poder de determinada pessoa. A propriedade coletiva primitiva é, por certo, a primeira manifestação de sua função social. (VENOSA, 2008, p. 149-150).

A referida propriedade coletiva primitiva ocorria em razão das tribos possuírem a característica de nômades, não tendo ligação com a mesma, estando o grupo usufruindo dos recursos naturais de determinada área, sendo que ao cessarem esses recursos, a tribo seguia para outro território (VENOSA, 2008). Tais povos não possuíam a concepção de propriedade individual, pois o grupo produzia e exercia a atividade em coletivo, haja vista que a fonte de subsistência era a caça, pesca, frutos, de modo com que, todos colaboravam na coleta dos alimentos e lhes consumiam de forma compartilhada.

No regime romano, não havia a divisão de propriedade em privada e pública, mas sim a coletividade responsável pelo exercício da soberania. Neste ponto, Pilati (2013, p. 38) menciona que “em Roma a soberania é partilhada entre todos, e a coerção é exercida por alguém eleito, e mediante *imperium*- primeiro o rei e depois os magistrados; na Modernidade, soberania e coerção enfeixam-se no Estado.”

O formato de concessão de propriedades para produção, foi denominado de regime quiritário, no qual, para fazer jus ao direito de produzir na terra, o cidadão deveria ser romano. O regime quiritário era baseado na coletividade, tendo os cidadãos romanos o direito de possuir e fruir do patrimônio coletivo. Nas palavras de Pilati (2017, p. 37), “num aglomerado de famílias, numa estrutura agrária escravista de subsistência, que crescia pelas conquistas, o Direito quiritário era um direito sobre o *distribuído*, numa espécie de condomínio *pró diviso*.”

Assim, no intuito de cultivar o solo e gerar riquezas, o governo, por meio de concessões de áreas de terra, fornecia aos cidadãos romanos, o direito de plantar e usufruir da terra. Em troca da concessão da propriedade, os cidadãos necessitam torná-la produtiva, utilizando, para tanto, mão de obra familiar e de escravos.

Ao receber a concessão e produzir na terra, o cidadão romano era responsável pelo pedaço de terra que lhe foi concedido pelo governo, sendo que se tornou padrão a renovação da concessão ao final da safra, no intuito de possibilitar que o cidadão romano cultivasse a próxima safra. Sobre tal situação:

[...] Nesse primeiro período do Direito Romano, o indivíduo recebia uma porção de terra que devia cultivar, mas, uma vez terminada a colheita, a terra voltava a ser coletiva. Paulatinamente, fixa-se o costume de conceder sempre as mesmas porções de terra às mesmas pessoas ano após ano. (VENOSA, 2008, p. 150).

Tal forma de agir, acarretou a perpetuação dos mesmos cidadãos sob o mesmo solo por longos períodos, de modo com que as famílias construíam suas casas na propriedade fornecida para a produção. Tal movimento deu início ao sentimento de que a referida área era de propriedade do *Pater familias* (chefe da família), podendo permanecer ali de forma contínua (VENOSA, 2008). Ainda, imperioso mencionar que no regime quiritário, o chefe da

propriedade era denominado de *Pater familias*, cidadão romano, sendo que a transferência de tal propriedade deveria ocorrer para outro membro da família ou para cidadão romano.

No entanto, com o passar dos anos, em decorrência do aumento da população de estrangeiros residentes em Roma, estes buscavam a propriedade, realizando por vezes contratos que, segundo a norma legal, não lhes concederia direito algum sobre a propriedade ocupada. Em razão destas transações realizadas, que não atendiam aos rígidos requisitos do então regime quirritário, como forma de proteger os adquirentes, surgiu o regime *bonitaria*. Este resguardava o direito dos estrangeiros, que estavam na posse e produziam nas propriedades, mas não atendiam aos requisitos do regime quirritário e estavam sofrendo sanções por não serem cidadãos romanos. No que tange à proteção jurídica dos cidadãos que não atendiam aos requisitos, cabe assentar que:

Vale dizer que o Direito nunca revogou os institutos quirritários, mas outorgava proteção jurídica às novas situações, permitindo dessa forma a Roma incorporar o crescimento pela criação de instituições especiais: a par da propriedade quirritária, a *bonitaria*; em oposição à *hereditas*, a *bonorum possessio*; e ao lado da *obligatio*, o *debitum pretoriano*. Assim se criaram a propriedade peregrina e a propriedade provincial, todas garantidas por autoridades judiciárias locais, que também criavam exceções e ações. Nada se revogava, mas o novo se criava ao lado, exatamente como se deve proceder na passagem da Modernidade à Pós - Modernidade. (PILATI, 2017, p. 41).

Neste contexto, tem-se que com o passar dos séculos, a questão relativa à propriedade foi adaptando-se às mudanças industriais e sociais, sendo que, com o aumento das negociações entre particulares, avanços na área da indústria, no decorrer dos séculos, houve uma valorização do bem individual em face do coletivo. Essa caracterização do individualismo é denotada fortemente na transmutação da modernidade para a pós-modernidade, em que o indivíduo e sua propriedade são o centro das preocupações e regulação.

A sociedade pós-moderna, em face a sua complexidade de relações produzidas, não suporta mais a segmentada codificação do direito, bem como a distinção reducionista em direito público e privado, sem o reconhecimento da propriedade coletiva de construção pós-moderna. Nesse sentido, o direito de propriedade necessita ser compreendido sob uma perspectiva que não seja apenas privada ou pública, mas coletiva também.

Imperioso ressaltar que o cenário dogmático jurídico brasileiro aponta para a positividade da propriedade privada no art. 1.228 do Código Civil (BRASIL, 2002) e a categorização dos bens públicos e privados no art. 98 (BRASIL, 2002). Já a Constituição Federal de 1988 estabelece no seu art. 5º, inciso XXII o direito de propriedade e no inciso XXIII que a propriedade deverá atender a sua função social (BRASIL, 1988). Ainda, no art. 225 dispõe que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um bem comum (BRASIL, 1988). Diante disso, se pode verificar que há uma disposição constitucional fundada numa concepção de garantia da propriedade privada, mas com cumprimento da função social e a construção de uma propriedade coletiva (meio ambiente). Enquanto isso, o Código Civil ainda regula a propriedade numa concepção público/privada sob uma ótica individual.

Para tanto, essa compreensão de propriedade que não percebe a existência da propriedade coletiva, proporciona uma grave crise de compreensão e aplicação do direito. Nessa linha, aponta-se que:

A crise não decorre da propriedade privada em si, mas da inoperância da ordem jurídica quanto a outra dimensão, a coletiva, da Pós-Modernidade. Esse erro (?) de continuar aplicando o velho modelo no contexto de mudança gera o vazio jurídico estrutural de resolver problemas de tutela coletiva pelos moldes do Código Civil, que é direito comum, e do código de processo civil, que se orienta pelo conflito individual. Não é um mal em si que o modelo da propriedade moderna esteja vivo na ordem constitucional de 1988; é o contrário. O que se impõe é implementar a República Participativa, como soberania, estrutura política e forma jurídica próprias. (PILATI, 2011, p. 46-47).

Nesse sentido, a propriedade privada assume um caráter fundamental, um direito-dever que possui uma dimensão subjetiva, em que o direito de propriedade é garantido a todos, inclusive aos estrangeiros.¹ Ocorre que a sua garantia está “condicionada ao dever de que seu exercício se dê em sintonia com uma dimensão comunitária ou objetiva, devendo, para tanto, a propriedade privada atender à função social.” (CARVALHO, 2018, p. 1665). Ainda, a propriedade privada e sua função social devem estar em sintonia com os princípios da ordem econômica trazidos pelo art. 170 da Constituição Federal de 1988,² bem como compreendidos tanto para a área urbana³ quanto rural.⁴

Da mesma forma, a Constituição Federal de 1988 traz a subdivisão entre a propriedade comum e a especial. Para Pilati (2017, p. 44) o referido sistema se dá da seguinte forma:

O constitucionalismo brasileiro contemporâneo, pois, consagra dois sistemas, que se fundem na Pós-Modernidade; o da propriedade comum, que possui princípios e regras próprias e representa a grande conquista moderna da liberdade individual perante o Estado, o público, e os demais indivíduos; e o outro, materializado nas propriedades especiais, que se pautam por outras normas de exercício e tutela, orientadas pelo coletivo e pela função social. As propriedades de uma e de outra categoria possuem titular, objeto, exercício e tutela diferenciados, mas convivem em harmonia, num sistema, assim, muito mais complexo do que o romano.

Ainda, o Código Civil, no §1º do art. 1.228 prevê expressamente que o “direito de propriedade deve ser exercido em consonância com a suas finalidades econômicas e sociais” (BRASIL, 2002), além de observar os critérios ambientais estabelecidos em lei especial. Diante disso, o direito-dever de propriedade privada é garantido na dimensão subjetiva que repercute na faculdade de usar, gozar, dispor e reivindicar bens. Todavia, esse direito, tem limites (deveres) em razão de interesses transindividuais que trazem uma perspectiva coletiva-comunitária.

Diante disso, tem-se que:

Assim, nota-se que a propriedade privada passa a apresentar um deslocamento de uma dimensão individualista (direito individual) para uma dimensão econômica (instituto de direito), funcionalizada para atendimento a interesses comunitários, adquirindo, por isso, uma dimensão social. Acompanhando a lição clássica, pode ser dito que o princípio da função social ‘transforma a propriedade capitalista, sem socializá-la’. (CARVALHO, 2018, p. 1666).

Imperioso assentar, já adentrando na função social da propriedade, que a mesma se dá no âmbito da propriedade privada, não há que se falar em função social da propriedade pública. Para tanto, o direito de propriedade (privada) consiste na conjugação do direito subjetivo à propriedade e, da função, que se verifica mediante análise de sua relevância social, ou seja, comunitária. Essa funcionalização do direito de propriedade exige uma percepção sistêmico-complexa da relação entre o interesse individual privado e o interesse social. Nesse sentido, importante a contribuição de Byrne (2005, p. 682):

In my view, property is a highly dynamic institution. People today have less discretion to use land as they wish, but more ownership over their own ideas and creation. The boundaries of rules that confer discretion or protection against harm shift to reflect economic, technological, and cultural factors.⁵

A função social da propriedade reflete, obviamente, os limites dogmáticos exarados no plano constitucional e infraconstitucional, todavia, também reflete os aspectos sistêmicos (econômicos, tecnológicos, políticos, culturais) de sua comunidade. Ainda, há que lembrar que esses limites estabelecidos pela função social “não autoriza o esvaziamento do conteúdo essencial mínimo da propriedade sem a respectiva indenização, uma vez estar o direito à propriedade privada também assegurado como direito fundamental e garantia constitucional.” (CARVALHO, 2018, p. 1668).

Nessa seara, uma análise sistêmica da função social da propriedade remete necessariamente para a compreensão de que os aspectos ambientais também devem ser considerados. Diante disso, a propriedade também assume uma dimensão funcional ambiental, evidenciada no art. 225 da Constituição Federal e no art. 1.228 do Código Civil. Para tanto, o professor Leite (2015, p. 106), leciona que:

[...] todo ato de apropriação sobre os bens na ordem econômica nacional deve ser capaz de atender, a um só tempo, três funções, uma econômica, uma social e uma ambiental. Desse modo, em uma economia de mercado que também é social e ecológica (art. 170, VI, da CF/88), o exercício de qualquer liberdade econômica precisa viabilizar a proteção de valores outros que não se encontram associados diretamente à apropriação econômica, sendo um deles a proteção do meio ambiente.

A função ambiental da propriedade busca trazer à discussão um aspecto da propriedade que vai além da sua repercussão meramente econômica. Com isso acarreta um grande desafio, qual seja, a garantia do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com limitação de utilização e acesso aos recursos naturais, sem esvaziar ou aniquilar o direito de propriedade. A complexidade é tamanha que o exercício constitucional e legal da função ambiental da propriedade não gera, por exemplo, dever de indenização do Estado, todavia, havendo limitação administrativa que esvazie o direito de propriedade gera dever de indenizar.

Para tanto, Carvalho (2018, p. 1671) estatui que:

O elemento catalizador da função ambiental, por evidente, é o meio ambiente. A função ambiental impõe ao proprietário não apenas um dever de abster-se de determinadas atividades, mas também a obrigações de fazer no sentido de utilização ambientalmente responsável para obtenção de benefícios não apenas econômicos, mas também ambientais.

Em razão da engenharia constitucional evidenciada, da dogmática infraconstitucional e da percepção doutrinária acerca de que o meio ambiente é direito fundamental, há que se falar em função socioambiental da propriedade. “Pode-se prever que a forma dos direitos de propriedade continuará a evoluir à luz de preocupações ambientais, mudanças econômicas e inovações legais.” (BYRNE, 2005, p. 689). O meio ambiente como bem de uso comum gera um dever de preservação por parte do direito. Esse dever, expressado na função socioambiental não tem como premissa extinguir a função individual da propriedade, até mesmo porque o direito subjetivo de propriedade e o direito ao meio ambiente ecologicamente

equilibrado constam do rol de direitos estabelecidos na Constituição Federal de 1988, de maneira originária, e por conseguinte, não colidentes. Contudo, caso inconciliáveis, em face de uma situação concreta, pode o Poder Público utilizar-se do instituto da desapropriação, ou pode ser invocado, por via indireta, pelo proprietário.

Em que pese haja um sólido aparato constitucional e infraconstitucional legislativo que vislumbre juridicamente a função socioambiental da propriedade, ainda carece no âmbito de compreensão social e de efetivação a proteção dos bens ambientais em face da propriedade privada. Ademais, subsiste a ideia de que o meio ambiente é *res nullius* e como tal pode ser apropriado de maneira indistinta e sem limitações. Nesse sentido, poderia se trabalhar com a concepção de patrimônio comum, que seria pertencente a um proprietário privado, mas adstrito a alguns preceitos de gestão, estes determinados pelo interesse comunitário (OST, 1997, p. 78).

Nessa linha, a ideia de patrimonializar os bens ambientais coaduna-se com a noção de bem comum, ou seja, o meio ambiente como um direito e um dever de todos. Assim, "patrimonializar um espaço, um recurso, um bem, é reconhecer que nele são inscritos não apenas interesses de consumo mas igualmente valores identitários." (OST, 1997, p. 381). Valores esses criados a partir da perspectiva comunitária, inclusive com regras de utilização e solução de conflitos, conforme abaixo acenado no caso de Valência na Espanha.

Um exemplo de dificuldade de compreensão da função socioambiental da propriedade aqui proposta é o Código Florestal, disposto na Lei 12.651 de 25 de maio de 2012 (BRASIL, 2012), especialmente no que concerne à flexibilização da delimitação de área de preservação permanente – app e a denominada anistia aos que cometeram infrações e crimes ambientais até 22 de julho de 2008. A flexibilização das áreas de preservação permanente é verificada nos artigos 61-A, 61-B e 61-C, os quais permitem uma faixa marginal menor aos cursos d'água natural. Sendo essa flexibilização permitida às áreas consolidadas (fato consumado) anteriores à 22 de julho de 2008 e vinculadas ao tamanho da propriedade, o que contraria ao próprio conceito de app estabelecido no art. 3º inciso II da mesma lei. Ainda, infere ressaltar que o conceito de app está vinculado a sua função ecológica e não ao tamanho da propriedade.

Da mesma forma intenta participar a anistia concedida nas áreas consolidadas de preservação permanente, nos artigos 61-A, 61-B e 61-C e nas áreas consolidadas de destinação de reserva legal nos artigos 66, 67 e 68. Também, o artigo 60 prevê que o proprietário que aderir ao Programa de Recuperação Ambiental – PRA, terá sua punibilidade suspensa dos crimes previstos nos artigos 38, 39 e 48 da Lei 9.605/98 (BRASIL, 1998).

O Código Florestal teve sua constitucionalidade questionada e analisada nas ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937 e ADC 42, sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que os dispositivos, entre outros, que tratam da flexibilização das áreas de preservação permanente e da anistia, são constitucionais. Atenta-se por não corroborar com esse posicionamento da Corte Constitucional em razão de entender que além de ferir princípios constitucionais, como da proibição do retrocesso ambiental, uma vez que afeta o mínimo existencial de proteção ecológica, fere a segurança jurídica, e a concepção de função socioambiental

da propriedade aqui esposada e extraída da Constituição Federal de 1988.

Diante disso, a efetivação da garantia constitucional da função socioambiental da propriedade requer a compreensão do meio ambiente como bem comum, e sua patrimonialização como forma de agregar valores identitários. Para tanto, a gestão desse bem/patrimônio comum deve se dar de maneira comunitária, denotando uma superação da noção bem privado ou bem público. E a própria Constituição Federal de 1988 vislumbra essa possibilidade ao elencar o meio ambiente como um direito e um dever de todos, além de expressar ser um bem de uso comum. Assim, a propriedade privada cumpre sua função socioambiental quando respeita os dispositivos normativos constitucionais e infraconstitucionais, bem como quando gere o bem comum (meio ambiente) nos moldes da *common pool resource*.

3. A GESTÃO E REGULAÇÃO DOS BENS COMUNS: UM CONTRIBUTO DA EXPERIÊNCIA DO TRIBUNAL DE ÁGUAS DE VALÊNCIA

Consoante já evidenciado, a gestão e regulação dos bens comuns, deve se dar de maneira que respeite a garantia constitucional da função socioambiental da propriedade, sem negar a existência da propriedade privada, apenas concebendo-a segundo os ditames constitucionais. Ainda, imperioso denotar que existe o bem jurídico meio ambiente compreendido pela nossa Constituição Federal de 1988 como um bem de uso comum, que extrapola a tradicional dicotomia de bem público e bem privado. E aqui reside o grande desafio, vislumbrar no ordenamento jurídico uma compreensão contemporânea de gestão e regulação desse bem comum.

Para tanto, imperioso assentar como premissa a noção na qual se trabalha acerca de bem comum:

A noção de bens comuns, nesse sentido, cuida do uso comungado ou compartilhado do ambiente, em proveito de uma comunidade específica, de forma a não esgotar esse bem e não instaurar um impedimento erga omnes ao seu proveito, esgotando-o ou degradando-o. (SILVEIRA, 2014, p. 183).

A noção trazida à baila acerca dos bens comuns denota que há formulação, inclusive constitucional, da existência de bens que não estão nem sob domínio privado, nem sob domínio público (estatal), que são efetivamente comuns. E que deveriam estar sob uma “gestão patrimonial negociada”, liderada pela comunidade envolvida especificamente com o bem. Nesse sentido, Ostrom fornece uma série de exemplos de desenvolvimento das “*common pool resource*”,⁶ que denotam a efetivação da gestão comunitária dos bens comuns e a consequente função socioambiental da propriedade.

Nessa linha, ao deixar a gestão desses bens comuns ao poder público a realidade demonstra a total ineficiência do mesmo na efetivação constitucional e na proteção do meio ambiente. Ainda, vale-se da crítica abaixo:

A um poder público colonizado por interesses particulares, cúmplice na destruição dos recursos naturais (do ambiente como um todo) e dominado pela corrupção, a tarefa é restituir a vocação do direito em abrigar os bens comuns. Trata-se de conferir, que ao bem comum, no singular, quer aos bens comuns, no plural, uma voz jurídica, um instrumental de efetivação de direitos constitucionalmente previstos e já bastante conhecidos. (SILVEIRA, 2014, p. 186).

O paradigma do mundo globalizado que reduz a sociedade a mercado, não consegue

compreender a existência de bem comum. Apenas considera dois atores juridicamente considerados, o Estado (bem público) e o mercado (bem privado). Sendo o que se vislumbra é a necessidade do resgate do bem comum, ou *res publica* dos romanos, como forma de garantia de proteção ambiental. Ainda, a necessária superação da cultura privatista do direito trazida pela modernidade.

Nesse sentido, o que se propõe não é o fim do bem privado e do público, ou seja, Estado e mercado continuarão a existir, mas uma compreensão de que existem bens que não são nem públicos e nem privados, são comuns a todos e atendem a todos. Nessa baila, o pretende-se:

A dimensão da República Participativa que Roma vivenciou e que a Pós-Modernidade retoma no plano constitucional repõe a questão a ser dialeticamente sintetizada: não eliminar a velha propriedade e o velho Estado, mas resgatá-los em plano superior, redefinindo-os. Reestruturá-los em nova sinergia com elementos da nova ordem social. Nova ordem que irá fundamentar e legitimar a propriedade na justiça do mérito, de capital e trabalho e em novo *sum cuique tribuere*, baseado no equilíbrio entre as esferas distintas: do privado (indivíduo), do público (Estado) e do coletivo (Sociedade). Mirando-se no espelho da Antiguidade, recompor a face. (PILATI, 2011, p. 20-21).

Um dos grandes motivadores da apropriação privada do meio ambiente é a sua concepção enquanto bem público, ou seja, de domínio do Estado. Sendo um bem do Estado é cobiçado pelo mercado em razão da onda privatista. Como o bem ambiental tem valor, segundo as referências de mercado, há interesse na sua exploração. Ocorre que é possível vislumbrar o assédio à privatização de vários bens ambientais como água potável, biodiversidade, saneamento básico, em afronta o que dispõe a Constituição Federal de 1988.

Para melhor compreensão e dimensão:

Ricoveri descreve o processo de "deslegitimação" dos bens comuns, resultado de três circunstâncias históricas: (a) a revolução científica, protagonizada por Galileu, Newton, Descartes e Bacon, fundada no método indutivo, que respondia às exigências de conhecer a natureza para comandá-la, de novas tecnologias que alterassem os ciclos naturais e, em última instância, de expansão econômica; (b) o nascimento do Estado no sentido moderno, fundado sobretudo no Leviatã de Hobbes, que suplanta a lógica da cooperação das comunidades em face do individualismo egoísta que justifica o Poder Público centralizado; (c) a "ciência econômica moderna", com a redução da sociedade; a "sociedade de mercado" e do homem a *homo economicus*, que exprime a ideologia da acumulação privada e a utopia do mercado autorregulado. (SILVEIRA, 2014, p. 164).

O pensamento que estabelece uma sociedade de mercado pode ser vislumbrado na Tragédia dos Comuns defendida por Garret Hardin ao entender que o bem comum é escasso e para preservá-lo seria necessário a apropriação privada. Trata-se da compreensão moderna da existência de apenas os agentes do Estado e do mercado.

Nesse caso a Tragédia dos Comuns pode ser verificada no seguinte posicionamento teórico:

The tragedy of the commons develops in this way. Picture a pasture open to all. It is to be expected that each herdsman will try to keep as many cattle as possible on the commons. Such an arrangement may work reasonably satisfactorily for centuries because tribal wars, poaching, and disease keep the numbers of both man and beast well below the carrying capacity of the land. Finally, however, comes the day of reckoning, that is, the day when the long-desired goal of social stability becomes a reality. At this point, the inherent logic of the commons remorselessly generates tragedy. (HARDIN, 1968, p. 1243).⁷

Para Hardin (1968), a maximização da utilização da propriedade só seria possível mediante a existência da propriedade privada. Entende que “a racionalidade não é compatível com os *commons* limitados. A liberdade dos *commons* seria a ruína de todos.” (VARGAS; HERSCOVICI, 2017, p. 109). A Liberdade seria no sentido de utilização da propriedade comum e seus recursos limitados de maneira indistinta, o que geraria, com vistas a sua maximização utilitarista, a ruína da própria propriedade. Isso pode ser vislumbrado quando Hardin aponta que a “liberdade dos mares” que professa os “inesgotáveis recursos dos oceanos” tem contribuído para a extinção de várias espécies de peixes e baleias. Ou quando traz à baila a questão dos parques nacionais, abertos a todos sem limites, o que também geraria a tragédia dos comuns (HARDIN, 1968, p. 29).

O autor ainda destaca que o crescimento populacional de maneira exponencial gera uma dificuldade de preservação dos recursos escassos nas propriedades comuns. Nesse sentido, assevera que a propriedade privada seria o melhor caminho para conter o problema da poluição. Para tanto, ele aponta que:

The tragedy of the commons as a food basket is averted by private property, or something formally like it. But the air and Waters surrounding us cannot readily be fenced, and so the tragedy of the commons as a cesspool must be prevented by diferente means, by coercive laws or taxing devices that make it cheaper for the polluter to treat his pollutants then to discharge them untread. (HARDIN, 1968, p. 30).⁸

Diante disso, Hardin (1968) entende que a propriedade privada, mediante regulação, é capaz de preservar os recursos ambientais comuns. E que essa regulação pode ocorrer de várias formas consoante a característica do bem comum envolvido. Esse seria o caminho para evitar da tragédia dos comuns.

Todavia, Hardin sofre a crítica de Bollier justamente por defender a desregulação da gestão dos recursos e distinção de comunidade, que em razão disto não considera com bem comum:

There is just one significant flaw in the tragedy parable. It does not accurately describe a commons. Hardin's fictional scenario sets forth a system that has no boundaries around the pasture, no rules for managing it, no punishments for over-use and no distinct community of users. But that is not a commons. It is an open-access regime, or a free-for-all. A commons has boundaries, rules, social norms and sanctions against free riders. A commons requires that there be a community willing to act as a conscientious steward of a resource. Hardin was confusing a commons with “noman's-land” — and in the process, he smeared the commons as a failed paradigm for managing resources. (BOLLIER, 2014, p. 19).⁹

Na mesma linha, conforme explicita Byrne (2005, p. 680) “os proprietários também podem concluir racionalmente que esgotar todo o valor de um recurso imediato é mais valioso para eles do que preservá-lo, mesmo que isso elimine opções para usos futuros.” Para tanto, se pode vislumbrar que a propriedade privada não é a única possibilidade de preservação dos recursos ambientais, pois os interesses privados podem não caminhar na mesma direção da preservação.

Em contraponto a essa teoria e demonstrando que há possibilidade de haver atores diferentes do Estado e do mercado, destaca-se Elinor Ostrom com a teoria “*Governing the commons*”. A autora demonstra com exemplificação empírica a possibilidade de existência

das *common pool resource* (recursos de fundo comum). Trata-se de identificação de uma série de iniciativas ao longo do mundo em que há o desenvolvimento de bens comuns externos ao Estado e ao mercado.

Nesse sentido, Ostrom (1990, p. 88) demonstra que apesar da incerteza do ambiente comum, as populações permanecem mais tempo estáveis nos *commons*, especialmente em razão de haver normas que definem um comportamento adequado construídas de maneira coletiva e fiscalizadas pelos apropriadores.

Ainda, aponta a existência de princípios caracterizadores da robustez dos recursos de fundo comum, quais sejam: a) limites claramente definidos; b) congruência entre regras de apropriação e provisão e condições locais; c) arranjos de escolha coletiva; d) monitoramento, c) sanções graduadas; d) mecanismos de resolução de conflitos, e) reconhecimento mínimo de direitos de organização; f) empreendimentos aninhados (OSTROM, 1990, p. 90).

Para tanto, imperioso explicitar o que seja cada um desses princípios. Para tanto, o primeiro princípio é dos limites claramente definidos, em que os indivíduos ou famílias têm o direito de retirar unidades de recursos de maneira limitada. O princípio da Congruência entre regras de apropriação e provisão e condições locais, denota que as regras de apropriação que restringem o tempo, lugar, tecnologia, e quantidade de unidades de recursos estão relacionadas às condições locais e aos planos de projeção de trabalho, material e /ou dinheiro. O princípio dos arranjos de escolha coletiva, permite que a maioria dos indivíduos afetados pelas regras operacionais pode participar da modificação das regras operacionais. Além de serem adequadas as regras precisam da cooperação de todos para o cumprimento e em caso contrário deverá ter o respectivo sancionamento. Nesse sentido, tem-se que:

The presence of good rules, however, does not ensure that appropriators will follow them. No is the fact tha appropriators themselves designed and initially agreed to the operational rules in our case studies an adequate explanation for centuries of compliance by individuals who were not involved in the initial agreement. It is not even na adequate explanation for the continued commitment of those who were part of the initial agrément. Agreeing to follow rules ex ante is na easy commitment to make. Actually following rules ex post, when Strong temptations arise, is the significant accomplishment. (OSTROM, 1990, p. 93).¹⁰

Já o princípio do monitoramento, entende que os monitores auditam de maneira ativa as condições dos recursos de fundo comum e o comportamento do responsável perante os apropriadores ou dos próprios apropriadores. Isto reforça a ideia de comunidade no sentido de autofiscalização para que as regras criadas de maneira coletiva sejam cumpridas. No princípio das sanções graduadas, refere-se aos apropriadores que violam as regras operacionais e que provavelmente serão avaliados. A partir disso, terão sanções graduadas, dependendo da gravidade e contexto da infração, por outros apropriadores, por funcionários responsáveis perante estes apropriadores, ou por ambos. Na mesma baila, o princípio dos mecanismos de resolução de conflitos, estabelece que os apropriadores e seus funcionários têm acesso rápido as arenas locais de baixo custo para resolver conflitos entre apropriadores ou entre apropriadores e funcionários. Para que se tenha efetividade nas sanções e na resolução dos conflitos é imprescindível o princípio do reconhecimento mínimo de direitos de organização, em que os direitos dos apropriadores de criar suas próprias instituições não são contestados por autoridades governamentais externas. E por fim, para os recursos

de fundo comum em sistemas maiores, o princípio dos empreendimentos (Empresas) aninhados, que se busca a apropriação, provisão, monitoramento, fiscalização, resolução de conflitos e as atividades de governança são organizados em várias camadas de empreendimentos (empresas) aninhados.

Acerca dos recursos de fundo comum, mister ponderar que:

The most notable similarity of all, of course, is the sheer perseverance manifested in these resource systems and institutions. [...] The institutions meet Shephers's criterion of institutional robustness, in that the rules have been devised and modified over time according to a set of collective-choice and constitutional-choice rules. These cases were specifically selected because they have endured while others have failed. Now the task is to begin to explain their sustainability and robustness, given how difficult it must have been to achieve this record in such complex, uncertain, and interdependent environments in which individuals have continuously faced substantial incentives to behave opportunistically. (OSTROM, 1990, p. 89).¹¹

Na seara dos recursos de fundo comum, notadamente no quesito de mecanismo de solução de conflitos, há que se referir a experiência do Tribunal das Águas de Valência na Espanha:

In Valencia, the irrigators from seven of the major canals are organized into autonomous irrigation communities whose s'ndic, 12 or chief executive, participates in two weekly tribunals. The Tribunal de las Aguas is a water court that has for centuries met on Thursday mornings outside the Apostles' Door of the Cathedral of Valencia. The many Islamic features of its traditions have led scholars to argue that the court evolved during the period of Islamic rule. Its proceedings are carried on without lawyers, but with many onlookers. A presiding officer questions those who are involved in a dispute and others who may be able to provide additional information, and the members of the court, excluding the syndic whose canal is involved, make an immediate decision regarding the facts of the case in light of the specific rules of the particular canal. Fines and damages are assessed consistent with the rules of the particular canal. The final decisions of the court are recorded, but not the proceedings. After the court session, the syndics may also convene a second tribunal, which serves as a coordinating committee encompassing all seven of the canals to determine when to institute operating procedures related to seasonal low waters or to discuss other intercanal problems. (OSTROM, 1990, p. 71-72).¹²

Da mesma forma a os próprios agricultores estabelecem a sua forma de organização, regulação e gestão do recurso hídrico. Como bem aponta Ostrom (2006, p. 112), “*le norme fondamentali di ripartizione dell'acqua dipendono dalle decisioni prese dai capi della comunità di irrigazione riguardo a tre condizioni ambientali: abbondanza, periodi di secca stagionali e siccità straordinaria*”. Também, a vigilância do canal de distribuição de água e a sua correta repartição fica à cargo do administrador (síndico) que se não repartir conforme as regras estabelecidas pelos próprios agricultores, perde o respeito e o cargo. Ainda, o nível de cumprimento das regras é extremamente alto, sendo que dentro das 25.000 oportunidades de descumprimento, apenas 200 casos foram registrados. Isto aponta para um alto índice de adesão e cumprimento da regulação estabelecida (OSTROM, 2006, p. 113-115).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A compreensão da função socioambiental da propriedade concatenada com os preceitos constitucionais fundamentais trazidos à discussão neste estudo é de fundamental importância para estabelecer uma compreensão do direito e da própria propriedade que supere a noção tradicional. Nesse sentido, o meio ambiente enquanto bem comum denota

uma configuração jurídica diferente da tradicional dicotomia entre bem público e bem privado. Estabelece uma forma especial constitucional que deve ser agregada da tutela coletiva participativa, tanto na regulação quanto na gestão.

Para tal, a teorização da *common pool resource* de Elinor Ostrom demonstra empiricamente que é possível haver governança comunitária desses recursos. Sendo que o imprescindível é a observância de alguns princípios gerais que ela denomina de princípios "design", que são valores comuns identificados em todas as experiências verificadas de robustez e sucesso na gestão dos recursos comuns. Imperioso destacar que tais princípios são: limites claramente definidos; congruência entre regras de apropriação e provisão e condições locais; arranjos de escolha coletiva; monitoramento, sanções graduadas; mecanismos de resolução de conflitos, reconhecimento mínimo de direitos de organização; e empreendimentos aninhados. Ainda, tal concepção contraria o ideário da tragédia dos comuns defendido por Garret Hardin, que preconiza a gestão do meio ambiente sob um viés exclusivamente privado.

Diante disso, a experiência do Tribunal de Águas de Valência e a respectiva gestão dos recursos hídricos da bacia hidrográfica daquela região, demonstram uma forma de regulação, gestão e resolução de conflitos, sob a ótica da tutela coletiva comunitária e dentro da concepção teórico-jurídica da função socioambiental da propriedade. Em suma, denota como uma forma democrática e sustentável, alinhada à nossa Constituição Federal de 1988, de concretização da função socioambiental da propriedade e de gestão, regulação e resolução de conflitos de maneira coletiva comunitária.

5. NOTAS

1. Vide: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXII - é garantido o direito de propriedade; (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]).

2. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] II - propriedade privada; III - função social da propriedade; (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]).

3. Art. 182, §2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]).

4. Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]).

5. Tradução livre: Na minha opinião, a propriedade é uma instituição altamente dinâmica. As pessoas hoje têm menos discricção para usar a terra como desejarem, mas mais propriedade sobre suas próprias ideias e criação. Os limites das regras que conferem discricção ou proteção contra a mudança de danos refletem

fatores econômicos, tecnológicos e culturais.

6. Tradução livre: Recurso de propriedade comum. Expressão cunhada pela obra de Elinor Ostrom, denominada "*Governing the Commons: the evolution os institutions for collective action*".

7. Tradução livre: A tragédia dos comuns se desenvolve desta forma. Imagine um pasto aberto a todos. É de se esperar que cada criador de gado vai tentar manter o gado do maior número possível no terreno comum. Tal mecanismo pode funcionar de modo razoavelmente satisfatório durante séculos, devendo-se às guerras tribais, à caça furtiva, e à doença manter o número de homens e animais bem abaixo da capacidade de absorção do solo. Por último, no entanto, vem o dia do julgamento, ou seja, o dia em que o objetivo a longo prazo desejado de estabilidade social se torne uma realidade. Neste ponto, a lógica inerente do que é comum impiedosamente gera tragédia.

8. Tradução livre: A tragédia dos comuns, como uma cesta de alimentos, é evitada pela propriedade privada ou por algo formalmente parecido. Mas, o ar e as águas que nos cercam não podem ser facilmente cercados e assim, a tragédia dos comuns como uma fossa deve ser evitada por diferentes meios, por leis coercitivas ou mecanismos de taxação que fazem com que o poluidor trate seus poluentes do que descartá-los sem tratamento.

9. Tradução livre: Há apenas uma falha significativa na parábola da tragédia. Não descreve com precisão um bem comum. O cenário fictício de Hardin estabelece um sistema que não tem limites em torno do pasto, sem regras para gerenciá-lo, sem punições por uso excessivo e sem comunidade distinta de usuários. Mas, isso não é um bem comum. É um regime de acesso aberto ou gratuito para todos. Um bem comum tem limites, regras, normas sociais e sanções contra os passageiros livres. Um bem comum exige que haja uma comunidade disposto a agir como um administrador consciente de um recurso. Hardin estava confundindo bem comum com "terra de ninguém" e no processo, ele difundiu os bens comuns como um paradigma fracassado para gerenciar recursos.

10. Tradução livre: A presença de boas regras, no entanto, não garante que os apropriadores as sigam. Não é de surpreender que os próprios apropriadores tenham projetado e inicialmente concordado com as regras operacionais em nossos estudos de caso em uma explicação adequada para séculos de conformidade por indivíduos que não estavam envolvidos no contrato inicial. Nem sequer é uma explicação adequada para o compromisso contínuo daqueles que fizeram parte do acordo inicial. Concordar em seguir regras ex ante é um compromisso fácil de se fazer. Na verdade, seguir regras ex post, quando surgem fortes tentações, é a conquista significativa.

11. Tradução livre: A semelhança mais notável de todas, é claro, é a pura perseverança manifestada nesses sistemas e instituições de recursos. [...] As instituições atendem ao critério de robustez institucional de Shepsle, na medida em que as regras foram elaboradas e modificadas ao longo do tempo, de acordo com um conjunto de regras de escolha coletiva e escolha constitucional. Esses casos foram selecionados especificamente porque perduraram enquanto outros falharam. Agora, a tarefa é começar a explicar sua sustentabilidade e robustez, considerando o quão difícil deve ter sido esse recorde em ambientes tão complexos, incertos e interdependentes, nos quais os indivíduos têm continuamente enfrentado incentivos substanciais para se comportarem oportunisticamente.

12. Tradução livre: Em Valência, os irrigadores de sete dos principais canais estão organizados em comunidades autônomas de irrigação, cujos administradores são 12 síndicos que participam em dois tribunais semanais. O Tribunal de las Aguas é uma Corte de Água que há séculos se encontra nas manhãs de quinta-feira à porta da Catedral dos Apóstolos de Valência. Os muitos traços islâmicos de suas tradições levaram os estudiosos a argumentar que o tribunal evoluiu durante o período da regra islâmica. Todos os procedimentos são realizados sem advogados, mas com muitos espectadores. Um presidente da mesa interroga aqueles que estão envolvidos em uma disputa e outros que possam fornecer informações adicionais, e os membros da corte, excluindo o síndico cujo canal está envolvido, tomar uma decisão imediata sobre os fatos do caso em análise e das regras específicas do canal particular. Multas e danos são avaliados coerentemente com as regras do canal particular. As decisões finais do tribunal são

registradas, mas não o processo. Após a sessão do tribunal, os sindicatos também podem convocar um segundo tribunal, que serve como comitê coordenador, abrangendo todos os sete canais para determinar quando instituir procedimentos operacionais relacionados a águas baixas sazonais ou discutir outros problemas intercanais.

REFERÊNCIAS

BOLLIER, David. *Think like a commoner: a short introduction to the life of the commons*. Canada: New Society Publishers, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 04 jan. 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis n.ºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis n.ºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória n.º 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm. Acesso em: 04 jan. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 15 jan. 2020.

BYRNE, J. Peter. *Property and Environment: Thoughts on an Evolving Relationship*. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Cambridge, v. 28, n. 2, p. 679, Spring 2005.

CARVALHO, Delton Winter de. A função ambiental da propriedade: caráter conceitual para a modulação dos conflitos socioambientais. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1662-1691, 2018.

HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. *Science*, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, dez. 1968. Disponível em: <http://www.sciencemag.org/>. Acesso em: 14 out. 2018.

LEITE, José Rubens Morato (org). **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015.

OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

OSTROM, Elinor. **Governing the Commons: the evolution of institutions for collective action**. Cambridge University Press, 1990.

OSTROM, Elinor. **Governare i beni collettivi**. Venezia: Marsilio Editori, 2006.

PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

2011.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. **Risco Ecológico Abusivo**: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável. Caxias do Sul: Educs, 2014.

VARGAS, J.; HERSCOVICI, A. A tragédia dos commons revisitada: uma análise crítica. **Análise Econômica**, Porto Alegre, ano 35, n. 67, p. 105-128, mar. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil Direitos Reais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

Recebido em: 30/06/2021

Aceito em: 17/06/2022

GOVERNO DIGITAL E CONTROLE SOCIAL DOS ORÇAMENTOS MUNICIPAIS

Digital Government and Social Control of Municipal Budgets

José Luiz de Moura Faleiros Júnior

Doutorando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP/Largo de São Francisco (SP, Brasil). Doutorando em Direito, na área de estudo 'Direito, Tecnologia e Inovação', pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Especialista em Direito Digital, em Direito Civil e Empresarial. Associado do Instituto Avançado de Proteção de Dados – IAPD. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil – IBERC. Advogado e Professor.

Resumo

O artigo explora, em linhas perfunctórias, o princípio elencado no artigo 3º, V, da Lei nº 14.129/2021 (Lei do Governo Digital) e sua relevância para o incentivo à participação ativa dos cidadãos na fiscalização e no controle dos orçamentos municipais. O tema-problema revisita o potencial que tem a tecnologia para o fomento às discussões levadas a efeito em audiências públicas sobre leis orçamentárias no âmbito dos municípios. Trabalha-se com a hipótese de que o preceito agora positivado na recente lei se coaduna com o paradigma da consensualização administrativa, há tempos consagrado pela doutrina especializada. A pesquisa é qualitativa e baseada em revisão bibliográfica. Utiliza-se o método dedutivo.

Palavras-chave: Leis orçamentárias municipais. Consensualização. Participação popular. Governo digital. Lei nº 14.129/2021.

Abstract

The article explores, in a broader perspective, the principle listed in article 3, V, of Law nº 14.129/2021 (Digital Government Law) and its relevance to encouraging the active participation of citizens in the supervision and control of municipal budgets. The issue-problem revisits the potential that technology has for promoting discussions carried out in public hearings on budget laws within the scope of municipalities. It works with the hypothesis that the precept now affirmed in the recent law is in line with the paradigm of administrative consensus, long established by the specialized doctrine. The research is qualitative and based on literature review. The deductive method is used.

Keywords: Municipal budget laws. Consensualization. Popular participation. Digital government. Law No 14.129/2021.

Sumário

1. Introdução; 2. Consensualização no século XXI; 3. A tecnologia aplicada à relação entre Estado e cidadãos; 4. Audiências públicas e leis orçamentárias; 4.1 Processo legislativo e audiências públicas; 4.2 Ressignificando o papel das audiências públicas pela tecnologia; 4.3 Interatividade, hígidez procedimental e a salvaguarda do dissenso deliberativo; 5. O artigo 3º, inciso V, da Lei nº 14.129/2021 e a participação popular a partir de novas tecnologias; 6. Conclusão; 7. Notas; Referências

1. INTRODUÇÃO

A promulgação da Lei nº 14.129, no dia 29 de março de 2021, consagrou importante plêiade de normas jurídicas – princípios e regras – de inegável relevância para a compreensão e reestruturação de determinadas bases do Direito Administrativo e da própria Administração Pública do século XXI. Um desses preceitos passou a constar do artigo 3º, inciso V, da referida lei, que define como princípio de governo digital, no Brasil, “o incentivo à participação social no controle e na fiscalização da administração pública.” (BRASIL, 2021).

Não há dúvidas de que a reaproximação entre Estado e cidadãos demanda instrumentos de efetivação da participação popular, de forma direta, na formação das decisões estatais. A isso se dá o nome de consensualização, Administração consensual ou *soft administration*, expressões que refletem um novo paradigma de democracia participativa, que retira do Estado o poder de tomar decisões unilaterais lastreadas em atos administrativos impositivos, e dá ao povo — verdadeiro detentor do poder — incentivos ou atrativos para que os cidadãos se interessem pelo debate de questões de interesse comum e participem, efetivamente, da gestão pública.

A partir desta concepção, foram criadas as audiências públicas como processos interativos, nos quais se concede à população a prerrogativa de acompanhar detidamente o processo deliberativo de assunto de interesse coletivo, através de consulta formal, propiciando amplitude de debates e apontamentos que conduzirão a uma tomada de decisão, ao final, em conjunto com os agentes públicos.

Os exemplos concretos de maior relevância quanto à adoção desse instrumento constam da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), que preveem a realização de audiências públicas nos processos de elaboração e discussão — no âmbito municipal — dos Planos Diretores, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e das Leis Orçamentárias Anuais, o que concretiza os “orçamentos participativos”. Dessa leitura se extrai a premissa de que as audiências públicas são, insofismavelmente, um dos institutos que melhor exemplificam a lógica da consensualização, pois nelas se abre largo campo ao diálogo entre a Administração Pública e a sociedade, no intento de facilitar o exercício direto e legítimo da cidadania, permitindo-se ao povo a apresentação de propostas, reclamações, dúvidas, a solicitação de providências etc., e propiciando a lapidação de tema de total relevância: os orçamentos públicos.

É evidente o cariz democrático do referido instituto, sendo certo que, há tempos, já se busca uma nova leitura do papel do Estado frente a seus cidadãos. E, evidentemente, a submissão estatal ao império da lei implica considerar que institutos como as audiências públicas são instrumentos que se revestem de inegável pertinência para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Delineando o tema-problema, reconhece-se que ínfimos são o engajamento e o interesse dos cidadãos na efetiva participação em sessões legislativas nas quais audiências públicas para a discussão de orçamentos públicos são colocadas em pauta, e várias são as causas desse fenômeno, sendo as principais delas a inegável burocracia, a falta de acesso à informação, os horários inoportunos, a dificuldade de deslocamento às Câmaras Municipais

em horário comercial e, até mesmo, o desconhecimento geral sobre minúcias de um tema recheado de especificidades como é o dos orçamentos públicos.

Em contraponto a tudo isso, trabalha-se com a hipótese de que a alavancagem do uso de plataformas digitais pode contribuir para a desburocratização (*ratio essendi* da Lei do Governo Digital, conforme prevê seu artigo 1º), facilitação do acesso à informação, viabilização do acompanhamento e da participação à distância (rompendo as barreiras físicas) e até mesmo como fonte global de substratos que permitam ao cidadão se inteirar dos trâmites legislativos relativos, particularmente, às leis orçamentárias anuais.

Como metodologia científica, a pesquisa utilizará o método de abordagem dedutivo. Quanto à técnica de pesquisa, será utilizada a bibliográfico-doutrinária, com a análise de literatura especializada sobre o tema a partir de um “diálogo” entre o Direito Administrativo, o Direito Constitucional e o Direito Digital, bem como análise da legislação regente dos institutos jurídicos selecionados para estudo.

2. CONSensualização no Século XXI

O termo *consensualização* foi conceituado de forma muito clara por Thiago Marrara (2014, p. 40), que o qualificou como “[...] o movimento de busca de consenso e de promoção da consensualidade por novas técnicas administrativas”, não se confundindo com a ideia de ‘consensualidade’, cuja aplicação tem pertinência para a aferição do grau de consenso existente nas decisões gerenciais da máquina pública. Baseado nessa premissa, Bruno Miragem (2013, p. 31) sugere que “o Direito Administrativo, neste particular, redesenha um conjunto de instrumentos de colaboração”, estando inseridos diversos mecanismos nesse conjunto, o que permite concluir que a “lógica do consenso já está presente no ordenamento jurídico, através de instrumentos como o plebiscito, o referendo, a coleta de opinião, o debate público, a audiência pública e a cogestão.” (FALEIROS JÚNIOR, 2017, p. 71-72).

Há estudos variados sobre cada um desses instrumentos, prevalecendo a subdivisão dos mesmos em procedimentais, orgânicos e contratuais.¹ Mas, fato é que a consensualização advém de manifestações decorrentes de inquietações e exigências cada vez mais incisivas por provimentos administrativos céleres, pela participação mais acentuada do cidadão na tomada de decisões estatais e, em última instância, por uma Administração Pública mais eficiente.

A raiz desse novo arquétipo de interações está ligada ao “princípio do consenso” (MOREIRA NETO, 2003, p. 91), que se destina exatamente à promoção do contrato social firmado entre Administração e administrados. Nesse aspecto, não se nega que a insubsistência do modelo liberal fomentou um repensar do papel do Estado e acentuou o fomento à promoção de direitos sociais, à flexibilização da autonomia da vontade e à abertura de largo campo para a reformulação de institutos do direito privado e, como não poderia deixar de ser, também do direito público, uma vez que o Estado passou a ocupar função chave neste novo paradigma da dogmática jurídica, conforme descreve José de Oliveira Ascensão (1994, p. 331):

A dogmática tende a reduzir à unidade o sistema jurídico: ou melhor, procura apresentar o que há de relevante no dado jurídico numa unidade, que cor-

responde à unidade existente na própria ordem normativa da sociedade. Para isso aproximará o que é semelhante, afastará o que é divergente; ordenará em institutos preceitos singulares; determinará as categorias (pessoas singulares, direito subjetivo...) que travejam e iluminam o corpo do direito; formulará os conceitos que abrangem esses institutos e categorias que pouco a pouco se vão formando; detectará assim os princípios fundamentais que perpassam pelo sistema e o vivificam.

A “vontade geral” (*volonté générale*), principal base da teoria democrática de Rousseau (2011), foi a iniciativa mais significativa para a compreensão social da liberdade nesta transição secular que irradiou efeitos sobre o Direito. Assim, o progresso tecnológico do século XIX passou a ser visto como natural pelas massas, transformando-se em um direito inalienável.

Em linhas gerais, as massas não reconheciam toda a organização e todo o conhecimento que foram necessários para a consolidação do *Welfare State*, que marcava a terceira ‘dimensão’ (denominada ‘dimensão social’) do modelo de Estado então vigente, à qual se somavam duas outras: uma ‘dimensão administrativa’, decorrente do modelo “burocrático weberiano”, e uma ‘dimensão econômica’, que tinha seu fundamento no keynesianismo (ABRÚCIO, 2007, p. 175).

O clássico conceito de cidadão, definido por Aristóteles na antiguidade grega, era privilégio de poucas classes detentoras do poder; um atributo escasso, diferenciador,² que se modifica historicamente e passa a ensejar novos significados, embora se mantenha sempre atrelado à ideia de democracia. De acordo com Pietro Costa (2005), na Roma Antiga, não se tinha uma cópia fiel da *polis* grega, uma vez que a *civitas* romana mais se alinhava ao sentido renovado da relação de cidadania, que marcaria toda a tradição político-jurídica ocidental.

Segundo Jorge Miranda (2005, p. 205-206), “[c]idadania significa, ainda, mais vincadamente, a participação em Estado democrático. Foi nessa perspectiva que o conceito foi elaborado e se difundiu após a Revolução Francesa.” Era um novo ideal de cidadania que florescia *pari passu* à evolução do Estado, e que seria remodelado, rearranjado e repensado no curso dos vários séculos subsequentes.

Se, antes, a dicotomia entre ‘sociedade civil’ e ‘sociedade política’ deixava claro o distanciamento entre cidadãos e Estado, a partir das variantes de supremacia estatal apontadas por Hegel (1940), não há mais dúvidas de que “a ascensão do Estado Democrático de Direito se pauta, ao contrário, na valorização do cidadão e em sua participação efetiva nas relações envolvendo o Poder Público.” (FALEIROS JÚNIOR, 2017, p. 78). Noutras palavras, o que se quer dizer com ‘Administração Pública consensual’ é a necessidade de sobreposição do “primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder entre sociedade e Estado” (MOREIRA NETO, 2003, p. 133), uma vez que, “não desconhecendo os conflitos inerentes a uma sociedade plural, substitui decisões unilaterais de gabinete por processos de discussão e persuasão.” (BITENCOURT NETO, 2017, p. 193).

A configuração do Estado de Direito se dá a partir da fixação de limites ao exercício do poder estatal e da criação de garantias aos cidadãos, em uma Constituição. Nos dizeres de Karl Larenz (1985, p. 151), o propósito primordial desse novo modelo é evitar que “aqueles a

quem eventualmente é confiado o exercício do poder estatal o utilizem de um modo distinto do sentido que impõe o Direito.”

As raízes desta concepção advêm do princípio democrático, o que conduz à conclusão inexorável de que o Poder se manifesta, efetivamente, a partir da democracia, e esta repousa sobre dois postulados essenciais: a soberania popular e a participação do povo, de forma direta ou indireta, na formação das decisões estatais.

É do direito comunitário europeu que se extrai a forte tendência à consideração de múltiplos interesses na formação de decisões, em lógica que se aplica ao plano internacional quanto à consideração dos desideratos dos diversos países-membros.³ Tal lógica, a despeito disso, tem inegável pertinência ao plano interno de cada país e pode simbolizar a revalorização dos modelos mais tradicionais de participação direta dos cidadãos na atuação do Estado. Nesse diapasão, Almiro do Couto e Silva descreve os primeiros modelos pautados na nova sistemática de tomada de decisões estatais, mencionando que, na Alemanha, a Lei de Procedimento Administrativo, de 25 de maio de 1976, instituiu o conceito de “ato administrativo negociado” (*ausgehandelter Verwaltungsakt*), particularmente em seus §§ 54 a 61, definindo-o como um *Ersatz*, ou seja, um elemento “sub-rogado do ato administrativo.” (SILVA, 2003, p. 202).

Os modelos clássicos de democracia, a saber, a democracia direta⁴ e a democracia representativa,⁵ passam a dar lugar a novos modais que conduzem a um repensar da relação entre representação, participação popular, deliberação e tomada de decisões. Trata-se da chamada democracia semidireta ou semirrepresentativa,⁶ que, basicamente foi concebida a partir da conjugação “da democracia representativa com institutos que permitissem a intervenção direta da população em algumas situações.” (BEÇAK, 2014, p. 31).

Noutras palavras, como se trata de um novo paradigma, em que a participação popular ganha corpo a partir da somatória das características dos demais modelos, passa-se a ter um verdadeiro espectro de combinações entre representação e participação. Isto se evidencia pela reconfiguração do conceito de cidadania, cuja premissa elementar consiste “em fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção: é a ideia de participação.” (COMPARATO, 1996, p. 10). A este raciocínio se soma a afirmação de Odete Medauar (1992, p. 216), segundo a qual, “no âmbito das matrizes clássicas do direito administrativo, a participação liga-se à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população.”

Na passagem para o século XXI, já se cogita do processo (e não mais do ato) administrativo como catalisador da concretização normativa teleológica (OLIVEIRA, 1997), o que suscita intensas discussões em torno do alcance de expressões como administração consensual ou *soft administration*, lastreadas nesse novo paradigma de democracia participativa, em que o Estado se afasta do modelo de tomada de decisões (*decision-making*) eminentemente unilateral e impositivo e se aproxima dos indivíduos para propulsionar o debate em torno de questões de interesse comum a partir da consensualidade, destinada primordialmente à promoção do contrato social firmado entre Administração e administrados.

Noutras palavras, o Estado Democrático de Direito passa a ser norteado por uma

proposta de redefinição de conceitos como democracia, soberania popular, cidadania, separação entre o público e o privado, além de outros, e, com isso, busca-se inserir os cidadãos como atores efetivos nos processos de tomada de decisões.

Resta evidenciada, com isso, uma nova formatação da ideia de cidadania, que tem sua gênese no direito de participação direta atribuído a cada cidadão, com o direito de ser ouvido (direito de 'enquete'), ou de participação indireta, através da integração de órgãos de consulta e de decisão na gestão e no controle da Administração Pública (DI PIETRO, 1993), seja por meio do *ombudsman*, seja por meio do Poder Judiciário. O cidadão do século XXI está inserido justamente nesse âmbito, marcado pela presença de instrumentais capazes de aproximá-lo do Estado para lhe dar voz em um contexto marcado pela necessidade de transposição do arquétipo hierarquizado e impositivo para um modelo horizontal e consensual.

3. A TECNOLOGIA APLICADA À RELAÇÃO ENTRE ESTADO E CIDADÃOS

O surgimento das novas tecnologias, particularmente após a ascensão da Internet, irradiou efeitos e gerou consequências sobre todas as esferas da vida em sociedade, inclusive sobre o Direito, suscitando novos modos para que se possa considerar os fundamentos morais e o papel da ética nas inter-relações entre particulares e, como não poderia deixar de ser, entre particulares e o Poder Público (VIANA, 2021).

A transição da cultura escrita para a visual é fruto dos estudos de Giovanni Sartori (1999) acerca de seu peculiar conceito de *homo videns*, que é invocado para ilustrar como as telecomunicações podem influenciar o modo como os cidadãos interagem com o Estado. No embate entre democracia e totalitarismo, a superação de determinadas barreiras demanda, inexoravelmente, a condensação de determinados valores na formatação de novos modais para a participação direta dos cidadãos nos afazeres estatais, com vistas ao atingimento do interesse público (PÉLISSE, 2007). A tecnologia tem o condão de fazê-lo, independentemente da organização coletiva da sociedade civil (em sindicatos, associações etc.), uma vez que viabiliza a interatividade em tempo real e passa a demandar, a um só tempo, o repensar da interação do homem com a máquina, a partir do incremento da técnica (FALEIROS JÚNIOR, 2020).

Para João Victor Longhi (2017, p. 106-107), porém:

No que concerne ao exercício dos direitos políticos, classificados também como liberdades públicas, direitos de liberdade ou direitos de primeira geração ou dimensão, a universalização fora um processo, consagrando-se no ambiente constitucional contemporâneo o voto universal, por exemplo.

Já no caso da Internet, há ainda grandes esperanças quanto à possibilidade de expansão ou, eventualmente, de universalização. Razão pela qual assumir que há um ambiente de *apartheid* digital realmente poderia inserir mais um dos tantos obstáculos sociais à concretização dos direitos fundamentais no Brasil. [...]

De fato, pensar em uma democracia digital pressupõe o enfrentamento de diversos problemas concernentes à dinâmica das interações em rede, além de peculiaridades relativas à inclusão, à exclusão e à desigualdade digital, bem como ao grau de engajamento político-democrático da população (BREGA, 2015).

A ruptura do paradigma burocrático preconizada pelo fomento à eficiência na Lei do

Governo Digital (Lei nº 14.129/2021), particularmente em seu artigo 1º, é, talvez, a medida mais imediata para a viabilização da implementação de estruturas de tecnologia da informação e comunicação em modelos democráticos, o que certamente conduziu o legislador brasileiro a descrever, em seção designada como “Do Governo Digital”, no Capítulo II da lei, que a “prestação digital dos serviços públicos deverá ocorrer por meio de tecnologias de amplo acesso pela população, inclusive pela de baixa renda ou residente em áreas rurais e isoladas, sem prejuízo do direito do cidadão a atendimento presencial.” (artigo 14, *caput*) (BRASIL, 2021).

Não há nenhuma dúvida, ao revés, de que diversas transformações se fazem necessárias para que isto seja possível, a começar por um repensar da estrutura procedimental de cada ato ou processo que se deseje redesenhar. Isso pelo fato de que, para conduzir a Administração Pública da sociedade da informação a um patamar de completude organizacional, não se tem como evitar que discussões em torno da eficiência surjam e sejam objeto de destacado debate, “inclusive do ponto de vista da governança e de seus desdobramentos quanto à performance governamental.” (BEHN, 2007, p. 215, tradução livre). Porém, há alguns conceitos essenciais que se precisa abordar antes de serem apresentadas as linhas conclusivas deste raciocínio.

Sobre o princípio da eficiência, assim se posiciona a doutrina:

No Brasil, a eficiência tornou-se princípio constitucional expresso a partir da Emenda Constitucional nº 19/98, que alterou a redação do *caput* do artigo 37. Isso não implica asserir que a reforma introduziu uma novidade no sistema administrativo nacional. O princípio constitucional da eficiência administrativa já se denotava implícito na Carga Magna. Assim sendo, é importante considerar que a natureza da eficiência como norma constitucional não compreenderá a essência neoliberal que permeou os trabalhos reformadores. A eficiência como mero símbolo ou valor ideológico não se confunde com a sua manifestação jurídico-normativa. (GABARDO, 2003, p. 185).

Basicamente, a eficiência administrativa pode se apresentar sob dois aspectos: um relacionado à atuação de agentes públicos; outro relacionado à prestação de serviços públicos. Nos dizeres de Paulo Modesto (2000, p. 113), “[a] obrigação de atuação eficiente, portanto, em termos simplificados, impõe: a) ação idônea (eficaz); b) ação econômica (otimizada); c) ação satisfatória (dotada de qualidade).”

Em termos de processo legislativo, “os instrumentos propostos poderão ser usados individual ou conjuntamente, podendo ser combinados e adaptados de acordo com o procedimento legislativo.” (LONGHI, 2017, p. 258). No caso em exame, tem-se o objeto delimitado das audiências públicas na votação de leis orçamentárias municipais. Assim, antes de apresentar uma hipótese de solução da burocracia que emperra o trâmite desse ato do processo legislativo formal, mister apresentar um panorama global desse modal de processo legislativo, fixando suas premissas, etapas e parâmetros passíveis de alteração.

4. AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E LEIS ORÇAMENTÁRIAS

Insufismavelmente, a implementação de mecanismos consensuais e de aproximação dos cidadãos ao Estado implica a atribuição de certa margem de discricionariedade decisória, na medida em que tais modais deverão sempre primar pela ampla participação popular, tendo como pano de fundo o atendimento do interesse público, para que se possa conhecer

as demandas da sociedade e, efetivamente, encontrar soluções não apenas possíveis, mas viáveis, para o seu atendimento.

Nesse sentido, nota-se inegável aproximação entre os atos administrativos discricionários e os vinculados, uma vez que a juridicidade administrativa e a vinculação estatal aos ditames constitucionais “[...] não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.” (BINENBOJM, 2003, p. 39).

É a partir disso que se questiona se os modais já existentes de consensualidade apresentam resultados práticos realmente palpáveis em números e amplitude:

Desde a proclamação da nova Constituição, houve em nível federal cinco iniciativas populares que foram apresentadas ao Congresso Nacional, um plebiscito (1993) e um referendo (2005). Em nível estadual, houve um referendo (Acre, em 2010) e dois plebiscitos (Pará, em 2011). Em nível municipal, não existe nenhum levantamento. Por outro lado, a ausência do tema representa também certa surpresa. Afinal, estabeleceu-se no Brasil, nas últimas duas décadas, um amplo debate sobre participação política e as novas instituições participativas, como o orçamento participativo, conselhos e conferências. (RAUSCHENBACH, 2014, p 207).

Os dados apresentados pelo autor dizem respeito a outros modais de consensualização, a saber: iniciativas populares, plebiscitos e referendos. Todos a nível federal e estadual, uma vez que não há dados que cataloguem tais práticas a nível municipal.

A despeito disso, é no âmbito dos municípios que o instrumento de consensualização mais frequente, porquanto obrigatório, adquire relevância para fins de estudo: as audiências públicas, em hipóteses específicas previstas na legislação, são etapas inexoráveis do processo legislativo municipal para algumas matérias, sendo a votação de orçamentos públicos para a composição das leis orçamentárias anuais a mais importante delas.

Sobre as audiências públicas, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 149) ainda destaca:

A *audiência pública* admite as duas modalidades quanto à vinculação da Administração a seus resultados, mas *cabará à lei* definir entre uma ou outra ou optar por uma solução composta. Com efeito, o legislador, tal como se prevê constitucionalmente, salvo cláusula impeditiva expressa, poderá deixar de legislar especificamente sobre quaisquer das matérias de sua competência, optando alternativamente por delas *dispor* como melhor lhe pareça (art. 48, *caput*), o que inclui, em geral e a toda evidência, fazê-lo visando à realização de quaisquer modalidades decisórias substitutivas como o são as referendárias, as de consulta pública ou as de deslegalização.

Pensar a consensualização a partir da oitiva dos partícipes sociais é essencial para a boa condução democrática, pois o mero labor legiferante ou o rol de opções do gestor público – que partem de pressuposições preponderantemente teóricas – por certo se beneficiarão da troca de ideias e experiências com aqueles que lidam mais diretamente com atividades relacionadas à decisão que se pretende tomar (CRICK, 2002, p. 104).

A partir das linhas gerais descritas, pode-se dizer que as audiências públicas são “processos de participação abertos à população para que se faça consulta formal sobre assunto de interesse dos cidadãos e para que, participando ativamente da condução dos assuntos públicos, se possa compartilhar da administração local com os agentes públicos.”

(FALEIROS JÚNIOR, 2017, p. 83). Seu escopo precípuo é a “ampla discussão, a ampla transparência, para que sejam exibidos os fundamentos necessários para o modelo escolhido e para que se ouça, se questione a possibilidade da proposição de outras formas.” (FIGUEIREDO, 2002, p. 241).

A nível constitucional, tem-se a previsão de audiências públicas no artigo 58, §2º, inciso II, da Constituição da República, que autoriza as Comissões constituídas pelo Congresso Nacional a delas se utilizar para a discussão de matérias atinentes à sua competência.

Ademais, há previsão expressa de sua utilização nas votações de pautas relacionadas aos chamados “orçamentos participativos” (SILVA, 2003, p. 203) na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) e no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), relativamente à elaboração e discussão dos Planos Diretores, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e das Leis Orçamentárias Anuais.

Há autores que questionam a competência dos cidadãos para tomar conhecimento e expressar opiniões e manifestações abalizadas sobre pautas mais complexas:

A capacidade dos cidadãos para processar informação é limitada: Lutz (2007) mostra que quanto mais questões estão em pauta, pior os cidadãos estão informados sobre cada assunto; esse achado é confirmado por Selb (2008, p. 33). Meredith (2009) observa também que eleições que acontecem simultaneamente com uma consulta popular podem afetar negativamente o grau de informação dos cidadãos. (RAUSCHENBACH, 2014, p. 218).

Não obstante, também há contrapontos válidos acerca dessa questão:

O argumento da informação assimétrica contraria a afirmação de que os representados sabem melhor que os representantes quais são os seus interesses. Em questões altamente técnicas, esse argumento certamente é válido. Mas, em muitos casos, processos de democracia direta não visam questões técnicas, mas, sim, questões de valores e preferências individuais. Nesses casos, o cidadão não tem nenhuma desvantagem informacional e sabe tomar a decisão. (MATSUKASA, 2005, p. 193).

A participação efetiva depende, portanto, de iniciativa do cidadão, não sendo cabível ao município o uso da força para que se crie o efetivo interesse em participar. Além disso, nem sempre se terá simetria cognitiva ou informacional para a votação de pautas. Dito isso, resta ponderar, ainda que brevemente, sobre a questão específica dos orçamentos públicos.

Nesse quesito, as principais questões que exurgem são as seguintes: (i) os cidadãos têm real interesse em discutir matéria orçamentária?; (ii) haverá maior confiabilidade na alocação de recursos públicos se houve uma audiência pública com ampla e efetiva participação dos cidadãos nas deliberações? De fato, não apenas as respostas às duas indagações serão afirmativas, como, também, a experiência de países que adotam modelos semelhantes revela uma redução dos índices de sonegação de impostos:

Há vários estudos que mostram que, em regimes com processos de democracia direta, os cidadãos sonogam menos impostos. Qual é o argumento teórico para esse comportamento? Processos de democracia direta permitem aos cidadãos influenciar os gastos públicos. Dessa forma, eles sabem melhor como os recursos estão sendo utilizados e podem direcionar os gastos conforme as suas preferências. Isso aumenta a probabilidade de eles entenderem para que serve o orçamento estatal e sentem-se mais à vontade para contribuir. (RAUSCHENBACH, 2014, p. 223).

Então, se não é possível garantir o atingimento do princípio democrático pela simples

atuação do legislador, surge a necessidade de que outros métodos facilitadores da interação entre cidadão e Estado sejam implementados. Nesse contexto é que se tem os portais legislativos com amplo acervo de informações, as sessões de acesso virtual para acompanhamento e aporte de comentários, o veto popular on-line, dentre outras ideias.

4.1 PROCESSO LEGISLATIVO E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

O processo legislativo dito 'ordinário' é a regra geral aplicável às hipóteses em que um ato normativo primário seja submetido aos trâmites de votação para aprovação parlamentar. Aos cidadãos que eventualmente participem de audiências públicas realizadas para o fim de votar determinada matéria de interesse coletivo são outorgadas determinadas garantias, sendo o devido processo legal a mais primordial.

Isso significa dizer que toda discussão "travada em sede de audiências organizadas pela Administração enseja uma maior publicidade e transparência no que tange à condução dos assuntos que envolvem a coletividade." (OLIVEIRA, 1997, p. 277), em respeito ao princípio da publicidade⁷ insculpido no artigo 37 da Constituição da República, notadamente porque dela advirão resultados decisórios de caráter coletivo ou difuso e, "se alguém o usufruir, todos os que estão numa mesma situação usufruem também." (SUNDFELD, 1990, p. 197), o que pode se materializar em benesses ou ônus.

Tem-se, com a realização de audiências públicas, um duplo viés: (i) garante-se a coleta de opiniões e de *feedback* dos cidadãos interessados na demanda em pauta; (ii) habilita-se e legitima-se a decisão tomada ao final, propiciando um provimento mais acertado, coerente e justo em face da maior cognição subjacente à expedição do ato administrativo.

Dessa leitura se conclui que o fundamento prático da realização da audiência pública surge como um desdobramento do próprio interesse público emanado da expectativa de que sejam produzidos atos legítimos e, ainda, do interesse dos particulares em apresentar argumentos e provas anteriormente à deliberação legislativa.

Para além disso, também é de se esperar que seja do interesse do administrador público a mitigação dos riscos de falibilidade (e erros de fato ou de direito) da decisão tomada, motivo pelo qual as audiências públicas não devem ser consideradas uma mera formalidade a ser cumprida pelo Estado, em que pese seja exatamente isto o que ocorre na prática.

A bem da verdade, devem ser canais de abertura democrática, com a finalidade de qualificar a gestão pública, visto serem um instrumento de consulta aos administrados para abertura dialógica que permita o mapeamento dos anseios da sociedade em termos de investimentos, programas e ações políticas, e, principalmente, transparência hialina de todos os dados contábeis, financeiros, operacionais e – para o que mais interessa a esta investigação – orçamentários.

Em um sistema de democracia semidireta, como visto, deve-se propiciar meios aos cidadãos para fiscalizar, acompanhar e decidir sobre as ações governamentais futuras e em andamento. Somente assim se terá a garantia de lisura que se espera de um processo legislativo lastreado no princípio democrático, destacando-se que a participação popular não elimina a necessidade de aferição técnica dos orçamentos, que podem ser submetidos

a uma ou mais comissões (FERREIRA FILHO, 2012, p. 233-234).

Portanto, a realização de audiências públicas, em termos procedimentais, deve estar intimamente ligada às práticas democráticas e aos postulados da transparência, da ampla cognição e do devido processo legal, constituindo-se em um exercício de poder pelo povo junto à Administração Pública (SOARES, 1997, p. 169).

Nesse contexto, a exigência da Lei de Responsabilidade Fiscal quanto à realização das audiências públicas tornou-se prática obrigatória em todos os níveis da Administração, abrangendo a integralidade das leis orçamentárias. A partir da obrigatoriedade de sua realização, o instituto tem se difundido como elemento fundamental de gestão, incorporando-se à agenda de debates e propagação das discussões sobre a formulação de políticas públicas e sobre a governança pública.

A ideia de controle social das decisões públicas envolve dois momentos procedimentais: (i) uma etapa inicial desenvolvida no âmbito do Executivo, de essência administrativa, na qual a audiência pública é exigida em duas hipóteses distintas, quais sejam, no controle das metas fiscais e na elaboração das leis orçamentárias; (ii) a segunda etapa, que é o processo legislativo específico de elaboração da lei orçamentária respectiva, no qual a audiência pública é fase específica e imprescindível para a regularidade e legitimidade da decisão tomada (Cf. OLIVEIRA, 1997).

Realmente, é nas leis orçamentárias (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual) que a participação da população se revela obrigatória, tanto na fase de elaboração, coordenada pelo Executivo municipal, quanto na discussão dos respectivos projetos de lei, o que acontece na Câmara de Vereadores, na etapa de efetiva votação e deliberação.

Com base nessas constatações, a proposta que se apresenta é a de realização de audiências públicas em meio eletrônico, viabilizando seu início em horário e lugar definidos previamente, e, em seguida, com a manutenção de registro videográfico facilmente acessível virtualmente em sítios eletrônicos específicos, do Executivo e/ou Legislativo.

4.2 RESSIGNIFICANDO O PAPEL DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS PELA TECNOLOGIA

É totalmente plausível afirmar que a incidência dos parâmetros citados nos processos legislativos e, particularmente, nos trâmites dedicados à realização das audiências públicas exigidas por lei deve se dar pela implementação de ferramentas tecnológicas que sejam capazes de propiciar transparência informacional e participação efetiva.

Nesse ponto, reportando-se à presença da tecnologia no cotidiano, veja-se o alerta de João Victor Rozatti Longhi (2017, p. 233):

[...] Em outras palavras, dado o nível em que tais tecnologias se interpenetram no cotidiano de todos, é bem verdade que as disparidades produzidas pela falta de acesso a elas na contemporaneidade acaba por se tornar, em plano macroscópico, um problema social de caráter global.

A partir desse alerta, pode-se afirmar que o acesso à Internet passa a ser visto como

verdadeiro direito fundamental social, o que demanda do Estado atuação efetiva e prévia em prol da difusão do acesso a computadores e outros dispositivos eletrônicos e, ainda, à própria Internet, para que a população possa ter acesso a sessões de audiências públicas virtuais.

Essa preocupação rememora os alertas sempre atuais de Norberto Bobbio, que, muito antes da ascensão tecnológica hodierna, já destacava ser “supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver.” (BOBBIO, 2004, p. 35). Conclui-se, a par desse apontamento, que a propagação da inclusão digital é um dever do Estado e, somente com sua crescente implementação é que se poderá, efetivamente, ter mecanismos de aproximação consensual dos cidadãos em relação ao Estado.

As ponderações do autor ainda evidenciam um paradoxo: “os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado.” (BOBBIO, 2004, p. 35).

A despeito disso, o acesso à Internet não é universal, como se desejaria que fosse. Estatísticas de 2017 mostravam que, no Brasil, pouco mais da metade da população tinha acesso à Internet (COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL, 2017), o que denotava uma enorme carência em termos de conectividade e gera exclusão. Este número cresceu aceleradamente, em especial devido às repercussões da pandemia de Covid-19, em 2020. De fato, segundo informações do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, extraídas da Pesquisa Nacional Contínua por Amostra de Domicílios – Pnad Contínua de 2021, já são 82,7% de domicílios com algum meio de acesso à Internet (AGÊNCIA BRASIL, 2021).

É importante registrar, de todo modo, que iniciativas voltadas à positivação desse direito são recorrentes no Brasil: (i) em 2011, por exemplo, foi apresentada a Proposta de Emenda à Constituição nº 6, que pretendia fazer constar do rol de direitos sociais do artigo 6º da Constituição o direito de acesso universal à Internet (BRASIL, 2011); (ii) em 2015, foi apresentada a Proposta de Emenda à Constituição nº 185, que visa incluir expressamente o acesso à Internet no rol de direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição (BRASIL, 2015); (iii) mais recentemente, foi apresentada a Proposta de Emenda à Constituição nº 8/2020, que reativou os debates iniciados pela PEC nº 185/2015 (BRASIL, 2020).

A despeito de iniciativas legislativas, é preciso destacar que tal direito – ainda que implícito – já conduz a releituras sobre o desenvolvimento das áreas do conhecimento ligadas à intensificação do uso dos meios de comunicação em sociedade, levando a mudanças. Não há dúvidas de que a boa política de propagação do saber tecnológico perpassa por boas práticas e a governança tem o potencial de exercer influência determinante da delimitação de rotinas adequadas a esse propósito. Isso envolve o autoaprimoramento decorrente da busca pelo saber tecnológico, que é resultante do próprio fomento à educação digital (prevista, aliás, em comando específico contido no artigo 26 da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, o Marco Civil da Internet), mas, também, da atuação proativa e profícua do Estado, em cooperação com a sociedade civil, para a promoção dessa desejável literacia.

4.3 INTERATIVIDADE, HIGIDEZ PROCEDIMENTAL E A SALVAGUARDA DO DISSENSO DELIBERATIVO

Não se pode deixar de comentar a inescapável preocupação com a higidez dos modelos de interatividade propugnáveis para a realização de audiências públicas, a começar pelo fato de ser essencial a garantia do acesso amplo, irrestrito e adequado a partir do postulado da neutralidade da rede, descrito por Tim Wu (2012, p. 244) como o prenúncio de “uma rede que trata da mesma forma tudo que transporta, sendo indiferente a natureza do conteúdo ou a identidade do usuário.”

Em uma era na qual o marco regulatório brasileiro sobre o uso da Internet (Lei nº 12.965/2014) adota a neutralidade da rede como um de seus princípios elementares (artigo 9º), deve-se implementar sistemas que garantam o acesso indistinto aos cidadãos à plataforma, mas com o mapeamento mínimo de suas identidades para fins de controle de acesso, limitação da participação de robôs (*bots*) e restrição do uso de algoritmos de inteligência artificial com o intuito escuso de influenciar enquetes e consultas sobre a pauta a ser votada (BRASIL, 2014).

Para além deste estudo, há desdobramentos inerentes à Tecnologia da Informação que, na proposta de elaboração de uma plataforma de participação e acesso, devem garantir higidez e lisura ao processo participativo – com preocupação, ainda, em relação ao tratamento de dados pessoais dos cidadãos, em especial após o advento da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018b) –, pois, somente assim se conseguirá atingir a segurança almejada, ainda que, eventualmente, o dissenso nas deliberações contraponha maioria e minoria, despertando rivalidades e inegáveis discussões, conforme alerta, em breve comentário, Rolf Rauschenbach (2014, p. 207):

As escolhas sobre a geração e o tratamento de maiorias e minorias não dizem somente a respeito dos processos de democracia direta, mas ao conjunto completo das instituições democráticas. Elas são particularmente relevantes no contexto dos processos de democracia direta, já que esses mecanismos geram por definição maiorias e minorias explícitas. Como os processos de democracia direta são somente um complemento às diversas instituições democráticas, coloca-se a questão sobre a relação entre elas.

Da leitura do excerto, extrai-se a conclusão de que, constituída uma maioria, ela pode oprimir a minoria, o que denota suposto viés, indesejável quanto aos postulados da democracia direta e à sua implementação, na medida em que isso poderia afastar – ao invés de atrair – os cidadãos aos debates.

Segundo Paulo Otero (1992, p. 373), “[...] a participação decorre da necessidade de a Administração prestadora se adequar às necessidades dos administrados. Deste modo, a participação dos interessados deve efectuar-se dentro do modelo organizativo hierárquico.” Resumidamente, é possível dizer que é inegável o risco de ocorrência da chamada ‘tirania da maioria’ em deliberações de democracia direta, haja vista o fato de tais situações se realizarem constantemente, o que faz surgir indagações acerca de métodos preventivos, como os *quóruns*, que passam a exigir maiorias qualificadas para a aprovação de uma proposta, que, no caso da participação popular, pode se lastrear em critérios objetivos, como aprovação por votação ou mesmo na taxa de participação, sempre com o intuito de se evitar as

'maiorias aleatórias'.

A assim chamada “cibercidadania”, nos dizeres de Pérez Luño (2004), implica a consideração dos impactos que a tecnologia traz para o elemento central da participação do povo no processo deliberativo democrático, especialmente pela presença de participantes privados na intermediação dessas comunicações.

5. O ARTIGO 3º, INCISO V, DA LEI Nº 14.129/2021 E A PARTICIPAÇÃO POPULAR A PARTIR DE NOVAS TECNOLOGIAS

Se plebiscitos e referendos são os instrumentos mais conhecidos para que os cidadãos tenham voz e atuem ativamente no processo democrático, não há dúvidas de que importante papel também é exercido pelas audiências públicas.⁸

O envolvimento de grupos na aferição decisional é aspecto essencial para o bom desenvolvimento democrático, e encontra suas raízes na ação coletiva.⁹ Não há dúvidas, quanto às audiências públicas, de que são um dos institutos com maior potencial para a consensualização. Sua natureza constitucional permite à Administração Pública dialogar com a sociedade civil para facilitar o exercício direto e legítimo da cidadania (OLIVEIRA, 1997) em sua acepção mais tradicional, contemplando várias dimensões e permitindo a apresentação de propostas, reclamações, dúvidas, a solicitação de providências etc., de forma a possibilitar e viabilizar a discussão em torno de temas socialmente relevantes. Trata-se de instituto fortemente visualizado no direito regulatório, com forte conexão ao princípio da eficiência (MOREIRA NETO, 2001, p. 103).

Segundo Marcos Juruena Villela Souto (2012, p. 306), “[é] por meio dessa participação que se legitima a regulação (exercida por agentes não eleitos), bem como o controle de eficiência (pela manifestação dos destinatários da regulação).” Ou, ainda, segundo Alexandre Santos de Aragão (2002, p. 440):

Entendemos que mesmo nos casos em que a realização de audiências ou consultas públicas não tiver sido cogentemente estabelecida, sendo, portanto, discricionárias, se algum agente econômico ou entidade interessada requerer a sua realização, a recusa da Administração deverá ser satisfatoriamente motivada face aos princípios e valores constitucionais que privilegiam a participação dos interessados nas decisões administrativas (art. 1º, *caput* e inciso I; art. 5º, XXXIII e XXXIV; 37, *caput* e §3º; e 175, III, Constituição Federal).

Pelo exposto, observa-se que a audiência pública é mais ampla que a mera coleta de opinião ou que o debate público. Esses dois últimos, aliás, possuem conceituação própria e não devem ser confundidos com a primeira. Novamente, transcreve-se a explicação de Villela Souto, reportando-se a Moreira Neto:

Diogo de Figueiredo Moreira Neto [em Tese apresentada no XXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado] esclarece que a participação administrativa apresenta três institutos afins: a *coleta de opinião*, o *debate público* e a *audiência pública*, como se pode observar:

A *coleta de opinião* é um processo de participação administrativa aberto a grupos sociais determinados, identificados por certos interesses coletivos ou difusos, visando à legitimidade da ação administrativa pertinente a esses interesses, formalmente disciplinado, pelo qual o administrado exerce o direito de manifestar sua opção, orientadora ou vinculativa, com vistas à melhor decisão do Poder Público. O *debate público*, por sua vez, é um processo de participação administrativa, aberto a indivíduos e grupos sociais determinados, visando à

legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinado, pelo qual o administrado tem o direito de confrontar seus pontos de vista, tendências, opiniões, razões e opções com os de outros administrados e com o próprio Poder Público, com o objetivo de contribuir para a melhor decisão administrativa. A *audiência pública*, já conceituada, acresce às características dos dois institutos anteriores um maior rigor formal de seu procedimento, tendo em vista a produção de uma específica eficácia vinculatoria, seja ela absoluta, obrigando a Administração a atuar de acordo com o resultado do processo, seja relativa, obrigando a Administração a motivar suficientemente uma decisão que contrarie aquele resultado. (SOUTO, 2012, p. 305-306).

Como foi dito na introdução, a partir da reforma promovida pela Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021, passou a ser definido como princípio, em seu artigo 3º, inciso V, “o incentivo à participação social no controle e na fiscalização da administração pública.” (BRASIL, 2021).

Nas interações com o Estado, isto pode ter contornos próprios, de modo que “o déficit de participação real dos cidadãos aparece, nesse contexto, como o principal entrave a um desenvolvimento mais consequente da governança regional.” (VILLAS-BÔAS FILHO, 2016, p. 255), afetando de forma direta todas as “inter-relações transformadoras que articulam instituições, Estados-membros, sociedade civil, grupos de interesse, *lobbies* e redes sociais.” (VILLAS-BÔAS FILHO, 2016, p. 255).

É inegável que as tecnologias de informação e de comunicação propiciam transformações nos relacionamentos entre Estado e cidadãos, e a transparência que se obtém com a participação direta contribui para que se atinja a almejada boa governança, uma vez que ainda permite o monitoramento e o controle dos desdobramentos advindos da decisão tomada.

O fenômeno da virtualização do ambiente governamental avança rumo à ampliação de espectros a partir da implementação de infraestrutura de comunicação de dados e dos sistemas de informação, da modernização da gestão administrativa, da maior eficiência na prestação dos serviços públicos, da transparência nas tomadas de decisão e nas ações governamentais e, ainda, na racionalização dos gastos públicos, tudo isso compondo um panorama no qual a tecnologia se apresenta como motor do fenômeno da transformação digital, propiciando a alavancagem da almejada consensualização.

No âmbito federal já existem diversos mecanismos implementados, particularmente no Congresso Nacional, com resultados exitosos, a exemplo dos portais mantidos pela Câmara dos Deputados, cuja viabilização se deu a partir de tecnologias da informação e comunicação (TICs), conforme descrito no próprio portal do sistema batizado, coincidentemente, de “*e-democracia*”:

O portal e-Democracia também é um espaço que a Câmara dos Deputados criou para ampliar e incentivar a participação da sociedade no processo legislativo. Lá existem dois espaços: as Comunidades Legislativas e o Espaço Livre. Nas comunidades você pode participar de debates de temas específicos, normalmente, relacionados a projetos de lei já existentes. No Espaço Livre, você mesmo pode definir o tema da discussão e ser o grande motivador dela. (LUDGERO, 2015).

A realidade não é outra no Senado Federal, que utiliza ferramenta similar batizada de “*e-cidadania*”, pela qual os cidadãos podem interagir com a Casa Legislativa e sugerir temas legislativos:

Em meio à crise política, o portal e-Cidadania, do Senado, criado para estimular a participação popular no processo legislativo, registrou um crescimento de 1.607% em uma de suas principais ferramentas. Nos dois últimos anos, as ideias legislativas, propostas de leis cadastradas por cidadãos no site e abertas a votação, se tornaram pivôs de polêmicas, armas nas disputas ideológicas da *web* e meios de expressão da insatisfação popular. (SANTOS, 2018).

Porém, no âmbito municipal, não se vê iniciativas como essa, em que um *website*, ou seja, um portal eletrônico é utilizado para viabilizar o acesso, o acompanhamento e a participação popular direta nas deliberações apresentadas. Dessa forma, somente será possível cogitar de verdadeira governança eletrônica com o uso efetivo das tecnologias da informação e comunicação (TICs), se esse uso for implementado nas relações entre Estado e cidadãos a partir do entendimento das possibilidades tecnológicas ofertadas pelos recursos de videoconferência e webconferência – que não se confundem:

Diferentemente das videoconferências, cuja realização pode se dar por instrumentais eletrônicos não necessariamente dependentes da Internet, as webconferências são conceituadas como reuniões ou encontros virtuais e sua realização – como o próprio nome denota – se dá pela Internet (*web*) através de aplicativos ou serviços com possibilidade de compartilhamento de apresentações, voz, vídeo, textos e arquivos. (FALEIROS JÚNIOR, 2020, p. 192).

Porém, o uso dessas tecnologias dependerá de uma paulatina incorporação à rotina parlamentar, conforme adverte João Victor Rozatti Longhi (2017, p. 314-315):

[...] E, indo-se mais além, revelou-se necessário que haja vontade política de que o uso de tais ferramentas seja incorporado à práxis da rotina parlamentar, explorando-se as potencialidades de mecanismos que hoje começam a se diversificar, atingindo aplicativos de celular, *tablets*, interoperabilidade com redes sociais, blogs e outros *gadgets* etc.

Não obstante, reconheceu-se que muitas transformações culturais devem ocorrer para que tais premissas se efetivem, especialmente por parte dos parlamentares, que devem passar a dialogar mais com tais plataformas. Mas, mesmo sem elas, é certo que, com a convergência da interatividade em portais oficiais como estes, algumas questões poderiam ser facilmente solucionadas. O que abriria, por exemplo, a possibilidade de, uma vez atingido determinado nível de participação online, tal projeto ou tema passasse a tramitar com prioridade. Dentre outras potencialidades dos portais, que proporcionariam transparência e a eventual criação de procedimentos paralelos de colheita de opinião dos usuários para, eventualmente, chegar-se à possibilidade de se pautarem as instituições pela síntese dos anseios populares manifestados nos portais parlamentares.

No plano municipal, há total viabilidade técnica de implementação de ferramentas inspiradas nas já existentes a nível federal: a tecnologia envolvida não é inacessível e depende, basicamente, do desenvolvimento de uma plataforma *web* que assegure a higidez sistêmica, auditabilidade, e aderência aos parâmetros mais tradicionais de segurança da informação,¹⁰ que, no Brasil, constam expressamente do Decreto nº 9.637, de 26 de dezembro de 2018 (Política Nacional de Segurança da Informação) (BRASIL, 2018a): (i) disponibilidade; (ii) integridade; (iii) confidencialidade; (iv) autenticidade da informação (artigo 1º). Os três primeiros são os parâmetros classicamente definidos, em língua inglesa, como “CIA Triad”,¹¹ e a eles se adiciona o requisito da autenticidade, que guarda correlação muito próxima com a necessidade de que o acesso dos cidadãos a plataformas interativas seja viabilizado, por exemplo, por técnicas adequadas de criptografia assimétrica (como os populares *tokens* de padrão ICP-Brasil).

Sabe-se que há barreiras complexas para viabilizar interatividade com alto grau de

segurança. De qualquer forma, tais investimentos representariam o exato atendimento do interesse público, na medida em que são canais de “participação administrativa aberta aos indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinada em lei.” (MOREIRA NETO, 1992, p. 192), mas, evidentemente, sem se “olvidar de valores fundamentais à democracia, sem os quais sua presença fica ameaçada. São eles a proteção do dissenso e das minorias.” (LONGHI, 2017, p. 316).

Enfim, a formatação eletrônica das audiências públicas, com a efetiva implementação de procedimentos de certificação digital, certamente seria um diferencial qualitativo e participativo, o que, conseqüentemente, propiciaria celeridade e resolutividade às ações governamentais, que poderiam “conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual.” (MOREIRA NETO, 1992, p. 129), com mais transparência e controle social, desburocratizando a Administração Pública e tornando-a mais aberta, interativa e propícia à implementação de parâmetros de governo digital.

6. CONCLUSÃO

Ao longo deste estudo, foram apontados os eventos histórico-evolutivos do conceito de democracia, iniciando-se pelas bases do instituto no Estado Liberal, período marcado por premissas que fixaram as pilas de sustentação do modelo de Estado contratualista e seus desdobramentos para a noção de democracia. Dedicou-se, ainda, breve enfoque aos modelos de democracia direta, representativa e semidireta ou semirrepresentativa, sendo este terceiro modal um viés de equilíbrio dentro do espectro inter-relacional dos cidadãos com o Estado.

A seguir, destacou-se a necessidade de ressignificação do conceito de democracia para além da virada do milênio. Obtemperou-se que, com a transformação digital, o século XXI já está marcado por uma nova dinâmica social que desafia o Direito a redesenhar certos institutos jurídicos, acompanhando a evolução social e se mantendo coeso e em sintonia com o princípio democrático. A aliança das tecnologias de informação e comunicação (TICs) a instrumentais de aproximação dos cidadãos, como plebiscitos, referendos, consultas públicas etc. é um dos caminhos que se deve trilhar para a consolidação do que se denomina “governo digital”, agora estruturado em função de regras e princípios próprios na Lei nº 14.129/2021 (Lei do Governo Digital), como o “incentivo à participação social no controle e na fiscalização da administração pública” definido no artigo 3º, inciso V. Porém, em que pese já existir a lei federal, é fato que os municípios não dedicam verdadeira atenção à implementação de sistemas eletrônicos capazes de ampliar a interação com seus municípios.

Em linhas mais específicas, buscou-se averiguar a viabilidade da implementação de tecnologias da informação e comunicação para a realização de audiências públicas, que são etapa procedimental obrigatória nas votações dos chamados “orçamentos participativos”. Por força da Lei de Responsabilidade Fiscal, a sociedade civil é chamada a participar dos debates que definem a alocação dos recursos públicos nos processos legislativos de deliberação de Planos Plurianuais, Leis de Diretrizes Orçamentárias e Leis Orçamentárias Anuais, embora, na prática, não seja comum qualquer tipo de engajamento e efetiva participação dos municípios nesses debates.

Em tópicos mais específicos, analisou-se que não há, de fato, desconhecimento técnico ou disparidade informacional capaz de justificar a falta de efetiva participação, mas, sim, um distanciamento do Poder Público quanto a seus cidadãos, o que se materializa de questões culturais, evidentemente, mas também logísticas, haja vista a dificuldade de conciliação de agendas, os deslocamentos, a longa duração de uma audiência pública e, ainda, a falta de instrumentais facilitadores da consulta e do acompanhamento desses eventos.

Nesse sentido, a implementação de audiências públicas virtuais surge como modal capaz de simplificar, desburocratar e elevar o nível de interação entre os cidadãos e os municípios para cumprimento do citado princípio da Lei do Governo Digital. Para além disso, pontuou-se que a consensualização almejada como pilar de ressignificação da Administração Pública hodierna pode partir de iniciativas assim, que garantam maior legitimidade e confiabilidade às decisões estatais tomadas com amparo no efetivo acompanhamento popular.

A despeito de tudo isso, diversos problemas ainda precisarão ser solucionados para que seja viável a implementação de um modelo de participação direta em audiências públicas com o apoio tecnológico, sendo a inclusão digital o primeiro deles, ao qual se soma o problema da insuficiente educação digital (artigo 26 do Marco Civil da Internet) e, mais tecnicamente, a disparidade concreta de acesso a ferramentas que garantam a checagem de identidade e a adequação aos parâmetros da Política Nacional de Segurança da Informação, especialmente pela insuficiência de disponibilização de *tokens* de criptografia assimétrica à população.

Somente com a garantia de amplo, efetivo e seguro acesso a dispositivos eletrônicos e à Internet é que se poderá propiciar a todo cidadão os canais de facilitação da participação esperada. Isso ainda depende de políticas públicas concretas para que ocorra uma mudança cultural e para que se crie o engajamento necessário à concretização material do espírito teleológico dos modais de democracia direta agora consagrados em lei.

7. NOTAS

1. Sobre isso, confira-se: “Os mecanismos *procedimentais* são aqueles empregados pontualmente em certa fase dos processos administrativos no intuito de promover o diálogo entre sociedade e Estado. Exemplo disso, no âmbito de uma agência reguladora, vislumbra-se na realização de audiências e consultas públicas como técnicas preparatórias de atos decisórios de caráter normativo ou geral. Os mecanismos *orgânicos*, a seu turno, englobam os canais de diálogo permanente no âmbito de órgãos colegiados. A participação de representantes, de especialistas ou de agentes econômicos em conselhos de políticas ou em órgãos regulatórios exemplifica a técnica em questão. [...] Já os mecanismos *contratuais* são aqueles que consolidam o consenso em instrumentos formais bilaterais, como acordos de leniência, acordos em processos de licenciamento ou autorização administrativa ou compromissos de cessação ou alteração de condutas dos agentes regulados no âmbito de processos sancionadores.” (MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. *Revista Digital de Direito Administrativo*, [Ribeirão Preto], v. 4, n. 1, p. 275-293, jan./jun. 2017. p. 279-277).

2. Eis a importante passagem: “Mas, sendo a cidade algo de complexo, assim como qualquer outro sistema composto de elementos ou de partes, é preciso, evidentemente, procurar antes de tudo o que é um cidadão. Por que a cidade é uma multidão de cidadãos, e assim é preciso examinar o que é um cidadão, e a quem se deve dar este nome. [...] Ponhamos de lado, pois, os que obtêm este título por qualquer

outro modo, como, por exemplo, aqueles a quem se concedeu o direito de cidadania. O cidadão não é cidadão pelo fato de se ter estabelecido em algum lugar – pois os estrangeiros e os escravos também são estabelecidos. Nem é cidadão por se poder, juridicamente, levar ou ser levado ante os mesmos tribunais. Pois isso é o que acontece aos que se servem de selos para as relações de comércio. [...] Em uma palavra, cidadão é aquele que pode ser juiz e magistrado. Não existe definição melhor. Alguns cargos tomam um tempo limitado, não podendo ser exercidos duas vezes pela mesma pessoa, ou então somente depois de um período determinado. Alguns existem, ao contrário, cuja duração é ilimitada, como acontece com as funções de juiz e de membro das assembleias gerais. [...] Por aí se vê, pois, o que é o cidadão: aquele que tem uma parte legal na autoridade deliberativa e na autoridade judiciária – eis o que chamamos cidadão da cidade assim constituída. [...] Cidadão, segundo a nossa definição, é o homem investido de certo poder.” (ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010. Livro III. P. 53-55).

3. Com efeito: “[...] anche quando dispone circa le procedure da seguire dai diritti nazionali, il diritto comunitario impone un modello di regolazione fondato sulla partecipazione degli interessi, in modo da assicurare decisioni fondate sulla conoscenza dei fatti e su un ragionevole e motivato equilibrio degli interessi. Inoltre, anche in questo caso gli interessi riconosciuti non sono solo quelli dei cittadini e delle imprese sottoposte alla regolazione nazionale, ma anche quelli delle autorità e dei cittadini di altri paesi.” (CASSESE, Sabino. **Il diritto amministrativo: storia e prospettive**. Milão: Giuffrè, 2010. p. 386).

4. Democracia direta é uma forma de governo democrático na qual a população tem o direito de participar diretamente das tomadas de decisões. Suas origens remontam à Grécia Antiga e aos cantões suíços. (BEČAK, Rubens. **Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 16).

5. A democracia representativa é uma forma de exercício do poder político em que o povo de um país elege os seus representantes, através do voto nas eleições. Os candidatos eleitos são legitimados como representantes do povo. Há, nesse modelo, um papel proeminente dos partidos políticos. Para maiores detalhes, consulte-se: COSTA, Marta Nunes da. **Modelos democráticos**. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 6 *et seq.*

6. A ideia de um modelo de democracia semidireta ou semirrepresentativa nasce como terceira via, garantindo uma flexibilização entre as características visualizadas nos demais modelos e um aperfeiçoamento dos institutos garantidores da efetiva participação popular, na medida em que, embora existam partidos políticos e representantes eleitos, concede-se aos cidadãos um rol de instrumentais típicos da democracia direta, pelos quais, em situações específicas, há participação direta da sociedade na tomada de decisões estatais. Para maiores detalhes: COSTA, Marta Nunes da. **Modelos democráticos**. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 44-45.

7. A demais, sua realização deve ser prévia, na medida em que, somente após a sua realização é que faz sentido a tomada de decisão e a expedição e um ato correlato, ou seja, impõe-se “[...] o dever de ouvir as demandas dos cidadãos no processo de elaboração das da legislação orçamentária, de modo que, previamente à submissão de um projeto de lei para o Legislativo, deve ser realizada audiência pública para garantir a interação com os administrados, segundo a lógica da consensualização, garantindo-se, com isso, maior transparência das finanças públicas e melhor adequação do projeto formulado às demandas de maior urgência da sociedade. Nesse mesmo espírito, o Estatuto da Cidade, em seu artigo 44, define como obrigatória a realização de audiências públicas, o que transforma esta exigência em verdadeira condição para a aprovação das leis em que são obrigatórias.” (FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A Administração Pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais. **Revista Digital De Direito Administrativo**, [São Paulo], v. 4, n. 2, p. 69-90, jul./dez. 2017. p. 83).

8. A palavra ‘audiência’ tem sua origem no termo ‘audire’, do Latim, que significa ‘ouvir’, ‘dialogar’.

9. Nesse sentido, importantes os dizeres de John Hart Ely. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980. p. 181: “*In theory it is the legislature that makes the*

laws and the administrators who apply them. Anyone who has seen Congress in action, however—I am not much acquainted with state legislature—will know that the actual situation is very nearly upside down. Much of the typical representative’s time is consumed, not with considering legislation, but rather with running errands (big and small) for his or her constituents—“making calls to public agencies on behalf of businessmen and interested parties back home, introducing private bills to permit alien relatives of constituents to enter or remain in the country and answering the huge quantity of mail that comes in.” This is not to say that our representatives are unconcerned with substantive questions. But often that concern is expressed not in the form of legislation but rather by second guessing the decisions of executive and administrative officials—questioning them at hearings and in various less formal ways. Much of the law is thus effectively left to be made by the legions of unelected administrators whose duty it becomes to give operative meaning to the broad delegations the statutes contain. The point is not that such “faceless bureaucrats” necessarily do a bad job as our effective legislators. It is rather that they are neither elected nor reelected, and are controlled only spasmodically by officials who are.”

10. É preciso registrar que “[d]e nada adiantaria uma estrutura de webconferências para permitir interações em tempo real entre representantes e representados, promovendo o diálogo e fomentando o debate se, em essência, a maior parte da população é leiga. Nesse sentido, embora a proposta de audiências públicas interativas e propulsionadas por sistemas de webconferência seja convidativa para o aprimoramento de plataformas como as já existentes (por exemplo, no Brasil, com os sistemas e-Democracia e e-Cidadania do Legislativo federal), é inegável que há muitas construções teóricas e práticas a serem formuladas, tamanha a delicadeza do problema que essa proposta envolve.” (FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. **Administração pública digital: perspectivas para o aprimoramento do regime jurídico administrativo na sociedade da informação**. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 194).

11. A sigla se refere aos vocábulos confidencialidade (*confidentiality*), integridade (*integrity*) e disponibilidade (*availability*), que são exatamente os mesmos previstos na Política Nacional brasileira. Segundo a doutrina: “*The term cybersecurity refers to techniques and practices designed to protect data that is stored, transmitted, or used in information systems. Therefore, cybersecurity is one of the cross-cutting issues in digital transformation today, because it is fundamental that authorized messages be delivered at any time and at any place and to the right place and in real time and without any disturbance and without malicious attack. Hence, effective cybersecurity reduces the risk of cyber threat attacks and protects public and private organizations from unauthorized exploitation of cyber and physical devices, networks, systems.*” (MÖLLER, Dietmar P. F. **Cybersecurity in digital transformation: scope and applications**. Cham: Springer, 2020. p. 12).

REFERÊNCIAS

ABRÚCIO, Fernando Luiz. Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da Administração Pública à luz da experiência internacional recente. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (org.). **Reforma do Estado e Administração Pública gerencial**. 7. ed. São Paulo: FGV, 2007.

AGÊNCIA BRASIL. Sobe para 82,7% percentual de domicílios com internet, diz IBGE. **Agência Brasil**, [Rio de Janeiro], 14 abr. 2021. Geral. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-04/sobe-para-827-percentual-de-domicilios-com-internet-diz-ibge>. Acesso em: 10 jun. 2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito, introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

BEÇAK, Rubens. **Democracia**: hegemonia e aperfeiçoamento. São Paulo: Saraiva, 2014.

BEHN, Robert D. *The challenge of evaluating m-government, e-government, and p-government: what should be compared with what?* In: MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; LAZER, David (ed.). **Governance and information technology: from electronic government to information government**. Cambridge: The MIT Press, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Decreto nº 9.637, de 26 de dezembro de 2018**. Institui a Política Nacional de Segurança da Informação, dispõe sobre a governança da segurança da informação, e altera o Decreto nº 2.295, de 4 de agosto de 1997, que regulamenta o disposto no art. 24, *caput*, inciso IX, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dispõe sobre a dispensa de licitação nos casos que possam comprometer a segurança nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9637.htm. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021**. Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública e altera a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, e a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Brasília, DF: Presidência da República, 2021m. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14129.htm. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 6, de 2011**. Altera o art. 6.º da Constituição Federal para introduzir, no rol dos direitos sociais, o direito ao acesso à Rede Mundial de Computadores (Internet). Brasília, DF: Senado Federal, 2011. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99334>. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 8, de 2020**. Altera o art. 5º da Constituição Federal, para incluir o acesso à internet entre os direitos fundamentais. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141096>. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 185, de 2015**. Acrescenta o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para assegurar a todos o acesso universal a Internet entre os direitos fundamentais do cidadão. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075915>. Acesso em: 10 jun. 2022.

BREGA, José Fernando Ferreira. **Governo eletrônico e direito administrativo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CASSESE, Sabino. **Il diritto amministrativo**: storia e prospettive. Milão: Giuffrè, 2010.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL – CGI.br. Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br). Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos domicílios brasileiros – TIC Domicílios, 2017. Disponível em: <https://cetic.br/tics/domicilios/2017/domicilios/A4/>. Acesso em: 10 jun. 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito público**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996.

COSTA, Marta Nunes da. **Modelos democráticos**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

COSTA, Pietro. **Cittadinanza**. Roma-Bari: Laterza, 2005.

CRICK, Bernard. **Democracy**: a very short introduction. Oxford: Oxford University Press, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 191, Rio de Janeiro, jan./mar. 1993.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A Administração Pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais. **Revista Digital De Direito Administrativo**, [São Paulo], v. 4, n. 2, p. 69-90, jul./dez. 2017.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. **Administração pública digital**: perspectivas para o aprimoramento do regime jurídico administrativo na sociedade da informação. Indaiatuba: Foco, 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da Administração consensual: a audiência pública e sua finalidade. **Revista de Direito Administrativo**, [Rio de Janeiro], v. 230, p. 237-250, Rio de Janeiro, out./dez. 2002

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri: Manole, 2003.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Principes de philosophie du droit**. Tradução de André Kaan. Paris: Gallimard, 1940.

LARENZ, Karl. **Derecho justo: fundamentos de etica juridica**. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1985.

LONGHI, João Victor Rozatti. **Processo Legislativo Interativo**. Curitiba: Juruá, 2017.

LUDGERO, Lucas. A participação popular por meio de mecanismos virtuais, audiências públicas e da Comissão de Legislação Participativa. **Rádio Câmara**, Brasília, 21 set. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2zWCiTC>. Acesso em: 10 jun. 2022.

MARRARA, Thiago. Direito Administrativo: transformações e tendências. In: MARRARA, Thiago (org.). **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014.

MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. **Revista Digital de Direito Administrativo**, [Ribeirão Preto], v. 4, n. 1, p. 275-293, jan./jun. 2017.

MATSUKASA, John G. *The eclipse of Fegislatures: direct democracy in the 21st Century*. **Public Choice**, [S. J.], v. 124, n. 1, p. 157-177, 2005.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**, Brasília, a. 51, n. 2, p. 105-120, abr./jun. 2000.

MÖLLER, Dietmar P. F. **Cybersecurity in digital transformation: scope and applications**. Cham: Springer, 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito de participação política: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, jan./mar. 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 135, jul./set. 1997.

OTERO, Paulo. **Conceito e fundamento da hierarquia administrativa**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

PÉLISSÉ, Jérôme. *Les usages syndicaux du droit et de la justice*. In: COMMAILLE, Jacques; KALUSZYNSKI, Martine (Ed.). **La fonction politique de la justice**. Paris: La Découverte, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **¿Ciberciudadaní@ o cidadaní@.com?** Barcelona: Gedisa, 2004.

RAUSCHENBACH, Rolf. Processos de democracia direta: sim ou não? Os argumentos clássicos à luz da teoria e da prática. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 22, n. 49, p. 205-230, jan./mar. 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

SANTOS, Paulo. Em portal do Senado, uso de ferramenta criada para sugerir leis dispara. **O Globo**, Rio de Janeiro, 20 mai. 2018. Disponível em: <https://glo.bo/2y6QAuC>. Acesso em: 10 jun. 2022.

SARTORI, Giovanni. **Homo videns: televisione e post-pensiero**. Milão: Laterza, 1999.

SILVA, Almiro do Couto e. Os indivíduos e o Estado na realização das tarefas públicas. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 57, Cadernos de Direito Público, dez. 2003.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito administrativo de participação de participação (cidadania, direito, Estado e Município)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Audiência pública e regulação. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, Edição Especial, p. 298-322, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. Habeas data e mandado de segurança coletivo. **Revista de Direito Público**, [Brasília], v. 23, n. 95, jul./set. 1990.

VIANA, Ana Cristina Aguiar. Transformação digital na administração pública: do governo eletrônico ao governo digital. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fé, v. 8, n. 1, p. 115-136, jan./jun. 2021.

VILLAS-BÔAS FILHO, Orlando. As transformações da regulação jurídica na sociedade contemporânea: a governança como paradigma. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 251-259, jan./abr. 2016.

WU, Tim. **Impérios da comunicação: do telefone à Internet, da AT&T ao Google**. Tradução de Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

Recebido em: 11/06/2022

Aceito em: 10/08/2022

MUDANDO O RUMO: QUESTÃO FUNDIÁRIA, MORADIA E CRISE SANITÁRIA

Changing Course: land issue, housing and health crisis

Gabriela Maria Lema Icasuriaga

Doutora e Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Graduada em Serviço Social pela Universidade da República do Uruguai. Professora Associado do Departamento de Política Social e Serviço Social Aplicado da Escola de Serviço Social da UFRJ (RJ, Brasil).

Natália Coelho de Oliveira

Mestre em Serviço Social pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) (RJ, Brasil). Doutoranda em Serviço Social pela UFRJ. Especialista em Política e Planejamento Urbano pela IPPUR/UFRJ e especialista em Dinâmicas Urbano-Ambientais e Gestão do Território pela UERJ.

Resumo

O artigo aborda a grave situação fundiária e habitacional em tempos de pandemia do COVID-19 e o aprofundamento das desigualdades sociais dela decorrentes para as populações mais vulneráveis no Brasil assim como em toda a região da América Latina. Recorremos à pesquisa bibliográfica e documental para desenvolver teórica e empiricamente questões presentes na construção histórica das desigualdades em nossas sociedades e suas manifestações trágicas na crise sanitária e econômica. Apontamos a necessidade urgente de uma mudança de rumo no enfrentamento da questão fundiária e habitacional no contexto de aprofundamento da mercadorização da vida que afeta os setores sociais historicamente vulnerabilizados.

Palavras-chave: Questão fundiária. Habitação. Crise sanitária. Novo Coronavírus. Despejos.

Abstract

The article addresses the serious land and housing situation in times of COVID-19 pandemic and the deepening of social inequalities resulting from it for the most vulnerable populations in Latin American countries and in a deeper way in Brazil. We used bibliographical and documentary research to theoretically and empirically develops issues present in the historical construction of our societies and their tragic manifestations in the health crisis and economic impact that impacted Brazil. We point out the urgent need for a change of direction in facing the land issue and the commodification of life.

Keywords: Land Issue. Housing. Sanitary Crisis. New Coronavirus. Evictions.

Sumário

1. Introdução; 2. A dominação territorial que estrutura as relações sociais na América Latina; 3. A questão da moradia digna no século XXI; 4. A produção de moradias em larga escala e a expansão do mercado imobiliário como estratégias para enfrentar a crise econômica internacional; 5. Despejos na pandemia e luta coletiva; 6. Considerações finais; 7. Notas; Referências

1. INTRODUÇÃO

A pandemia de COVID-19, iniciada na cidade de Wuhan, China no final de 2019, atingiu o continente americano no início de 2020, encontrando América Latina numa configuração sócio territorial propícia ao seu alastramento e letalidade. Aspectos histórico-estruturais deixam evidentes as fragilidades econômicas, políticas e sociais para um adequado enfrentamento da pandemia, considerando a nossa formação sócio-histórica marcada pela violência territorial, a usurpação de povos tradicionais e a concentração de terras, desde os tempos da colonização.

América Latina é a região mais desigual do mundo, apresentando um Índice de Gini¹ regional de 0,48, maior que na África Subsaariana (0,43), América do Norte (0,37) ou Ásia do Leste e Pacífico (0,37). Esta desigualdade é decorrente da cada vez mais acentuada concentração de renda e riquezas na região, onde em 2015, de acordo com a Oxfam, 32 pessoas detinham riquezas equivalentes a 300 milhões das pessoas mais pobres, o qual corresponde a 50% da população total de América Latina. Esta concentração de riquezas e o aumento absoluto do número de pobres foram aprofundados durante a pandemia que ainda hoje, após quase dois anos de iniciada, assola o continente. Até finais de 2020, 18,6% dos contágios mundiais pelo Novo Coronavírus e 27,8% das mortes, aconteciam neste sub continente (OXFAM BRASIL, 2016).

O relatório 2020 da CEPAL (Comissão Econômica para América Latina e o Caribe) aponta que, no decorrer desse ano, 22 milhões de pessoas engrossaram a pobreza e a pobreza extrema na região como consequência da pandemia, assinalando como fator principal a perda de empregos que se seguiu às medidas de redução da mobilidade social. Porém, é importante frisar, que antes da pandemia 2/3 da população latino-americana tinha ganhos mensais de até 3 salários mínimos. Somam-se a estes dados reveladores da insustentável disparidade social da região, outros aspectos característicos que ganham relevância com a crise sanitária, os sistemas de saúde sucateados e fragmentados, a débil proteção social, a carência de serviços básicos para as populações mais pobres, as violências de todo tipo, os grandes contingentes de população migrante dentro e fora dos países latino-americanos, além dos efeitos das mudanças climáticas (CEPAL, 2020, p. 14).

As condições de habitação foram um divisor de águas entre aqueles com direito a se proteger do vírus de acordo às recomendações sanitárias, e as enormes massas de população às quais historicamente é negado esse direito. É importante ressaltar que, a privação do direito à moradia digna vulnera outros direitos essenciais ao pleno desenvolvimento das pessoas, tais como o direito a uma casa digna, com ventilação, materiais construtivos de qualidade, acesso ao saneamento básico, à saúde adequada, à infraestrutura urbana, redes de vizinhança, entre outros, condições de habitabilidade estas que são preservadas com uma habitação saudável.² Sem espaço físico adequado para se acolher, milhões de pessoas, na sua maioria crianças e mulheres, afrodescendentes e indígenas,³ foram impedidas de adotar as medidas sanitárias mais básicas para se protegerem da letalidade da Covid-19 e ficaram ainda mais vulneráveis a sofrer violências domésticas e também por parte do Estado e de grupos que exercem poder e coação aos moradores de áreas urbanas marginalizadas e de territórios cobiçados pelo extrativismo e a expansão do agro e da pecuária.

Esta população, em situação de precariedade habitacional, ficou impedida do distanciamento social, ou sequer a permanecer dentro de casa, sem acesso a água para higiene pessoal, sem as redes de apoio que tiveram que parar de funcionar por longos períodos, exposta aos despejos, que não deixaram de acontecer durante a pandemia, engrossando o número de pessoas em situação de rua que não parou de aumentar durante esses anos (COHEN, 2003; RUBIO, 2020).

Ficou demonstrado que a Covid-19, assim como a maioria das doenças virais, se propaga com maior rapidez em espaços urbanos densamente povoados e com maior número de deslocamentos em meios de transporte coletivo, ainda agravado em cidades com aeroportos e portos que as mantêm comunicadas com o resto do mundo. Principalmente no decorrer do primeiro ano da pandemia, antes do início da vacinação, 90% dos contágios aconteciam (ou eram registrados) nas grandes cidades (ONU 2020a *apud* RUBIO, 2020). Um dos motivos para o rápido alastramento na América Latina, região mais urbanizada do mundo, que conta com 5 megalópoles de mais de 10 milhões de habitantes (Cidade do México, São Paulo, Lima, Buenos Aires, Rio de Janeiro) e uma multiplicidade de cidades com mais de um milhão, que ao todo albergam 35% da população da região.

Não fosse suficiente a densidade populacional, as cidades do subcontinente são, na sua grande maioria, precariamente servidas de serviços básicos de água, saneamento e energia elétrica, os serviços de transporte são insuficientes e circulam lotados, principalmente aqueles que servem às áreas habitacionais periféricas das grandes metrópoles, verdadeiras cidades dormitório, mal servidas de serviços e equipamentos básicos, como saúde, educação, instituições públicas de seguridade social, entre outros. Além da precariedade construtiva das unidades residenciais, estes espaços habitacionais também apresentam altos índices de lotação e coabitação, todos indicadores do histórico e cada vez mais grave déficit habitacional das cidades latino-americanas, que de acordo com dados da Cepal (2020) atingem 73,5% dos lares com mais de duas pessoas por cômodo (RUBIO, 2020).

O artigo é resultado de pesquisa bibliográfica e documental. Em um primeiro momento analisaremos algumas dimensões históricas e políticas que estão presentes na estruturação do espaço urbano e habitacional latino-americano e que contribuem largamente para a atual configuração sócio espacial. Sustentamos que a ocupação territorial da América Latina se estrutura sobre a base da dominação territorial colonial que se estende para além das independências nacionais e se agudiza com a questão fundiária, instalada nos diferentes países da região com a introdução do instrumento jurídico da propriedade privada, formalizado e protegido pelos ainda incipientes aparelhos de Estado. Seguidamente abordamos os principais efeitos da estrutura fundiária urbana (QUIJANO, 1968; KOWARIK, 1975, 1979) e das políticas habitacionais tomando como referência empírica o Brasil, em especial o Programa Minha Casa Minha Vida (CARDOSO, 2011; FIX, 2011), para então voltarmos novamente à atenção nos efeitos da crise sanitária e econômica sobre a população brasileira mais vulnerável. O percurso reflexivo desta análise nos conduz a constatar a impossibilidade de resolver a questão fundiária e habitacional no atual sistema sócio metabólico do capital, conceito desenvolvido por Mézáros (2000), que tendo alcançado a sua exaustão reprodutiva, busca reverter a queda da sua lucratividade incentivando e acelerando a expropriação da vida hu-

mana e suas condições de reprodução social imediata, colocando em risco a sobrevivência planetária. Melhorar as condições de vida das massas de população empobrecida não faz parte das agendas governamentais dos países na periferia do capitalismo, razão mais do que suficiente para que os movimentos sociais e demais organizações que lutam por melhores condições de vida para o conjunto da população, buscando alternativas autônomas e autogestionadas, fora do campo da institucionalidade estatal.

2. A DOMINAÇÃO TERRITORIAL QUE ESTRUTURA AS RELAÇÕES SOCIAIS NA AMÉRICA LATINA

A forma de dominação territorial data do passado colonial e a forma hierárquica e despótica que adquiriram as relações sociais nas Américas como elementos estruturantes da configuração sócio territorial em todos os países da região. Desde primeiro território onde aportou Cristóbal Colombo,⁴ até o extremo sul do continente, as formas de dominação, saqueio e exploração humana e da natureza, realizadas sob o poder da espada e da cruz, como símbolos da superioridade militar e espiritual dos povos europeus conquistadores, imprimiram as bases das estruturas coloniais que permitiram o nascimento da economia-mundo capitalista no século XVI (WALLERSTEIN, 1990). Nos anos subsequentes, relações sociais de tipo capitalista se desenvolveram nas metrópoles colonialistas, na forma de trabalho assalariado e auto emprego, enquanto nas colônias e periferias a exploração do trabalho continuou a se intensificava sob a forma de escravização e servidão.⁵

Nas colônias ibéricas a busca por riquezas e sua drenagem para as metrópoles fizeram com que o saqueio precedesse à colonização como forma de dominação que permitiu a continuidade das atividades extrativas e a expansão de mercados. Iniciando-se pela outorga real de terras e indígenas a conquistadores e aventureiros, criação de cidades localizadas em sítios extrativos e nos locais que ofereciam boas condições naturais para portos marítimos e fluviais. Durante mais de 3 séculos as precárias urbanizações coloniais estiveram estreitamente vinculadas às funções produtivas e comerciais que serviam, assim como toda a restante demarcação territorial no subcontinente. A apropriação privada da terra, qualquer que fosse seu destino, foi um ato de expropriação à força, muito antes de se constituir numa normativa do Estado de direito.

Somente no século XIX, após as independências (formais) dos territórios latino-americanos e da formação dos novos Estados nacionais, será introduzido o instrumento legal da propriedade privada mediada pelos novíssimos estados oligárquicos nacionais, e que dará início a questão fundiária urbana e rural, submetendo todas as formas de posse da terra e transformando-as em propriedade estatal ou privada. Iniciando-se um processo crescente de concentração de terras produtivas e bem localizadas nas mãos de alguns latifundiários, cuja posse e propriedade passará a ser garantida e protegida pelo Estado, o que não acontecerá com as formas tradicionais de ocupação territorial consideradas arcaicas e contrárias ao progresso das novas nações em processo de consolidação e de inserção no mercado mundial. Nessa configuração fundiária ficaram de fora das formas reguladas pelo Estado os territórios remanescentes dos períodos pré-colonial e colonial, de base comunitária e familiar, como terras indígenas, quilombolas e pequenos agricultores no campo e as formas homologas de ocupação de espaços urbanos de trabalho e moradia. Consolida-se, assim,

um conflito insolúvel de interesses entre classes sociais antagônicas, que se aprofunda no decorrer da consolidação das relações capitalistas de produção nos países da região e suas diversas formas de articulação com o sistema-mundo capitalista, principalmente com os polos mais dinâmicos do sistema, com os quais as relações de dependência e sujeição colonial se renovam no decorrer histórico.

Importante sinalizar que a questão fundiária consolidada no período pós-colonial, pese as disparidades entre países, se assenta na estrutura colonial de rígida hierarquização do poder político, econômico e social que tem como base a classificação racial da sua população e no patriarcado seu corolário patrimonialista e sexista que se materializa na ocupação dos espaços territoriais de forma fragmentada e segregada.⁶

A questão fundiária agrária e urbana⁷ é dimensão indissociável do avanço das relações capitalistas de produção e reprodução social, sua manifestação mais evidente são os processos migratórios entre ambas as formas de ocupação territorial dentro e fora das fronteiras político administrativas dos Estados nacionais. O crescimento da urbanização nos países de América Latina guarda uma estreita relação com as formas produtivas predominantes e com os processos de concentração de terras desde o período colonial até os dias atuais. Em resposta às demandas expansivas das principais economias mundiais, nossos países têm adequado sua produção interna, o controle da força de trabalho e sua forma de reprodução imediata, contando sempre com o uso intensivo da força de trabalho como forma de compensar os baixos investimentos e a precariedade tecnológica, seja na agropecuária e na extração mineral, como nas atividades urbano-industriais.

Tal movimento que nos anos 1960 e 1970 pode ser identificado na literatura especializada (QUIJANO, 1968; KOWARIK, 1975, 1979) como processo de marginalização econômico-social de uma crescente massa de população tanto urbana como rural, resultado tanto das assimétricas relações de dependência do processo de expansão urbana e de expulsão de população rural efeito de uma crise agroexportadora, mas, também, pelo desenvolvimento tecnológico, de infraestruturas e serviços, e do sistema financeiro em algumas poucas cidades, que oferecem atrativas, porém precárias fontes de renda e ainda piores condições de moradia em locais desprovidos de serviços urbanos básicos.

A crescente cultura do consumo e a mercantilização das necessidades básicas de subsistência, que tem se manifestado na atualidade, de forma mais evidente com a privatização de serviços e bens públicos de consumo coletivo, tais como educação, saúde, abastecimento de água, esgotamento sanitário, etc., a perda de laços familiares e comunitários, assim como as precárias e intermitentes ofertas de emprego nos centros urbanos, estimulam as tendências de um desenvolvimento espacial excludente e segregador por parte dos setores dominantes destas mesmas sociedades e, notoriamente, reforça formas autoritárias e repressivas no trato às demandas crescentes da população pobre, cada vez mais marginalizada da riqueza socialmente produzida, notoriamente infraestruturas e equipamentos urbanos de alto padrão construtivos, concentrada em espaços urbanos elitizados, em evidente contraste com a falta de condições mínimas de urbanização dos espaços habitados pelos pobres.

Na década de 1990, esses processos de imbricação entre a questão fundiária urbana e rural se aprofundam com o avanço das políticas neoliberais e a demanda internacional de produtos agropecuários. Como explica Fernandes (2006) os novos processos produtivos do agronegócio exigiram a incorporação e intensificação de tecnologias e de agrotóxicos como forma de aumentar a produção e a produtividade de determinadas culturas, bem como à introdução e difusão do cultivo de plantas transgênicas. Ocasionalmente um processo agressivo de extensão da fronteira agrícola em áreas de proteção ambiental, ocupadas por povos indígenas, quilombolas, e outras populações que vivem e se reproduzem em contato direto com ecossistemas naturais, trazendo mais tensões e conflitos socioambientais.⁸

3. A QUESTÃO DA MORADIA DIGNA NO SÉCULO XXI

De acordo com Moreira (2019), nos primeiros 20 anos do século XXI, os países da região experimentaram o chamado “ciclo progressista”,⁹ baseado em intervenções governamentais orientadas a combater a pobreza, porém não enfrentou-se a desigualdade como resultado da concentração de renda e riqueza, como mostra o relatório da OXFAM (2016), onde indica que, “em dez anos a pobreza na região da América Latina e Caribe (ALC) diminuiu visivelmente: passou de 44% da população em 2002 para 28% em 2012, uma redução de cerca de 61 milhões de pessoas”, e mesmo quando os indicadores apontaram uma redução na desigualdade da renda per capita, este continuou sendo o mais alto do mundo. Nesse mesmo período de tempo, o crescimento do PIB da região da América Latina e Caribe foi de 3,5% ao ano, enquanto o crescimento da fortuna dos bilionários foi 21% ao ano. Dados que nos conduzem a pensar que se fez muito com uma margem relativamente pequena de crescimento interno dos países da região e se continuou permitindo (ou facilitando) a concentração de riquezas em mãos de um número cada vez mais reduzido de pessoas cada vez mais ricas.

Em todo caso, as políticas públicas de inclusão de amplas camadas da população ao mercado, implementadas por meio de mecanismos de distribuição de renda aos mais pobres e pela ampliação de acesso à educação e outros serviços básicos, amenizaram a miséria e a pobreza, mas foram insuficientes para sustentar em longo prazo às oscilações da crise estrutural da economia capitalista¹⁰ (MÉSZÁROS, 2000).

Desde a chamada crise de 2008,¹¹ que atingiu, severamente, alguns dos países economicamente mais desenvolvidos, o sistema econômico hegemônico foi forçado a uma reconfiguração dos seus ativos financeiros, em particular àqueles aplicados na especulação imobiliária¹² (HARVEY, 2011). Longe de pôr fim ao rentismo,¹³ contribuíram para sofisticar sua forma, por meio de articulações complexas na cadeia de acumulação do capital. Ficou evidente que, as medidas dos governos para enfrentar os efeitos dessa crise econômica salvaram os bancos e os especuladores em detrimento dos investimentos necessários para reduzir os impactos financeiros nas condições de vida da população em geral. Entre 2015 e 2016, o PIB da região teve uma forte retração, oscilando entre -0,5 e -0,8%, como aponta os documentos produzidos por OXFAM (2016).

Os efeitos desse colapso acentuaram ainda mais as desigualdades no mundo, tendendo à polarização e, conseqüentemente, ao acirramento cada vez maior das contradições

de classes, levando, inclusive, a alguns dos principais organismos multilaterais reconhecerem o perigo da insustentabilidade sistêmica das atuais estratégias de acumulação do capital. Estratégias que podem ser sintetizadas nas agendas de liberalização econômica, do rentismo, da lógica da financeirização, da globalização e da reprimarização da economia, em escala global; assim como nas formas jurídico políticas e de gestão dessa acumulação, com a adoção de modelos de desenvolvimento, execução de políticas sociais focalizadas, desproteção e negação de direitos aos trabalhadores, negociação de tratados de livre comércio, formação de blocos econômicos, entre outras formas que impactam diretamente na superexploração da força de trabalho.

Em 2017,¹⁴ a imprensa internacional chamava a atenção para as colocações dos principais organismos internacionais, notadamente Fórum Econômico Mundial, Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial, a respeito da gravidade que o aumento da pobreza e a extrema concentração de riquezas significam para a humanidade, enfatizando os riscos decorrentes da banalização e naturalização da miséria social.

Neste contexto, a crise financeira e imobiliária que se revelou em 2008 trouxe, para o centro da cena internacional, o problema da moradia, tanto nos países de economia capitalista central, como em todos os países articulados ao sistema financeiro internacional (HARVEY, 2011). Nos aproximaremos, a seguir, do caso brasileiro para melhor compreender os efeitos da questão fundiária e habitacional no momento presente.

4. A PRODUÇÃO DE MORADIAS EM LARGA ESCALA E A EXPANSÃO DO MERCADO IMOBILIÁRIO COMO ESTRATÉGIAS PARA ENFRENTAR A CRISE ECONÔMICA INTERNACIONAL

O modelo adotado no Brasil inspirou-se em políticas habitacionais que já vinham sendo implementadas em outros países da América Latina, como México e Chile, desde os anos 1980. Fora por meio de relações de mercado e uma oportunidade de negócio para empresas privadas” (ROLNIK, 2016, p. 131).

O objetivo das empresas foi ampliar seus lucros, e os preços finais das habitações no Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), já estavam pré-determinados pelos tetos impostos pelos programas de financiamento. Nesse sentido, os ganhos com a produção habitacional poderiam ser realizados a partir de duas possibilidades não excludentes: “pela redução do custo de construção ou pela redução do preço da terra, dois tipos de lucratividade de natureza diferenciada” (CARDOSO, 2011, p. 6), um de natureza empresarial e o outro decorrente da estrutura fundiária, embora ambos calculados em termos estritamente mercadológicos de acordo com as regras dos organismos internacionais. Dessa forma, a tendência é que parte do fluxo de capitais viabilizado com o aumento do crédito imobiliário seja capturada na forma de renda da terra, com o objetivo de maximização dos ganhos por ações especulativas de terra.¹⁵

A expansão no setor imobiliário foi tamanha que várias empresas abraçaram o PMCMV como forma de ampliação de seu mercado, como indica o estudo de Fix (2011, p.144). Segundo a autora, a empresa Rossi, por exemplo, “divulgou ter aumentado de 29% para 48%, o total de seus lançamentos em 2009, devido aos incentivos do programa habitacional

do governo federal, o MCMV"; sendo que uma boa parte dos novos consumidores estava constituída por pessoas/famílias que até então não tinham casa própria.

O ciclo da licitação/incorporação/construção e adjudicação das novas unidades habitacionais, conduzido a maioria das vezes por grandes construtoras, leva a procurar os terrenos mais baratos nas periferias urbanas e, por vezes, forçar a mudança na legislação urbana para contornar o limite do perímetro urbano para atender às normas de construção do programa. Contudo, este espraiamento custa ao poder público, via fundo público, investir na construção e disponibilidade de toda uma rede de infraestrutura e serviços necessários para atender à população moradora dos novos espaços habitacionais,¹⁶ subsumindo a função planejadora do Estado nos diversos âmbitos estaduais, municipais e mesmo federal

O PMCMV teve uma centralidade política e financeira, devido ao seu forte papel econômico para o mercado imobiliário e sua cadeia produtiva. De 2009 até junho de 2014, o PMCMV contratou a produção de 3,6 milhões de unidades habitacionais, com investimentos de R\$ 225 bilhões, orientando-se para a população situada na faixa de menores ingressos, 46% das famílias beneficiadas tinham renda mensal inferior a R\$ 1.800,00. De 2014 a 2016 o programa desacelerou devido às constantes crises políticas no governo, contudo, o programa produziu, a partir do financiamento com recursos do FGTS, até 2014, 2.882.402 unidades habitacionais. Considera-se que os recursos totais investidos pelo FGTS no PMCMV, faixas 2 e 3, superam os R\$ 280 bilhões no período, fora a produção de trabalhos diretos e indiretos na cadeia da construção civil, incluindo os empregos nas construtoras, prestadores de serviços, comércio e indústria de materiais de construção, demonstrando o papel econômico do programa.

A pesar do dinamismo econômico e do número expressivo de unidades habitacionais construídas, Fix (2011) indica que os próprios agentes vinculados ao PMCMV reconhecem que o número expressivo de novas construções não conseguiu atender os moradores das grandes cidades brasileiras, onde se concentra o maior déficit habitacional. De tal forma que a estes moradores restou-lhes continuar adensando as favelas e periferias metropolitanas. Pois, alegava-se que a disponibilidade de crédito não resultava suficiente para a aquisição de terrenos urbanos, principalmente pelo custo das unidades habitacionais para a faixa de renda mais baixa (entre 50 a 60 mil reais). Diante disto, Whitaker (2012, p. 51), acrescenta "o descompasso entre a quantidade de normas e a baixa qualidade arquitetônica e urbanística da produção que ocorre pelo país", e questiona a falta de aplicabilidade das legislações e recomendações apresentadas pelo órgão fiscalizador, a Caixa Econômica Federal, na produção da moradia social no Brasil.

Por sua vez, Azevedo (2007) já apontava a interdependência da questão da moradia com as outras esferas recorrentes e complementares, salientando que nem sempre o simples incremento desse tipo de unidade habitacional resolve as carências da população mais pobre. Para este pesquisador, é necessário viabilizar e integrar outras políticas urbanas, como as de transporte, energia elétrica, esgotamento sanitário e abastecimento de água; assim como também é necessário considerar a oferta de emprego e regular o nível dos salários para gerar um maior impacto nas condições habitacionais das famílias de baixa renda.

A reativação da economia pela via da inclusão social das camadas pobres da população ao mercado, ao mesmo tempo em que garantem os lucros das empresas envolvidas na cadeia produtiva da habitação, foi a solução encontrada pelo governo, que segundo Cardoso (2011), com o PMCMV conseguiu estabelecer um patamar de subsídio direto, proporcional à renda das famílias, com o objetivo claro de impactar a economia através dos efeitos multiplicadores gerados por essa indústria. Dessa forma, tal programa se tornou central nas ações habitacionais da maioria dos municípios brasileiros e seguiu reproduzindo, em diferentes escalas territoriais, as referidas características, acrescentando um conjunto de novas mediações típicas dos planos locais que seguem as velhas práticas político-eleitoreiras,¹⁷ a partir da lógica de mercado, adotando o modelo da casa própria, atendendo, de certa forma, às pressões populares, porém sem conseguir atingir os graves problemas da estrutura fundiária, principalmente nos maiores centros urbanos.

5. DESPEJOS NA PANDEMIA E LUTA COLETIVA

No período da pandemia, os movimentos de luta por moradia tais como o Movimento dos Sem Teto (MTST), Central de Movimentos Populares (CMP), evitaram fazer novas ocupações com intuito de não promover grandes aglomerações, não obstante, mantiveram e acompanharam as ocupações já existentes.

A agudização da crise econômica que afeta o Brasil e demais países da América Latina, agravada pela pandemia, impactou também muitos trabalhadores informais e autônomos, sem vínculo estável de trabalho, que não conseguiram continuar empregados ou manter uma renda fixa mensal, devido à redução da mobilidade das pessoas e ao distanciamento social exigido para limitar a propagação do vírus. Tais setores precarizados ficaram mais expostos ao Covid-19 por não terem como arcar com as medidas sanitárias de proteção ao vírus, conforme apontado pela Fiocruz (2020), escancarando as desigualdades sociais brasileiras, que se expressam nitidamente de maneira racializada, expondo o caráter estrutural da questão racial nas desigualdades sociais do país e nas iniquidades de acesso a bens e serviços básicos.

A insegurança alimentar e a fome atingiram 41% da população brasileira, cerca de 84,9 milhões de pessoas, de acordo com a Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF), divulgada pelo IBGE (2020), que compreende o período entre 2017 e 2018. Deste percentual, a dificuldade de acesso regular à alimentação é maior para as famílias chefiadas por negros/as ou pardos/as (28,4%), enquanto 12,1% vivem em lares em que o responsável pela família é branco/a (IBGE, POF, 2017-2018) (LIMA, 2021).

No que se refere à insegurança da posse da terra, os números de despejos aumentaram, houve um crescimento de 310% no número de famílias despejadas no Brasil no ano de 2020, contabilizando cerca de 6.373 famílias despejadas até agosto de 2020. Este número não tem parado de crescer, chegando a 19.875 famílias até agosto de 2021 que foram jogadas à rua em violentos despejos forçados, tendo que procurar casas de parentes, amigos ou mesmo morar na rua com seus filhos e uns poucos pertences.¹⁸ Este número aumenta, quando tratamos das famílias ameaçadas de perder a sua moradia, (que significa aquelas que receberam ordem de despejo ou estão sendo pressionadas para deixar seus lares, caso

não possam pagar seus aluguéis), totalizando um aumento de 495% de agosto de 2020 para agosto de 2021 (18.840 em 2020 e 93.485 em 2021). Somente no Rio de Janeiro, este número representou 4.862 famílias, contudo o número total é mais expressivo em São Paulo, contabilizando 36.883 famílias ameaçadas de despejo (HABITAT PARA A HUMANIDADE BRASIL, Campanha Despejo Zero, 2021). A situação de instabilidade e insegurança de um "teto" para morar tem afetado as famílias brasileiras, segundo dados do IPEA (2020), a população de rua aumentou significativamente, em torno de 20% no Rio de Janeiro. Conforme dados, da Secretaria Municipal de Assistência Social, por meio do Censo de População em situação de rua na cidade do Rio de Janeiro 2020, identificou 7.272 pessoas em essa situação na cidade. Entre elas, 75,2% (5.469) estavam nas ruas e 24,8% (1.803) em unidades de acolhimento e comunidades terapêuticas (NATALINO, 2020).

Foto 1 - Acampamento improvisado na rua do Catete – Rio de Janeiro



Legenda: Acervo pessoal (15 de outubro de 2021)

Após, longo período de enfrentamento e disputa judicial, por meio da Liminar ADPF 828 do Ministro Luís Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal, os despejos coletivos foram suspensos por 6 meses (STF, 2021). Também com objetivos de proteção aos despejos durante a pandemia foi proposto o Projeto de Lei nacional Nº 827/2020 aprovado no Congresso Nacional (JANONES, 2020), tendo sido vetado pelo presidente da República, Jair M. Bolsonaro, contudo, o Congresso sancionou a lei que entrou em vigor até o final de dezembro de 2021, impedindo despejos forçados em virtude do não pagamento do aluguel para moradias e comércios alugados, sendo até R\$ 600 reais para imóveis residenciais e R\$ 1.200 reais para imóveis não residenciais, impedindo o locatário tomar o imóvel das famílias que comprovem situação de desemprego, caso não possam arcar com as despesas familiares do aluguel do imóvel. Tal ação proíbe qualquer ato ou decisão de despejo, desocupação, medidas como reintegração de posse ou remoção forçada de imóvel privado ou público, urbano ou rural, seja os de moradia ou para a produção. No caso das ocupações, valem para aquelas ocorridas antes de 31 de março de 2021 (PL 827/2020 e Lei nº 14.216 de 17/10/2021).

A lei foi aprovada da seguinte maneira:

Ficam suspensos até 31 de dezembro de 2021 os efeitos de atos ou decisões judiciais, extrajudiciais ou administrativos, editados ou proferidos desde a vigência do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, até 1 (um) ano após o seu término, que imponham a desocupação ou a remoção forçada coletiva de imóvel privado ou público, exclusivamente urbano, que sirva de moradia ou que represente área produtiva pelo trabalho individual ou familiar.

§ 1º Para fins do disposto neste artigo, aplica-se a suspensão nos seguintes casos, entre outros:

- I – execução de decisão liminar e de sentença em ações de natureza possessória e petitoria, inclusive mandado pendente de cumprimento;
- II – despejo coletivo promovido pelo Poder Judiciário;
- III – desocupação ou remoção promovida pelo poder público;
- IV – medida extrajudicial;
- V – despejo administrativo em locação e arrendamento em assentamentos;
- VI – autotutela da posse. (BRASIL, 2021).

A mobilização de diversos movimentos sociais, entidades de classe, organizações e coletivos populares deram encaminhamento a várias medidas, seja por meio de projetos de lei aprovados nos estados com maior número de ameaças, como o Rio de Janeiro,¹⁹ São Paulo, Amazonas e Pernambuco; resoluções do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional de Direitos Humanos, orientações firmadas no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU; iniciativas de diferentes instâncias da esfera pública para tentar conter esse cenário atroz para as famílias pobres e mais impactadas pela pandemia. Não obstante essa mobilização por parte das organizações da sociedade civil e as medidas legais “provisórias” que foram conquistadas, os despejos forçados e remoções continuam acontecendo à revelia, transparecendo as profundas contradições presentes nas esferas de governo, nos aparelhos do Estado e ao interior da própria sociedade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar dos esforços e da ação coletiva dos movimentos de luta pela moradia, pelo direito à cidade, pelo direito à terra para produzir e construir espaços dignos de reprodução da vida, o caminho a ser trilhado parece longo e saturado de obstáculos a superar. No caso específico que nos ocupa, tentamos explicitar os alicerces históricos sobre os quais se assenta a questão fundiária, a partir da incorporação do instrumento da propriedade privada, que passa a mercantilizar a terra e a orientar as ações dos aparelhos do Estado para sua garantia e proteção, assim como também para a coordenação e financiamento da incorporação de infraestruturas e serviços no espaço, de cujos benefícios decorre da valorização diferenciada da propriedade fundiária. Ficou explicitado, no decorrer do trabalho, que fazendo uso de diversos mecanismos jurídico-legais, o Estado, capturado pelos interesses privados,²⁰ coloca o fundo público a serviço da valorização da propriedade privada de uma classe social em detrimento das maiorias da população, deixando em evidência a histórica, a apropriação privada da riqueza socialmente produzida e dos produtos da natureza.

Este núcleo duro do papel do Estado no capitalismo não se alterou, nem mesmo quando da gestão de governos ditos “progressistas”, pois, como vimos, estes mantiveram e

ampliaram a lucratividade do capital na oferta de soluções habitacionais insuficientes para os setores mais necessitados da população. No caso brasileiro, as políticas habitacionais e de terras dispensaram relevantes somas de dinheiro público que não impactaram na histórica estrutura fundiária e muito pouco no déficit habitacional.

O enorme arcabouço jurídico normativo também demonstrou sua fragilidade na defesa da função social da propriedade e da proteção da vida de milhares de pessoas, como evidenciam os despejos, a ocupação criminosa de terras públicas e reservas naturais, habitadas por populações tradicionais, quilombolas e outras comunidades que sobrevivem da natureza, assim como os aumentos dos aluguéis e a quase paralisação de qualquer investimento orçamentário em políticas habitacionais.

A pandemia do Novo Coronavírus cumpriu a trágica função de escancarar esta realidade, que extrapolou às denúncias e mobilizações de uns poucos movimentos sociais, pesquisadores e organizações de defesa das urgências populares; a situação ganhou espaço na grande imprensa nacional e internacional, inclusive em setores dos aparelhos do Estado e nas principais organizações internacionais. O quadro traçado neste artigo pretende chamar a atenção para o esgotamento de soluções do mesmo tipo (mega programas pobres para pobres) pela via do Estado democrático de direito e a necessidade urgente de fortalecer iniciativas que promovam a organização social para além desse Estado e suas cristalizadas e ineficientes soluções de mercado. O Estado não voltará a cumprir seu papel de regulador do mercado em favor das maiorias sociais. Portanto, a sobrevivência dos milhares de despossuídos dependerá do grau de organização com autonomia criativa para pensar soluções genuínas que se contraponham à vida transformada em mercadoria.

Revela-se, assim, que concretizar o direito à moradia e as possibilidades de uma regulação democrática da propriedade fundiária através políticas habitacionais pressupõe uma concepção de planejamento e desenvolvimento de ações que ofereçam contra tendências ao sistema capitalista hegemônico que visa unicamente à acumulação e a lucratividade em todas as esferas de reprodução da vida. A pergunta que cabe é, se é possível superar a questão fundiária e habitacional - seja nas cidades, seja no campo - dentro do atual sistema sócio metabólico do capital.

7. NOTAS

1. Coeficiente utilizado frequentemente para medir a desigualdade de renda ou ingressos dentro de um país ou entre países ou regiões, que também pode ser utilizado para calcular a disparidade de acesso a bens e serviços. No caso aqui citado refere-se à acesso a renda.

2. O conceito de ambiente e entorno saudável incorpora a necessidade de ter equipamentos urbanos básicos com saneamento, espaços físicos limpos e estruturalmente adequados e redes de apoio para se conseguir hábitos psicossociais são e seguros, isentos de violência (abuso físico, verbal e emocional). Está relacionado com o território geográfico e social onde a habitação se assenta, os materiais usados para sua construção, a segurança e qualidade dos elementos combinados, o processo construtivo, a composição espacial, a qualidade dos acabamentos, o contexto global do entorno (comunicações, energia, vizinhança) e a educação em saúde ambiental de seus moradores sobre estilos e condições de vida saudável. COHEN, Simone *et al.* **Habitação saudável no SUS. Uma estratégia de ação para o PSF:** uma incorporação do conceito de habitação saudável na política pública de saúde. Rio de Janeiro: Rede Brasileira de Habitação Saudável; Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP), 2003).

3. Rubio (2020) afirma que 51,2% das crianças e adolescentes na América Latina moram em habitações com algum grau de precariedade residencial (superlotação, carência de serviços essenciais como água, saneamento e/ou energia), o que equivale a mais de 80 milhões de crianças e adolescentes. (RUBIO, Monica. *Infancia y desigualdad habitacional urbana en América Latina y Caribe*. CEPAL, [S. l.], 30 jan. 2020. Nota informativa).

4. *Ilha Hispanhola* no Mar do Caribe (atual Santo Domingo República Dominicana)

5. Escravidão e Servidão, na América Ibérica, tinham um “senhor” que trabalhava para o sistema capitalista e drenava as riquezas naturais, extraídas com o trabalho não pago, para as metrópoles.

6. Alguns países da região iniciaram processos de reforma agrária na segunda metade do século XX, no entanto insuficientes para alterar a histórica concentração fundiária. A metade da superfície agrícola total da região está concentrada em 1% de proprietários, os pequenos agricultores, na sua maioria não brancos, ocupam apenas 13% da terra produtiva, em parcelas que oscilam entre 9 hectares na América do Sul e 1,3 hectares na América Central. Os avanços em reforma agrária ainda são muito limitados, mesmo assim as mulheres representam menos de 12% das beneficiadas nesses processos.

7. O monopólio de propriedade fundiária é um pressuposto histórico e continua sendo o fundamento permanente do modo de produção capitalista, bem como de todos os modos de produção anteriores que se baseiam, de uma maneira ou de outra, na exploração das massas. Mas a forma em que o incipiente modo de produção capitalista encontra a propriedade não lhe é adequada. Só ele mesmo cria forma que lhe é adequada, por meio da subordinação da agricultura ao capital, com isso, então, a propriedade fundiária feudal, e propriedade do clã ou a pequena propriedade camponesa combinada com terras comunais, são também transformadas na forma econômica adequada a esse modo de produção, por mais diversas que sejam suas formas jurídicas. (MARX, Karl. **O Capital**: Crítica da economia política. São Paulo: Abril Cultural, 1983. v. I. t. I. p. 124-125).

8. O agronegócio é constituído por corporações, atores financeiros internacionais e multinacionais, muitas vezes em sociedades com empresas nacionais articuladas com políticos e setores estatais que oferecem vantagens fiscais, subsídios e outras facilidades que contribuem para levantar os obstáculos à compra de terras e expansão da fronteira agrícola.

9. De acordo com Moreira (2019) a denominação de “progressismo” para identificar o conjunto de governos da América Latina, surge a partir da V Cúpula de Líderes Progressistas, celebrada em Londres no ano de 2003. Não obstante, trata-se de um termo impreciso, que busca definir um amplo espectro de partidos e coalizões que, ao chegarem ao poder, em diferentes países da região, entre a década de 1990 e a primeira década dos anos 2000, busca implementar uma agenda que alargou o acesso ao consumo, à educação e ao emprego de um amplo contingente populacional que historicamente esteve aliado da participação política e as oportunidades de assenso social. Este ciclo teve uma duração variável em cada caso concreto, porém, no geral podemos dizer que se manteve no poder em vários países, até que a onda reacionária das elites tradicionais iniciou-se um processo de arregimentação de forças da velha política, em estreita aliança aos setores econômicos e financeiros internacionais que, manipulando diversos mecanismos jurídicos, derrubaram vários governos em curso ou ganharam pleitos eleitorais. (MOREIRA, Constanza. *Tiempos de democracia plebeya. Presente y futuro del progresismo en Uruguay y América Latina*. Montevideo: CLACSO, 2019).

10. A referência de crise estrutural do capitalismo está em sintonia com a compreensão de Mészáros (2000) que a define como “a séria manifestação do encontro do sistema com seus próprios limites intrínsecos”. (MÉSZÁROS, Istvan. A crise estrutural do capital. **Revista Outubro**, São Paulo, edição n. 4, 2/2000. p. 14).

11. A manifestação da crise do capital de 2008, também chamada de crise das subprimes, eclodiu inicialmente no sistema financeiro, decorrente da especulação financeira com títulos imobiliários, afetando profundamente o sistema financeiro internacional dolarizado e, pouco depois, seus efeitos viram-se materializados na capacidade de consumo das famílias e numa perda de poder aquisitivo que afetou também

o comércio e os serviços. Em suma foi decorrência do consumo e do investimento alavancado na renda fictícia (HARVEY, 2011).

12. A crise de 2008 foi, inicialmente, uma crise imobiliária gerada nos Estados Unidos da América (EUA), em decorrência de formas de acesso à moradia na base de hipotecas de imóveis, sem lastro no mercado financeiro e atingiu vários países do hemisfério norte que seguiam o tipo de financiamento norte-americano. O Brasil não foi imediatamente atingido, porém, nos anos seguintes, houve consequências em outros setores, também cotizados na bolsa de valores, chamados de commodities que se viram atingidos com a queda do preço internacional dos produtos primários (da mineração e do agronegócio).

13. Denominamos de rentismo à classe de proprietários fundiários (qualquer seja o uso da terra que possuem) que obtêm um ganho sobre a sua terra, sem que esse ganho (sobrelucro da renda da terra) entre novamente no processo produtivo.

14. CHOWDHURY, Anis; SUNDARAM, Jomo Kwame. A crescente desigualdade do capitalismo mundial. **UIPRESS** – Agencia Uruguaya de Noticias, Montevideu, 21 maio 2017.

15. Sobre esta dinâmica imobiliária e sua expansão no território urbano, Rolnik (2016) se aprofunda, conceituando este processo de desregulamentação da política urbana para fins do capital imobiliário, a partir da adoção de instrumentos jurídicos, políticos e legais para expansão do capital na cidade, tais como operações interligadas e operações urbanas conhecidas em São Paulo; construção de projetos faraônicos com a construção de avenidas imobiliárias, torres corporativas, centros de convenção, shoppings e hotéis em São Paulo; o destaque para o papel das empreiteiras e dos fundos de pensão no repasse do dinheiro público diretamente para o mercado; os consórcios público-privados firmados com as construtoras como Odebrechet, Andrade Gutierrez, Carvalho Hosken, Camargo Correa, OAS no Rio de Janeiro para o desenvolvido dos projetos olímpicos e eventos esportivos; a revitalização da Zona Portuária no Rio de Janeiro, com a difusão de parcerias público-privadas e doação de terrenos públicos para empresas; manifestações públicas de interesse para licitações de projetos; regime diferenciado de contratação e concessões urbanísticas para desenvolvimento de projetos urbanos. Isto tudo institucionaliza o que Rolnik no seu livro “*A Guerra dos Lugares*” (2016) chama de “complexo imobiliário-financeiro” que interfere diretamente na gestão das cidades, a partir da lógica do empresariamento urbano.

16. Mesmo quando estudos sobre déficit habitacional apontam que o estoque de imóveis ociosos nos centros urbanos supera os números do déficit habitacional e a oferta de terrenos bem localizados dentro do espaço urbano permitiria uma melhor localização dos empreendimentos e diminuiria os custos ao erário.

17. O que levou, após a criação do PMCMV, o Ministério das Cidades formular critérios de seleção de famílias a serem priorizados para regular essa indicação da demanda, a partir de critérios de hierarquização e seletividade do público alvo do programa.

18. “No dia 1º de julho deste ano, por cumprimento de ordem judicial pela reintegração de posse de um terreno da Petrobras, localizado no município de Itaguaí, na Baixada Fluminense, mais de 400 famílias que ocupavam o espaço foram removidas, mediante força policial. Hoje, quase um mês depois da ação, a maioria encontra-se abrigada em um CIEP, porém em condições insalubres e desumanas, vivenciando mais uma tragédia humanitária, social e moral no estado do Rio de Janeiro”. (SALES, Ana Paulo. *Pandemia e moradia: muitos problemas, menos direitos. Agência de Notícias das Favelas (ANDIF)*, Rio de Janeiro, 3 set. 2021).

19. No Rio, o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto e a Associação Amigos da Luta dos Sem Teto.

20. As estratégias utilizadas para a chamada “captura política” incluem todo tipo de controle sobre as instituições democráticas, desde financiamento de partidos, tráfego de influências, lobby, controle dos meios de comunicação, sendo que pouco se sabe sobre essa realidade em função das limitações e fortes barreiras para pesquisar e acompanhar os dados cadastrais dessas transações.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Sérgio. Desafios da Habitação Popular no Brasil: políticas recentes e tendências. In: CARDOSO, Adauto Lucio (coord.) **Habitação Social nas Metrópoles Brasileiras**: uma avaliação das políticas habitacionais em Belém, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro e São Paulo no final do século XX. Porto Alegre: ANTAC, 2007. (Coleção Habitare).
- BRASIL. **Lei nº 14.216, de 7 de outubro de 2021**. Estabelece medidas excepcionais em razão da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin) decorrente da infecção humana pelo coronavírus SARS-CoV-2, para suspender o cumprimento de medida judicial, extrajudicial ou administrativa que resulte em desocupação ou remoção forçada coletiva em imóvel privado ou público, exclusivamente urbano, e a concessão de liminar em ação de despejo de que trata a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, e para estimular a celebração de acordos nas relações locatícias. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/35034346/publicacao/35035461>. Acesso em: 10 nov. 2021.
- BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. **Relatório de Avaliação da Execução de Programa de Governo nº 66 Programa Minha Casa, Minha Vida – FGTS**. Brasília, DF: Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 828**. Brasília, DF: STF, 2021.
- CARDOSO, Adauto. **Habitação de interesse social**: política ou mercado? Reflexos sobre a construção do espaço metropolitano. 2011. Trabalho apresentado no XIV ENANPUR, Rio de Janeiro, 2011.
- CHOWDHURY, Anis; SUNDARAM, Jomo Kwame. A crescente desigualdade do capitalismo mundial. **UYPRESS** – Agência Uruguaya de Notícias, Montevideu, 21 maio 2017. Disponível em: www.uypress.net. Acesso em: 29 maio 2017.
- COHEN, Simone *et al.* **Habitação saudável no SUS. Uma estratégia de ação para o PSF**: uma incorporação do conceito de habitação saudável na política pública de saúde. Rio de Janeiro: Rede Brasileira de Habitação Saudável; Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP), 2003.
- COVID-19: trabalhadores informais não conseguem seguir medidas de prevenção. **FIOCRUZ**, Rio de Janeiro, 23 mar. 2020. Comunicação e informação. Notícias. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/covid-19-trabalhadores-informais-nao-conseguem-seguir-medidas-de-prevencao>. Acesso em: 19 jul. 2021.
- FERNANDES. In: SADER, Emir *et al.* (org.) Enciclopédia Contemporânea da América Latina e do Caribe, LPP/UERJ, Boitempo editorial, São Paulo, 2006.
- FIX, Mariana. **Financeirização e Transformações recentes no circuito imobiliário no Brasil**. 2011. Tese (Doutorado em Economia) - Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2011.
- GOVERNO corta 98% dos recursos do Orçamento para o novo Minha Casa Minha Vida. **UOL**, São Paulo, 23 abr. 2021. Economia. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2021/04/23/governo-corta-98-dos-recursos-do-orcamento-para-novo-minha-casa-minha-vida.htm>. Acesso em: 13 jul. 2021.
- HABITAT PARA A HUMANIDADE BRASIL. Campanha DESPEJO ZERO: pela vida no campo e na

cidade! Relatório Agosto/2021, 11 fev. 2021. Recife: Habitat para a Humanidade Brasil, 2021. Disponível em: <https://habitatbrasil.org.br/despejozero/>. Acesso em: 25 out. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa de orçamentos familiares 2017-2018**: análise do consumo alimentar pessoal no Brasil. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. (IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento).

JANONES, André. **Projeto de Lei nº 827/2020**. Estabelece medidas excepcionais em razão da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin) decorrente da infecção humana pelo coronavírus SARS-CoV-2, para suspender o cumprimento de medida judicial, extrajudicial ou administrativa que resulte em desocupação ou remoção forçada coletiva em imóvel privado ou público, urbano ou rural, e a concessão de liminar em ação de despejo de que trata a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, e para estimular a celebração de acordos nas relações locatícias. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 23 mar. 2020.

LABORATÓRIO ESPAÇO PÚBLICO E CIDADE DA FACULDADE DE ARQUITETURA E URBANISMO DA USP (LabCidade). **Ferramentas para avaliação da inserção urbana dos empreendimentos do PMCMV**. [Brasília, DF]: Ministério das Cidades; Secretaria Nacional de Habitação; Ipea, 2014. (Pesquisa com recurso da Chamada MCTI/CNPQ/MCIDADES Nº 11/2012).

LIMA, Mário Sergio. Inflação e pandemia podem empurrar Brasil de volta ao Mapa da Fome. **CNN Brasil**, São Paulo, 01 abr. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2021/04/01/inflacao-e-pandemia-podem-empurrar-brasil-de-volta-ao-mapa-da-fome>. Acesso em: 10 jul. 2021.

MARX, Karl. **O Capital**: Crítica da economia política. São Paulo: Abril Cultural, 1983. v. I. t. I.

MÉSZÁROS, Istvan. A crise estrutural do capital. **Revista Outubro**, São Paulo, edição n. 4, 2/2000.

MOREIRA, Constanza. *Tiempos de democracia plebeya. Presente y futuro del progresismo en Uruguay y América Latina*. Montevideo: CLACSO, 2019.

NATALINO, Marco. Estimativa da população em situação de rua no Brasil (setembro de 2012 a março de 2020). **Nota técnica nº 73 – IPEA**. Diretoria de Estudos e Políticas Sociais. Brasília, DF: IPEA, jun. 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35811. Acesso em: 19 jul. 2021.

NO BRASIL, 84,9 milhões de pessoas estão com fome ou em insegurança alimentar. Brasil Econômico - Agência O Globo, Rio de Janeiro, 19 ago. 2021. Disponível em: <https://economia.ig.com.br/2021-08-19/fome-inseguranca-alimentar-no-brasil.html>. Acesso em: 25 out. 2021.

OXFAM BRASIL. **Desterrados, tierra, poder y desigualdad en América Latina**. [S. l.]: OXFAM, 2016.

PEREIRA, Mariana Figueiredo de Castro; OLIVEIRA, Natália Coelho de. Crise do Capital e Pobreza: os impactos da COVID-19 nas condições de vida da população brasileira e nas políticas sociais. *In: Jornada Internacional de Políticas Públicas*, X., 2021.

PLATAFORMA GLOBAL PELO DIREITO À CIDADE. Site institucional. Disponível em: <https://www.right2city.org/es/news/primera-asamblea-de-la-pgdc-el-derecho-a-la-ciudad-para-hacer-frente-al-covid-19/>. Acesso 20 out. 2021

PRETE, Renata Lo. O Assunto #548: Explosão dos despejos, agora suspensos. **O Assunto, O Globo**, São Paulo, 29 set. 2021. Notícias. *Podcast*. Disponível em: <https://g1.globo.com/podcast/o-assunto/noticia/2021/09/29/o-assunto-548-explosao-dos-despejos-agora-suspensos.ghtml>. Acesso em: 29 set. 2021.

QUIJANO, Anibal. Dependencia, cambio social y urbanización en Latino américa. **Revista Mexicana de Sociologia**, México, UNAM, ano 30, v. XXX, 1968.

ROJAS-RAJ, Soledad. *In: Salud y sociedad. Crítica latinoamericana Número 1*, [Ciudad Autónoma de Buenos Aires], Febrero 2021.

ROLNIK, Raquel. **Guerra dos lugares**: a colonização da terra e moradia na era das finanças. São Paulo: Boitempo, 2016.

RUBIO, Monica. *Infancia y desigualdad habitacional urbana en América Latina y Caribe*. CEPAL, [S. l.], 30 jan. 2020. Nota informativa. Disponível em: www.cepal.org/es/notas/infancia-desigualdad-habitacional-urbana-america-latina-caribe. Acesso em: 23 maio 2021.

SALES, Ana Paulo. Pandemia e moradia: muitos problemas, menos direitos. **Agência de Notícias das Favelas (ANDIF)**, Rio de Janeiro, 3 set. 2021. Disponível em: <https://www.anf.org.br/pandemia-e-moradia-muitos-problemas-menos-direitos/>. Acesso 20 out. 2021.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O sistema mundial moderno**: a agricultura capitalista e as origens da economia-mundo capitalistas europeias no s. XVI. [S. l.]: Ed. Afrontamento, 1990. v. 1.

WHITAKER, João. **Produzir casas ou construir cidades?** Desafios para um novo Brasil Urbano. Parâmetros de qualidade para a implementação de projetos habitacionais e urbanos. São Paulo: Editora FUPAM, 2012.

Recebido em: 14/06/2022

Aceito em: 29/08/2022

QUESTÕES AMBIENTAIS E O USO DOS ESPAÇOS PÚBLICOS PELAS RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA - CASE PORTO ALEGRE, RS, BRASIL

Environmental Issues and the Use of Public Spaces by Religions of African Origin - Case Porto Alegre, RS, Brazil

Vladimir Stolzenberg Torres

Doutorado em Informática na Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestrado em Biociências (Zoologia) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduado em Ciências Biológicas (LP) pela PUCRS e em Gestão Ambiental pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci. Graduando em Direito pela UNIFIN. Especialista Multidisciplinar (vários cursos de Especialização Lato Sensu). Especialista do Conselho Regional de Biologia 3ª Região. Perito Judicial do Tribunal de Justiça do RS. Técnico científico - superior - da Secretaria Municipal de Meio Ambiente de Porto Alegre (RS, Brasil).

Juliano Gomes de Carvalho

Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil - Guaíba, pesquisador bolsista (PROICT/ULBRA). Professor de Criminologia, História do Direito e Introdução ao Direito I e II em UNIFIN Porto Alegre (RS, Brasil).

Resumo

A Constituição Federal brasileira elenca uma grande lista de direitos fundamentais no que, inexoravelmente, surge a possibilidade de divergências entre os mesmos. Desta forma, o presente estudo busca analisar, especificamente, o conflito entre dois deles, a saber, o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e o direito à liberdade de religião, crença e consciência, sendo ambos resultantes de diversas lutas sociais e políticas. Sendo assim, apresenta-se como objetivo primordial proporcionar o diálogo entre esses dois direitos, sob a ótica dos princípios da complementariedade e da proporcionalidade; mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade uma possível solução, a qual ocorrerá por meio do sopesamento dos direitos fundamentais conflitantes. Em suma, no que toca aos pontos de tensão e conflitos entre esses direitos, cabe, nesses casos, a harmonização entre os referidos, por meio da ponderação, de modo a não afetar, de forma desproporcional, a qualidade ambiental, bem como a liberdade religiosa.

Palavras-chave: Africanismo. Religiosidade. Conservacionismo. Ambientalismo. Urbanismo.

Abstract

The Brazilian Federal Constitution lists a large list of fundamental rights in which, inexorably, the possibility of divergences between them arises. In this way, the present study seeks to analyze, specifically, the conflict between two of them, namely, the right to a healthy and ecologically balanced environment and the right to freedom of religion, belief and conscience, both resulting from various social and political struggles. Therefore, the main objective of this study is to provide a dialogue between these two rights, from the perspective of the principles of complementarity and proportionality; having in the application of the principle of proportionality a possible solution, which will occur through the balancing of conflicting fundamental rights. In short, with regard to the points of tension and conflicts between these rights, in these cases, it is necessary to harmonize them, through weighting, so as not to disproportionately affect the environmental quality, as well as the freedom religious.

Keywords: Africanism. Religiosity. Conservationism. Environmentalism. Urbanism.

Sumário

1. Introdução; 2. Referencial teórico; 2.1 O direito fundamental à liberdade religiosa; 2.2 O direito fundamental ao meio ambiente equilibrado; 3. Marco metodológico; 4. Análise e discussão dos dados; 5. Conclusão; Referências

1. INTRODUÇÃO

De acordo com Santos (2020, p. 10),

O objetivo primordial dos direitos fundamentais é, em regra, proteger a dignidade humana intrínseca a cada cidadão, enquanto indivíduo ou enquanto comunidade. O que abrange, dentre a ampla relação de direitos fundamentais tutelados na Constituição de 1988, a qualidade e o equilíbrio do meio ambiente no qual o indivíduo está inserido, como também a sua liberdade de consciência e crença.

Em decorrência deste aspecto, uma pergunta ocorre quando se estabelece o conflito de adeptos das religiosidades de matriz africana, com não adeptos, no que se refere ao uso dos espaços públicos conforme Torres (2019), qual seja: o que deve prevalecer, quanto ao direito de usuários, a liberdade de culto (Constituição Federal, Art. 5º, Inc. VI), ou o direito ao meio ambiente equilibrado (Constituição Federal, Art. 225, *caput*)?

Esta pergunta tem, com certeza, gerado embates entre as partes, resultando em perdas para ambos os lados. Seguindo os princípios da complementariedade e da proporcionalidade, os direitos fundamentais devem ser interpretados de forma conjunta, com o objetivo de sua realização absoluta.

O *confronto* entre os direitos fundamentais ocorre quando o exercício de um direito fundamental conflita com o exercício de outro direito fundamental. Assim, diante do exposto, resta saber qual prevalecerá, tendo em vista que não existe hierarquia entre direitos fundamentais, com nenhum se revestindo de caráter absoluto.

Preconiza-se, como hipótese, que frente a situações em que ocorra a colisão de direitos fundamentais, devam os intérpretes, em não sendo possível empregar as consagradas técnicas inerentes a hermenêutica, se valer, então, da organização de um pressuposto reconhecido pela doutrina denominado *ponderação*. Mas, não somente isto, cabendo, ainda, o emprego do princípio da complementariedade e, por se tratar de colisão de direitos fundamentais, também o princípio da proporcionalidade e, claro, não menos importante, a análise da dignidade da pessoa humana, enquanto elemento balizador de qualquer interpretação constitucional, *máxime* do método de solução de conflitos que envolvem as colisões de direitos fundamentais.

Desta forma, o presente estudo objetivou realizar uma discussão a respeito da colisão de dois impactantes direitos fundamentais, reiterando-se, a liberdade de culto (Constituição Federal, Art. 5º, Inc. VI), e o direito ao meio ambiente equilibrado (Constituição Federal, Art. 225, *caput*), sob a ótica dos princípios da complementariedade e da proporcionalidade, entendendo-se o princípio da proporcionalidade como uma possível solução, a qual ocorrerá por meio do sopesamento dos direitos fundamentais conflitantes. No que diz respeito às situações de complementação entre os direitos fundamentais objetos do presente estudo, algumas religiosidades e espiritualidades possuem uma relação extremamente genuína com a natureza.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

Uma das principais inovações da Constituição Federal de 1988 se constituiu em uma ampla cobertura de direitos fundamentais e de garantias fundamentais que a mesma traz (BRASIL, 2020).

Os direitos fundamentais se constituem, no que se considera, os valores máximos em uma sociedade, representando direitos inerentes a todo o ser humano. Além disto, tais direitos se expressam como direitos protetivos, que asseguram um mínimo necessário para que um indivíduo viva de forma digna dentro da sociedade.

Estes direitos, conforme Fachini ([20--]), se encontram fundamentados no princípio da dignidade do ser humano, procurando estabelecer maneiras de proporcionar que cada indivíduo tenha seus direitos garantidos, assegurando-lhe autonomia e proteção.

Fachini ([20--]) ainda considera que:

[...] os direitos fundamentais são inalienáveis do contrato social feito entre o indivíduo e o Estado, uma vez que a aplicação dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro não pode ser ignorada pelo Poder Estatal.

Para Castro e Nascimento (2019), inexistem questionamentos no que concerne “a liberdade que cada ser humano possui de professar sua fé religiosa ou, inclusive, de optar por não crer em nada” (CASTRO; NASCIMENTO, 2019, p. 3). Apesar disto, não pode a liberdade se apresentar desprovida de limites que a balizem, contrário, conforme estabelece Kant: “uma vontade livre seria um absurdo” (KANT, 2007, p. 93-94). Assim, inevitável que venha a ocorrer conflitos entre distintos direitos fundamentais, sendo que, um exemplo desta situação diz respeito exatamente aos âmbitos de aplicação dos direitos ao meio ambiente equilibrado e à liberdade religiosa (CASTRO; NASCIMENTO, 2019).

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/ STJ. MEIO AMBIENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTRUÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DISTRITO DE PORTO FIGUEIRA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO COM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. INCOMPETÊNCIA DO STJ. RAZÕES DISSOCIADAS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 283 E 284 DO STF. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSE EXTENSÃO, NEGADO PROVIMENTO. DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio contra o acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. CONSTRUÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DEMOLIÇÃO DA EDIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. **PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**. ZONA URBANA CONSOLIDADA. [...]. **À vista da situação consolidada, portanto, [...] A aplicação do princípio da proporcionalidade, dessarte, revela-se adequada para se ponderar os interesses ora contrapostos** (direito ao meio ambiente equilibrado x direito ao lazer; direito ao meio ambiente equilibrado x direito à moradia; direito ao meio ambiente equilibrado x isonomia) e encontrar a melhor solução para o meio ambiente e para os cidadãos, a qual certamente não perpassa pela destruição do imóvel e encerramento das atividades ali desenvolvidas. [...] (BRASIL, REsp. 1585225/PR 2016/0044670-7, 2018, grifos nosso).

2.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA

A conquista constitucional da liberdade religiosa como direito fundamental se constitui em “verdadeira consagração de maturidade de um povo” (MORAES, 2017, p. 53).

A Constituição Federal de 1988 versa sobre a questão religiosa em sete diferentes dispositivos. Textualmente, trata-se dos artigos 5º, incisos VI, VII e VIII; 19, inc. I; 143, §§ 1º e 2º; 150, inc. VI, “b”; 210, § 1º; 213, caput, e inc. II; e 226, § 2º (além da referência, no Preâmbulo: “sob a proteção de Deus”).

Segundo Dias (2016, p. 2, grifo nosso),

[...] a liberdade religiosa é consagrada textualmente na nossa Constituição Federal, nela existindo garantia formal, conforme o art. 5º, VI, de livre exercício de quaisquer cultos e também a proteção aos locais e liturgias correspondentes, sendo que neste último caso, segundo o previsto em Lei.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, **sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;**

As religiões de matriz africana foram trazidas pelos escravizados ao Brasil, sendo sua manutenção e presença aqui não só uma forma de professar uma religião, mas também uma forma de garantir seus valores e a cultura de um povo.

É inegável a influência e importância de tais religiões para a construção da identidade nacional. Contudo, essas religiões vêm sendo fulminadas pelo preconceito e discriminação. Em determinados momentos históricos chegaram a ser proibidas.

De acordo com Feitosa-Neto e Oliveira (2018, p. 135),

os afrorreligiosos convivem atualmente, no Brasil, com um cenário de insegurança. Se por um lado sofrem ataques constantemente, seja de membros de outras religiões, seja de policiais ou do próprio Estado, por outro, têm seus direitos a crer e a cultivar suas entidades garantidos na principal Lei do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Em inúmeras ocasiões os adeptos das religiões de matriz africana são acusados de serem inimigos da natureza, além de todo o preconceito que os persegue há décadas, devido a manifestação de alguns de seus cultos, particularmente das oferendas dispostas em vias públicas (SANTOS, 2020). A oferenda se constitui em uma forma de se conectar com as deidades (Orixás), oferecer, agradecer, presentear, louvar, pedir, em suma, prestar-lhes culto. Entende-se que as divindades devam sempre receber de seus adeptos o que há de mais saudável e bonito, assim devem aprender com as águas, as montanhas, com as árvores, flores e animais a serem comprometidos com o essencial, ou seja, com o meio ambiente (PACHECO, 2010; SANTOS, 2020).

A relação do homem religioso com a natureza envolve muitas dimensões, particularmente ao buscar locais que os conecte, ambientalmente, ao imaterial, com suas divindades e entidades, com as energias e vibrações da natureza, e, desta forma, estabelecendo um forte vínculo com aquelas. Para Silva (1995, p. 197), fica então evidente que as religiões afro-brasileiras não se restringem exclusivamente aos terreiros, com suas práticas rituais demandando, em muitos casos, a utilização de espaços externos; é preciso circular pela cidade à procura de lugares e objetos que permitam a realização das oferendas (fig. 1A); a

realização do axé (SILVA, 1995, p. 197).

A natureza é percebida, significada e valorizada pelos africanistas, de forma utilitária e simbólica, e.g., pelo fato de existirem espécies de árvores consideradas sagradas, originalmente identificadas com o Orixá Iroko - a primeira árvore; além das inúmeras ervas consagradas ao Orixá Ôsányin. No entanto, somente os religiosos enxergam essa dimensão. O leigo é desconhecedor e, com isto, acaba por não ver essas paisagens sagradas, não raramente inseridas no interior do perímetro urbano, como bem expresso no estudo de Torres (2019).

2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILBRADO

Conforme Silva (2006) e Santos (2020) o meio ambiente deve ser compreendido como um sistema, haja vista que a sua totalidade, advinda da integração de suas partes (elementos naturais, culturais e artificiais), ultrapassa a mera soma das mesmas. Logo, como macro bem, o meio ambiente e seus elementos – bens ambientais – devem estar sujeitos a um regime jurídico especial, visto que são bens essenciais à manutenção da vida em suas diversas formas.

Estabelece a Constituição Federal (BRASIL, 2020, grifos nosso):

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

Assim, o bem ambiental é “um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, que pode ser desfrutado por toda e qualquer pessoa.” (SALES, 2007).

Destarte, a Lei Nº 6.938/1981 define em seu artigo 3º, inciso I, que o meio ambiente é um “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite reger a vida em todas as suas formas.” (BRASIL, 1981).

O Supremo Tribunal Federal reconheceu, de forma definitiva, o meio ambiente como um direito fundamental inerente à garantia da dignidade da pessoa humana, e do Estado de Direito, em emblemática decisão relatada pelo Ministro Celso de Mello, no MS. 22164 (BRASIL, 1995), *in verbis*:

A questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado - direito de terceira geração - princípio da solidariedade. O direito à integridade do meio ambiente - típico direito de terceira geração - constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (Direitos Civis e Políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inextinguibilidade.

Segundo Ribeiro e Lisboa (2020, p. 92),

destaca-se a temática da paisagem, a qual, muitas vezes, é negligenciada pelo ser humano, pois muitos a incorporam à noção de meio ambiente, algo que desfavorece sua proteção, pois, conforme melhor aprofundado adiante, o meio ambiente é apenas um dos elementos da paisagem. Ocorre que, muitas vezes, não há a percepção de que a paisagem está presente no cotidiano humano e é local em que as relações sociais acontecem.

Conforme Antunes (1996), o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito completo, de eficácia plena não necessitando de quaisquer normas subconstitucionais para que se opere seus efeitos.

O espaço urbano construído e constituído pelo conjunto de edificações e pelos equipamentos públicos, é reconhecido como meio ambiente artificial na ótica de Sales (2007). Esta definição está diretamente relacionada ao conceito de cidade, com isto abrangendo as edificações (o espaço urbano fechado) e os equipamentos públicos (espaço urbano aberto).

3. MARCO METODOLÓGICO

A revisão bibliográfica relacionou-se, particularmente, com a colisão de direitos fundamentais, além de pesquisa exploratória; adotando-se os métodos dedutivo e estruturalista que permitiram desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e teses, tendo em vista a formulação de problemas mais precisos ou hipóteses pesquisáveis para estudos futuros.

Esta forma de pesquisar possibilita encontrar informações conclusivas e relacionadas com a questão, com o fito de se obter as conclusões aos dados que foram coletados, permitindo obter uma melhor compreensão de sua realidade.

4. ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS DADOS

Observe-se que são colocadas em confronto e discussão, não apenas dois direitos fundamentais, mas, duas visões, dois códigos bastante diferenciados: o código religioso, do adepto que valoriza sua prática sagrada; e o código racionalista e cientificista (mundo acadêmico e órgãos públicos), que enxergam naquela oferenda um resíduo, que pode impactar flora, fauna, água e solo, além de afrontar visualmente, enquanto forma de poluição visual, a imagem ambiental pelos não adeptos (vide fig. 1).

Figura 1. Uma vista das interações (abstratas) entre adeptos e não adeptos da religiosidade de matriz africana na Praça Leda Schneider: A) resíduos religiosos advindos de uma oferenda entregue ao pé do registro de identificação da praça; B) oferenda junto às árvores; e C) reação de morador(es) do entorno da praça.



Fonte: banco de imagens do autor.

Conforme Pacheco (2010, p. 11), “a parte da sociedade que não é adepta, ao observar os ambientes utilizados para a realização das oferendas, consideram aqueles materiais abandonados como lixo religioso” e fonte de poluição ambiental, criando uma imagem negativa da religião

Não se conhece uma base legal para a efetiva proibição de entrega das oferendas religiosas em áreas públicas, tendo em vista o afronte direto ao Norte estabelecido pela Carta Magna para a liberdade de culto; porém a Lei 769/2015 (PORTO ALEGRE, 2015b, grifos nosso) estabelece:

Art. 44 [...]

§ 4º Excetua-se ao disposto nos incs. I e VII do caput deste artigo a utilização de **itens de oferenda** conhecidos como ebós, como pipocas, balas sem papel, flores, **bandejas de papelão**, papel-celofane, papel de seda e, **somente o líquido, cachaça e espumante**, em cultos e liturgias de religiões de matriz africana e da umbanda.

§ 5º **Somente se enquadram nas exceções do § 4º deste artigo os itens de oferenda feitos com materiais biodegradáveis que não agridam ao ambiente e que utilizem materiais que, na sua decomposição, sejam absorvidos pela natureza ou que sirvam de alimentos a cães, gatos, pássaros, entre outros animais.**

Complementando o §5º do art. 44 da Lei 769/2015, existe uma série de dispositivos legais, de caráter ambiental (e mesmo sanitário), que podem ser empregados na decorrência de danos que venham a ser ocasionados pelas inadequadas entregas (fig. 1B) visto que até mesmo do ponto de vista afroteológico possam se constituir em agressões, e.g., ao Orixá Iroko.

Colaciona-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA - COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA - DEFERIMENTO - SERVIDÃO DE PASSAGEM - OBSTRUÇÃO DE VIA PÚBLICA - INOCORRÊNCIA - **IMPEDIMENTO DE PRÁTICAS RELIGIOSAS EM LOCAIS PÚBLICOS - IMPOSSIBILIDADE, SOB PENA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS - RECURSO PROVIDO.** 1- O ordenamento jurídico pátrio, além de tutelar a liberdade de crença, assegura a existência de uma República secular, na qual o poder do Estado deve ser imparcial em relação às questões religiosas, dissociado de qualquer doutrina de natureza confessional, visando dispensar tratamento imparcial e igualitário às diferentes ordens religiosas. 2- **É indesejável o Estado imiscuir-se na seara do etéreo e do subjetivo para conferir valor, positivo ou negativo, a qualquer objeto ou símbolo, que, na perspectiva de um, é motivo de adoração e reverência; enquanto para outro causa estranhamento, temor ou, no limite, repulsa.** 3- Uma vez que não se deve tolerar a desvalorização de qualquer culto, per si, pelo simples fato de constituir ato de genuína demonstração da crença de uma pessoa; com ainda maior razão, não se cogita de desprestigiá-lo com base em cálculo utilitarista, segundo o qual a espiritualidade individual do sujeito deva ser mitigada ou afastada, em virtude de um desgosto ou inconformismo de uma determinada coletividade. 4- Restando demonstrada a situação financeira da parte, que a impede de arcar com o pagamento das custas processuais, deve ser concedida a assistência judiciária. 5- Recurso provido. (MINAS GERAIS. AI: 10000200095818001, 2021, grifos nosso).

Porém, estabelece a Lei 757/2015 (PORTO ALEGRE, 2015a, grifos nosso):

Art. 46: [...]

I - podar ou **danificar vegetação nativa**, sem autorização do órgão ambiental competente, multa de 150 (cento e cinquenta) a 50.000 (cinquenta mil) UFGs;

III - podar ou **danificar vegetação exótica**, sem autorização do órgão ambiental

competente, multa de 70 (setenta) a 2.000 (duas mil) UFM's;

É fato evidente que a oferenda, após a prática ritualística, se converte em resíduo religioso, considerado como lixo pelos não adeptos (vide figs. 1A-B); porém, não somente isto, pois oferendas contendo animais imolados também representam uma forma de atingir (sem intencionalidade) a sensibilidade de não adeptos.

Da mesma forma, tem-se diferentes formas de reação, conforme se denota na figura 1A-B, na qual as imagens representam condições observadas nos anos de 2019 e 2020, enquanto 1C se caracteriza como uma reação expressada no corrente ano (2022), onde morador(es) do entorno instalou(aram) dezenas de plaquinhas, como a da figura, no perímetro externo da praça, o resultou, mediante observação empírica, em significativa redução de oferendas entregues nesta praça em particular.

Barbieri (2014) faz uma interessante autocrítica religiosa, no que tange, particularmente a entrega de bandejinhas de doces em homenagem aos Ibejis (Erês) em praças, porém, com um viés mais intenso para a questão de saúde pública do que a ambiental efetivamente. Machado e Sobreira (2008), consideram que as oferendas, na condição de rituais externos aos Ilês, representam geradoras de resíduos, uma vez que são utilizados diversos materiais orgânicos e inorgânicos, os quais, costumeiramente, são deixados nos locais pelos adeptos. "Dessa forma, vez que algumas oferendas devem ser realizadas junto à natureza, acaba-se por poluí-la, bem como o meio urbano, quando a oferenda é abandonada nos locais." (SANTOS, 2020, p. 157).

Existem várias divergências com relação ao fato de as religiões de matriz africana preservarem, ou degradarem o meio ambiente. E, é justamente neste contexto, que se pode evidenciar um efetivo conflito entre direitos fundamentais, considerando-se que em determinados momentos o direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado confronta com o direito à liberdade de religião, crença e consciência, posto que práticas religiosas e espirituais podem causar danos ao meio ambiente.

[...] diversos movimentos ambientalistas no Brasil passaram a criticar tais práticas, em razão dos danos potenciais ou efetivos causados ao meio ambiente, reivindicando o fim delas por parte das religiões. A exemplo disso, tem-se que no ano de 2011 diversos moradores das redondezas do Lago Guaíba, em Porto Alegre, passaram a reclamar dos resíduos das oferendas deixados na orla, os quais causavam desconforto e perigo sanitário, diante da presença de animais mortos, vidros quebrados e alimentos em decomposição na beira do lago. Alegavam que o lago estava sendo violentamente agredido pelas religiões afro que estavam depositando suas oferendas dentro da água, bem como estavam incomodados com o cheiro e as pragas atraídas pelos restos. Nessa ocasião, os representantes do Poder Público municipal assinalaram que as dificuldades na realização da limpeza da orla estariam relacionadas à grande quantidade de resíduos. (GAÚCHA ZH, 2011).

Ocorre que, com o processo de urbanização (entenda-se, também, sua contínua mutabilidade) locais para as práticas litúrgicas dos rituais de matriz africana se tornam cada vez mais escassos, com isto motivando a realização de adaptações. De acordo com Silva (2013), as religiões brasileiras de matriz africana iniciaram um processo de ressignificação dos lugares e, portanto, o sentido das representações sobre os espaços construídos, como estradas, encruzilhadas e espaços naturais, os quais expressam significações simbólicas. "Dentro das cidades, os adeptos dessas religiões são agentes de configuração de outras ter-

ritorialidades e comportamentos, logo é necessário reconhecer as diferentes temporalidades das culturas contidas na cidade” (SANTOS, 2020, p. 157).

Para Santos (2020), os direitos fundamentais não são absolutos, em decorrência da possibilidade, em determinadas circunstâncias, de sobrevirem restrições, “diante da tensão com o objeto protegido de outros direitos fundamentais igualmente importantes, como ocorre na colisão, a qual deve ser solucionada por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade” (SANTOS, 2020, p. 15), o que é referendado pela Desembargadora Marilene Bonzanini (RIO GRANDE DO SUL, 2017), “que é assente na doutrina e na jurisprudência que nenhum direito é absoluto, todos são relativos”.

Portanto, havendo colisão de direitos de estatura constitucional, impõe-se o estabelecimento de condicionamentos recíprocos, de forma a alcançar uma harmonização entre os bens, evitando a restrição total de um deles. Logo, impera o entendimento de que, embora a Constituição assegure o direito ao culto, as celebrações não devem perturbar os vizinhos, nem prejudicar a qualidade ambiental, devendo haver uma harmonização dos interesses postos em conflito. (RIO GRANDE DO SUL, Agravo de Instrumento nº 70075678086, 217).

5. CONCLUSÃO

Em um primeiro momento, os direitos fundamentais se apresentaram como forma de limitar o poder de atuação dos governantes, com isto criando-se um arcabouço no qual o Estado se visse obrigado a respeitar os direitos individuais básicos e, por conseguinte, a dignidade humana de seus cidadãos; para, então e sucessivamente, adquirirem também o dever de balancear as relações estabelecidas entre os próprios indivíduos, visando, sobretudo, amenizar as desigualdades sociais.

Partindo de tais aspectos, os direitos fundamentais, objetos do presente estudo, foram o direito à liberdade de religião (culto) e o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. A liberdade religiosa se constituiu em direito fundamental como uma das primeiras liberdades a serem asseguradas nas declarações de direitos, bem como, a adquirir a condição de direito humano e fundamental, em âmbito nacional e internacional. Semelhantemente, a proteção do meio ambiente adveio do resultado de diversas lutas sociais e políticas. Com sua elevação à categoria de direito fundamental, os interesses econômicos, que anteriormente embasavam a proteção ambiental, restaram efetivamente superados, ao menos no plano legal e constitucional.

A interação entre estes direitos fundamentais expressa diversas facetas, haja vista gerarem tanto experiências positivas, quando costumes religiosos e espirituais podem ensinar formas de preservação ambiental ou quando o meio ambiente é imprescindível ao próprio exercício da liberdade religiosa; quanto experiências negativas.

Importante referir que se almejou evidenciar que sendo a transcendência algo natural ao ser humano, a dimensão do sagrado possui grande potencial contributivo para impedir o avanço da crise socioambiental, impondo limites à exploração da natureza e conscientizando a sociedade. Dessa forma, as religiões de matriz africana precisam se reinventar e conscientizar acerca da emergência da crise ambiental.

Infelizmente alguns adeptos de religiões de matriz africana, ao realizarem a entrega

de oferendas, podem ocasionar danos ao meio ambiente, sendo o mais comum a queima paulatina de troncos de árvores pela chama de velas, indevidamente posicionadas junto aos mesmos. Mas, não somente isto, uma vez que, com exceções, as oferendas se constituem de elementos orgânicos e inorgânicos, acabam por se converter em resíduos com isto gerando diferentes formas de poluição, inclusive a visual.

Não obstante a prática de entrega de oferendas esteja protegida pelo direito fundamental à liberdade de culto, ela deve ser realizada em consonância com as políticas ambientais.

Diante de todo exposto e do problema de pesquisa formulado para o estudo, compreende-se que os pontos de contribuição e convergência entre o direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e o direito fundamental à liberdade de religião, comportam respostas para o enfrentamento da crise socioambiental, as quais são ensinadas aos adeptos e podem ser expandidas a toda sociedade.

Em suma, no que toca aos pontos de tensão e conflitos entre esses direitos, eles ocorrem por meio do exercício do direito ao culto, uma vez que é nos excessos de exteriorização dessas religiosidades e espiritualidades, configurados nos rituais, que os danos ambientais são causados e os conflitos ocasionados. Assim, cabe, nesses casos, a harmonização entre os referidos direitos, por meio da ponderação, de modo a não afetar, de forma desproporcional, a qualidade ambiental, bem como a liberdade religiosa.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de B. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

BARBIERI, Alan. **Oferenda nas praças**. [São Paulo]: Templo Escola Casa de Lei, 22 set. 2014. 1 vídeo (9 min). Publicado por Alan Barbieiri. Disponível online em: <https://www.youtube.com/watch?v=TiGtKMaFnJ0>. Acesso em: 12 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível online em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 04 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2010].

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. **Recurso Especial REsp. 1585225/PR 2016/0044670-7**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 23 de novembro de 2018. Brasília, DF: STJ, 2018. Diário de Justiça, 28 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS. 22164/SP**. Relator: Min. Celso de Mello, 30 de outubro de 1995. Brasília, DF: STF, 1995. Diário de Justiça, 17 nov. 1995.

CASTRO, Alexander de; NASCIMENTO, Gabriel B. Liberdade de expressão frente à liberdade religiosa: direitos fundamentais em conflito e proteção de direitos da personalidade frente a discursos de ódio. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas** (UNIFAFIBE), [Bebedouro], v. 7, n. 3, p. 1-32, set./

dez.2019.

DIAS, Jean C. A liberdade religiosa em nosso cenário constitucional: uma abordagem a partir do caso Sherbert vs. Verner. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 13, jul./set. 2016.

FACHINI, Tiago. Direitos e garantias fundamentais: conceito e características. **Projuris**, [20--?]. Disponível online em: <https://www.projuris.com.br/o-que-sao-direitos-fundamentais/>. Acesso em: 04 abr. 2022.

FEITOSA-NETO, Pedro M.; OLIVEIRA, Ilzver de M. Liberdade religiosa ao som dos atabaques e sua relativização discricionária pelo poder judiciário. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XXVII, 2018, Porto Alegre. **Anais [...]**. Porto Alegre: CONPEDI / UNISINOS, 2018. Disponível online em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/34q12098/o8j575pk/0QQ2u2Qu4YVIRu8E.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2022.

GAÚCHA ZH. Moradores da Zona Sul reclamam de restos de despachos acumulados na orla do Guaíba: Pais de Santo reconhecem que há excessos. Enquanto isso, DMLU alega dificuldade para fazer a limpeza, Porto Alegre, 2011. Geral. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2011/01/moradores-dazona-sul-reclamam-de-restos2020.-de-despachos-acumulados-na-orla-do-guaiba-3178841.html>. Acesso em: 28 abr. 2022.

GUEDES, Lucía C. Controvérsias em torno do uso do meio ambiente em rituais religiosos afrobrasileiros. Reunião Brasileira de Antropologia, 29., 2014, Natal. **Anais [...]**. Natal: UFRN, 2014. Disponível em: http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1402678148_ARQUIVO_Paper29RBA_Copelotti,Lucia.pdf. Acesso em: 28 abr. 2022.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

MACHADO, Carlos J. S.; SOBREIRA, Ramon F. F. Práticas religiosas afro-brasileiras, marco regulatório e uso do meio ambiente e do espaço urbano da cidade do Rio de Janeiro. **Revista Visões**, [Macaé], v. 1, n. 5, p 1-11. jul./dez. 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (Segunda Câmara Cível). **Agravo de Instrumento n. 10000200095818001**. Relatora: Maria Inês Souza, 04 fev. 2021. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

PACHECO, Maria I. **Cartilha pela Natureza**. FAUERS - Federação Afro Umbandista do Rio Grande do Sul., v. 01, Canoas-RS, 2010, p. 11-15. Disponível online em: <https://fauers.com.br/cartilha-pela-natureza-fauers-1-edicao/>. Acesso em: 1 maio 2022.

PORTO ALEGRE. **Lei Complementar n. 757, de 14 de janeiro de 2015**. Estabelece regras para a supressão, o transplante ou a poda de espécimes vegetais no Município de Porto Alegre, revoga os Decretos n. 10.237, de 11 de março de 1992, 10.258, de 3 de abril de 1992, 15.418, de 20 de dezembro de 2006, 17.232, de 26 de agosto de 2011, 18.083, de 21 de novembro de 2012, e 18.305, de 28 de maio de 2013, e dá outras providências. Porto Alegre: Prefeitura Municipal, 2015a.

PORTO ALEGRE. **Lei Complementar n. 769, de 14 de setembro de 2015**. Inclui §§ 4º e 5º no Art. 44 da Lei Complementar n. 728, de 8 de janeiro de 2014 - Código Municipal de Limpeza Urbana - ,

excetuando do rol de atos lesivos à limpeza urbana a utilização de itens de oferenda conhecidos como ebós em cultos e liturgias de religiões de matriz africana e da umbanda e estabelecendo os materiais com que devem ser feitos esses itens. Porto Alegre: Prefeitura Municipal, 2015b.

RIBEIRO, Luiz G. G.; LISBOA, Francis de A. A. A tutela penal ambiental da paisagem: uma construção histórica e sociocultural. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, [Caxias do Sul], v. 10, n. 2, p. 90-121. maio/ago. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Vigésima Segunda Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 70075678086**. Relatora: Marilene Bonzanini, 14 dez. 2017. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2017. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 28 abr. 2022.

SALES, Fernando A. A natureza jurídica da praça à luz da ordem constitucional e sua submissão ao Estatuto da Cidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1376, 8 abr. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/9710/a-natureza-juridica-da-praca-a-luz-da-ordem-constitucional-e-sua-submissao-ao-estatuto-da-cidade>. Acesso em: 14 jun. 2022.

SANTOS, Emanuela R. dos. **Meio ambiente e liberdade religiosa: aproximações e conflitos**. 2020. 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2020.

SILVA, Rachel C. da. **Conflitos religiosos e espaço urbano contemporâneo: Cruzamentos dos fenômenos de dispersão espacial dos sistemas de significações religiosas de neopentecostais e religiões afro-brasileiras no Rio de Janeiro**. 2013. 181 f. Dissertação (Mestrado em Geografia e Geociências) - Universidade Federal de Santa. Santa Maria, 2013.

SILVA, Solange T. da. Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: avanços e desafios. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 6, p. 171-172. 2006.

SILVA, Vagner G. da. **Orixás da Metrópole**. Petrópolis: Vozes, 1995.

TORRES, Vladimir S. Cultos africanistas e o uso do meio ambiente e do espaço urbano da cidade de Porto Alegre - RS. **Geografia Ensino & Pesquisa**, [Santa Maria], v. 23, p. 34-19. 2019.

Recebido em: 08/07/2022

Aceito em: 21/07/2022

A SOLIDARIEDADE NO DIREITO À SAÚDE VISTA PELOS TRIBUNAIS GAÚCHOS APÓS O JULGAMENTO DO TEMA 793 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

The Join Obligation in the Right to Health Seen by the “Gaucho’s” Courts after the Trial of the 793 Subjects by the Supreme Court

Gustavo da Silva Santana

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional e Direito Público. Professor de graduação do Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED). Professor da especialização em Direito do Estado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor da especialização em Direito Digital, Gestão da Inovação e Propriedade Intelectual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS). Procurador do Município de Alvorada (RS, Brasil).

Felipe Scalabrin

Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS), vinculado à linha Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos. Professor do curso de graduação do Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER). Professor visitante na especialização do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade La Salle (UNILASSALE) (RS, Brasil).

Resumo

A judicialização do direito à saúde abriu ensejo para diversas controvérsias, como o da solidariedade na sua prestação entre os Entes Federativos. Em razão disso, o presente texto aborda o modo que os tribunais gaúchos (entenda-se, os situados no Estado do Rio Grande do Sul) deliberaram acerca dessa espécie de responsabilidade durante o ano de 2021, a partir do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Tema n. 793. Em um primeiro momento, analisar-se-á como foi decidida pela Suprema Corte a questão envolvendo o fornecimento de medicamentos e a solidariedade entre os entes federativos. Posteriormente será apresentado como o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região direcionaram seus entendimentos no ano de 2021 a partir do referido julgamento. Com pesquisa de decisões envolvendo a matéria e com método hipotético-dedutivo, perceber-se-á, ao fim, que as leituras feitas do julgamento do Tema n. 793 pelos tribunais gaúchos divergem, substancialmente, quanto à forma que deve se dar a obrigação solidária entre os Entes Federativos no caso de fornecimento de medicamentos.

Palavras-chave: Competência comum. Direito à saúde. Medicamentos. Responsabilidade solidária. Tema n. 793 do STF.

Abstract

The judicialization of the right to health opened an opportunity for several controversies, among them, the solidarity in its provision between Federative Entities. As a result, this text addresses the way in which the “gaúcho’s” courts (that is, those located in the State of Rio Grande do Sul) deliberated on this species of responsibility during the year 2021 from the judgment by the Federal Supreme Court of Theme n. 793. At first, it will be analyzed how the Supreme Court decided the issue involving the supply of medicines and the solidarity between federative entities. Subsequently, it will be presented how the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul and the Federal Regional Court of the 4th Region directed their understandings in 2021 from the aforementioned judgment. From the research of decisions involving the matter and with the hypothetical-deductive method, it will be noticed, in the end, that the readings made of the judgment of Theme No. 793 by these courts diverge substantially as to how it should be done the joint obligation between the Federative Entities in the case of medicine supply.

Keywords: Common competence. Right to health. Medicines. Solidary responsibility. Theme n. 793 of the FST.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A solidariedade no direito à saúde segundo o Supremo Tribunal Federal; 3. O entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do tema n. 793; 3.1 O atual posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS); 3.2 A linha seguida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4); 4. Considerações finais; Referências

1. INTRODUÇÃO

O dever estatal de prover uma vida saudável ao cidadão tem fundamento constitucional e enseja variadas prestações dependentes da atividade mediadora do poder público (CANOTILHO, 2003, p. 478), tais como a entrega de medicamentos, a realização de cirurgias, a prevenção de doenças, a conscientização da população, entre outras. As prestações relacionadas com o direito fundamental à saúde materializam, na prática, os interesses jurídicos protegidos pela Constituição Federal, assim como tantos outros direitos de caráter social, pois a “concretização do direito à saúde retrata um caso emblemático da luta pela realização dos direitos fundamentais” (RIOS, 2009).

A implementação de direitos fundamentais sociais se insere nas promessas constitucionais da modernidade tardia brasileira e no caráter transformador da própria experiência jurídica (STRECK, 2009, p. 65). Em retrospecto, a negativa estatal em dar cumprimento adequado a direitos desse cariz impuseram ao Poder Judiciário o cumprimento da Constituição. E nem poderia ser diferente, já que a efetivação de direitos sociais “não se reduz a um simples apelo ao legislador” (CANOTILHO, 2003, p. 478). Com isso, ao longo dos anos e de demandas administrativas infrutíferas, viu-se o Poder Judiciário se transformar no verdadeiro caminho à saúde — em processos individuais e coletivos — para compelir o poder público a realizar as mais variadas prestações sanitárias em prol do cidadão.

Desde o julgamento da ADPF n. 45 MC/DF (BRASIL, 2004), a judicialização da saúde teve crescimento exponencial. O progressivo aumento no número de processos, o alto custo dos tratamentos e a complexidade das causas conduziram o Supremo Tribunal Federal a pautar e julgar temas importantes, tais como a solidariedade entre os entes políticos (Tema 793/STF), a possibilidade de fornecimento de remédios sem registro na ANVISA (Tema 500/STF) e a entrega de medicamentos de alto custo a portador de doença grave (Tema 6/STF).

Nesse cenário, o presente e o futuro do direito à saúde exigirão especial atenção — e constante fiscalização — ao modo que os tribunais inferiores lidam com as decisões formadoras de padrões decisórios vindas dos tribunais superiores.

No que diz respeito ao caráter solidário das obrigações relacionadas ao Direito à Saúde, a matéria foi debatida a título de precedente qualificado em duas oportunidades. Num primeiro momento, em “reafirmação de jurisprudência dominante”, o STF reconheceu que o tratamento médico adequado aos necessitados se inseria no rol dos deveres do Estado, constituindo responsabilidade solidária dos entes federados e podendo figurar no polo passivo das demandas judiciais qualquer um deles, em conjunto ou isoladamente (BRASIL, 2015a). Contudo, em um segundo momento, a matéria voltou a ser debate em Embargos de Declaração. Nessa ocasião, houve a alteração da tese firmada em repercussão geral, que passou a explicitar o seguinte:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. (BRASIL, 2019b).

Nesse cenário, é possível questionar-se como tem sido o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região acerca da solidariedade nas demandas de saúde após o julgamento do Tema n. 793 pelo Supremo Tribunal Federal. Em uma primeira hipótese, poder-se-ia inferir que os desdobramentos dos tribunais gaúchos após julgamento do Tema n. 793 têm sido na mesma linha interpretativa, acolhendo o debate realizado na referida decisão e fazendo a devida “distribuição de competências”. Contudo, é possível extrair-se, também, que a apreciação do referido tema não teve a mesma aplicação nos referidos Tribunais, levando a decisões díspares e causando verdadeiro anacronismo interpretativo do julgado pela Suprema Corte.

Utilizando-se de método hipotético-dedutivo e pesquisa jurisprudencial, o presente texto examinará o modo que os tribunais gaúchos, entendidos aqui os que estão situados na capital do Estado do Rio Grande do Sul, ou seja, o Tribunal de Justiça e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, trataram a responsabilidade solidária dos entes políticos no direito à saúde após (re)definição da matéria pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, inicialmente serão contextualizadas as premissas assentadas pelo Tribunal Superior nessa matéria. Na sequência, serão examinadas as decisões mais recentes, em especial, exaradas em 2021, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, para que se possa, ao final, avaliar a repercussão, nas instâncias ordinárias, da solução dada pelo Supremo Tribunal Federal. Para delinear ainda mais a pesquisa, utilizou-se como palavras-chave nos sites de buscas dos tribunais as palavras “direito à saúde” e “responsabilidade solidária”.

2. A SOLIDARIEDADE NO DIREITO À SAÚDE SEGUNDO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A saúde é direito social e está localizada inicialmente no artigo 6º da Carta Constitucional. Tratando-se de direito fundamental, o artigo 5º, §1º estabelece que sua aplicação tem efeito imediato, não se submetendo, portanto, a qualquer outra norma reguladora. Já no artigo 23, II, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) insere na órbita da competência comum dos entes políticos o cuidado da saúde. Significa “que a prestação do serviço por uma entidade não exclui igual competência de outra — até porque aqui se está no campo da competência-dever, porque se trata de cumprir a função pública de prestação de serviços à população” (SILVA, 2012, p. 277).

A difícil tarefa de manter saudável uma das maiores populações do mundo cobra atuação de todos os entes políticos, justificando a competência comum. O texto constitucional ainda prevê que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”, fundadas nas seguintes diretrizes: a) descentralização; b) atendimento integral; c) participação da comunidade (art. 198, CF/88). A universalidade e a integralidade são os vetores das políticas de saúde (art. 196, CF/88)

(RIOS, 2009).

A Constituição, porém, não detalha a distribuição das competências administrativas relativas à saúde entre os entes políticos, ainda que a solução sobre o conteúdo dessas prestações exigisse tal providência (SARLET, 2013, p. 1935). Ficou a cargo da Lei n. 8.080, de 1990, esclarecer as obrigações de cada Ente Federado no que tange às ações e serviços de saúde. A norma, contudo, após definir em seu artigo 7º que a universalidade e integridade da assistência são princípios que regem o Sistema Único de Saúde, em seu artigo 15 definiu as atribuições comuns do Entes Políticos, deixando, ainda, desproporcionais tais obrigações. Quanto à universalidade, vai esclarecer Jorge Miranda que diz respeito aos destinatários da norma, diferente da ideia da igualdade, que versa sobre o seu conteúdo (MIRANDA, 2008, p. 231).

A falta de clareza constitucional e legal das regras sobre a responsabilidade de cada membro da federação conduziu os tribunais, inicialmente, ao reconhecimento de que as prestações de saúde ensejariam uma obrigação solidária entre os entes políticos, exigíveis indistintamente da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. É bom esclarecer que o regramento da solidariedade normalmente é haurido das relações de direito privado, definida pelo próprio Código Civil (BRASIL, 2002): “há solidariedade quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda” (art. 264, CC). Por seu turno, na obrigação solidária passiva o credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum (art. 275, CC). O debate jurisprudencial, contudo, evoluiu gradativamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal e culminou com o julgamento do já citado Recurso Extraordinário n. 855.178 ED (BRASIL, 2019b), que também será objeto de análise neste estudo.

3. O ENTENDIMENTO ADOTADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO TEMA N. 793

Após o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, em 17/03/2010, o Supremo Tribunal Federal generalizou o entendimento de que a obrigação decorrente de prestações de saúde seria solidária e, por conseguinte, quaisquer entes políticos poderiam figurar no polo passivo da demanda.¹ Foi nessa linha que escreveu o Ministro Celso de Mello ao afirmar que a:

[...] determinação constitucional que, ao instituir o dever estatal de desenvolver ações e de prestar serviços de saúde, torna as pessoas políticas responsáveis solidárias pela concretização de tais obrigações jurídicas, o que lhes confere legitimção passiva ‘ad causam’ nas demandas motivadas por recusa de atendimento no âmbito do SUS — consequente possibilidade de ajuizamento da ação contra um, alguns ou todos os entes estatais. (BRASIL, 2014c, 2010, 2011, 2013a, 2013b, 2013c, 2014a, 2015b).

Em março de 2015, julgando o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, na sistemática da “reafirmação de jurisprudência dominante”, o Supremo Tribunal Federal atingiu a maioria para reconhecer que o tratamento médico adequado aos necessitados se inseriria no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes (BRASIL, 2015a). Com isso, poderia figurar no polo passivo das demandas qualquer um deles, em conjunto ou isoladamente. Contudo, houve a interposição de Embargos de Declaração, que

levou a novo julgamento, deliberando-se, nessa oportunidade, a tese que seria fixada em sede de Repercussão Geral. Vale transcrever o texto da tese, que passou a explicitar o seguinte:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. (BRASIL, 2019b).

A redação da tese espelhou o consenso possível formado no Supremo Tribunal Federal, mantendo-se a posição já consolidada no sentido de que o cidadão tem direito à uma prestação solidária nas obrigações que envolvam o direito à saúde. Por outro lado, entre as diversas diretrizes encaminhadas para o “aprimoramento” da jurisprudência dominante, a única que recebeu aceitação envolveu o dever de a autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou esse ônus financeiro.

Em linhas gerais, significou dizer que, quando existir pluralidade de partes no polo passivo da demanda, caberá à autoridade judicial direcionar o cumprimento de acordo com o regramento legal e infralegal de distribuição de tarefas, tratando-se de uma inovação relevante. Se a composição do polo passivo contar com mais de um ente político, é dever do magistrado “organizar” as tarefas sanitárias em observância ao regramento legal e infralegal. Essa providência, obviamente, não altera o caráter solidário da obrigação: o cumprimento pode ser exigido de todos se houver pedido nesse sentido. A autoridade judicial, por seu turno, poderá inicialmente orientar as atividades práticas contra o ente político legalmente responsável, sem prejuízo, inclusive, de redirecionar depois a execução para outros entes federados. Eventualmente, o ente que não é diretamente responsável poderá ser ressarcido posteriormente por quem tinha o dever de agir.

Portanto, embora a Suprema Corte tenha mantido o caráter solidário das obrigações relativas ao direito à saúde, rechaçando a corrente favorável à subsidiariedade informada pelo regramento infraconstitucional de distribuição de tarefas sanitárias, também revelou que deveriam ser consideradas as diretrizes de governança do SUS (REY FILHO; PEREIRA, 2019, p. 170). Como exemplo, não seria dado ao magistrado decidir sobre a entrega de uma certa prestação de saúde sem considerar eventual posição das Comissões Intergestoras Tripartite (CIT), Bipartite (CIB) e Regional (CIR), criadas pela Lei n. 12.466 (BRASIL, 2011a).

A Lei n. 12.466 (BRASIL, 2011a), ao aprimorar a Lei n. 8.080/90, criou um verdadeiro espaço de governança compartilhada, no qual órgãos colegiados devem deliberar acerca das ações concretas de saúde e decidir sobre os aspectos operacionais do Sistema Único de Saúde (SUS). A título exemplificativo, caberia à União a implementação de políticas de saúde no ambiente de trabalho (art. 16, II), embora essa atribuição também caiba aos Estados-membros (art. 17, IV) e aos Municípios (art. 18, III). Outro exemplo é que há expressa referência ao papel de coordenação da União em políticas específicas, como na vigilância epidemiológica, sendo a coordenação atribuição da União (art. 16, III) e a execução compe-

tência dos Estados (art. 17, IV) e Municípios (art. 18, IV). Isso demonstra o quão desafiador tornou-se decidir as questões de saúde, definindo judicialmente a atribuição de cada Ente.

Além disso, apesar de ter havido, no Supremo Tribunal Federal, alguns votos pela obrigatoriedade de alterações nos polos passivos das demandas, com a presença obrigatória de determinados entes, não houve consenso sobre a exigência de litisconsórcio passivo necessário, o que, perceber-se-á, acabou desencadeando entendimentos dissonantes nos tribunais.

A tese do Tema n. 793 da Repercussão Geral foi, inclusive, considerada compatível com aquela que envolveu o fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA (Tema n. 500 da Repercussão Geral). Nesse outro julgamento, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a entrega de remédios sem registro na Anvisa é absolutamente excepcional, justificada apenas com sérias restrições, e viável somente na hipótese de demonstração da irrazoável demora da agência federal no cumprimento de seu mister. Como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária é autarquia federal sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde e, portanto, à Administração Federal, o polo passivo da demanda deveria necessariamente ser integrado pela União (BRASIL, 2019a).

Por outro lado, como não houve consenso acerca da extensão da solidariedade, tudo indicava que os problemas com a sobreposição de tarefas e a controvérsia sobre qual ente federado é responsável por cada prestação de saúde teriam ficado em aberto. Havia, pois, séria dúvida sobre os benefícios desse julgamento diante de conflitos reais em que o cidadão, não raro desamparado por um sistema público desestruturado, reivindica solução urgente para implementação do seu direito fundamental, individual e subjetivo, constitucionalmente amparado, a uma prestação de saúde.

A crise sanitária decorrente da pandemia avançou na mesma época da publicação do acórdão atinente ao Tema n. 793 da Repercussão Geral. Cumpre refletir, portanto, se os pesados ônus decisórios relativos à distribuição de atribuições em matéria de saúde, impostos pelo Supremo Tribunal Federal, foram observados nos tribunais gaúchos. É necessário, assim, realizar um breve exame das decisões recentemente proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) e pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4).

3.1 O ATUAL POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL (TJRS)

O exame de casos julgados ao longo do ano de 2021 revela que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul confere interpretação muito restrita ao que foi decidido pela Suprema Corte em matéria de distribuição de responsabilidades no Direito à Saúde.

Apesar da referência ao Tema n. 793/STF nas decisões, o tribunal gaúcho avançou pouco nas providências ali determinadas. Assim, por exemplo, é frequente identificar decisões no sentido de que “em matéria de saúde pública a responsabilidade da União, Estados e Municípios é solidária, competindo-lhes, independentemente de divisão de funções, garantir direito fundamental à vida e à saúde do cidadão” (RIO GRANDE DO SUL, 2021; no mes-

mo sentido RIO GRANDE DO SUL, 2021, 2021n, 2021q, 2021h). Em sentido semelhante, aponta-se que “a ressalva contida na tese”,

[...] quando estabelece a necessidade de se identificar o ente responsável a partir dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização do SUS, relaciona-se ao cumprimento de sentença e às regras de ressarcimento aplicáveis ao ente público que suportou o ônus financeiro decorrente do provimento jurisdicional que assegurou o direito à saúde. Entender de maneira diversa seria afastar o caráter solidário da obrigação, o qual foi ratificado no precedente qualificado exarado pela Suprema Corte. (RIO GRANDE DO SUL, 2021j).

De fato, a Corte Suprema reafirmou o caráter solidário dos deveres relacionados às prestações de saúde. Contudo, houve consenso no sentido de que caberia ao órgão judicial distribuir de forma adequada o modo de cumprimento e o modo de financiamento da prestação buscada, justamente para mitigar os ônus administrativos relacionados a uma solidariedade tão ampla. Assim, embora a obrigação seja solidária, exige-se um *plus* do órgão judicial no sentido de definir adequadamente quais entes políticos irão realizar as providências necessárias e em que ordem, bem como quais entes deverão arcar com os custos do direito reconhecido.

Para ilustrar a perpetuação da desorganização, há diversas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que impõem aos Estados-membros as providências administrativas e financeiras relativas à entrega de tratamentos oncológicos (RIO GRANDE DO SUL, 2021p; no mesmo sentido RIO GRANDE DO SUL, 2021s; RS, 2021f; RS, 2021d). Ocorre que, ao menos em regra, as políticas públicas contra o câncer contam com financiamento exclusivo da União que, então, deveria ser a responsável final pelo custeio de prestações dessa natureza buscadas em juízo. Nessa mesma linha, o Tribunal Gaúcho manteve a condenação solidária do Município de Canoas (RS) ao custeio e entrega de remédio oncológico (*Brentuximabe*), sob argumento de que a atuação nessa política pública depende da integração entre os entes políticos e não há responsabilidade única da União (RIO GRANDE DO SUL, 2021c). Uma vez mais, a questão da solidariedade é abordada de forma superficial, sem indicar que o cumprimento da obrigação, isto é, a entrega do medicamento, deveria ser imposta inicialmente ao ente público com melhores condições de implementar a ordem, sem prejuízo do redirecionamento aos demais. Registra-se, uma vez mais, que a Suprema Corte não isentou Estados e Municípios de cumprirem as obrigações atinentes ao direito à saúde. Contudo, ficou também estabelecido que competiria aos tribunais distribuir de forma adequada o modo de cumprimento, para evitar — ou mesmo potencializar — a desorganização do Sistema Único de Saúde (SUS). Ainda sobre esse caso, não há referência sobre o direito ao ressarcimento do Estado-membro e do Município, mesmo diante da certeza de que o custeio da chamada “APAC-Oncologia” é da União.

Diferentemente de outros remédios, o custeio dos medicamentos oncológicos não se dá por acordo com os componentes da assistência farmacêutica, mas sim através da inclusão do seu valor na APAC-Oncologia (Autorização para Procedimento de Alta Complexidade). O aporte dos valores necessários ocorre via recursos provenientes do bloco de Média e Alta Complexidade (MAC) e do Fundo de Ações Estratégicas e Compensação (FAEC), sendo que ambos os componentes são custeados pela União, nos termos da Portaria de Consolidação n. 06/2017 do Ministério da Saúde. Diante desse cenário, não se pode perder

de vista que, ao não exigir a participação da União nas demandas que envolvem custeio majoritariamente federal, o Supremo Tribunal Federal parece ter dado uma resposta incompleta ao tema, pois como poderia um Tribunal de Justiça reconhecer o dever de a União ressarcir os demais entes políticos se a competência para tanto é do Tribunal Regional Federal?

Em sentido semelhante, o Tribunal Estadual Gaúcho negou provimento ao recurso do ente municipal que havia sido condenado a realizar um procedimento cirúrgico. A própria Corte destaca que “ainda que pela organização do SUS, o fornecimento do procedimento cirúrgico requerido pela parte autora seja de outro ente federado, tal fato não afasta a responsabilidade solidária do município apelante” (RIO GRANDE DO SUL, 2021o). E realmente não afasta, já que o Supremo reafirmou que existe solidariedade entre os entes políticos. Contudo, ao menos em regra, a realização de procedimentos cirúrgicos não está na órbita de atribuições do município. A grande maioria dos municípios é responsável apenas pela atenção básica à saúde, com exceção dos municípios com gestão plena, que possuem competências administrativas mais amplas. Assim, a despeito da solidariedade, o primeiro chamado ao cumprimento da decisão deveria ser o Estado-membro, que, de igual modo, é o responsável financeiro pelos procedimentos dessa natureza. Segundo o decidido no Tema n. 793/STF, caberia ao órgão judicial estadual, além de reconhecer a solidariedade, reconhecer que o ônus financeiro final não seria do município, bem como que os atos materiais necessários deveriam ser inicialmente direcionados ao Estado-membro, sem prejuízo de providências executórias em face do ente municipal. Somente assim teria havido o fiel cumprimento do Tema n. 793/STF.

Em muitos casos, sob o argumento de atender ao Tema n. 793, pode-se observar que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul começou a exigir a participação obrigatória da União, com inevitável declínio da competência para o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, especialmente quando há pedido de medicamentos não incorporados em políticas públicas do SUS, inclusive oncológicos (RIO GRANDE DO SUL, 2021l; no mesmo sentido RIO GRANDE DO SUL, 2021m, 2021i, 2021b, 2021a). Porém, contraditoriamente, para pedidos de remédios custeados integralmente pelo ente federal, como os inseridos no Grupo 1A (Alta Complexidade) (RIO GRANDE DO SUL, 2021e), ou oncológicos devidamente incorporados (RIO GRANDE DO SUL, 2021r, 2021k), julgou-se pela desnecessidade de inclusão da União no polo passivo da demanda.

Percebe-se, pois, o entendimento uniforme no Tribunal Estadual Gaúcho de que a solidariedade não impede que as demandas de saúde (medicamentos registrados na AN-VISA, tratamento ou procedimentos cirúrgicos) sejam suportadas por quaisquer dos Entes Políticos, cabendo unicamente à parte autora definir contra quem pretende ajuizar a ação. Ou seja, desconsideram-se nas decisões o que fora definido no Tema n. 793/STF referente à distribuição das atribuições de cada ente frente à legislação.

3.2 A LINHA SEGUIDA PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO (TRF4)

Diferentemente das manifestações do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a análise de julgamentos recentes proferidos pelo Tribunal Regional Federal da 4ª

Região revela um avanço no detalhamento dos deveres relativos ao Direito à Saúde. Gradativamente a Corte Federal incorpora as principais premissas assentadas no julgamento do Supremo, e, com frequência, há referência expressa e detalhada sobre quais entes políticos deverão realizar os atos para o cumprimento e quem deverá arcar com os custos da decisão.

A título ilustrativo, para tratamentos de alto custo, o entendimento é de que a responsabilidade administrativa e financeira é da União. Em decisão monocrática proferida na Pet 5028540-86.2021.4.04.0000 (BRASIL, 2020), por exemplo, o Desembargador Federal Roger Raupp Rios deferiu a tutela provisória recursal para determinar à União o depósito em juízo da quantia necessária à aquisição do medicamento *Zolgensma*. Com tratamento estimado em nove milhões de reais para cada paciente, esse é considerado atualmente o remédio mais caro do mundo. Em caso de descumprimento, as providências práticas devem se estender aos demais entes, já que a responsabilidade é solidária; as despesas, porém, devem ser ao final da União (BRASIL, 2021v, 2021y, 2021i, 2021j). A mesma diretriz orienta os julgamentos do Tribunal que envolvem tratamento oncológico (BRASIL, 2021u, 2021x, 2021s, 2021t, 2021r, 2021p, 2021n).

Sobre a entrega de medicamentos em geral, decidiu-se que a aquisição pode ser inicialmente imposta ao Estado-membro, por ter melhores condições de atender à decisão, mas sem prejuízo de que a responsabilidade financeira atinja a União (BRASIL, 2021h). Todavia, se o medicamento é de aquisição centralizada junto ao Ministério da Saúde, não haverá dúvida quanto ao dever da União em viabilizar o pagamento, ainda que a entrega se dê por outro ente político (BRASIL, 2021b). Essa mesma lógica foi aplicada em caso concreto que buscava a realização de cirurgia de troca valvar aórtica, procedimento de alta complexidade cujo custeio cabe à União. Na oportunidade, determinou-se que o Estado-membro viabilizasse o procedimento cirúrgico, com reembolso por parte do ente federal (BRASIL, 2021a).

Em relação a tratamentos não incluídos em políticas públicas de saúde, especialmente os chamados medicamentos “não incorporados”, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região considera que a responsabilidade administrativa pode ser atribuída de forma indistinta aos entes políticos que forem acionados, isto é, Estado-membro, Município e União. Contudo, o custeio final cabe ao ente federal, que deverá eventualmente ressarcir quem tenha tido gastos para atender à decisão judicial (BRASIL, 2021q; BRASIL, 2021m; BRASIL, 2021k; BRASIL, 2021f).

Em alguns casos, a Corte Federal avança na legislação sanitária para dar cumprimento ao Tema n. 793/STF. Assim, por exemplo, reconheceu explicitamente que o fornecimento de leito em UTI, embora as providências práticas pudessem atingir qualquer um, deveria ser custeado pelo Estado-membro, que é o responsável pela gerência de leitos de alta complexidade (BRASIL, 2021c). Nessa mesma linha, o Tribunal Federal reconheceu que o deferimento de tratamento multiprofissional domiciliar seria uma atribuição do município em coordenação com o Estado-membro, já que seria um serviço complementar à atenção básica. O custeio, por existir uma regra própria, seria compartilhado entre todos os entes federados (BRASIL, 2021e).

Constata-se, portanto, que o Tribunal Regional Federal trata as questões do direito à saúde de forma mais alinhada ao Tema n. 793/STF que o Tribunal de Justiça Estadual, direcionando as atribuições e encargos financeiros de forma mais adequada e responsável, em cumprimento às determinações legais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção constitucional à uma vida saudável integra a noção de dignidade da pessoa humana. Sem prestações estatais adequadas, a concretização do direito à saúde poderia implicar na negação da própria Constituição. Em um país de dimensões continentais, o compromisso constitucional de prover o bem-estar do cidadão pode esbarrar, com frequência, nas dificuldades inerentes à distribuição de competências administrativas entre os diversos entes federados (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) e seus múltiplos órgãos ou agências (ministérios, secretarias, comissões etc.).

A judicialização da saúde pode mitigar os riscos da má atuação estatal. Contudo, ela pode também contribuir para potencializar a desorganização na realização e custeio de políticas públicas voltadas ao bem-estar da coletividade. Chamado ao debate, o Supremo Tribunal Federal decidiu que todos os entes políticos podem ser obrigados, em juízo, ao cumprimento de prestações relacionadas ao direito à saúde. Quando existirem diversos sujeitos no polo passivo da demanda, é dever do órgão judicial levar em consideração as regras constitucionais, legais e infralegais que orientam o Sistema Único de Saúde (SUS) para direcionar as providências executórias ao ente político com competência para o cumprimento da decisão. Além disso, o magistrado deve determinar o ressarcimento a quem porventura tenha suportado o ônus financeiro indevidamente.

O presente texto buscou analisar o impacto das diretrizes fixadas pela Suprema Corte na experiência prática dos Tribunais Gaúchos, considerando os julgamentos colegiados proferidos no ano de 2021 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, verificou-se uma interpretação restrita ao que foi decidido pela Suprema Corte. Na grande maioria dos casos, não é promovido um detalhamento sobre as competências administrativas de cada ente político que figura no polo passivo. Em muitos julgamentos, a indicação genérica de que existe uma obrigação solidária surge como justificativa para manter, de forma indistinta, o cumprimento e o custeio em face do Estado-membro e do Município.

Em algumas situações, o atendimento incompleto do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal esvaziará o objetivo de evitar a desorganização administrativa e financeira do sistema. Como exemplo, o TJRS impõe a entrega e custeio de medicamentos oncológicos ao Estado-membro e ao Município. Da mesma forma, há casos em que obrigações que não envolvem o atendimento básico são direcionadas ao Município, sem referência à possibilidade de ressarcimento. Na prática, decisões dessa natureza perpetuam a desorganização financeira do Sistema Único de Saúde, com a retirada de recursos do ente administrativamente incompetente e sem o estabelecimento de contrapartidas pelo ente efetivamente responsável pelos custos da providência imposta.

No Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por seu turno, verificou-se uma preocupação em atender com maior fidelidade ao que foi decidido pela Corte Suprema. Na maioria dos casos, já é realizado um exame das competências administrativas de cada ente político que figura no polo passivo. Com isso, há uma tendência em direcionar as providências práticas, ao menos inicialmente, para o ente político com a correspondente competência administrativa. Como o próprio Supremo Tribunal Federal manteve o caráter solidário da obrigação, fica aberta a possibilidade de execução das decisões por quaisquer dos entes políticos.

Em paralelo, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região passou a deliberar expressamente sobre o financiamento da política sanitária fruto de decisão judicial. Assim, muitas decisões indicam quem deverá arcar com os custos finais do tratamento, ainda que haja, no curso do processo, pagamentos por parte de entes políticos sem essa responsabilidade. Nessa linha, decisões recentes reconheceram que procedimentos de alta complexidade, tratamentos oncológicos, procedimentos não incluídos em políticas públicas do SUS devem ser arcados integralmente pela União, assegurando-se o ressarcimento dos demais entes públicos.

Em resposta ao problema traçado — ou seja, após o julgamento do Tema n. 793 pelo Supremo Tribunal Federal, como entenderam o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região a solidariedade nas demandas de saúde —, percebeu-se grande disparidade no tratamento conferido pelos tribunais inferiores. Isso reforça que ainda é preciso evoluir no debate. No difícil equilíbrio entre o direito individual ao bem-estar do cidadão e a organização administrativa do sistema público de saúde, o Poder Judiciário não pode se furtar de contribuir para o aprimoramento das instituições, incluindo aí a adequada (re)distribuição obrigacional e financeira entre os Entes Políticos, exatamente como decidido no Tema n. 793. Com isso, o Tribunal Federal tem se comportado de maneira mais adequada ao definido pela Suprema Corte.

5. NOTAS

1. “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que é solidária a obrigação dos entes da Federação em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Segunda Turma). **ARE 803274 AgR**. Relator: Teori Zavascki, 13 de maio de 2014. Brasília, DF: STF, 2014b).

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 45 MC/DF**. Relator: Celso de Mello. Decisão Monocrática, 04 de maio de 2004. Brasília, DF: STF, 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **AI 808059 AgR**. Relator: Ricardo Lewandowski, 02 de dezembro de 2010. Brasília, DF: STF, 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.466, de 24 de agosto de 2011a**. Acrescenta arts. 14-A e 14-B à Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”, [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12466.htm. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **RE 607381 AgR**. Relator: Luiz Fux, 31 de maio de 2011. Brasília, DF: STF, 2011b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **ARE 738729 AgR**. Relatora: Rosa Weber, 25 de junho de 2013. Brasília, DF: STF, 2013a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Primeira Turma). **ARE 741566 AgR**. Relatora: Rosa Weber, 25 de junho de 2013. Brasília, DF: STF, 2013b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Primeira Turma). **RE 756149 AgR**. Relator: Dias Toffoli, 17 de dezembro de 2013. Brasília, DF: STF, 2013c. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Primeira Turma). **RE 717290 AgR**. Relator: Luiz Fux, 18 de março de 2014. Brasília, DF: STF, 2014a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Segunda Turma). **ARE 803274 AgR**. Relator: Teori Zavascki, 13 de maio de 2014. Brasília, DF: STF, 2014b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Segunda Turma). **ARE 825641 ED**. Relator: Celso De Mello, 16 de setembro de 2014. Brasília, DF: STF, 2014c. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 855178 RG**. Relator: Luiz Fux, 05 de março de 2015. Brasília, DF: STF, 2015a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Segunda Turma). **ARE 839974 AgR**. Relator: Gilmar Mendes, 05 de maio de 2015. Brasília, DF: STF, 2015b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 657718**. Relator: Marco Aurélio; Relator p/ Acórdão: Roberto Barroso, 22 de maio de 2019. Tribunal Pleno. Brasília, DF: STF, 2019a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 855178 ED**. Relator: Luiz Fux; Relator p/ Acórdão: Edson Fachin, 23 de maio de 2019. Tribunal Pleno. Brasília, DF: STF, 2019b. Disponível em: <https://>

jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). (Quinta Turma). **Pet 5028540-86.2021.4.04.0000**. Relator: Roger Raupp Rios, 29 de junho de 2020. [Porto Alegre]: TRF4, 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). (Sexta Turma). **AG 5045958-71.2020.4.04.0000**. Relatora: Taís Schilling Ferraz, 29 de janeiro de 2021. [Porto Alegre]: TRF4, 2021a. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). (Quinta Turma). **AC 5000591-29.2018.4.04.7102**. Relator: Altair Antonio Gregório, 15 de junho de 2021. [Porto Alegre]: TRF4, 2021b. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). (Quinta Turma). **AC 5002347-39.2019.4.04.7102**. Relator: Altair Antonio Gregório, 15 de junho de 2021. [Porto Alegre]: TRF4, 2021c. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). (Turma Regional Suplementar de SC). **AG 5014826-59.2021.4.04.0000**. Relatora: Erika Giovanini Reupke, 16 de junho de 2021. [Porto Alegre]: TRF4, 2021d. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). (Sexta Turma). **AG 5011688-84.2021.4.04.0000**. Relator: João Batista Pinto Silveira, 17 de junho de 2021. [Porto Alegre]: TRF4, 2021e. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). (Quinta Turma). **AG 5015345-34.2021.4.04.0000**. Relator: Osni Cardoso Filho, 24 de junho de 2021. [Porto Alegre]: TRF4, 2021f. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). (Turma Regional Suplementar do PR). **AC 5015699-36.2020.4.04.7003**. Relator: Artur César de Souza, 06 de julho de 2021. [Porto Alegre]: TRF4, 2021g. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). (Turma Regional Suplementar de SC). **AG 5007838-22.2021.4.04.0000**. Relator: Paulo Afonso Brum Vaz, 26 de julho de 2021. [Porto Alegre]: TRF4, 2021h. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). (Sexta Turma). **AC 5003154-25.2020.4.04.7102**. Relatora: Taís Schilling Ferraz, 06 de agosto de 2021. [Porto Alegre]: TRF4, 2021i. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). (Turma Regional Suplementar do PR). **AC 5008107-35.2020.4.04.7004**. Relator: Luiz Fernando Wowk Penteado, 13 de agosto de 2021. [Porto Alegre]: TRF4, 2021j. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). (Sexta Turma). **AC 5069580-59.2019.4.04.7100**. Relator: João Batista Pinto Silveira, 19 de agosto de 2021. [Porto Alegre]: TRF4, 2021k. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). (Sexta Turma). **AC 5023952-23.2019.4.04.7108**.

Relatora: Tais Schilling Ferraz, 23 de agosto de 2021. [Porto Alegre]: TRF4, 2021i. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). (Turma Regional Suplementar de SC). **AG 5007691-93.2021.4.04.0000**. Relator: Paulo Afonso Brum Vaz, 31 de agosto de 2021. 2021m. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). (Turma Regional Suplementar de SC). **AG 5008300-76.2021.4.04.0000**. Relator: Celso Kipper, 31 de agosto de 2021. [Porto Alegre]: TRF4, 2021n. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). (Turma Regional Suplementar de SC). **AG 5009910-79.2021.4.04.0000**. Relator: Paulo Afonso Brum Vaz, 31 de agosto de 2021. [Porto Alegre]: TRF4, 2021o. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). (Turma Regional Suplementar de SC). **AG 5018261-41.2021.4.04.0000**. Relator: Sebastião Ogê Muniz, 06 de setembro de 2021. [Porto Alegre]: TRF4, 2021p. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). (Sexta Turma). **AC 5004052-75.2019.4.04.7101**. Relatora: Tais Schilling Ferraz, 10 de setembro de 2021. [Porto Alegre]: TRF4, 2021q. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). (Turma Regional Suplementar de SC). **AG 5017899-39.2021.4.04.0000**. Relator p/ Acórdão: Celso Kipper, 08 de setembro de 2021. [Porto Alegre]: TRF4, 2021r. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). (Sexta Turma). **AC 5001642-19.2021.4.04.7119**. Relator: João Batista Pinto Silveira, 09 de setembro de 2021. [Porto Alegre]: TRF4, 2021s. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). (Sexta Turma). **AC 5006292-66.2017.4.04.7114**. Relator: Julio Guilherme Berezoski Schattschneider, 11 de setembro de 2021. [Porto Alegre]: TRF4, 2021t. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). (Turma Regional Suplementar do PR). **AC 5000372-18.2020.4.04.7014**. Relatora: Cláudia Cristina Cristofani, 16 de setembro de 2021. [Porto Alegre]: TRF4, 2021u. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). (Turma Regional Suplementar do PR). **AC 5003782-29.2020.4.04.7000**. Relator: Márcio Antônio Rocha, 16 de setembro de 2021. [Porto Alegre]: TRF4, 2021v. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). (Turma Regional Suplementar do PR). **AG 5030146-52.2021.4.04.0000**. Relatora: Cláudia Cristina Cristofani, 16 de setembro de 2021. [Porto Alegre]: TRF4, 2021x. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). (Turma Regional Suplementar do PR). **AC 5010110-91.2019.4.04.7005**. Relator: Márcio Antônio Rocha, 16 de setembro de 2021. [Porto Alegre]: TRF4, 2021y. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/>. Acesso em: 19 set. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direito fundamentais**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Tomo IV.

REY FILHO, Moacyr; PEREIRA, Sylvania Patrícia Dantas. As responsabilidades solidárias e subsidiária no federalismo brasileiro: contextualização em matéria de saúde e posicionamento do Supremo Tribunal Federal. **Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 8, n. 3, p. 152-172, jul./set. 2019. Disponível em <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v8i3.574>. Acesso em: 19 set. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Segunda Câmara Cível). **Apelação Cível n. 50012208320208210034**. Relator: Laura Louzada Jaccottet, 16 jun. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2021a. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 19 set. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Segunda Câmara Cível). **Apelação Cível n. 70085050292**. Relatora: Laura Louzada Jaccottet, 16 jun. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2021b. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 19 set. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Vigésima Segunda Câmara Cível). **Apelação Cível n. 50093443620208210008**. Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, 05 ago. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2021c. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 19 set. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Vigésima Primeira Câmara Cível). **Apelação Cível n. 50008674520198210077**. Relator: Marco Aurélio Heinz, 11 ago. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2021d. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia>. Acesso em 19 set. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Primeira Vice-Presidência). **Recurso Especial n. 70084758697**. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, 19 ago. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2021e. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 19 set. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Quarta Câmara Cível). **Apelação Cível n. 50002637320208210037**. Relator: Francesco Conti, 24 ago. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2021f. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 19 set. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Terceira Câmara Cível). **Agravo de Instrumento n. 50846144220208217000**. Relator: Leonel Pires Ohlweiler, 24 jun. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2021g. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 19 set. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Quarta Câmara Cível). **Apelação Cível n. 70085048791**. Relator: Eduardo Uhlein, 24 ago. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2021h. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 19 set. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Segunda Câmara Cível). **Agravo de Instrumento n.**

50609452320218217000. Relator: Laura Louzada Jaccottet, 25 ago. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2021i. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 19 set. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Vigésima Primeira Câmara Cível). **Apelação Cível n. 70085206282.** Relator: Marco Aurélio Heinz, 25 ago. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2021j. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 19 set. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Segunda Câmara Cível). **Apelação/Remessa Necessária n. 50009554620188210036.** Relator: Ricardo Torres Hermann, 25 ago. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2021k. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 19 set. 2021. Acesso em: 19 set. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Primeira Câmara Cível). **Agravo de Instrumento n. 50879407320218217000.** Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, 26 ago. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2021l. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 19 set. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Primeira Câmara Cível). **Apelação Cível n. 50010691020218210026.** Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, 26 ago. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2021m. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 19 set. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Primeira Câmara Cível). **Apelação Cível n. 50027763020188210022.** Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, 26 ago. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2021n. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 19 set. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Segunda Câmara Cível). **Apelação Cível n. 70085129682.** Relator: João Barcelos de Souza Junior, 26 ago. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2021o. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 19 set. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Segunda Câmara Cível). **Apelação Cível n. 70085216257.** Relator: João Barcelos de Souza Junior, 26 ago. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2021p. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 19 set. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Segunda Câmara Cível). **Apelação Cível n. 70085229763.** Relator: João Barcelos de Souza Junior, 26 ago. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2021q. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 19 set. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Terceira Câmara Cível). **Agravo de Instrumento n. 50700878520208217000.** Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, 26 ago. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2021r. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 19 set. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Terceira Câmara Cível). **Agravo de Instrumento n. 50818322820218217000.** Relator: Leonel Pires Ohlweiler, 26 ago. 2021. Porto Alegre: Tribunal

de Justiça do Rio Grande do Sul, 2021s. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 19 set. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Vigésima Primeira Câmara Cível). **Apelação Cível n. 70084729904**. Relator: Marcelo Bandeira Pereira, 31 ago. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2021t. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 19 set. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Vigésima Primeira Câmara Cível). **Apelação Cível n. 70085203149**. Relator: Marcelo Bandeira Pereira, 31 mar. 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2021u. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 19 set. 2021.

RIOS, Roger Raupp. Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 31, ago. 2009. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/roger_rios.html. Acesso em: 19 set. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al* (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 1931-1937.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, [S. l.], v. 1, p. 65-77, jan./jun., 2009.

Recebido em: 21/06/2022

Aceito em: 09/08/2022

REVISTA DA ESDM

