



Rod. Eng. Fabiano Vivacqua, 1759
Morro Grande
Cachoeiro de Itapemirim - ES
CEP 29310-015



www.fdcj.br
fdci@fdci.br
+55 28 2101 0311



REVISTA DO DIREITO

FDCI

ANO V VOLUME 05

2023 n.1

ISSN 2595-5462



O MUNICÍPIO E A SEGURANÇA PÚBLICA: COMPETÊNCIA DO ENTE MUNICIPAL A PARTIR DA CRFB/88.

Dayana Livio Speroto¹

Karina Melo Pessine²

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar o papel que os Municípios desempenham na Segurança Pública do país, de acordo com as competências encontradas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Para tanto, foi realizada uma breve análise histórica da forma de governo federalista, por meio de revisão bibliográfica a partir de artigos científicos e análise de anuários do Fórum de Segurança Pública. A Carta Magna não atribuiu aos municípios protagonismo no que diz respeito aos investimentos e implementação de ações voltadas à Segurança Pública. Contudo, com o crescimento da violência e criminalidade que afetam, principalmente, as cidades, este ente federado viu a necessidade de atuar de forma mais presente nessa área. Atualmente, verificam-se cada vez mais municípios que investem nessa área, seja com a criação de secretarias e conselhos de segurança locais, Guardas Municipais ou investindo em sistemas que auxiliam a atuação das polícias e órgãos de segurança.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança Pública. Município. Federalismo. Competências. Constituição Federal.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the role that municipalities develop in public security in Brazil, according to the competencies found in the 1988 Constitution. To this end, a brief historical analysis of the federalist system was made, based on a literature review through scientific articles and analysis of annuals of the Public Security Forum. The Magna Carta did not attribute to the municipalities a leading role in the

¹ Mestranda em Segurança Pública pela Universidade Vila Velha (UVV/ES). Bolsista da Fapes. Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim - FDCI. Advogada. Email: dayanalisperoto@gmail.com.

² Doutora em Sociologia Política da Universidade Estadual Norte Fluminense Darcy Ribeiro – UENF, Professora de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim- FDCI e professora do Mestrado em Segurança Pública da Universidade Vila Velha – UVV. Email: karinapessine@gmail.com

SPEROTO, Dayana Livio
PESSINE, Karina Melo

investments and implementation of actions aimed at Public Security. However, with the growth of violence and crime that mainly affect cities, this federated member saw the need to act more presently in this area. Currently, there are more and more municipalities that invest in this area, either with the creation of local departments and security councils, Municipal Guards or investing in systems that help the performance of police and security agencies.

KEYWORDS: Public Security. City. Federalism. Competences. Federation Constitution.

INTRODUÇÃO:

O tema da Segurança Pública se coloca cada vez mais em evidência em razão do aumento nas taxas de criminalidade e violência. A Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 elevou o tema aludente a Segurança Pública ao status de preocupação que está presente nas três esferas federativas, ou seja, na União, Estado e Município, uma vez que a segurança começou a ser vista além da atuação policial.

Nesse sentido, após um processo histórico que veremos a seguir e em razão da forte reivindicação popular por mais segurança, os municípios passaram a atuar de maneira mais presente nessa seara. Dessa forma, começou-se a analisar que uma cidade violenta quase sempre é resultado de ausência do poder público, não por acaso, as áreas de maior incidência de crimes contra a vida são também aquelas mais esquecidas pelo poder público.

A referida correlação vem sendo objeto de estudo há tempos. Os norte-americanos James Wilson e George Kelling, da Universidade de Harvard, publicaram a “Teoria das Janelas Quebradas”, em 1982, obra que ficou conhecida como referência internacional no estudo em torno das causas da criminalidade.

No trabalho, os pesquisadores realizam uma analogia entre um prédio que teve uma janela recentemente quebrada e, caso não seja consertada logo, poderá ser totalmente destruído, com uma cidade e o início da criminalidade. Isto é, a aparência de abandono se equipara a um convite ao crime.

As cidades de Bogotá e Medellín, no início da década de 90, eram metrópoles dominadas pelo tráfico e a violência. Contudo tiveram sua história reestruturada por meio de esforços e atuação municipal.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar o papel que os Municípios desenvolvem na Segurança Pública do Brasil, de acordo com as competências encontradas na Constituição de 1988. Para tanto, na primeira sessão, foi analisado o sistema federalista brasileiro e, a seguir, foram traçados paradigmas que introduziram a atuação do Município na Segurança Pública do país.

1. FEDERALISMO BRASILEIRO E A CRFB/88.

Uma Federação é “uma forma de organização político-territorial baseada no compartilhamento tanto da legitimidade como das decisões coletivas entre mais de um nível de governo” (ABRUCIO; FRANZESE, 2007).

Portanto, é um acordo que busca estabelecer de forma compartilhada a soberania territorial de modo que dentro de uma nação seja possível observar diferentes entes autônomos com relações que são reguladas de forma piramidal e previstas constitucionalmente. Desta forma, há uma divisão de funções e poderes entres os níveis estabelecidos de governo (ABRUCIO; FRANZESE, 2007).

Segundo Abrucio, os países adotam o modelo federativo quando há “existência de heterogeneidades numa determinada nação, vinculadas à questão territorial” como pode ser o caso de um vasto território ou a presença de diversidades étnicas, culturais e políticas entre as regiões de um país, bem como quando a opção federalista perpassa o caminho político de maneira que é possível manter unido e autônomo um território. Essa forma de estado nasceu nos idos de 1787 nos Estados Unidos:

“As treze colônias, até então fragilmente interligadas, abriram mão de parte de sua independência para que se criasse uma nova esfera de governo – a União. Assim, elas se tornaram estados que, apesar de constituintes de uma mesma nação, mantiveram boa parte de sua autonomia e estabeleceram relações de interdependência – e não de simples hierarquia – entre si e com o Governo Federal recém-constituído. Este pacto político-territorial foi garantido pela Constituição, o mais amplo e originário contrato federativo. A garantia do pacto federativo não se dá apenas pela Constituição. Além dela, há outras instituições federativas, que cumprem dois papéis: estabelecem freios e contrapesos entre os níveis de governo, bem como formas de coordenação entre os entes. Procura-se, no primeiro aspecto, evitar tanto a excessiva centralização como a fragmentação oligárquica do poder, criando um controle mútuo entre os pactuantes. Por exemplo, o Senado e a Suprema Corte – nosso STF – são mecanismos que exercem esta função.” (ABRUCIO; FRANZESE, 2007).

Contudo, para o êxito desse sistema é necessário a criação de “incentivos à cooperação e de processos intergovernamentais de decisão conjunta”.

No Brasil, conforme Abrucio e Frazese (2007):

A nova Constituição, promulgada em 5 de outubro de 1988, consagrou um conjunto de mudanças institucionais: alargamento do elenco dos direitos (civis, sociais e políticos); desbloqueio da comunicação entre sociedade civil e Estado; reconhecimento das liberdades civis e públicas; abolição das organizações paramilitares ou organismos paralelos à segurança pública. Novas bases para as políticas públicas de segurança no Brasil a partir das práticas do governo federal. Além disso, o racismo e a tortura converteram-se em crimes inafiançáveis e imprescritíveis; conferiu-se autonomia ao Ministério Público; e consagrou-se a assistência judiciária aos desprovidos de recursos para constituição de defensoria própria. Em síntese, a nova Constituição procurou munir a sociedade de instrumentos de defesa contra o arbítrio do poder de Estado.

Ocorre que, essas mudanças não alteraram significativamente os dispositivos legais impostos pelos governos militares para organizar as polícias, chamadas no período de forças de segurança do Estado. Dessa forma, foi mantida a estrutura de funcionamento que se iniciou no regime militar no final da década de 1960, que se destaca pelo alto grau de centralização de poder. Ademais:

Esse período consolidou também a descentralização de recursos, tendência verificada desde o início dos anos 1980 e fortalecida pelo aumento das transferências federais por meio de fundos de participação. Este movimento

SPEROTO, Dayana Livio
PESSINE, Karina Melo

de descentralização coincidiu com a ampliação de direitos sociais, o aprimoramento do controle social e institucional sobre o Estado e o crescimento dos recursos destinados aos municípios (SOUZA, 2005).

Mesmo assim, o art. 144, caput, inovou ao colocar a segurança pública como dever para o Estado e responsabilidade de todos os cidadãos, entretanto, em seus incisos e parágrafos destaca instituições policiais federais e estaduais.

“[...] poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”.

Assim, passamos a análise do texto constitucional no que tange ao Município e as políticas públicas de segurança.

2. A ATUAÇÃO DO MUNICÍPIO NA SEGURANÇA PÚBLICA.

2.1. Competências constitucionais.

No que diz respeito às políticas públicas de segurança e a promulgação da Constituição Federal de 1988:

“Não foram promovidas reformas na arquitetura institucional que regulamenta o modelo de organização das instituições policiais e, como resultado, embora a Constituição Federal 1988 tenha inaugurado formalmente o período democrático, o eixo reservado à manutenção da lei e da ordem guarda grandes semelhanças com as Constituições de períodos autoritários” (PERES, BUENO, TONELLI, 2016)

Como mencionado, o art. 144 da Carta Magna estabelece as atribuições para as instituições que são elencadas como as encarregadas de prover segurança pública. Assim, cabe à União a gestão das forças policiais, quais sejam, Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal e Polícia Ferroviária Federal, já aos Estados cabe a gestão das polícias civis, militares e corpos de bombeiros militares (BRASIL, 1988, art. 144). É somente o parágrafo 8º que informa quanto aos Municípios dizendo:

“[...] poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”.

Ocorre que, como resultado “dessa indefinição constitucional do mandato do município no eixo de segurança pública foi por muito tempo utilizado como justificativa legal para a ausência dos atores subnacionais nas políticas de segurança” (KAHN; ZANETIC, 2005; RICARDO; CARUSO, 2007).

De forma preocupante, o governo federal se manteve ausente no que tange a esses debates o que manteve os municípios cada vez mais invisíveis para essas questões.

2.2. O Município e a Segurança Pública.

SPEROTO, Dayana Livio
PESSINE, Karina Melo

Esse cenário de invisibilidade da atuação dos Municípios na Segurança Pública perdurou até meados dos anos 1990 (PERES, BUENO, TONELLI, 2016). Nesse período, o papel que os municípios exerciam na segurança estava restrito a criação de guardas municipais:

“No plano internacional, à mesma época, o campo da segurança é marcado pelo aparecimento de teorias como a do policiamento orientado a problemas e janelas quebradas (broken window), que ampliam o olhar sobre o fenômeno do crime e da violência e incluem outros recursos e atores na solução dos problemas criminais que não apenas aqueles do sistema de segurança pública e justiça” (KAHN; ZANETIC, 2005).

Essa nova visão da criminologia aliada ao aumento dos crimes contra o patrimônio, contra a vida e os acidentes de trânsito elevou as discussões sobre segurança que passaram a integrar a agenda social e política do país.

Em razão da pressão da população, os municípios iniciaram programas com “foco no controle do fornecimento de bebidas alcoólicas e fechamento de bares, divulgação de serviços como o Disque Denúncia e ações de prevenção com foco no público jovem” (KAHN; ZANETIC, 2005; RICARDO; CARUSO, 2007).

Já no âmbito federal:

“(…) o aumento da violência urbana levou a um reordenamento programático no âmbito da segurança pública. Em meio a esse cenário de insegurança no país, o Ministério da Justiça criou em 1995 a Secretaria de Planejamento de Ações Nacionais de Segurança Pública (Seplanseg), transformada em Secretaria Nacional de Segurança Pública em 1997.

No início dos anos 2000 a Senasp criou o I Plano Nacional de Segurança Pública (PNSP), em um sinal da prioridade que o tema da segurança começou a assumir na esfera federal. O PNSP representou o primeiro esforço de indução e cooperação da União com Estados e municípios (SOARES, 2007), mas correspondeu menos a uma política pública formulada com um propósito claro sobre o papel do governo nesta área e mais à necessidade de dar respostas a um contexto de crise.

Como forma de financiar as ações do PNSP foi criado, em 2001, o Fundo Nacional de Segurança Pública, com cinco áreas prioritárias de atuação: implantação de sistemas de informações e estatísticas policiais, reequipamento das polícias estaduais, treinamento e capacitação profissional e implantação de programas de policiamento comunitário (COSTA; GROSSI, 2007). No que diz respeito aos municípios, a legislação que criou o FNSP permitia repasse às cidades que possuíam guarda municipal, o que em parte explica o grande número de GCM no quadriênio 1999-2002. O Gráfico 1 apresenta a evolução da criação das guardas municipais no Brasil por quadriênios.

Verifica-se que o primeiro crescimento expressivo dessas estruturas aconteceu entre 1999-2002, seguido do período compreendido entre 2003-2006. Isso significa dizer que, apesar da série histórica de mais de quatro décadas, 35% das guardas civis municipais foram criadas no início dos anos 2000.”

Assim, somente em 2003 com criação do Projeto Nacional de Segurança Pública, cujo capítulo IV, dedica-se a estruturar reformas no âmbito municipal, estes entes passam a atuar de forma sistêmica na segurança (PERES, BUENO, TONELLI, 2016).

Um dos pontos de grande influência foi a regulamentação do Fundo Nacional de Segurança Pública pela Lei 10.746/03, que permitiu aos municípios que não possuíam guardas que também recebessem recursos, “desde que tivessem outras ações, como planos municipais de segurança e parcerias com as polícias estaduais, dentre outras” (RICARDO; CARUSO, 2007). Em 2008, o Programa Nacional de Segurança Pública e Cidadania (Pronasci), também visava o fortalecimento do município na segurança.

Desde então, o governo local vem desempenhando forte papel no controle da criminalidade. O Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020 demonstrou uma elevação nas despesas dos entes municipais com as políticas de segurança pública de 40,2% entre 2011 e 2019 (estaduais aumentaram 19% e as federais decresceram 5,2%).

Todavia, a representatividade de cada esfera no total dos gastos é desigual: em 2019, 81,4% eram gastos estaduais, 11,9% federais e 6,7% municipais. No mesmo ano, 2.423 municípios (44% do total) declararam a execução de despesas específicas, as quais não se limitaram à manutenção das guardas municipais, envolvendo, também, algum tipo de apoio às polícias estaduais.

O IBGE apontou que em 2014 23% dos municípios possuíam um órgão gestor seja ele independente ou vinculado a outro setor, 19% guarda, 12% conselho, 9% conselho comunitário, 5% fundo e 5% plano de segurança pública. Evidente que a maioria não possui estruturas de gestão ou financiamento, espaços de participação social ou qualquer planejamento.

Ademais, conforme dados do Portal da Transparência dos recursos federais, entre 1996 e 2019 1.972 convênios foram firmados com o Ministério da Justiça e Segurança Pública, sendo 849 (43%) com cidades. Esse é outro ponto que indica o aumento da participação do Município nas questões relativas à segurança.

Desse modo, é evidente que a administração local desempenha papel importante nessa área. Portanto, a agenda de segurança deve ser tema a compor o planejamento das cidades e constar da elaboração dos planos de gestão municipais de forma a terem objetivos, metas, avaliações e serem constantemente monitorados.

CONCLUSÃO:

Registra-se que as políticas públicas de segurança também são de responsabilidade dos Municípios. Seja ela desenvolvida na forma de criação de Guarda Municipal, bem como na implementação de ações institucionais de prevenção, sociais e de infraestrutura urbanas, desenvolvidas pela gestão municipal ou por meio de parcerias com outros entes federativos, entidades não governamentais ou da sociedade civil e iniciativa privada.

No contexto histórico brasileiro, observa-se que por muito tempo o Município ficou em situação de invisibilidade e sem meios de ingressar na área da segurança, contudo sua atuação vem mostrando cada vez mais resultados.

Assim, as políticas municipais de segurança precisam contemplar questões como o controle urbano, a prevenção e a recuperação de situações de risco, propiciando a participação popular na sua aplicação. Também são fundamentais para estabelecer

SPEROTO, Dayana Livio
PESSINE, Karina Melo

uma política sólida de prevenção criminal a realização de parceria com as polícias, Poder Judiciário, Ministério Público e Sistema Socioeducativo

O enfrentamento dos problemas de segurança pública deve ser encarado e realizado de maneira conjunta entre os entes federados, as instituições de segurança e a população.

REFERÊNCIAS:

_____. Anuário brasileiro de segurança pública. São Paulo. 2020.

ABRUCIO, Fernando Luiz; FRANZESE, Cibele. **FEDERALISMO E POLÍTICAS PÚBLICAS: O IMPACTO DAS RELAÇÕES INTERGOVERNAMENTAIS NO BRASIL**. 2007. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/242213262_Federalismo_e_politicas_publicas_o_impacto_das_relacoes_intergovernamentais_no_Brasil> Acesso em 15/06/2022.

AZEVEDO, R. G. et al. **As políticas de segurança no âmbito municipal: uma análise comparada das cidades de Canoas/ RS e Jaboatão dos Guararapes/PE**. In: FIGUEIREDO, I. S. de; NEME, C.; LIMA, C. S. L. (Org.). Políticas públicas: análise e diagnósticos. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2013. (Coleção Pensando a Segurança Pública. v. 3, p. 205-282).

ARRETICHE, M. **Federalismo e Políticas Sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia**. São Paulo em Perspectiva, São Paulo, v. 18, n.2, p. 17-26, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa de Informações Básicas Municipais (Munic)**. Rio de Janeiro. 2015

KAHN, T. ZANETIC, A. **O papel dos municípios na segurança pública**. Estudos Criminológicos 4, p. 1-68, 2005.

LIMA, R. S. **Segurança pública e os 20 anos da Constituição Cidadã**. Cadernos ADENAUER. São Paulo, v. 1, p. 75-84, 2008.

LIMA, R. S.; SINHORETTO, J.; BUENO, S. **A gestão da vida e da segurança pública no Brasil**. Soc. estado., Brasília, v. 30, n. 1, p. 123-144, 2015. São Paulo, 2021.

PERES, Ursula Dias; BUENO, Samira; TONELLI, Gabriel Marques. **Os Municípios e a Segurança Pública no Brasil: uma análise da relevância dos entes locais para o financiamento da segurança pública desde a década de 1990**. Rev. bras. segur. pública | São Paulo v. 10, n. 2, 36-56, Ago/Set 2016.

SPEROTO, Dayana Livio
PESSINE, Karina Melo

RICARDO, C. e CARUSO, H. **Segurança Pública: um desafio para os municípios brasileiros**. Revista Brasileira de Segurança Pública, v. 1, n. 1, 2007.

SOUZA, C. **Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988**. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, n. 24, 2005.

UFRGS. **Os municípios e a segurança pública**. Letícia Maria Schabbach. Disponível em < <https://www.ufrgs.br/jornal/os-municipios-e-a-seguranca-publica/> > Acesso em 16/06/2022.

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL: EFEITO *CLIQUET*

Felipe Spala¹

Gabrielle Saraiva Silva²

RESUMO: O tema a ser abordado terá como foco o princípio do não retrocesso social ou efeito *Cliquet* a fim de se entender o mesmo a partir do conceito, origem e as jurisprudências que tem se organizado em função do mesmo. Por isso o problema da pesquisa é: Mesmo nos casos de emenda à Constituição, deve-se proibir que alguns direitos sociais densamente especificados sejam suprimidos ou relativizados sem uma alternativa equivalente?. Tendo como objetivo geral refletir sobre o Princípio do Retrocesso Social tomando como base a Constituição Federal de 1988 e os possíveis casos de emenda onde os direitos sociais sejam suprimidos ou relativizados. Assim entender como se originou. Princípio do Retrocesso Social ou Efeito *Cliquet* e todos os pressupostos que norteiam o mesmo é importante para que os direitos sociais amplamente conquistados e garantidos pela Constituição Federal de 1988, não sejam suprimidos ou mesmo relativizados faz com que o estudo proposto se justifique. A fim de desenvolver o estudo a metodologia adotada consiste em adotar técnicas e procedimentos que sejam compatíveis com levantamento de dados a partir de uma pesquisa bibliográfica visando fundamentar teoricamente com o pensar dos doutrinadores sobre o assunto em questão.

PALAVRAS-CHAVE: Retrocesso. Efeito *Cliquet*. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: The topic to be addressed will focus on the principle of no social regression or *Cliquet* effect in order to understand it from the concept, origin and the jurisprudence that has been organized based on it. Therefore, the research problem is: Even in cases of

¹Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim.

² Mestra em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV (2017). Possui especialização em Direito Processual pela Escola Superior do Ministério Público do Espírito Santo (2015). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim- FDCO (2013). Extensão Universitária “Law and Legal Systems of United States”- Indiana University Robert H. McKinney School of Law (Indianapolis, EUA- 2012). Advogada Professora e Coordenadora de Curso da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI) Emai: gabriellesaraiva.s@gmail.com

amendment to the Constitution, should it be prohibited that some densely specified social rights are suppressed or relativized without an equivalent alternative? The general objective is to reflect on the Principle of Social Retrocession based on the 1988 Federal Constitution and possible cases of amendment where social rights are suppressed or relativized. Therefore, understanding how the Principle of Social Retrocession or Cliquet Effect originated and all the assumptions that guide it is important so that the social rights widely conquered and guaranteed by the Federal Constitution of 1988 are not suppressed or even relativized makes the proposed study justify. In order to develop the study, the methodology adopted consists of adopting techniques and procedures that are compatible with data collection based on bibliographical research aiming to theoretically base it on the thinking of scholars on the subject in question.

KEYWORDS: Rewind. Clique effect. Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Com relação aos direitos fundamentais o princípio que aborda a não reversão dos mesmos ou como comumente se fala princípio do não retrocesso social reconhecido como proibição ao retrocesso ou efeito *Cliquet*, afirma que os direitos que tem reconhecimento dentro da norma jurídica, não podem ter efeitos retroativos, sob pena de ser aos mesmos imputados penalidade de ser inconstitucional.

Nessa questão é preciso se atentar para a questão de que os direitos devem ser reconhecidos dentro da legislação e que, portanto, os mesmos não podem de maneira alguma sofrer qualquer efeito que venha a retroagir sobre os mesmos.

E se ocorrer tal fato é passível de penalidade a ser imputada por ser considerado tal ato inconstitucional o seja que fere os princípios estabelecidos e garantidos na Constituição Federal vigente.

Nesse contexto, a proibição do retrocesso ou efeito *cliquet* se constitui em um instrumento que impede que se crie qualquer norma que tenha como objetivo suprimir ou promover o enfraquecimento dos direitos considerados fundamentais e que já se encontram solidificados no âmbito da sociedade.

Esse impedimento de criação de normas que venham tanto a suprir ou mesmo enfraquecer os direitos fundamentais e que se encontram já fortalecidos na sociedade é relevante para que os cidadãos não tenham seus direitos deixados de ser consolidados por supressão.

A Constituição Federal de 1988 reafirmou os direitos fundamentais dos cidadãos e dessa forma eles não podem ser contestados por normas criadas por normativas elaboradas por legisladores que querem promover mudanças. Por isso os legisladores não podem criar normativas que possam fazer com que os direitos especificados na Constituição Federal sejam desconsiderados.

Assim, o tema a ser abordado terá como foco o princípio do não retrocesso social ou efeito *Cliquet* a fim de se entender o mesmo a partir do conceito, origem e as jurisprudências que tem se organizado em função do mesmo.

Nesse contexto, o problema da pesquisa consiste em investigar se mesmo nos casos de emenda à Constituição, deve-se proibir que alguns direitos sociais densamente especificados sejam suprimidos ou relativizado sem uma alternativa equivalente?

Diante da questão problema levantada pode-se apresentar como hipótese o fato do Princípio do Retrocesso Social ou Efeito *Cliquet* visa garantir que os direitos

sociais e que estejam especificados na legislação que no caso é a Constituição Federal de 1988 deve ser proibido que os mesmos sejam suprimidos ou relativizados em que se tenha uma alternativa que se equivalet.

Portanto o objetivo geral consiste em refletir sobre o Princípio do Retrocesso Social tomando como base a Constituição Federal de 1988 e os possíveis casos de emenda onde os direitos sociais sejam suprimidos ou relativizados. E como objetivos específicos: especificar a origem do Princípio do Retrocesso Social ou Efeito *Cliquet*, conceituar o Princípio do Retrocesso Social ou Efeito *Cliquet* na perspectiva de inúmeros doutrinadores e verificar as possibilidades de emenda na Constituição Federal de 1988 visando suprimir ou relativizar os direitos fundamentais.

Dessa forma, entender que existe os direitos fundamentais e que os estes são garantidos pela Constituição Federal de 1988 onde não podem ser mudados pelos legisladores, visando que essas garantias sejam resguardadas pois direitos adquiridos não podem ser eliminados. É de grande relevância conhecer os direitos fundamentais que se encontram preceituados na Constituição e não podem ser desrespeitados ou mesmo suprimidos e anulados.

Assim entender como se originou o Princípio do Retrocesso Social ou Efeito *Cliquet* e todos os pressupostos que norteiam o mesmo é importante para que os direitos sociais amplamente conquistados e garantidos pela Constituição Federal de 1988, não sejam suprimidos ou mesmo relativizados faz com que o estudo proposto se justifique.

A fim de desenvolver o estudo a metodologia adotada consiste em adotar técnicas e procedimentos que sejam compatíveis com levantamento de dados a partir de uma pesquisa bibliográfica visando fundamentar teoricamente com o pensar dos doutrinadores sobre o assunto em questão.

A abordagem da pesquisa será de natureza qualitativa, visando realizar um levantamento de dados coletados em base de dados como scielo acadêmico, ou google acadêmico, usando descritores como: Retrocesso. Efeito *Cliquet*. Direitos Fundamentais.

No que diz respeito aos objetivos a pesquisa será exploratória, visando levantar os dados para que se atinja os objetivos propostos, e busque responder à questão problema visando entender se a hipótese levantada condiz com a pesquisa realizada (GIL, 2009).

O procedimento adotado consiste numa pesquisa bibliográfica realizada em livros, artigos e revistas e também em sites visando fundamentar os pressupostos teóricos que norteiam o estudo a partir do pensamento dos doutrinadores e das jurisprudências sobre o assunto (VERGARA, 2010)

Após a pesquisa e a leitura de todo o material, levando em conta os objetivos propostos, se fará a construção do estudo fundamentando o mesmo teoricamente e compondo as ideias de forma a organizar o mesmo levando em consideração a temática abordada.

1. REFERENCIAL TEÓRICO

Para se fazer uma abordagem com relação ao efeito *cliquet*, e entender desde a sua origem até os pressupostos que norteiam o mesmo nos direitos fundamentais que são garantidos dentro da Constituição Federal se torna relevante entender o que são os

direitos fundamentais e como os mesmos são abordados dentro da Constituição.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

A Constituição Federal de 1988 desde sua promulgação, representou um grande avanço para a sociedade, especificamente no contexto dos direitos sociais e políticos envolvendo os cidadãos e mais especificamente as minorias. A Constituição Federal considerada uma das leis mais supremas do país, sobrepondo-se a quaisquer outras legislações que no seu contexto especifica horizontes diversos e aspectos da cultura, mas visando dar uma declaração envolvendo os direitos.

A Constituição é considerada uma lei fundamental onde pressupõe a estruturação de fatores essenciais como para organizar as normas jurídicas, que visam regular o Estado, a forma de governo, e a maneira como se vai realizar a aquisição e o exercício do poder, a estruturação dos órgãos, os limites das ações executadas, os direitos fundamentais e suas garantias.

Sintetizando a Constituição se constitui no conjunto de normas que visa organizar os elementos constitutivos do Estado (SILVA, J., 2003)

Na perspectiva de Canotilho (2009) a Constituição é o conjunto de regras e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada ordem jurítrestresdico-política num determinado sistema político social.

Todas as constituições brasileiras, sem exceção, enunciaram declarações de direitos, assim a Constituição Federal de 1988, apresentou em seu Título II os direitos e garantias fundamentais. Consonante a isso os legisladores constituintes classificaram os direitos e garantias fundamentais em cinco espécies a saber: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.

Sem qualquer exceção as Contituições do Brasil especificaram os direitos em seus respectivos textos (SARLET, 2009).

No contexto da Constituição Federal tem os direitos de primeira dimensão, que são os direitos e deveres individuais. Na segunda dimensão os direitos econômicos e sociais, já os direitos de terceira e quarta dimensão estão fora do Título II dos direitos considerados fundamentais e especificados no referido Título.

É preciso que se entenda que os direitos especificados na referida Constituição, não exclue direitos que possam vir do regime e dos princípios que são adotados pela mesma, ou de algum tratado internacional ao qual o país faz parte.

Na verdade a Constituição se coloca como um instrumento para defender os cidadãos de qualquer abuso político, diante de um Estado com poder, ou na forma como o mesmo vai organizar os direitos fundamentais determinando limites legais para a atuação dos poderes que legislam. Espera-se que a Constituição se constitua num guia tanto para o Estado quanto para a sociedade, visando dessa forma realizar a promoção do bem-estar individual e coletivo dos integrantes da comunidade que de forma soberana estabelece o mesmo. (WILLIS, 2007).

É perfeitamente entendível que a dignidade da pessoa humana em considerada a pedra fundamental de todo o arcabouço legislativo construir a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. O referido princípio assume um patamar de destaque no primeiro artigo da Constituição e se constitui em um elemento máximo para que cenha a se efetivar todas as normas e dispositivos que são estruturados pelas instâncias

que legislam o país (QUEIROZ, 2006).

A Constituição Federal de 1988, especifica no art. 5º § 1º, que as normas constitucionais que dão ciência e garantia aos direitos fundamentais aos cidadãos dentro da sociedade tem eficácia de maneira imediata. Devendo o referido princípio ser entendido levando em consideração com a máxima efetividade. Sendo um fator que leva a aplicabilidade prevista na própria Constituição Federal.

No que diz respeito ao princípio da máxima efetividade, ou que a mesma se realize em toda a sua amplitude, pode ter como objetivo fazer com que o mesmo se efetive dentro das normas que se encontra prevista na Constituição, tirando da mesma todo o contexto que houver possibilidade, especificamente no que diz respeito aos direitos considerados fundamentais, sempre buscando soluções que garantam que as normas previstas na Constituição sejam respeitadas.

As referidas normas devem ser entendidas na amplitude da sua eficácia no que dizem respeito ao poder previsto na Constituição e que adota normas que são consideradas suficientes para que as mesmas consigam produzir os efeitos esperados, seja qual for o direito ao qual os mesmos se especifica na legislação e nas normas vigentes dentro do âmbito da Constituição (MORAES, 2013).

As normas constitucionais que garantem os direitos fundamentais, especifica que os respectivos direitos se interligam com as prestações positivas realizadas pelo Estado, não deixando as mesmas de se constituir em normas que precisam ser respeitadas e nem sua eficácia que faz parte da mesma deve ter uma aplicação de maneira imediata sem quaisquer contestações. (ANGRA, 2015).

Existe um equívoco praticado por alguns doutrinadores quando aborda os direitos fundamentais que os mesmos não se constituem em meras normas apenas de natureza pragmática, ao contrário as regras propostas devem ser cumpridas e ao negar as mesmas está se negando o que se encontra proposto no âmago da Constituição Federal.

Dessa forma, os direitos fundamentais se encontram dentro do ordenamento jurídico no mais alto grau, e portanto se encontram na Constituição Federal e enquanto direitos não podem sofrer nem modificação e nem alteração. Eles se constituem no ar da constituição, e portanto deve-se sempre se buscar maneiras de que o mesmo venha a ser efetivado na sociedade para todos.

Portanto, os direitos considerados fundamentais visa resguardar a dignidade humana e tem um amparo no ordenamento jurídico, visando garantir aos cidadãos uma vida mais digna.

3. ORIGEM E CONCEITUAÇÃO DO EFEITO *CLIQUET*

O efeito *Cliquet*, expressão francesa, tem como significado “garra”, que se refere aos instrumentais usados pelos alpinistas para realizar escaladas em montanhas, e que evidencia que a partir de determinado ponto não é mais possível retroceder, sendo permitido apenas seguir em frente, no caso só continuar subindo (BONAVIDES, 2006).

No contexto das normativas, essa proibição especificada acima, tem como objetivo impedir que seja revogado normas que focam nos direitos fundamentais ou mesmos substituir as mesmas por outras normas equivalentes. O efeito *Cliquet* tem como objetivo proibir que seja implementada políticas de Estado que tenham como

temática a supressão ou a flexibilização dos referidos direitos fundamentais (DERBLI, 2007).

Assim a própria Constituição Federal veda de maneira implícita ao Constituinte que for reformar a mesma que atuar no que diz respeito aos Direitos Fundamentais, fazendo supressão ou restringindo, o que pode ser feito é apenas ampliar os referidos direitos. Portanto ao Estado só tem a possibilidade de avançar no contexto de melhorar a proteção no que diz respeito a dignidade humana, que se constitui no objetivo maior do Estado (QUEIROZ, 2006).

No cenário da sociedade brasileira, o efeito *cliquet* é reconhecido como um princípio da vedação do retrocesso, sendo que o mesmo na perspectiva de Canotilho (2002) é considerado inconstitucional qualquer ação que venha a ter uma tendência de promover a revogação dos direitos sociais que já estejam regulamentados, sem que se crie outros mecanismos alternativos que sejam capazes de trazer uma compensação a anulação dos respectivos benefícios.

Dentro do contexto dos direitos fundamentais e toda a teoria que cerca a mesma fica proibido o retrocesso, ou efeito "*cliquet*" no que diz respeito aos referidos direitos, buscando dessa forma que se tenha a proteção máxima dos Direitos da pessoa Humana em detrimento de qualquer medida normativa que venha a tentar suprimir ou enfraquecer os referidos direitos, assim como ações políticas (FACHIN, 2008).

A proibição por retrocesso, dentro do âmbito normativo, tem como intuito proteger os direitos fundamentais trazendo qualquer forma de impedimento a que os mesmos venham a ser revogados ou mesmo sejam substituídos por outras normativas que não contemplem as mesmas garantias e suas respectivas eficácias (QUEIROZ, 2006).

Concretamente o que se pretende é que os retrocessos sejam proibidos, para que políticas estatais que venham a ser implementadas pelos governos não acabem por enfraquecer os direitos fundamentais ou mesmo venham a trazer qualquer tipo de flexibilização a eles, prejudicando os cidadãos que fazem uso dos mesmos (DERBLI, 2007).

A respectiva proibição de retrocesso, foi prevista na Constituição Federal de 1988, nas denominadas "*cláusulas pétreas*", que impede que o constituinte que venha a reformar a Constituição suprima Direitos e Garantias Fundamentais, no entanto o mesmo pode ampliar as mesmas. O que se conjuga é que os respectivos direitos são conquistas que não podem ser revertidas ou mesmo retroagir, devendo as mesmas buscar avançar no sentido de garantir sempre que a dignidade humana dos indivíduos sejam melhorados e garantidos (SAMPAIO, 2002).

A referida proteção a esses direitos se coloca como um limite jurídico da liberdade muito contundente e que se encontra de acordo com o legislador, e por conseguinte numa obrigação por parte dos mesmos em realizar políticas públicas que venham a garantir de forma igualitária os referidos direitos a todos os cidadãos, garantindo o bem-estar de todos (FACHIN, 2008).

Pensar os direitos fundamentais é entender os mesmos como garantias previstas na Constituição. Passando a ser visto como inconstitucional qualquer ação que venha a ferir os mesmos, ou que tenha como intensão suprir os referidos, ou mesmo que se busque criar esquemas que sejam alternativos os compensatórios, que na prática consiste em buscar anular, revogar ou aniquilar os direitos fundamentais (CANOTILHO, 2009).

De acordo com direito dotado dentro de sua fundamentação especificada no ordenamento jurídico os direitos devem ser assegurados as pessoas dentro da sociedade constituindo-se em espaço para reflexão, visando oportunizar que o mesmo mude o meio onde se insere, preparando o mesmo enquanto ser humano, para que ao conhecer seus direitos e deveres possa conviver de maneira pacífica na sociedade. Dessa forma a legislação do país, assegura os direitos e deveres nos seus diversos dispositivos a disposição da sociedade. Na Constituição os direitos sociais por exemplo, são de extrema relevância e tem como finalidade promover a garantia de se observar a dignidade da pessoa humana (SOUZA, 2010).

Toda a legislação vigente possui princípios gerais e específicos, sendo regimentado por órgãos que devem agir em concordância com o que está preceituado na lei, e especificado nos princípios constitucionais. Sendo que os princípios que regem todo o ordenamento jurídico tomam como base as normas e leis que estão pertinentes a mesma, garantindo benefícios a toda a sociedade em todas as áreas abrangentes da mesma.

É preciso compreender que a Jurisprudência do Conselho Constitucional entende que o referido princípio, pode ser aplicado no que diz respeito aos direitos de liberdade, onde se faz a verificação da não possibilidade de renovação das maneiras totalitárias uma lei que tem como intuito a proteção das liberdades fundamentais nem proceder a substituição por outra que venha a ofertar garantias com a mesma equivalência (GARCIA 2010).

Na perspectiva de Canotilho (2009) o chamado efeito *Cliquet* dos direitos humanos não pode retroagir, só sendo permitido avanços no que diz respeito a proteção dos indivíduos. Evidenciando que é inconstitucional qualquer medida que apresente uma tendência a revogar direitos sociais que já estejam regulamentados, sem que se crie contextos alternativos que tenham a capacidade de trazer compensação a anulação dos benefícios.

Não só os direitos sociais como outros aspectos do direito, que regulamentam a democracia no campo econômico e social, é foco de ações que visam proibir que venha a ocorrer o retrocesso social, chamada de proibição de contra revolução social. No âmbito dos direitos sociais e econômicos tem-se os direitos a assistência, educação, entre outros, que quando são atingidos o seu grau de efetividade começa a se constituir em garantias constitucionais e um direito subjetivo, se torna inconstitucional qualquer ação, contra os mesmos, que não tenha uma medida alternativa ou mesmo de compensação que garanta a continuidade dos mesmos (BONAVIDES, 2006).

O princípio da vedação de retrocesso tem uma eficácia que de acordo com Junkes (2009) diz respeito à: todo princípio jurídico, resultando em três modalidades: interpretativa, negativa e vedativa do retrocesso.

Nesse contexto a interpretativa tem uma ligação com as características dos Princípios Jurídicos e com os atos superiores envolvendo as hierarquias dentro do contexto constitucional, que se constitui na base que solidifica o Princípio da Justiça Social. Já a negativa se liga as questões que proíbe qualquer ato ou mesmo edição de normas que venham a se opor ao que prevê a constituição no âmbito dos direitos fundamentais. E por fim a vedativa que apresenta como pressuposto o ato de trazer os princípios jurídicos para o âmbito concreto, consagrando os direitos fundamentais produzindo por meio das normas infraconstitucionais o exercício de ampliar os mesmos à medida que for sendo necessário (DERBLI, 2007).

4. DOCTRINAS.

No âmbito da legislação no Brasil, o Princípio da Vedação ao Retrocesso se encontra implícito dentro da Constituição Federal, por conta do Princípio da Justiça Social, onde diversos princípios se encontram inseridos. Na prática o Princípio da Justiça Social traz como exigência que os órgãos do governo tenham uma conduta pautada no referido princípio, significando que todas as leis, decretos e atos do administrativos devem estar vinculados aos mesmos (SARLETE, 2009).

Nesse contexto, são editadas normas infraconstitucionais que são leis que se encontram abaixo da Constituição Federal, sendo a mesma a lei Maior todas as demais normas jurídicas se enquadram em infraconstitucionais, pois se encontram em posição inferior as regras que se encontram no bojo da Constituição (SAMPAIO, 2002)

Por isso, verificar as possibilidades de existência de eficaz vedação ao ato de retroagir se constitui num impedimento para que quem está legislando venha a revogar normativas que possam infringir a Constituição para que se concretize os Princípios sem que a legislação alterativa equivalente venha a ser editada, se ocorrer algum flagrante de violação o que se observará é um ato de inconstitucionalidade (JUNKES, 2009).

Por se constituir em um princípio que se encontra implícito na Constituição, existem no contexto da doutrina inúmeras posições diversas no que diz respeito a essa proibição de retrocesso, diante do fato de que as vantagens já alcançadas não possam ser tiradas, assim como as respectivas garantias não venham a ser passíveis de regressão (GARCIA, 2010).

Por isso diversos doutrinadores questionam se os direitos sociais podem ser considerados ou não cláusulas pétreas, nesse contexto, três correntes de doutrinadores colocam seus posicionamentos: 1) os direitos sociais não podem ser considerados cláusulas pétreas e dessa forma podem ser abolidos, 2) os direitos são todos cláusulas pétreas, 3) os direitos sociais de titularidade individual são cláusulas pétreas e os coletivos poderiam ser abolidos (REIS FILHO, 2023).

Analisando as doutrinas jurídicas o que se evidencia é que existe uma forte predisposição para que a corrente três venha a ser predominante em detrimento das demais (GARCIA, 2010).

Mas de acordo com Sarlete (2009) a eficiência do direito se resume no fato de que a respectiva segurança ocorre como parte das condições em que o direito ocorre com vistas a proteger os indivíduos para que ações de retrocesso não sejam acionadas contra os direitos fundamentais. Na verdade, é preciso que se tenha uma priorização do que se encontra especificado dentro das doutrinas no que concede ao retrocesso, especificamente no campo dos direitos sociais onde se tem a maior quantidade de problemáticas (SARLETE, 2009).

5. PRECEITOS DA JURISPRUDÊNCIA.

Observando o que prevê a legislação com relação ao Princípio da Proibição Social, existem precedente de natureza da jurisprudência no Brasil onde o mesmo foi utilizado. Como um caso em Brasília no Distrito Federal onde o julgado fez a declaração de que o teto beneficiário da previdência social não poderia abranger o salário da licença-gestante, podendo ultrapassar o limite mantendo o que está entendido no art. 7º XVIII da Constituição Federal de 1988 (SAMPAIO, 2002).

O efeito *Cliquet* tem sido explicitado em inúmeras situações dentro de um contexto onde a jurisprudência, se usa da mesma embora em muitos casos não existe de forma expressa na legislação, mas onde se utiliza o mesmo para fundamentar decisões nos tribunais do Brasil. Como no caso citado acima, é preciso compreender que a proteção à gestante é um direito e que o Supremo Tribunal Federal entendeu que o salário-maternidade seria considerado uma cláusula pétrea (GARCIA, 2010).

Dessa forma ao aplicar o referido princípio, instancias como o STF, tem como intuito proteger o art. 7º XVIII da CRFB/88, pois se julgasse a ADI totalmente precedente o que haveria é uma revogação do artigo citado, e não tendo outro que mantivesse o seu direito poderia ocorrer um retrocesso no direito das gestantes, dessa forma como é inconstitucional qualquer medida que venha a prejudicar os direitos, a mesma foi julgada de forma parcial assegurando o direito a gestante (SAMPAIO, 2002). Dessa forma, inúmeros precedentes de natureza jurídica onde se comentou ou usou o princípio de proibição do retrocesso social, é preciso enfocar que em qualquer julgado que venha a incidir sobre os direitos humanos ou fundamentais e que possuem como objetivo revogar ou diminuir esses direitos, será usado como subsidio para improceder dos julgados (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009).

Portanto é notório que o efeito *cliquet* se coloca como de grande relevância no ordenamento jurídico, mesmo que não se tenha uma previsão legal evidenciada, o mesmo é plenamente aplicável no referido ordenamento. (QUEIROZ, 2006).

Assim, a aplicação do efeito *cliquet* previsto dentro do ordenamento jurídico, dessa forma o princípio da vedação ao retrocesso social, tem a funcionalidade de ser um contexto que limita, visando gerar uma proteção aos indivíduos contra o que se denomina chamar de superveniência de lei ao qual se tem a pretensão de atingir, de forma negativa, o direito fundamental que já se encontra conquistado e materializado na Constituição, vedando dessa forma que ocorra uma tendencia futura para que venha a se propor normas que elimine os respectivos direitos (GARCIA, 2010).

Existe uma ampla jurisprudência que vem aos poucos legislando a fim de que se garanta os direitos fundamentais e onde os princípios constitucionais sejam respeitados em toda a sua amplitude.

5. CONCLUSÃO:

A partir das colocações feitas, fica evidente a relevância do efeito *cliquet* ou do princípio da proibição do retrocesso dentro do contexto do ordenamento jurídico. O que se observa é que o referido princípio se constitui numa armadura a fim de que os direitos não sofram ataques visando revogar ou diminuir os mesmos.

Além do fato de que o princípio não apenas impede de ocorra manobras que visem mexer nos direitos fundamentais, de maneira implícita ou explícita, assim como só permite que os mesmos sejam revogados se houver uma criação de uma nova lei que aborde o respectivo direito na sua totalidade com plena amplitude.

Nesse sentido o princípio do retrocesso social faz a referência a impossibilitar que se tenha uma redução do grau de concretizar os direitos que já se encontram implementados pelo Estado, ou seja, uma vez que se tenha alcançado o respectivo direito o legislador não pode suprimir ou mesmo reduzir o direito sem que para tanto se crie uma medida de compensação.

SPALA, Felipe
SILVA, Gabrielle Saraiva

É preciso no entanto que o princípio do retrocesso social não seja visto como uma barreira para que se promova mudanças no que diz respeito aos direitos fundamentais, o que se espera no entanto é que qualquer mudança que venha a ser proposta, ou mesmo alteração ou ainda uma supressão no contexto da lei que se verifique de maneira ampla e irrestrita se os direitos e garantias fundamentais não estejam sendo de alguma forma burladas, pois o que se busca na verdade é que em nenhum momento usurpar o desenvolvimento dos direitos e garantias fundamentais que venham a melhorar as condições dos cidadãos que já foram alcançados.

Assim, conclui-se que o princípio da proibição do retrocesso é muito relevante dentro do ordenamento, e que precisa ser utilizada, e que se deve sempre observar as reformas legislativas, sempre buscando resguardar os direitos já adquiridos pela sociedade e que seja evitado qualquer retrocesso dentro do contexto da sociedade, por isso sempre se deve verificar quais são os direitos fundamentais e se os mesmos não estão sendo desrespeitados em função de qualquer proposta de algum legislador com relação a mudanças. Olhando dessa forma, mudanças são bem vindas se as mesmas vierem agregar aos direitos dos cidadãos já previstos constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

ANGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. Princípios constitucionais do Direito de Família brasileiro contemporâneo. **A família além dos mitos**, Belo Horizonte, Del Rey, 2008.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e fundamentais**: do discurso à prática efetiva: um olhar por meio da literatura. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007.

GARCIA, Sergio Renato Tejada. O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria – análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais, e da Turma Nacional de Uniformização. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, nº 36, junho de 2010. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4>.

SPALA, Felipe
SILVA, Gabrielle Saraiva

jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio_tejada.html. Acesso em: maio de 2023.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2009.
JUNKES, Sérgio Luiz. **Defensoria pública e o princípio da justiça social**. Curitiba: Juruá, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

REIS FILHO, José Wilson Reis; Alves, Fernando de Brito. **O princípio da vedação do retrocesso social: uma interpretação ampliada**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5e6eda66654df2e1>. Acesso em Maio de 2023.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada: pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em Administração**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WILLIS, Santiago Guerra Filho (Coord). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DOS SÓCIOS NO CASO DA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE SOCIEDADE DE PESSOAS (ART. 134, VII, CTN).

Estudo sobre a aplicação da hipótese de atribuição da responsabilidade de terceiro a pessoa do sócio quando houver a dissolução da sociedade de pessoas.

Elias de Melo Colodino¹

José Eduardo Silvério Ramos²

RESUMO: Inicialmente, entendemos que o agente passivo da relação jurídica fiscal deve ser compreendido apenas entre contribuinte e responsável. Quanto ao presente tema, focaremos no responsável tributário, por se tratar de responsabilidade de terceiros. Por fim, a responsabilidade imputada ao terceiro responsável, pode encaixar-se dentro das modalidades: pessoal, subsidiária e solidária. Há necessidade da compreensão desses conceitos visto que o presente estudo se trata, a curto e grosso modo, de dizer, da responsabilidade pessoal, imputada subsidiariamente ao sócio em situação específica. Contudo, é sabido que a sociedade de pessoas ou a pessoa jurídica, possui personalidade jurídica própria, portanto separa os bens próprios dos bens de seus sócios. Destarte, é entendível de forma empírica, e, também legal, que os bens de propriedade dos sócios não se confundem com a pessoa jurídica. Entretanto, o Código Tributário Nacional por sua vez, positiva a possibilidade legal de haver responsabilização, que não pelo incidente da desconsideração da personalidade jurídica, do sócio, em havendo a dissolução irregular da sociedade de pessoas, tendo ele que responder com seu patrimônio pessoal por débitos fiscais da sociedade. Contudo, não são todas as sociedades que transferem a responsabilidade. Para compreender, necessário é fazer a distinção entre as sociedades de pessoas e as sociedades de capital. Apesar do CTN citar a responsabilidade solidária dos sócios pelos débitos fiscais da sociedade, ele não classifica as sociedades de pessoas, cabendo a análise do direito empresarial e civil para a compreensão da dinâmica e diferença entre elas.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade. Dissolução. Irregular. Sócio. Tributo.

¹Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim. E-mail: elias.colodino@outlook.com

² Advogado, Doutor em Direito Tributário. E-mail: joseeduardo@silverioramos.com.br

Transferência.

ABSTRACT: Initially, we understand that the passive agent of the fiscal legal relationship must be understood only between the taxpayer and the person responsible. As for this topic, we will focus on the person responsible for the tax, as it is the responsibility of third parties. Finally, the liability imputed to the responsible third party, can fit within the modalities: personal, subsidiary and solidary. There is a need to understand these concepts since the present study deals, in short and roughly, with personal responsibility, subsidiarily imputed to the partner in a specific situation. However, it is known that the partnership or legal entity has its own legal personality, therefore it separates its own assets from the assets of its partners. Thus, it is understandable empirically, and also legally, that the assets owned by the partners are not to be confused with the legal entity. However, the National Tax Code, in turn, favors the legal possibility of liability, other than for the incident of disregarding the legal personality of the partner, in the event of an irregular dissolution of the partnership, having him respond with his personal assets for company tax debts. However, not all companies transfer responsibility. To understand this, it is necessary to make a distinction between societies of persons and societies of capital. Although the CTN cites the joint responsibility of the partners for the company's tax debts, it does not classify partnerships, leaving the analysis of business and civil law to understand the dynamics and difference between them.

KEYWORDS: Responsibility. Dissolution. Irregular. Partner. Tribute. Transfer.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho finca-se no escrutínio do tema da Responsabilidade Tributária do Sócio quando o fisco buscar ver adimplido o seu crédito tributário devido por sociedade de pessoas que se dissolveu irregularmente. Como toda dissertação, apresenta-se aqui a construção da matéria de responsabilidade tributária. A pesquisa refere-se, especificamente, ao estudo da previsão do artigo 134, inciso VII do CTN. O tema é interessante e merece uma análise específica devido a sua localização dentro da matéria “responsabilidade tributária”, vemos que a transferência de responsabilidade tratada pelo Código Tributário Nacional pode ser dar de diversas maneiras, transferindo-se a terceiros conforme descreve o próprio texto do artigo 134 e 135. O artigo 134 traz no seu inciso VII, a possibilidade da transferência da responsabilidade tributária ao sócio no caso da dissolução da sociedade de pessoas, hipótese essa que muitas vezes se confunde com a situação narrada no inciso III do artigo 135 do mesmo código, entretanto veremos claramente que a aplicação do artigo 135, inciso III se dá de maneira diferente ao do 134, VII. Neste trabalho será construída toda a linha de raciocínio para se compreender a hipótese onde a pessoa natural responderá com seu patrimônio pessoal pelos débitos tributários da pessoa jurídica cujo qual integre o quadro societário. A responsabilidade de terceiros tem seu assento especial na matéria tributária diante da vasta possibilidade de aplicação legal aos casos práticos. Foi utilizado como fonte de pesquisa duas obras, que seguirão como norte à nossa

construção lógica. O objetivo do presente trabalho é o estudo de maneira sistemática e concisa, observando-se também a atuação prática do tema, fazendo uso de análise de caso prático, doutrina e dispositivos legais, com isso, buscaremos o entendimento completo da atribuição da responsabilidade ao sócio.

1. SUJEIÇÃO PASSIVA DA RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA.

A priori devemos destacar que o tema aqui tratado é resultante de uma relação jurídica tributária regida de maneira geral pelo Código Tributário Nacional e de forma estrita pelas normativas estaduais e municipais quando necessárias ao tema.

A relação que é tratada por este ramo do direito se dá entre os agentes ativos e passivos, onde os agentes passivos serão sempre entidades públicas, podendo ser o poder público municipal, estadual ou federal, além das autoridades fiscais e as autarquias, enquanto a parte passiva desta relação poderá ser tanto a pessoa natural quanto a pessoa jurídica de direito privado.

O sujeito passivo, a quem caberá a responsabilidade pelo pagamento da obrigação tributária, será sempre determinado pela lei que instituiu tal tributo, entretanto, podemos classificar o sujeito passivo de duas formas, sendo eles o contribuinte e o responsável, ambos possuem responsabilidades diante da entidade fiscal, a diante veremos as principais diferenças.

1.1 O Contribuinte e o Responsável.

O sujeito passivo da relação tributária é conceituado pelo art. 121 do Código Tributário nacional, o referido dispositivo separa a sujeição passiva na pessoa do contribuinte e do responsável, sendo que ambos são responsáveis pelo cumprimento da obrigação, entretanto o que os difere é a relação cujo qual, o sujeito tem com o tributo, vejamos: o contribuinte, em poucas palavras é quem faz o fato gerador do tributo acontecer, e por esse motivo é quem possui a obrigação de arcar com o referido tributo; o responsável por sua vez é aquele indicado por lei a pagar determinado tributo mesmo que não tenha sido este o responsável pelo acontecimento do fato gerador.

1.2 Hipóteses de Responsabilidade Tributária no Código Tributário Nacional.

O Código Tributário Nacional em seu art. 128 traz a possibilidade da transferência da responsabilidade tributária a terceiro que não seja o contribuinte, em outras palavras, ele traz as situações em que será imputada a responsabilidade ao contribuinte ou responsáveis, diante disso há que se compreender quais são as hipóteses trazidas pelo código sobre a responsabilidade de terceiros sobre o tributo devido.

Como não é o foco do presente artigo explicar sobre as hipóteses de responsabilidade de terceiros, faremos uma breve análise das possibilidades positivadas na legislação. O código divide a responsabilidade nas seguintes hipóteses;

Responsabilidade dos Sucessores: Contida nos artigos 130 a 133 do CTN, a referida possibilidade consiste na transferência da responsabilidade de cumprir com a

obrigação fiscal que ora era do sucedido para o seu sucessor, em outras palavras, aquele que adquire bens por transmissão sucessória também adquire seus encargos tributários.

Responsabilidade por Substituição: Nesta situação, o contribuinte não será quem arcará com o adimplemento do tributo em razão de haver o fenômeno da substituição tributária em lei tributária específica que nominará o responsável pelo pagamento.

Responsabilização por Infrações: Está contida nos artigos 136 a 138 do CTNE dispõe sobre a sujeição passiva daqueles que infringem atos normativos, puníveis por multa.

Responsabilidade de Terceiros: Prevista nos artigos 134 e 135 do CTN, a responsabilidade de terceiros se divide em responsabilidade subsidiária, solidária e pessoal, conforme narram os respectivos artigos.

1.3 Efeitos da Responsabilidade Pessoal, Subsidiária e Solidária.

Ressalta-se que a responsabilidade pessoal, subsidiária ou solidária decorre do princípio da legalidade tributária, portanto o próprio código determina seus conceitos e efeitos.

Responsabilidade subsidiária: A subsidiariedade se dá pela ordem de cobrança, devemos entender que aqui o responsável tributário será cobrado quando o contribuinte se mostrar impossibilitado de adimplir com tal obrigação, diz Maria Rita Ferragut que:

Será subsidiária se o terceiro for responsável pelo pagamento da dívida somente se constatada a impossibilidade de pagamento do tributo pelo devedor originária. (FERRAGUT, 2013, P.40).

Responsabilidade solidária: Positivada no artigo 124, a solidariedade implica numa exclusão da ordem de cobrança, sendo o sujeito passivo (contribuinte e responsável) cobrados de maneira igualitária e concomitante, por sua vez, o art. 125 do CTN diz exatamente quais são os efeitos da solidariedade, vejamos:

Art. 125. Salvo disposição de lei em contrário, são os seguintes os efeitos da solidariedade:

I - o pagamento efetuado por um dos obrigados aproveita aos demais;

II - a isenção ou remissão de crédito exonera todos os obrigados, salvo se outorgada pessoalmente a um deles, subsistindo, nesse caso, a solidariedade quanto aos demais pelo saldo;

III - a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica aos demais

Responsabilidade pessoal: Esta por sua vez será sempre pessoal e intransferível, vez que o próprio código atribuindo ao contribuinte ou responsável aquela responsabilidade, deverá ele adimplir com o dito dever. Novamente, analisando o conceito trazido por Maria Rita Ferragut vemos que a responsabilidade pessoal se dará da seguinte maneira:

Será pessoal se competir exclusivamente ao terceiro adimplir a obrigação, desde o início (responsabilidade de terceiros, por infrações substituição). (FERRAGUT), 2013, P.40.

2 RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DOS SÓCIOS NOS CASOS DEDISSOLUÇÃO IRREGULAR DE SOCIEDADE DE PESSOAS (ART. 134, VII, CTN).

Muito se fala da hipótese prevista no artigo 134, VII, CTN, confundindo-o com o texto do art. 135, III do mesmo código, trata-se de situações em que há transferência da responsabilidade tributária que ora é atribuída à pessoa jurídica para a pessoa do sócio.

A redação do artigo 134, VII, do CTN trata do seguinte assunto:

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

[...]

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Há que se ressaltar que o parágrafo único do referido dispositivo atribui a responsabilidade ao sócio apenas nas penalidades de caráter moratório.

O professor e doutrinador José Eduardo S. Ramos, destaca que a aplicação do inciso VII, do art. 134 só cabe exclusivamente ao sócio cotista da sociedade, não cabendo a aplicação aos sócios administradores, cuja hipótese de incidência se encontra positivada no art. 135, vejamos:

O artigo 134, VII, CTN, aplica-se exclusivamente ao sócio cotista da sociedade de pessoas, não se confundindo com a responsabilidade tributária dos sócios administradores prevista no artigo 135, III, CTN. (RAMOS, 2020, P.128.)

Analisando o caput do art. 134, entendemos que haverá a substituição tributária para o terceiro responsável nos casos em que estes “intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis”; analisando friamente o pequeno texto conseguimos extrair que para ocorrer tais substituições deverá ocorrer o incidente da desconsideração da personalidade jurídica, e este é um ponto interessante de discussão para a doutrina, pois o próprio artigo fala que a responsabilidade será solidária e não subsidiária.

O doutrinador José Eduardo S. Ramos assevera que a parte do caput do art. 134 que diz “respondem solidariamente” deve ser interpretada de forma sistemática, pois a substituição só ocorrerá após o esgotamento das tentativas do fisco em satisfazer o crédito com o patrimônio da sociedade. Vejamos:

Em decorrência do exposto no parágrafo acima, a segunda parte do caput do art. 134, CTN (ii) “respondem solidariamente” deve ser interpretada sistematicamente. Trata-se de responsabilidade subsidiária do sócio, que ocorrerá somente se o patrimônio da sociedade não for suficiente para satisfazer o crédito tributário. (RAMOS, 2020, P.130)

Seguem no mesmo entendimento Renato Lopes Becho, Leandro Paulsen e Maria Rita Ferragut, esta última diz em seu livro “Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002” que:

A responsabilidade é subsidiária na medida em que a lei não permite que o terceiro se responsabilize pela dívida sem que o credor certifique-se de que o cumprimento da obrigação, pelo contribuinte, é impossível.

Primeiro, faz-se necessário exigir do contribuinte o cumprimento do objeto da prestação para, somente depois, se comprovada a impossibilidade da satisfação do crédito por esse sujeito – vale dizer, se efetivamente tiverem sido utilizados os meios disponíveis para cobrança, que ainda assim restou infrutífera – cobrar o responsável tributário o valor em aberto.

Com isso, o nascimento da relação jurídica de responsabilidade não advém do fato jurídico tributário, mas do reconhecimento (FERRAGUT, 2013, P.128;129.)

Analisando este contexto que nos inserimos, entendemos que a redação do caput do art. 134 está incorreta, visto que a responsabilidade solidária ocorre com a intercorrência simultânea de responsabilidade, diferente do que ocorre na situação do próprio artigo, que em palavras diferentes aduz que em não havendo possibilidades de cumprimento da obrigação principal pela sociedade de pessoas, só então haverá a desconsideração da personalidade jurídica e daí será afetado o patrimônio do sócio ou sócios da referida sociedade. Entretanto, o professor José Eduardo S. Ramos alerta que “A solidariedade ocorrerá entre os sócios”, em outras palavras, a responsabilidade será atribuída solidariamente aos sócios da pessoa jurídica cujo incidente da desconsideração da personalidade lhe ocorreu, que agiram com culpa, praticando a ingerência ou conduta ilícita na liquidação da sociedade de pessoas.

Em síntese, e em uma tentativa de comprimir toda a matéria explanada até o presente momento, compreendemos que o sócio, independente de ser apenas cotista ou administrador, inicialmente não faz sequer parte da relação jurídica instaurada entre o agente passivo, que ora é a pessoa jurídica, classificada como sociedade de pessoas, e o fisco, contudo, em havendo dissolução da sociedade, independente de culpa ou dolo havido à época do fato gerador do referido tributo, passa o sócio a responder subsidiariamente, e solidariamente entre os demais cotistas, pelos créditos constituídos pelo fisco sob a pessoa jurídica. Aqui, não se discutirá a necessidade do incidente da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, já que em algumas sociedades, é regra geral a responsabilidade ilimitada do sócio, como é o exemplo da Microempresa, já em outras como a Limitada, não ocorre a responsabilidade ilimitada. Desta forma, passando a falar sobre o procedimento processual, o fisco deve primeiramente esgotar todas as tentativas e formas de cobrança, a fim de ver adimplido o crédito pelo agente passivo originário, e caso restecomprovada a insolvência e total impossibilidade da sociedade, só então porá o fisco, no polo passivo da execução, o sócio, devendo também, nos casos onde houver mais de um sócio, atribuí-los de maneira solidária ao polo passivo da relação processual, não podendo o fazer contra apenas um dos cotistas.

Quanto a importância do tema, vale destacar que para a prática tributária é extremamente atentar-se a validade da cobrança. Visto que uma das formas de defesas em matéria administrativa e também judicial, é a nulidade dos atos. Veja, há situações em que o fisco irá exercer a cobrança de maneira indevida, como ocorre em várias situações no estado do Espírito Santo, atribuindo diretamente ao sócio a

responsabilidade de tributo devido pela pessoa jurídica, desta forma é totalmente irregular a cobrança.

2.1 Sociedade de Pessoas x Sociedade de Capital

O artigo 134, VII, do CTN narra que a respectiva transferência de responsabilidade que é objeto de estudo deste trabalho ocorrerá no caso de liquidação de “sociedade de pessoas”, no entanto existem diversas possibilidades e tipos de sociedades no ramo do direito privado, e o CTN não narra especificamente o que ou quais seriam os modelos de sociedades de pessoas aplicáveis a espécie, deste modo teremos que buscar respostas em outros campos do Direito, como o direito civil e o direito empresarial.

Entrando no contexto aqui abordado, a sociedade de pessoas está positivada no artigo 981 do Código Civil de 2002.

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

Em regra, temos as sociedades de pessoas, onde a qualidade de sócio se dá pessoalmente. Em regra, temos as sociedades de pessoas, onde a qualidade de sócio se dá pessoalmente; nas palavras do professor José Eduardo Silvério Ramos, “As sociedades de pessoas são constituídas em função da qualidade pessoal dos sócios”, por outro lado, as sociedades de capital são pré-estabelecidas com vínculo societário determinado pelo capital.

Devemos entender que as sociedades de capital não incorporam o tema objeto deste trabalho, visto que estas não são alvos do artigo 134, VII, CTN. Entretanto, a definição das sociedades diverge muito entre as doutrinas, e variam nos casos concretos, portanto teremos que fixar o conceito genérico da sociedade de pessoas e de sociedade de capital.

As sociedades de Pessoas portanto, são determinadas pela sua característica principal que é a sociedade de caráter pessoal, onde quem assume o cargo de sócio é uma pessoa natural, enquanto nas sociedades de capital, não importa o sócio como pessoa natural, mas sim o próprio capital, desta forma, mesmo uma pessoa jurídica de direito privado pode figurar como sócia em uma sociedade de capital. Para José Eduardo S. Ramos, os tipos societários se definem da seguinte forma:

Conclui-se, portanto, que a qualificação subjetiva do sócio como condição para integrar a sociedade é o ponto central para identificar a sociedade de pessoa. Alguns tipos societários poderão ou não ser classificados com tal, conforme as particularidades da sociedade no caso concreto. Em princípio, a sociedade anônima e a limitada são sociedades de capital, mas podem vir a ser consideradas sociedades de pessoas se no caso concreto for comprovado que a qualificação subjetiva do sócio é condição para integrar a sociedade. (RAMOS, JOSÉ EDUARDO, 2020, P.122.)

2.2 Ocorrência da Dissolução Regular da Sociedade de Pessoas

O presente trabalho versa sobre a responsabilidade tributária do sócio em havendo a dissolução irregular da sociedade de pessoas. O entendimento do STJ quanto a dissolução irregular da sociedade de pessoas é que ela ocorre quando a empresa deixa de realizar definitivamente suas atividades no seu domicílio fiscal, sem informar ao fisco ou aos órgãos competentes. Desta forma sabemos o que seria a dissolução irregular, contudo faremos uma breve análise da forma correta da dissolução da sociedade.

A dissolução da sociedade pode ocorrer de forma parcial ou total, é necessário entender que há diferença, mais ainda, quais são as diferenças de uma para outra.

A dissolução parcial ocorre quando há liquidação das quotas sociais, por parte do cotista para a fim de ter para si o valor proporcional da sua quota do patrimônio da empresa, são exemplos de dissolução parcial da sociedade a: morte do sócio, o direito de retirada do cotista, falta grave perante o estatuto social, incapacidade superveniente.

Por sua vez, a dissolução total da sociedade é identificável pelo fim da atividade que por ela era realizada, bem como o fim dos vínculos contratuais, a sociedade poderá ser dissolvida completamente de várias maneiras, o código civil nos seus artigos 1.033 a 1.038 discorre sobre as possibilidades, no entanto o art. 1.033 traz pontualmente algumas das possibilidades, veja:

Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer:

- I - o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado;
- II - o consenso unânime dos sócios;
- III - a deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado;
- IV - (Revogado pela Lei nº 14.195, de 2021);
- V - a extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar.

2.3 Da Preferência do Crédito Tributário

Para a empresa que se encontra em estado de falência, recuperação judicial, ou mesmo em insolvência existe a ordem de cobrança preferencial de créditos pelos credores, o chamado concurso de credores. Contudo, o CTN diz que o crédito tributário prefere a qualquer outro, independentemente do tempo de constituição ou da natureza do mesmo, ressaltando-se que os tributos devidos não se sobrepõem aos créditos trabalhistas e do acidente de trabalho, veja:

Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho.

Parágrafo único. Na falência;

- I - O crédito tributário não prefere aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado;

- II - A lei poderá estabelecer limites e condições para a preferência dos créditos decorrentes da legislação do trabalho;
- III - A multa tributária prefere apenas aos créditos subordinados.

Entretanto, a narrada preferência tributária se dá apenas nas situações de insolvência da empresa, visto que o mesmo não vale para as situações de falência e recuperação judicial, nas demais hipóteses, o crédito tributário não se sujeita ao concurso de credores, conforme narra o artigo 187 do CTN.

Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento. Parágrafo único. O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem:

- I - União;
- II - Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e pró rata;
- III - Municípios, conjuntamente e pró rata.

Por esta razão, não há que se falar em participação do fisco no concurso de credores nas situações de falência ou recuperação judicial da sociedade. Conforme narra o dispositivo legal, o concurso de preferência ocorre apenas entre pessoas de direito público, sendo nesta ordem, a União, os Estados e o Distrito Federal e, após os municípios. Quanto ao presente assunto, temos que nos atentar para o ADPF 357, onde o STF decidiu que a União não terá mais a preferência para o recebimento de créditos tributários, pelo voto da ministra Carmem Lúcia.

3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO STJ

Após narrada a teoria do assunto da responsabilidade tributária do sócio no caso da dissolução irregular da sociedade de pessoas podem surgir dúvidas quanto aos possíveis casos práticos. Faremos então uma análise do entendimento jurisprudencial do STJ através do julgado a seguir:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA DE NATUREZA REPETITIVA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL, NA HIPÓTESE DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA PESSOA JURÍDICA EXECUTADA. IMPOSSIBILIDADE DE SER CONSIDERADO COMO RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO O SÓCIO OU O TERCEIRO NÃO SÓCIO QUE, APESAR DE EXERCER A GERÊNCIA DA PESSOA JURÍDICA EXECUTADA, À ÉPOCA DO FATO GERADOR, DELA REGULARMENTE SE AFASTOU, SEM DAR CAUSA À SUA POSTERIOR DISSOLUÇÃO IRREGULAR. TEMA 962/STJ. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

(STJ - RESP: 1377019 SP 2013/0013437-2, RELATOR: MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES, DATA DE JULGAMENTO: 24/11/2021, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO).

A situação narrada no presente julgado é o redirecionamento da cobrança do débito tributário para a pessoa natural que estava no quadro societário da empresa à época do fato gerador do tributo, e que posteriormente se afastou do quadro societário de maneira regular, não possuindo vínculo com a empresa a época da dissolução

irregular da referida sociedade.

A questão é analisada com base no artigo 135, inciso III do CTN, mas deve ser analisada a luz do artigo 134, inciso VII, CTN também, que é o que faremos.

Na respectiva data de constituição do crédito tributário, o ex-sócio gerente não agiu com excesso de poderes, não infringiu a lei, contratos sociais ou estatutos da própria sociedade, afastando desta forma a responsabilidade pessoal do agente, entretanto continuava figurando como sócio nos quadros da sociedade. Posteriormente a pessoa que ocupava tal cargo veio a se desvincular dele, saltando para fora do quadro societário da empresa que tempos depois veio a se dissolver irregularmente. Antes de continuarmos, vale ressaltar que o próprio STJ sumulou como ocorre a dissolução irregular da sociedade de pessoas, veja:

Súmula 435 do STJ - Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

Com a dissolução irregular da sociedade, houve a execução fiscal e posteriormente o redirecionamento da cobrança para o ex-sócio, entretanto o colegiado decidiu que o fato de estar ocupando o cargo de sócio no tempo da constituição do crédito não o responsabiliza quanto ao respectivo débito, visto que este se afastou regularmente, e não deu causa a dissolução irregular da sociedade, afastando dessa forma a responsabilidade subsidiária do mesmo.

4 CONCLUSÃO

Neste trabalho procurou-se construir uma linha de raciocínio para a compreensão completa da matéria positivada no artigo 134, inciso VII do CTN, qual seja, a responsabilidade tributária do sócio na dissolução da sociedade de pessoas. Fazendo uma breve análise e recapitulação do presente artigo, entende-se a relação passiva aos tipos de sujeitos que compõem este polo na relação jurídica tributária tratando individualmente sobre o contribuinte e o responsável.

Quanto a sujeição passiva tributária, abordada no tópico “2”, depreende-se que se trata da relação do fisco com o agente, seja ele pessoa natural ou uma sociedade de personalidade jurídica, quanto ao fisco, este será representado sempre pelo ente federado ao qual esteja o tributo vinculado, bem como a União. Considerando o texto legal previsto no Código Tributário Nacional, o agente passivo será aquele que praticou o fato gerador de determinado tributo, denominando-se o contribuinte, ou nos casos em que a lei apontar àquele que deve arcar com a responsabilidade, sendo estenomeado de responsável tributário.

Após, buscamos o escrutínio do tema responsabilidade, sendo destacadas as responsabilidades: Pessoal, solidária e subsidiária, analisando o tema da perspectiva legal e doutrinária, concluindo que no presente estudo aplica-se ao sócio da sociedade de pessoas a responsabilidade subsidiária, e em havendo mais de um sócio no quadro societário da empresa, esta responsabilidade será solidária entre eles.

Na sequência, entramos a fundo no tema central proposto, narrando a luz de doutrinadores e do texto legal, diferenciando a aplicação do referido dispositivo à do artigo 135, inciso III do CTN, bem como tratamos das espécies de sociedades, sendo

feita a distinção entre a sociedade de pessoas e sociedade de capital, sendo a diferença havida principalmente na conduta do agente, uma vez que para a responsabilidade subsidiária do sócio independe de dolo ou infração a qualquer código estatutário empresarial, o que é antônimo da relação estabelecida no artigo 135, visto que além de depender dos requisitos citados anteriormente, será originariamente diferente, diante do tipo da responsabilidade atribuída, qual seja, a pessoal.

As sociedades de pessoas, citadas no presente artigo devem ser analisadas, diante da diferença entre sociedade de pessoas e sociedade de capital. O que se faz importante salientar é que, o imbróglio ao qual este trabalho busca dissertar não recai sobre a sociedade de capital, fato este constatado inicialmente pela leitura do próprio dispositivo legal, e principalmente ao analisar as diferenças entre ambas, descritas no tópico “3.1”.

A dissolução da sociedade de pessoas é entendida como irregular quando ela deixa de exercer sua atividade econômica, e não comunica ao órgão regulador, bem como ao fisco, tal situação. Quanto a dissolução regular da sociedade, esta se dará de forma parcial ou total, estas nos termos explicados no tópico “3.2”.

O crédito tributário, devidamente constituído, prefere a qualquer outro, não sendo suscetível ao concurso de credores que está previsto no Código Civil brasileiro. Portanto, não há que se falar na inclusão dos tributos no processo de falência empresarial.

Analisando o caso jurisprudencial, depreende-se que o afastamento regular do quadro societário da sociedade de pessoas afasta a possibilidade de posterior responsabilização por tributos devidos pela pessoa jurídica, mesmo tendo praticado o fato gerador.

Portanto, analisando o conteúdo trazido pelo presente artigo entende-se que a pessoa natural que compõe o quadro societário em uma das possíveis espécies de sociedades de pessoas pode em determinadas situações ter seu patrimônio afetado pelos débitos tributários onde figura no polo passivo originário a pessoa jurídica, excluindo-se deste presente artigo a questão processual da necessidade ou desnecessidade do incidente da desconsideração da personalidade jurídica em situações práticas.

5 REFERÊNCIAS

FERRAGUT, Maria Rita, Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002. 3ª ED. São Paulo: Noeses, 2013.

RAMOS, José Eduardo Silvério, Responsabilidade Tributária do Sócio e do Administrador: Normas Jurídicas, Fatos Jurídicos e Prova. 1ª ED. – São Paulo: Noeses, 2020.

BRASIL, Lei Nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, (Código Tributário Nacional).

Disponível em: <

[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/L5172COMPILADO.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm). ACESSO

EM: MAR.2022.>

COLODINO, Elias de Melo
RAMOS, José Eduardo Silvério

BRASIL, Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, (Código Civil). Disponível em:
[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/LEIS/2002/L10406COMPILADA.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm).
ACESSO EM: MAR.2022.

A IMPORTÂNCIA DA FORMAÇÃO CONTINUADA DO DOCENTE PARA UMA EDUCAÇÃO JURÍDICA TECNOLÓGICA.

Sirval Martins dos Santos Júnior¹

Karina Ambrozio Mageske²

RESUMO: A presente pesquisa buscou analisar como a formação continuada dos professores pode ser considerada enquanto uma ferramenta para a implementação do letramento digital e das novas tecnologias na educação jurídica. Esta vertente será uma forma de materializar, de forma prática, a Resolução nº 02/2021 que alterou o artigo 5º da Resolução nº 05/2018, que versa sobre as Diretrizes Nacionais Curriculares, passando a constar no rol de conteúdos e atividades de perspectivas formativas, dentre outras, o uso das novas tecnologias no campo educacional por intermédio do letramento digital. Para tanto, o método utilizado foi o dedutivo, uma vez que se partiu de premissas universais para premissas particulares para se chegar a uma conclusão, assim como uma pesquisa bibliográfica na doutrina acerca da temática. Restou evidenciado, dessa forma, que a formação continuada dos professores é um dos principais caminhos para que a cultura digital seja cada vez mais presente na vida acadêmica, assim como na transformação do professor “transmissor” para o professor “mediador”, mas que as instituições de ensino têm uma responsabilidade crucial para viabilizar esse cenário disruptivo.

PALAVRAS-CHAVE: letramento digital; formação continuada; educação jurídica.

¹Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória (FDV), sendo bolsista institucional do Programa de Pós-Graduação. Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (FAVENI). Graduado em Direito pela FDV, sendo bolsista do Programa Universidade para Todos (ProUni), com semestre cursado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (FDUNL) em Portugal. Professor Universitário da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI). Assessor da Secretaria de Estado de Direitos Humanos do Espírito Santo (SEDH), exercendo o cargo de Coordenador de Aquisições do Projeto Estado Presente: Segurança Cidadã, financiado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). Advogado inscrito nos quadros da OAB/ES. Membro da Comissão de Direitos Sociais e de Direitos Humanos da OAB/ES. E-mail: sirvaljr@gmail.com

² Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI). Presidente do Centro Acadêmico “Abel Santana” da FDCI. Pesquisadora nas Iniciações Científicas “Jurimetria: estatística aplicada ao Direito” e “Estado, Governo e Políticas Públicas”. E-mail: karen2010_amb@hotmail.com

JÚNIOR, Sirval Martins dos Santos Júnior
MAGESKE, Karina Ambrozio

ABSTRACT: This research sought to analyze how continuing teacher training can be considered as a tool for implementing digital literacy and new technologies in legal education. This aspect will be a way to materialize, in a practical way, Resolution No. 02/2021, which amended article 5 of Resolution No. 05/2018, which deals with the National Curricular Guidelines, becoming part of the list of contents and activities from training perspectives, among others, the use of new technologies in the educational field through digital literacy. To this end, the method used was deductive, since it started from universal premises to particular premises to reach a conclusion, as well as a bibliographical research on the doctrine on the subject. It remains clear, therefore, that the continued training of teachers is one of the main ways for digital culture to be increasingly present in academic life, as well as in the transformation of the “transmitter” teacher into the “mediator” teacher, but that the Educational institutions have a crucial responsibility to make this disruptive scenario viable.

KEYWORDS: digital literacy; continuing training; legal education.

INTRODUÇÃO

A prática educacional, nos últimos anos, vem sofrendo transformações substanciais, no que concerne à adoção das novas tecnologias enquanto estratégia de ensino aprendizagem. Contudo, esse cenário disruptivo ganhou muito mais evidência e notoriedade com o isolamento social desencadeado pela da pandemia da Covid-19, em que as instituições de ensino, os professores e os alunos, foram praticamente obrigados a adotar a educação remota emergencial enquanto a única forma para não haver a paralisação das atividades em sala de aula.

Ademais, torna-se necessária a valorização da implementação de políticas didático-pedagógicas para propiciar o letramento digital não somente para os alunos, mas também como práticas de formação continuada para os docentes. Dessa forma, indaga-se: de que maneira a formação continuada poderá contribuir para a consolidação das novas tecnologias e do letramento digital na educação jurídica?

Busca-se, dessa forma, analisar como formação continuada dos professores possui o condão de ser uma mola propulsora para a implementação e consolidação das novas tecnologias. Para atingir o objetivo proposto, optou-se pelo método dedutivo, em que se partiu de premissas gerais na busca de explicar fenômenos particulares, chegando-se a uma conclusão. Ademais, utilizou-se a pesquisa bibliográfica em autores renomados e especializado na pesquisa das transformações da educação jurídica e da formação dos professores.

Será abordado, na primeira seção, o estado da arte em que se encontra a incorporação das novas tecnologias enquanto estratégias de ensino aprendizagem na educação jurídica, bem como a definição e a fundamentalidade do letramento digital para atingir esse escopo. Posteriormente, na segunda seção, será demonstrado a mudança do papel dos professores, de uma postura de um mero “transmissor” para o complexo papel de “mediador”, reflexo das alterações das Diretrizes Nacionais Curriculares. Por fim, na terceira seção, será abordado acerca da necessidade da constante formação continuada dos professores para que proporcionem o letramento digital para seus alunos.

1. AS NOVAS TECNOLOGIAS ENQUANTO INSTRUMENTOS PEDAGÓGICOS NA

EDUCAÇÃO JURÍDICA: A FUNDAMENTALIDADE DO LETRAMENTO DIGITAL

O novo estágio do desenvolvimento econômico da modernidade é demarcado pela entronização dos meios tecnológicos e da conexão em rede nos meios de produção e de prestação de serviços, notadamente conhecida como “quarta revolução industrial”, ou, ainda, como “indústria 4.0”. Esta nova era digital é compreendida como uma nova forma de aquisição e profusão do conhecimento ante o acesso irrestrito e da velocidade de transmissão de informações em rede.

A implementação das inovações, num cenário cada vez mais disruptivo, tem se tornado cada vez mais comum enquanto ferramentas para o auxílio da atividade humana. Esses impactos, por sua vez, demandam que os profissionais tenham a formação necessária para o domínio técnico e instrumental de tais ferramentas, antes de implementá-las. Por isso, o mercado de trabalho exige-se a formação voltada para as novas tecnologias, por se tratar de um caminho sem volta, ante a irrestrita essencialidade para o desenvolvimento de diversas atividades.

A educação jurídica, por sua vez, ainda possui uma visão restrita e fechada dessa nova concepção, pautada em um rigor formalista, dogmático e engessado, desde o início dos cursos de Direito no Brasil no século XIX até os dias atuais. Em que pese tais características, o novo cenário disruptivo também trouxe impactos importantes na pedagogia jurídica, haja vista que o modelo que sempre se fez presente não mais se apresentava como o mais adequado para uma formação que atendesse aos interesses do mercado de trabalho.

A adoção de novas tecnologias enquanto ferramenta de trabalho do profissional do Direito e enquanto instrumento pedagógico na educação jurídica estava sendo implementado a passos lentos. Contudo, a transição do mundo analógico para o digital foi ainda mais potencializada com o advento da pandemia da Covid-19, uma vez que a medida profilática recomendada pelas autoridades de saúde foi o isolamento social, fazendo com que ensino remoto fosse a solução para não haver a paralisação das atividades acadêmicas³. Contudo, a esmagadora maioria das instituições, equipes pedagógicas, professores e alunos não possuíam ferramentas, tampouco formação adequada, para lidar com a educação intermediada por plataformas tecnológicas.

Com a nova realidade de isolamento social, deu-se início ao “ensino remoto emergencial” a qual foi responsável por tornar o ensino acessível aos alunos para que as atividades acadêmicas continuassem, mesmo em um período de anormalidade, por intermédio de ambiente virtual de aprendizagem, em aulas síncronas e assíncronas.

Com o objetivo profícuo de garantir à acessibilidade dos alunos ao ensino, o ensino remoto emergencial também atuou na amenização dos prejuízos institucionais caso houvesse a paralisação das atividades. Entretanto, essa realidade demonstrou o despreparo das instituições e professores ao lidarem com as novas tecnologias enquanto instrumentos pedagógicos, sobretudo na área jurídica, historicamente demarcada por uma educação tradicional e dogmática.

³ É importante consignar que a Portaria nº 2.117/2019, o Ministério da Educação autorizou as instituições de ensino poderiam ofertar, até o limite de 40% da carga horária dos cursos presenciais, disciplinas na modalidade de Educação à Distância (EaD), por intermédio de ambientes virtuais de aprendizagem (BRASIL, 2021). Posteriormente, com o cenário pandêmico, houveram outras disposições normativas como Portaria MEC n.º 544/2020; Portaria CAPES n.º 36/2020; da Medida Provisória n.º 934/2020; Parecer CNE/CP n.º 5/2020, que regulamentaram acerca das práticas digitais em um ensino remoto emergencial.

Diante de um cenário cada vez mais incerto e sem previsibilidade de retorno à normalidade, os professores se viram, na maioria das vezes, obrigados a aprenderem sozinhos a dominarem as tecnologias de informação e também implementar inovações em sala de aula, como a utilização de metodologias ativas para interação, engajamento e motivação dos alunos.

As metodologias ativas são tidas como estratégias de ensino que fomentam a participação efetiva dos alunos no processo de ensino aprendizagem, como, por exemplo, o estudo baseado em problemas de caso, a sala de aula invertida, gamificação, ensino híbrido, estudo de caso, dentre outros (BACIH, MORAN, 2018, p. 41). Além disso, foram as diversas inovações que os professores experimentaram em sala de aula, como a utilização de *powerpoint*, *prezi*, *podcast*, *play kahoot*, *mentimeter question*, *padlet*, dentre outras formas de aprimorar o conhecimento do discente.

Tamánhas possibilidades de aplicabilidade das novas tecnologias no campo do mercado de trabalho e também na educação jurídica evidenciam a relevância e a responsabilidade das instituições, professores e alunos possuem para a consolidação da cultura digital no ambiente acadêmico e, conseqüentemente, na atualização da formação tecnológica do profissional do direito. Essa transformação só será possível com a implementação do letramento digital, a qual pode ser conceituado enquanto:

[...] conjuntos de letramentos (práticas sociais) que se apoiam, entrelaçam, e apropriam mútua e continuamente por meio de dispositivos digitais para finalidades específicas, tanto em contextos socioculturais geograficamente e temporalmente limitados, quanto naqueles construídos pela interação mediada eletronicamente (BUZATO, 2006, p. 16).

Dessa forma, compreende-se que o letramento digital propicia o “domínio de técnicas e habilidades para acessar, interagir, processar e desenvolver multiplicidade de competências na leitura das mais variadas mídias” (AQUINO, 2005). Em outras palavras, a utilização das tecnologias da informação no campo educacional depende do letramento digital sob duas ópticas: um letramento prévio do docente para que obtenha competências e habilidades para o domínio das tecnologias enquanto ferramentas pedagógicas para já letrado, posteriormente, poder letrar e formar o discente para o mundo digital.

Contudo, a adoção do letramento digital ainda enfrenta muita resistência no ambiente acadêmico por todos os atores educacionais, quer seja os gestores das instituições, os professores e também os alunos. Essa resistência ainda é grande, haja vista que muitos destes possuem aversão a mudanças, além de despender de investimentos financeiros em novos instrumentos tecnológicos e também em formação continuada para os docentes e gestores pedagógicos. Quanto a isso:

O uso das TICs nas escolas enfrenta várias barreiras, dentre elas uma aversão à mudança que impossibilita a plena integração das novas tecnologias no contexto escolar. Essa resistência pode partir do professor ou da escola, no primeiro, pode ser por falta de interesse em mudar sua prática de ensino, insistindo em continuar com o método tradicional, e no segundo porque, muitas vezes, as escolas têm dificuldades de se reorganizar para promover a implementação de práticas pedagógicas inovadoras (SANTOS; BEATO; ARAGÃO, 2011, p. 05).

JÚNIOR, Sirval Martins dos Santos Júnior
MAGESKE, Karina Ambrozio

A adoção das novas tecnologias na educação e no mercado de trabalho do profissional do Direito é um caminho sem volta, motivo pelo qual justifica-se a ampla urgência de que o letramento digital seja cada vez mais presente nos currículos escolares, não apenas restrito à educação superior. Dessa forma, torna-se evidente a “a necessidade de a escola organizar-se a ponto de se tornar uma agência de letramento digital, principalmente do professor, tomando os gêneros digitais como objeto de ensino” (VILELLA, 2009, p. 5).

Ademais, caso não haja a implementação do letramento digital nas instituições, haverá a criação de uma massa de “excluídos digitais”, uma vez que as tecnologias de informações, na atualidade, são de fundamental importância para atividades básicas no dia-a-dia, como na comunicação, nas transações financeiras, no trabalho e, sobretudo, na educação.

Assim, a visão de que o professor é o “senhor” do conhecimento, o “detentor” do saber, ancorado no método transmissivo no processo de ensino aprendizagem, enquanto o aluno não possui nenhum saber a ser compartilhado, ou, ainda, habilidades e competências para uma troca de conhecimentos, apesar de ainda ser presente na atualidade, vem sendo cada vez mais o alvo de desconstrução. Há, no entanto, uma corrente de transformação do papel do professor enquanto transmissor de conteúdo, para um professor mediador, concebendo a educação em uma prática colaborativa na construção do saber, que será tratado no tópico seguinte.

2 AS DIRETRIZES NACIONAIS CURRICULARES E OS EFEITOS NA MUDANÇA DO PERFIL DE UM “PROFESSOR TRANSMISSOR” PARA O “PROFESSOR MEDIADOR”

De plano, insta salientar que neste trabalho adota-se a expressão “educação jurídica” em vez de “ensino jurídico”, pois se compreende que o ensino é apenas uma espécie do gênero educação. Isto é, os limites semânticos do signo “educação” são muito mais abrangentes do que “ensino”, sendo que este, portanto, é apenas uma forma de materialização daquela. Inclusive, nesse sentido, a expressão “ensino jurídico” sempre esteve atrelada à visão dogmática e formalista do direito no que tange ao modo de transmissão de conhecimentos, de forma acrítica e irreflexiva.

Historicamente, a gênese da educação jurídica sofreu forte influência dos métodos de ensino europeus, dada a colonização portuguesa do solo brasileiro. Isto fez com que, com a instalação dos cursos jurídicos no Brasil, tais características, como o “método coimbrão” e as “aulas conferências”, também fossem herdadas, originando-se as aulas puramente expositivas.

Embora as aulas expositivas tenham sido originadas no Brasil no século XIX, essa metodologia ainda é muito corriqueira nos cursos de Direito, sobretudo, por ser uma forma barata e sem requerer formação específica para desenvolvê-la. Dessa forma, o conhecimento é transmitido pelo professor, detentor do conhecimento em sala de aula, enquanto o aluno tem a simples tarefa de absorver o conhecimento, sem a devida capacidade crítica e a possibilidade de diálogo na construção de um saber múltiplo.

Essa metodologia consubstancia o que Paulo Freire denomina de “Educação Bancária”, em que os alunos são vistos como “bancos” em que o professor “deposita” o conhecimento e, para auferir se esta prática era exitosa tiraria um “extrato” por intermédio de uma prova escrita. Ou seja, o professor era tido como o principal responsável no processo de ensino aprendizagem, em uma relação hierarquizada,

JÚNIOR, Sirval Martins dos Santos Júnior
MAGESKE, Karina Ambrozio

autoritária, repetitiva e acrítica. Nesse sentido, acerca da educação bancária, Freire (2005, p. 65-66) compreende enquanto:

Narração de conteúdos que, por isto mesmo, tendem a petrificar-se ou a fazer-se algo quase morto, sejam valores ou dimensões concretas da realidade. Narração ou dissertação que implica um sujeito – o narrador – e objetos pacientes, ouvintes – os educandos. Há uma quase enfermidade da narração. A tônica da educação é preponderantemente esta – narrar, sempre narrar. [...] Por isto mesmo é que uma das características desta educação dissertadora é a ‘sonoridade’ da palavra e não sua força transformadora. [...] a narração, de que o educador é o sujeito, conduz os educandos à memorização mecânica do conteúdo narrado. Mais ainda, a narração os transforma em ‘vasilhas’, em recipientes a serem ‘enchidos’ pelos educados. Quanto mais vá ‘enchendo’ os recipientes com seus ‘depósitos’, tanto melhor educador será. Quanto mais se deixem docilmente ‘encher’, tanto melhores educandos serão.

A técnica consistente na mera transmissão de conhecimento de forma unilateral do professor para o aluno, muito embora ainda obtenha muitos adeptos, já não se demonstra apta pedagogicamente para a formação humanística do profissional do direito, sobretudo em uma sociedade cada vez mais complexa e conectada ao mundo digital.

Na atualidade, na perspectiva de uma educação jurídica voltada para o letramento digital, o professor deixa de ter um papel de “transmissor” e passa a ter um novo perfil, qual seja, de “mediador” no processo de ensino aprendizagem, realocando o foco do protagonismo para o aluno, enquanto peça principal na atividade educativa. Sua responsabilidade enquanto mediador é fazer parte, facilitar e fornecer os instrumentos necessários ao aluno para que ele construa o conhecimento de forma autônoma e independente, sempre supervisionado pelo professor.

As novas didáticas da educação jurídica intermediada pelas plataformas e instrumentos tecnológicos conferem a característica mediadora do professor em razão de que a ênfase na atividade educativa na co-aprendizagem, na cooperação, na parceria, isto é, a colaboração entre professor e aluno na construção do conhecimento por intermédio das novas tecnologias. Esse novo perfil do docente assume diversas funcionalidades, já que “ora é gestor, ora é mediador, ora é facilitador ou orientador, com a possibilidade de otimizar suas atividades e tarefas por meio do uso de recursos e tecnologias” (CAMARGO, DAROS, 2021, p. 20).

Tais mudanças conferem que a educação jurídica vem sofrendo profundas transformações ao reconhecer que o conhecimento é científico é complexo, tal como as relações sociais. Nesse contexto, Morin (2004, p. 36) afirma que é inadequado, na educação, se ter “de um lado, os saberes desunidos, divididos, compartimentados e, de outro, as realidades ou problemas cada vez mais multidisciplinares, transversais, multidimensionais, transnacionais, globais e planetários” e, por isso, “o conhecimento pertinente deve conhecer esse caráter multidimensional e nele inserir estes dados: não apenas se poderia isolar uma parte do todo, mas as partes uma das outras” (MORIN, 2004, p. 38).

Para tanto, faz-se necessário ancorar uma nova edificação da educação jurídica de modo a compreender a complexidade das relações humanas e também proporcionar ao aluno vivências sociais que lhe tragam a sensibilidade ao lidar com os problemas da

JÚNIOR, Sirval Martins dos Santos Júnior
MAGESKE, Karina Ambrozio

sociedade, de uma maneira transversal. Essa transversalidade de conteúdo foi positivada nas Diretrizes Nacionais Curriculares (DCN's), nos termos do artigo 2º, § 4º da Resolução nº 05/2018, a qual prevê que:

Art. 2º, § 4º - O PPC deve prever ainda as formas de tratamento transversal dos conteúdos exigidos em diretrizes nacionais específicas, tais como as políticas de educação ambiental, de educação em direitos humanos, de educação para a terceira idade, de educação em políticas de gênero, de educação das relações étnico-raciais e histórias e culturas afro-brasileira, africana e indígena, entre outras.

Como pode se observar, os Planos Pedagógicos de Curso devem tratar conteúdos de forma transversal nas disciplinas, sobretudo no que tange na educação para os direitos humanos, a qual engloba todos os outros ramos delineados na norma jurídica (educação ambiental, educação para terceira idade, em políticas de gênero, nas relações étnico-raciais). Ademais, trata-se de uma norma exemplificativa, de modo que também podem ser abordados outros temas, de acordo com a conveniência e a necessidade, nas mais diferentes disciplinas do curso.

No que concerne ao campo tecnológico, objeto central desta pesquisa, pode-se citar a competência prevista no inciso XII acerca do domínio das novas tecnologias, além da necessidade da compreensão, pelo discente, dos impactos causados pelas novas tecnologias, prevista no inciso XI, veja:

Art. 4º O curso de graduação em Direito deverá possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as competências cognitivas, instrumentais e interpessoais, que capacitem o graduando a:
 XI - **compreender o impacto das novas tecnologias** na área jurídica;
 XII - **possuir o domínio de tecnologias** e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito;

Não basta, então, ter apenas o domínio das tecnologias, mas compreender que este fenômeno disruptivo se faz presente na profissão e que a educação tradicional não mais se encaixa no modelo mercadológico altamente inovador.

Todavia, com o cenário pandêmico, as instituições de ensino, os professores e os alunos tiveram que se letrar digitalmente, de maneira abrupta e veloz, migrando o ensino presencial para o remoto, fazendo com que, em 19 de abril de 2021, fosse promulgada a Resolução nº 02/2021, que alterou substancialmente o artigo 5º da Resolução nº 05/2018, passando a constar no rol de conteúdos e atividades de perspectivas formativas, dentre outras, o uso das novas tecnologias no campo educacional por intermédio do letramento digital, veja:

Art. 5º O curso de graduação em Direito, priorizando a interdisciplinaridade e a articulação de saberes, deverá incluir no PPC, conteúdos e atividades que atendam às seguintes perspectivas formativas:
 I - Formação geral, que tem por objetivo oferecer ao graduando os **elementos fundamentais do Direito, em diálogo com as demais expressões do conhecimento filosófico e humanístico, das ciências sociais e das novas tecnologias da informação**, abrangendo estudos que, em atenção ao PPC, envolvam saberes de outras áreas formativas, tais como: Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia;

II - Formação técnico-jurídica, que abrange, além do enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação, observadas as peculiaridades dos diversos ramos do Direito, de qualquer natureza, estudados sistematicamente e contextualizados segundo a sua evolução e aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil e suas relações internacionais, incluindo-se, necessariamente, dentre outros condizentes com o PPC, conteúdos essenciais referentes às áreas de Teoria do Direito, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional, Direito Processual; Direito Previdenciário, Direito Financeiro, **Direito Digital** e Formas Consensuais de Solução de Conflitos; e

III - Formação prático-profissional, que objetiva a integração entre a prática e os conteúdos teóricos desenvolvidos nas demais perspectivas formativas, especialmente nas atividades relacionadas com a prática jurídica e o TC, **além de abranger estudos referentes ao letramento digital, práticas remotas mediadas por tecnologias de informação e comunicação.** (BRASIL, 2021) (grifos nossos).

Com a regulamentação supra, faz-se necessária uma revolução na prática pedagógica com o uso das novas tecnologias para um letramento digital, tanto para os professores, quanto para os alunos. A falta do desenvolvimento dessa formação fez com que muitos professores tivessem dificuldades e instituições parassem as suas atividades em tempo de Covid-19.

Apesar de ser uma alteração legislativa recente, as instituições de ensino precisam se adequar até o final do ano de 2021 para estar em conformidade com das Diretrizes Nacionais Curriculares. Por isso, muito além da criação de disciplinas afetas ao campo digital ou o investimento financeiro em instrumentos tecnológicos de ponta, faz-se necessário à formação continuada dos professores no âmbito do letramento digital, que será tratado no próximo capítulo.

3 A NECESSIDADE DA FORMAÇÃO CONTINUADA DOS PROFESSORES PARA A CONSOLIDAÇÃO DO LETRAMENTO DIGITAL

A temática pertinente ao letramento digital na perspectiva da educação jurídica é considerada um tanto quanto atual nos debates acadêmicos, dada a sua recente alteração legislativa que incluiu a obrigatoriedade de previsão de conteúdo e atividade nos cursos de Direito, conforme mencionado no capítulo anterior. Contudo, a esmagadora maioria dos docentes não possui essa formação especializada, sobretudo porque até o advento do cenário pandêmico, nem todas as instituições faziam uso das novas tecnologias na educação jurídica.

Assim como os alunos, com o novo cenário disruptivo, o professor também precisa se reinventar e desenvolver novas competências diante das novas tecnologias, sobretudo porque não é, nem pode ser visto mais como um mero transmissor de conhecimento, como antigamente. Por isso, o professor precisa de uma constante atualização de seus conhecimentos, para que possa acompanhar as constantes transformações sociais, também chamada “formação continuada”. Acerca da importância dessa formação:

[...] torna-se indispensável propiciar a quaisquer profissionais condições objetiva e subjetivas no sentido de facilitar a apropriação de informações atualizadas e pertinentes ao seu exercício profissional. No que se refere aos

professores de ensino superior, isso é imprescindível, tendo em vista que os mesmos para produzir e socializar conhecimentos novos devem eles próprios estar se apropriando de informações recentes com a finalidade de acompanhar a evolução da área em que atuam. (ROSEMBERG, 2002, p. 91)

Nesse contexto, a formação inicial e contínua na vida do docente visa desenvolver competências e habilidades de modo que possa ser estendida para os alunos em sala de aula. Ao considerar que o letramento digital é um tema um tanto quanto inovador e disruptivo, compreende-se que a maioria dos professores ainda não tem os conhecimentos mínimos necessários para dominá-lo e usufruí-lo em sala de aula e propiciar uma formação atualizada para os alunos.

Muitas vezes, as instituições de ensino admitem os docentes já com especializações, mestrado e doutorado, mas esquecem de que a sociedade é dinâmica e o conhecimento vai se atualizando ao passar do tempo, de modo que a formação inicial vai se tornando anacrônica e insubsistente para abarcar a complexidade das demandas sociais, o que denota de uma constante atualização e formação contínua dos professores.

Ademais, em razão de a ciência do direito se considerar autopoietica, a maioria dos cursos de graduação e pós-graduação não possuem nenhum direcionamento ligado à pedagogia, de modo que os professores só possuem formação de cunho jurídico, sem ter noções, por exemplo, de metodologias pedagógicas, o que pode inibir o seu desempenho em sala de aula. Por isso, as instituições de ensino devem viabilizar projetos e políticas voltadas para a formação de seus professores, de cunho pedagógico ou não. Assim,

Há muito que fazer, mas é necessário começar por um esforço intencional e sistemático para responsabilizar a instituição pela formação pedagógica de seus professores, ao mesmo tempo, investindo na produção de um conhecimento sobre essa formação e a diferença que ela pode fazer nos processos de ensinar e aprender para formar cidadãos deste país – uma grande tarefa. (FERNANDES, 2003, p. 11)

A formação continuada está galgada no fundamento de que a construção do conhecimento é algo inacabado e em constante construção e, com o advento das novas tecnologias, houve a mudança radical do papel do professor transmissor para o professor mediador, fazendo com que utilizasse de metodologias e instrumentos pedagógico que antes não lhe era familiar, como, por exemplo, o uso de metodologias ativas em sala de aula.

Em que pese o cenário de disrupção no campo educacional, pela transmutação do ensino analógico para o digital, muitos docentes ainda resistem à adoção das novas tecnologias, por não terem formação adequada e familiaridade com as ferramentas tecnológicas. Por outro lado, os alunos já possuem conhecimentos avançados na área de tecnologia da informação e dominam as inovações tecnológicas, pois já nasceram na era 4.0, diferentemente dos professores que precisam estar em constante atualização para que se adapte à nova realidade.

Assim, deve o professor, enviesado da necessidade criativa e inovadora, fazer uso de novos recursos, integrando o físico ao digital, pois as ferramentas tecnológicas podem ser um instrumento pedagógico para alcançar êxito no processo de ensino aprendizagem do docente. O repensar a educação a partir do novo perfil profissional do

JÚNIOR, Sirval Martins dos Santos Júnior
MAGESKE, Karina Ambrozio

docente está totalmente atrelada às concepções e necessidades de uma sociedade cada vez mais tecnológica e conectada, o que demanda uma formação atualizada e integrada ao novo momento que se vive.

É necessário ter em mente de que é preciso, primeiro, o professor se letrar, para obter sucesso na formação e no letramento digital dos discentes. Muito mais do que uma política pedagógica de formação continuada dos professores, os próprios devem estar conscientes de que o seu papel social vem sofrendo grandes alterações nesse cenário disruptivo e, por isso, precisam estar dispostos a compreender e utilizar as novas tecnologias enquanto uma ferramenta pedagógica em sala de aula. Isto remonta a importância da formação continuada, haja vista que:

A formação de qualidade dos docentes deve ser vista em um amplo quadro de complementação às tradicionais disciplinas pedagógicas e que inclui, entre outros, um razoável conhecimento de uso do computador, das redes e de demais suportes midiáticos (rádio, televisão, vídeo, por exemplo) em variadas e diferenciadas atividades de aprendizagem. É preciso saber utilizá-los adequadamente. Identificar quais as melhores maneiras de usar as tecnologias para abordar um determinado tema ou projeto específico ou refletir sobre eles, de maneira a aliar as especificidades do “suporte” pedagógico (do qual não se exclui nem a clássica aula expositiva nem, muito menos, o livro) ao objetivo maior da qualidade de aprendizagem de seus alunos. (KENSKI, 2012, p. 106).

É nesse sentido em que a formação continuada demonstra sua imprescindibilidade, na medida em que busca romper com a visão tradicional do professor enquanto um mero reprodutor de conteúdo, visando à criação de um ambiente crítico e reflexivo para que o aluno seja um protagonista no processo de aprendizagem e, conseqüentemente, haja uma melhoria da qualidade do ensino.

Assim, a formação continuada deve representar uma ruptura aos modelos tradicionais e também representar a capacidade do professor entender o que acontece na sala de aula, além de identificar os interesses significativos no processo de ensino-aprendizagem na própria escola, valorizando e buscando o diálogo com colegas e especialistas (MOREIRA, 2003, p. 130).

Dessa forma, não é possível requerer mudanças do professor sem, em contrapartida, houver uma reformulação do processo educacional, sobretudo no que tange às políticas institucionais referentes à melhoria de condições de trabalho, de salário, de tempo e de instrumentos adequados para uma atuação de qualidade. É necessária “uma política pessoal que reconheça e valorize suas competências e importância, o oferecimento de cursos de aperfeiçoamento e de atualização, além de uma formação inicial de qualidade e um projeto de carreira consistente” (KENSKI, 2012, p. 107).

A mudança do papel e do perfil do professor deve estar sempre acompanhada com o fomento e o apoio institucional e da gestão pedagógica, a partir de um planejamento adequado e investimentos em instrumentos tecnológicos e em formação continuada, pois, caso contrário, será inútil essa sede por mudança, sem dar meios necessários de que o professor possa, de fato, se capacitar e de integrar as novas tecnologias na educação.

Por isso, é de extrema importância que as instituições de ensino tenham o compromisso de estimular uma visão crítica e reflexiva do professor e do aluno ante a

JÚNIOR, Sirval Martins dos Santos Júnior
MAGESKE, Karina Ambrozio

diversidade das mídias digitais, a qual também deve ser incorporada na educação, para um uso democrático, ético e consciente na cultura e no universo digital.

Antes do desenvolvimento de competências e habilidades tecnológica dos alunos, o professor precisa ter o domínio destas, para que sua atitude pedagógica seja condizente com as necessidades educacionais contemporâneas, realizando conexões necessárias entre o ensino e tecnologia. Por isso, de acordo com Leal (2009, p. 53), a utilização de tecnologias na educação requer do professor quatro características básicas, a saber:

Conhecimentos em educação – didática, metodologia, planejamento de ensino e avaliação. Domínio tecnológico – conhecer e saber utilizar o computador. Especificidade de formação – Domínio específico por disciplina de ensino, ou em educação infantil e fundamental, ou em educação de pessoas com necessidades especiais. Transposição didática – Produção do conhecimento até sua transformação em prática escolar (LEAL, 2009, p.53).

Com o desenvolvimento dessas características, o docente terá muito mais além do domínio do conhecimento tecnológico enquanto uma ferramenta pedagógica em sala de aula, mas compreenderá que o papel de mediador e de facilitador, não mais um mero reprodutor de conteúdo, será de fundamental importância para a transformação social e educacional.

Em uma dimensão em que as tecnologias se tornaram indispensáveis para a realização de diversas atividades cotidianas, busca-se uma mudança substancial tanto na formação continuada dos educadores, quanto nas alterações curriculares dos educandos, a partir das práticas que envolvam as tecnologias digitais. Essas transformações devem contemplar novas atividades, mudanças metodológicas para uma aprendizagem atrativa e correspondente à nova era da geração multimídia.

Dessa forma, resta claro que para consolidar o letramento e a cultura digital no ambiente acadêmico, não basta que as instituições de ensino implementem, de forma simplista, o investimento em instrumentos e ferramentas tecnológicas em sala de aula. É necessário, também, uma transformação pedagógica, voltada para a formação continuada dos professores, concentrada na criação e desenvolvimento de competências e habilidades digitais para a reformulação de seu papel no novo cenário disruptivo.

CONCLUSÃO:

Torna-se, evidente, portanto, que a adoção das novas tecnologias e das plataformas digitais enquanto estratégia de ensino e aprendizagem na educação jurídica é uma realidade presente em diversas instituições, sobretudo após o contexto pandêmico. Contudo, não se deve concentrar essa responsabilidade tão somente no papel do professor, haja vista que, muitas vezes, não possui a formação adequada e atualizada para atuar no campo digital.

Dessa forma, uma alternativa viável é a reformulação da política pedagógica das instituições de ensino, de modo a criar um planejamento voltado para a formação continuada dos professores no que concerne ao letramento digital. Isto não pode ser mais encarado enquanto uma alternativa da modernização institucional, mas sim

JÚNIOR, Sirval Martins dos Santos Júnior
MAGESKE, Karina Ambrozio

enquanto uma obrigatoriedade imposta pelo Ministério da Educação por intermédio da Resolução nº 02/2021 que alterou o artigo 5º da Resolução nº 05/2018, que versa sobre as Diretrizes Nacionais Curriculares, passando a constar no rol de conteúdos e atividades de perspectivas formativas, dentre outras, o uso das novas tecnologias no campo educacional por intermédio do letramento digital.

Assim, não há como em falar na implementação de conteúdos e atividades formativas pelas novas tecnologias e no letramento digital dos docentes, sem que antes os docentes tenham formação adequada para desenvolver tais habilidades e competências com seus alunos. Por isso, não se pode exigir uma nova postura dos professores, sem que antes as instituições proponham condições formativas mínimas para o exercício de sua profissão, sem a formação e o aperfeiçoamento docente.

Diante uma sociedade cada vez mais complexa e dinâmica, as instituições, os professores e os alunos, possuem a responsabilidade conjunta de acompanhar essas transformações para que haja uma formação cada vez mais humanística e atualizada, de modo a propiciar a autonomia e o protagonismo do aluno no processo de ensino e aprendizagem de uma educação jurídica cada vez mais digital.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Renata. **Usabilidade é a chave para aprendizado em EAD**. 2005. Disponível em: <https://www.learning-performancebrasil.com.br/home/noticias/clipping.asp?id=1855#:~:text=Usabilidade%20%C3%A9%20chave%20para%20aprendizado%20em%20EAD&text=Professora%20e%20consultora%20realiza%20estudo,online%20de%20educa%C3%A7%C3%A3o%20a%20dist%C3%A2ncia.&text=Confira%20entrevista%20com%20a%20professora,no%20mundo%20do%20aprendizado%20online>. Acesso em: 04 jul. 2023.

BACICH, L.; MORAN, J. (org.). **Metodologias ativas para uma aprendizagem inovadora: uma abordagem técnico-prática**. Porto Alegre: Penso, 2018.

BRASIL, República Federativa. **Portaria nº 2.117, de 6 de dezembro de 2019**. Dispõe sobre a oferta de carga horária na modalidade de Ensino a Distância - EaD em cursos de graduação presenciais ofertados por Instituições de Educação Superior - IES pertencentes ao Sistema Federal de Ensino. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.117-de-6-de-dezembro-de-2019-232670913>> Acesso em: 04 dez. 2021.

BUZATO, Marcelo El Khouri. **Letramento e inclusão: do estado-nação à era das TIC**. D.E.L.T.A., São Paulo, vol. 25, n. 1, p. 1-38, 2009b. _____. Letramentos digitais e formação de professores. São Paulo, 2006. In: III Congresso Ibero-Americano EducaRede, 2006, São Paulo. Anais do III Congresso Ibero-Americano Educaredede, São Paulo: CENPEC. Disponível em: http://www.academia.edu/1540437/Letramentos_Digitais_e_Forma%C3%A7%C3%A3o_de_Professores> Acesso em: 26 out. 2021.

JÚNIOR, Sirval Martins dos Santos Júnior
MAGESKE, Karina Ambrozio

CAMARGO, Fausto; DAROS, Thuinie. **A sala de aula digital: as estratégias pedagógicas para fomentar o aprendizado ativo, on-line e híbrido.** Porto Alegre: Penso, 2021.

FERNANDES, Cleoni Maria Barboza. Formação do Professor Universitário: tarefa de quem? In: MASETTO, Marcos Tarciso (Org.). **Docência Universitária.** Campinas: Papirus, 1998.

FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon P. As novas Diretrizes Curriculares Nacionais para os cursos de Direito instituídas pela Resolução nº 05/2018: avanços e permanências. In: FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon P. **As novas Diretrizes Curriculares Nacionais para os cursos de Direito: múltiplos olhares.** Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2019.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p. 65-66.

KENSKI, Vani Moreira. **Educação e tecnologias: o novo ritmo da informação.** 8. ed. São Paulo: Papirus, 2012.

MORIN, Edgar. **Os setes saberes necessários à educação do futuro.** 9. ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2004.

ROSEMBERG, Dulcinéa Sarmiento. **O processo de formação continuada de professores universitários: do instituído ao instituinte.** Niterói-RJ: Wak Editora, 2002.

SANTOS, Tássia Ferreira ; BEATO, Zelina; ARAGÃO, Rodrigo. **As TICs e o ensino de línguas.** In: III Seminário de Pesquisa e Extensão em Letras, 2011, Ilhéus. Anais do III Sepexle, 2011. Disponível em: <<http://www.uesc.br/eventos/sepexle/anais/10.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2021.

VILLELA, Ana Maria Nápoles. **Teoria e prática dos gêneros digitais nos documentos oficiais da área de letras.** Trabalho apresentado no III Encontro Nacional sobre o Hipertexto, 2009. Disponível em: <<http://nehte.com.br/hipertexto2009/anais/p-w/teoria-e-pratica-dosgenerosdigitais.pdf>> Acesso em: 27 out. 2021.

A RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO NA CONCESSÃO DE ÁGUA E ESGOTO EM IMÓVEIS CONSTRUÍDOS SOBRE LOTEAMENTOS IRREGULARES E CLANDESTINOS.

Gabrielle Saraiva Silva ¹

Ana Clara Lazaro Schwan²

RESUMO: O saneamento básico, especialmente no que tange o acesso à água potável, é condição básica para a garantia do mínimo existencial, e deve ser garantido pelo Estado, nos termos do artigo 20, XX, da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Diante disso, o presente artigo visa elucidar a responsabilidade do ente público municipal em garantir o acesso ao saneamento básico em loteamentos irregulares ou clandestinos. Através do levantamento e do registro de características inerentes aos loteamentos irregulares e clandestinos, sob a ótica dos direitos fundamentais trazidos na Constituição Federal, além de vasta pesquisa jurisprudencial, foi possível estabelecer que o Município é responsável por zelar pela implementação de saneamento básico em loteamentos irregulares.

PALAVRAS-CHAVE: saneamento básico, loteamentos irregulares, Município, responsabilidade.

ABSTRACT: Basic sanitation, especially with regard to access to drinking water, is a basic condition for guaranteeing the existential minimum, and must be guaranteed by the State, in accordance with article 20, XX, of the Federal Constitution of 1988 and Law No. 14,026, July 15, 2020. In view of this, this article aims to elucidate the responsibility of the municipal public entity in guaranteeing access to basic sanitation in irregular or clandestine subdivisions. Through the survey and registration of characteristics inherent to irregular and clandestine subdivisions, from the perspective of fundamental rights contained in the Federal Constitution, in addition to extensive jurisprudential research, it was possible to establish that the Municipality is responsible for ensuring the

¹Mestra em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV (2017). Possui especialização em Direito Processual pela Escola Superior do Ministério Público do Espírito Santo (2015). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim - FDCI (2013). Extensão universitária "Law and Legal Systems of the United States" - Indiana University Robert H. McKinney School of Law (Indianápolis, EUA - 2012). Advogada. Professora e Coordenadora de Curso da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI). gabriellesaraiva.s@gmail.com

² Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim - FDCI (2023) aclazaro91@gmail.com

implementation of basic sanitation in irregular subdivisions.

KEYWORDS: basic sanitation, irregular subdivisions, municipality, responsibility.

INTRODUÇÃO

Para proceder o parcelamento do solo urbano, é necessário atender a Lei de Parcelamento do Solo (Lei nº 6.766/79) e atender as legislações municipais sobre o tema. Nesse sentido, o loteamento irregular é aquele aprovado pela Prefeitura, mas que não cumpre com as legislações atinentes ao tema, enquanto o loteamento clandestino é aquele sem aprovação, nem conhecimento, por parte da Prefeitura. Esses institutos constituem fatos geradores de prejuízos para o Município, vez que violam os aspectos urbanísticos previstos em lei e prejudicam o acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Entretanto, também deve-se levar em consideração a essencialidade da água e o direito fundamental ao saneamento básico, além do seu papel promotor de vida, de dignidade e de saúde, conforme assegurado na Resolução da ONU 64/292, bem como a Constituição Federal de 1988, quando afirma em seu artigo 5º que o direito à vida é uma garantia inviolável.

Por tudo isso, objetiva-se neste trabalho analisar a responsabilidade e a abrangência dos direitos do município, enquanto garantidor do interesse público, nas políticas que envolvem ligação de água e esgoto nos loteamentos irregulares e clandestinos, uma vez que diversos entes municipais negam direitos básicos aos moradores de loteamentos irregulares como forma de impelir sua regularização.

Para isso, foram realizadas diversas pesquisas sobre o parcelamento urbano, com ênfase no loteamento e do direito fundamental ao saneamento urbano, a fim de conectar os resultados obtidos e tirar conclusões baseadas nos direitos e deveres do Município e dos cidadãos. Além disso, a pesquisa jurisprudencial foi essencial para estabelecer parâmetros entre os materiais pesquisados e o posicionamento dos tribunais diante de tal impasse.

Nesse sentido, a primeira parte do artigo visa estudar o saneamento básico sob a ótica dos direitos fundamentais e traçar os aspectos jurídicos de sua utilização.

O segundo tópico do artigo possui o objetivo de conceituar loteamento irregular e clandestino, demonstrando suas características e o processo de loteamento, com base em aspectos comuns das legislações municipais do país. Além disso, também são exemplificados os prejuízos causados à municipalidade pelos loteamentos clandestinos e irregulares.

O terceiro capítulo, por sua vez, visa discutir a responsabilidade do ente municipal diante dos loteamentos clandestinos e irregulares, principalmente no que se refere à autorização para conceder água e saneamento básico aos imóveis ali localizados.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL AO SANEAMENTO BÁSICO

Os direitos fundamentais são estabelecidos e protegidos na Constituição da República Federativa do Brasil, pois são essenciais para garantir a dignidade dos indivíduos que vivem na sociedade atual, e por isso devem ser estabelecidos na ordem jurídica concreta, a fim de que sejam devidamente observados por todos, desde os entes federativos, até as instituições e os próprios cidadãos.

Nesse aspecto, a Lei nº 11.445/2007, que foi atualizada pela Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, define tal direito como o conjunto de serviços público relacionados ao abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos e drenagem das águas pluviais urbanas, conforme se vê em seu artigo terceiro:

Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - saneamento básico: conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de:

a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e seus instrumentos de medição;

b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias à coleta, ao transporte, ao tratamento e à disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até sua destinação final para produção de água de reúso ou seu lançamento de forma adequada no meio ambiente;

c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: constituídos pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais de coleta, varrição manual e mecanizada, asseio e conservação urbana, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbana; e

d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de drenagem de águas pluviais, transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas, contempladas a limpeza e a fiscalização preventiva das redes.
(BRASIL, 2007)

Analisando a lei em tela, percebe-se que o direito ao saneamento básico não se limita a garantir o acesso à água e ao esgoto, mas também envolve o manejo de resíduos sólidos através da varrição, coleta, transporte e descarte do lixo, além da gestão e controle das águas pluviais passíveis de captação ou que necessitam de direcionamento alternativo.

Em primeira análise, é indiscutível que o principal aspecto ligado ao saneamento básico é o acesso à água potável, que, em 2010, foi reconhecido pela Organização das Nações Unidas (ONU) como um direito humano essencial para a vida e a saúde, além de requisito básico para que se possa exercer os demais direitos.

Conforme o “Objetivo de Desenvolvimento do Milênio 7”, proposto pela ONU (2015), o acesso à água potável segura e ao saneamento básico é um direito legal, e devem seguir padrões de razoabilidade, preço, segurança e acessibilidade, conforme se vê:

A água deve ter cor, odor e sabor aceitáveis para o consumo pessoal e doméstico. [...] Todas as instalações e serviços de água e saneamento devem ser [...] culturalmente adequados e ter em conta requisitos de gênero, ciclo de vida e privacidade. O saneamento deve ser culturalmente aceitável, assegurado de forma não-discriminatória e incluir os grupos vulneráveis e marginalizados. Tal inclui considerar na construção dos sanitários públicos a separação entre homens e mulheres de modo a assegurar a privacidade e a dignidade.

[...]

Todos têm direito a serviços de água e saneamento que sejam fisicamente acessíveis dentro, ou na proximidade imediata, do lar, local de trabalho e instituições de ensino ou de saúde. Ajustamentos relativamente pequenos nos serviços de água e saneamento podem assegurar que as necessidades específicas dos deficientes, idosos, mulheres e crianças não são esquecidas, melhorando assim a dignidade, a saúde e a qualidade geral para todos. (ONU, 2010).

Em contrapartida, apesar da essencialidade da água ser indiscutível para a garantia de todos os outros direitos fundamentais, grande parte da população brasileira ainda enfrenta dificuldades em ter acesso a esse recurso natural. Segundo a Pesquisa Nacional de Saneamento Básico, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística em 2017, dos 5.570 municípios brasileiros, 220 não possuem nenhum tipo de tratamento de água, obrigando que os indivíduos utilizem métodos alternativos de tratamento de água, como a cloração.

Primeiramente, a ausência de saneamento básico nega o mínimo existencial garantido a todo ser humano, dificultando seu desenvolvimento físico, psíquico e social. Conforme Hartmann,

O mínimo existencial representa o conjunto de condições elementares para a sobrevivência digna e o desenvolvimento da personalidade. A concepção é de garantir, ainda que em termos essenciais e não expansivos, mais que uma mera sobrevivência (HARTAMANN, 2010, p. 180).

Além da questão do mínimo existencial, a ausência de saneamento básico favorece a contaminação por doenças, uma vez que o consumo de água impura e a falta de condições de higiene propiciam a proliferação de bactérias.

No âmbito social, o saneamento básico atua como um importante fator de combate à pobreza, falta de dignidade e degradação do ambiente, de modo que a efetividade dos serviços de abastecimento de água e de esgoto sanitário é um direito fundamental social e um forte indicativo de desenvolvimento de um país, ao mesmo tempo em que sua ausência é característica marcante de países subdesenvolvidos.

Portanto, percebe-se a fundamentalidade do direito social ao saneamento básico, uma vez que funciona como promotor de dignidade para a população e está relacionado a serviços indispensáveis para a qualidade de vida, como a coleta de resíduos sólidos, distribuição de água, manejo de águas pluviais e esgotamento sanitário.

Pensando nisso, a citada Lei nº 11.445/2007 estabelece em seu artigo 2º, VI, que o saneamento básico deve ser prestado, no Brasil,

fundamentada na articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde, de recursos hídricos e outras de interesse social relevante, destinadas à melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante. (BRASIL, 2007)

Além disso, a citada lei passou a prever a possibilidade de formalização de consórcios intermunicipais de saneamento básico, exclusivamente composto de Municípios, que poderão prestar o serviço aos seus consorciados diretamente, pela instituição de autarquia intermunicipal.

Considerando a importância de tal direito, o marco legal do saneamento básico buscou incentivar a regionalização da prestação dos serviços, para contribuir para a viabilidade técnica e econômico-financeira, a criação de ganhos de escala e de eficiência e a universalização dos serviços.

Válido ressaltar que, conforme a opinião doutrinária, a promoção do acesso à água é responsabilidade do Estado para garantir um direito fundamental intergeracional, ou seja, essencial para as gerações futuras:

É um direito que somente pode ser concretizado mediante a cooperação solidária e intergeracional entre os Estados e a sociedade, e que tem como beneficiários, as presentes e futuras gerações. Trata-se, portanto, de um direito fundamental intergeracional, cuja proteção privilegia a perspectiva da satisfação de necessidades fundamentais (LEITE, CANOTILHO, 2015).

Sobre os serviços de saneamento, Barroso (2007, p. 05) divide em três as atividades que envolvem sua prestação, quais sejam: administração dos recursos hídricos; outorga do uso de água; e proteção ambiental e controle da poluição. Isso porque a administração da diversidade de usos da água se faz de forma complexa e foi tratada com atenção pela carta magna.

Quanto à administração dos recursos hídricos, extrai-se do ordenamento jurídico pátrio, através do artigo 21, XIX da Constituição Federal, que é competência político-administrativa da União instituir sistema nacional que gerencia os recursos hídricos, como foi feito pela 9.433/1997, que criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Além disso, o artigo 22 da CF/88 preceitua que compete exclusivamente à União legislar sobre águas.

Dessa forma, percebe-se que, em relação a utilização, administração e estabelecimento de prioridades para o uso das águas no país, de forma mais abrangente e genérica, a União possui competência.

Conforme o artigo 11 da Lei nº 9.433/1997, “o regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água”. Nesse aspecto, tem-se que a União pode delegar aos Estados e ao Distrito Federal competência para conceder outorga para uso de recursos hídricos de sua propriedade.

No que tange à proteção ambiental e o controle de poluição relacionado ao saneamento básico, o artigo 24, IV da CF estabelece que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar, de forma concorrente concorrentemente sobre a matéria.

Todavia, o que possui maior relevância para o presente artigo é o texto dos artigos 23 e 30 da Constituição, que incluem o Município nas ações de melhoria e de interesse comum quanto ao saneamento básico.

SILVA, Gabrielle Saraiva
SCHWAN, Ana Clara Lazaro

O artigo 23, IX, garante que promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico é competência comum dos quatro entes federativos, ou seja, trata-se de ser um serviço público que deve ser garantido pelo Estado em sua totalidade.

O artigo 30, por sua vez, faz referência ao princípio da subsidiariedade quando estabelece que compete ao Município “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local”. Sobre o tema, conforme se vê nas palavras de Barroso:

Todo serviço público que não esteja expressamente afetado a outro ente federativo e que possa ser caracterizado como de predominante interesse local, relativamente ao interesse dos Estados e da União, será da competência dos Municípios. A regra vale, naturalmente, para os serviços afetos ao saneamento básico (BARROSO, 2007, p. 12).

Dessa forma, tem-se que, em última instância, o Município possui competência para atuar nos serviços de saneamento básico, de acordo com as situações de sua realidade e de seu interesse local, como é o caso da concessão de água em loteamentos irregulares ou clandestinos.

2. LOTEAMENTOS CLANDESTINOS E IRREGULARES

Historicamente, se percebe a preocupação do legislador com os direitos que envolvem a propriedade desde a Constituição Federal de 1824, que previa em seu artigo 179, inciso XXII que “E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenmisado do valor della” (sic) (BRASIL, 1824).

A partir do constante crescimento populacional, juntamente com o processo de industrialização brasileira, houve o aumento da necessidade de utilização dos espaços urbanos, trazendo desafios tanto para o poder público, quanto para os cidadãos. Com isso, a Constituição Federal de 1988 trouxe o conceito de função social da propriedade, ou seja, a ideia de que a propriedade não deve ser absoluta, mas deve ter uma finalidade a ser atingida, a fim de valorizar e equilibrar o uso desse instituto tão importante para a civilização.

Portanto, com o fim de solucionar essa questão, foi desenvolvido o Direito Urbanístico, que é a matéria responsável pelo estabelecimento de normas jurídicas que possuem objetivo de regular o uso, a transformação e a ocupação do território. Conforme Meirelles (2003), o direito urbanístico é “ramo do Direito Público destinado ao estudo e formulação dos princípios e normas que devem reger os espaços habitáveis, no seu conjunto cidade-campo”.

No mesmo sentido, é o que coaduna a doutrina, a respeito do direito urbanístico, no livro Manual de Direito Ambiental:

Envolve a regulamentação do acesso a serviços e infraestrutura, gozo de direitos sociais e ambiente urbano sadio. Significa, portanto, que dentre as funções do Direito Urbanístico está a promoção, ainda que indireta, da proteção do meio ambiente (LEITE, 2015, p.479).

SILVA, Gabrielle Saraiva
SCHWAN, Ana Clara Lazaro

O objetivo do direito urbanístico, segundo Francisco e Goldfinger (2018, p. 20), é “ajustar e organizar o meio ambiente urbano, regulando a atividade urbanística, ordenando todo o território urbano onde as pessoas vivem”. Além disso, é objeto do direito urbanístico a legislação que estrutura os espaços das cidades, organiza a ocupação do solo urbano e determina as intervenções urbanísticas.

Por ser uma matéria relativamente recente, os princípios do direito urbanístico ainda não foram devidamente estabelecidos no ordenamento jurídico. Todavia, o ilustre doutrinador José Afonso da Silva relaciona alguns princípios considerados importantes para tal ramo do direito, com base na doutrina espanhola de José Luís Laso Martínez, conforme se vê:

(1º) **princípio de que o urbanismo é uma junção pública**, que fornece ao direito urbanístico sua característica de instrumento normativo pelo qual o Poder Público atua no meio social e no domínio privado, para ordenar a realidade no interesse coletivo, sem prejuízo do princípio da legalidade; (2º) **princípio da conformação da propriedade urbana pelas normas de ordenação urbanística** - conexo, aliás, com o anterior; (3º) **princípio da coesão dinâmica das normas urbanísticas** (não mencionado no citado autor), cuja eficácia assenta basicamente em conjuntos normativos (procedimentos), antes que em normas isoladas; (4º) **princípio da afetação das mais-valias ao custo da urbanificação**, segundo o qual os proprietários dos terrenos devem satisfazer os gastos da urbanificação, dentro dos limites do benefício dela decorrente para eles, como compensação pela melhoria das condições de edificabilidade que dela deriva para seus lotes; (5º) **princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus derivados da atuação urbanística**. (SILVA, 2010, p. 40-41) (grifo nosso).

Quando se trata de loteamentos irregulares e clandestinos, um dos tópicos mais relevantes para esta análise dentro do direito urbanístico é o parcelamento do solo urbano, que é a divisão de uma grande porção de terra em parcelas menores para sua comercialização.

Introdutoriamente, insta salientar que o direito de propriedade não é sinônimo de direito de construir. Prova disso é a doutrina de Silva:

Em primeiro lugar vem a idéia de que a faculdade de construir não é propriamente inerente ao direito de propriedade do terreno; só o será, mesmo no nosso sistema, em relação aos terrenos com destino urbanístico preordenado à edificação, valendo dizer que o direito de construir nasce com a ordenação urbanística qualificadora de determinado terreno como edificável. Em segundo lugar, perdura essa inerência, mesmo em tal caso, se não ocorrer um interesse público que, fundado legitimamente no princípio da função social da propriedade, declare não edificável determinado terreno. A questão do cabimento, ou não, de indenização é problema que se averigue com base em outros fundamentos, especialmente no princípio da igualdade da distribuição dos ônus e dos benefícios da atividade urbanística. Com essas limitações é que temos que aceitar, em face do direito positivo brasileiro, a tese de que a faculdade de construir é inerente ao direito de propriedade do terreno no âmbito urbanístico (SILVA. 2010, p. 84).

SILVA, Gabrielle Saraiva
SCHWAN, Ana Clara Lazaro

Dessa forma, para que se efetive o direito de construção sobre um imóvel, é necessário a efetivação de políticas públicas de regularização fundiária por parte do governo.

Para isso, a Lei nº 6.766/1979 admite que o parcelamento do solo urbano seja feito através dos institutos do loteamento ou do desmembramento, conforme se vê em seu artigo 2º.

Assim, tem-se que o loteamento é a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes, enquanto o desmembramento é a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, de forma que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.

O artigo 3º da Lei de Parcelamento do solo preceitua que “somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal”. Portanto, quando o parcelamento do solo é feito em dissonância com a Lei nº 6.766/79 e com as legislações municipais vigentes, tratar-se-á de loteamento irregular ou clandestino.

Insta salientar que, enquanto o loteamento irregular é aquele que não atende a alguma norma específica, ou passou apenas por uma parte do processo de regularização, o loteamento clandestino é aquele que a municipalidade não tem conhecimento, feito de forma totalmente independente, sem a mínima incidência de normas regulamentadoras.

A lei de parcelamento do solo estabeleceu como competência dos Municípios a edição de normas e as regras de regularização dos parcelamentos realizados em seu território. Com isso, fixa-se que, depois das normas urbanísticas gerais estabelecidas para todo o território nacional através da lei nº 6.766/1979 e nº 11.977/2009, os loteadores devem, principalmente, seguir as normas municipais sobre o tema.

Todavia, insta salientar que devido a multiplicidade de leis e normas sobre o parcelamento do solo, a conclusão dos trâmites se torna difícil, conforme se vê nas palavras de Pasternak:

Há o ordenamento urbanístico, ou ambiental, o ordenamento relativo à questão patrimonial e à questão registrária, além da questão dos direitos do consumidor, dado que se trata de compra e venda de uma mercadoria. As leis não têm diálogo entre si, foram produzidas pelas suas respectivas corporações e não conversam entre si. As ordenações se desdizem e essas incongruências são aproveitadas para obstaculizar todo o processo de regularização. (PASTERNAK, 2010, p. 138)

As normas urbanísticas de um município são pensadas de acordo com as suas necessidades e limitações, como forma de equilibrar a expansão urbana e não gerar consequências negativas em outras áreas da cidade, uma vez que a alteração dos aspectos urbanísticos interfere diretamente na vida da população.

SILVA, Gabrielle Saraiva
SCHWAN, Ana Clara Lazaro

Portanto, os loteamentos irregulares geram impactos negativos ao município, começando pela precarização das moradias e consequente processo de favelização, que gera exclusão social.

Sob outro aspecto, tem-se que a estrutura das moradias urbanas no Brasil segue uma lógica excludente, de forma que parte da população não tem condições de adquirir um local adequado para morar, gerando a procura por imóveis que não seguem a legislação urbanística e ambiental e que possuem menor valor agregado. Nesse sentido é a doutrina:

A urbanização brasileira é resultado do modelo de industrialização e desenvolvimento vigente nos países em desenvolvimento, heterogêneo e desequilibrado, cujo resultado é uma dinâmica de modernização que recria exclusão social e segregação territorial para grande parcela da população. (OSÓRIO, 2003, p 07)

Dessa forma, a alternativa encontrada pela população é a compra de terrenos ou casas em condições adversas das previstas na legislação, ou sem aparato ambiental, conforme se vê:

Os trabalhadores vão se assentando nas periferias devido aos baixos salários recebidos que eram insuficientes para adquirir um terreno ou alugar uma casa nas áreas centrais das cidades. Mais tarde, na década de 70, os financiamentos imobiliários também não impulsionaram a democratização do acesso à terra, pois os créditos privilegiaram as classes médias e altas e as moradias populares produzidas pelo Estado geralmente eram construídas nas periferias. A extensão das redes de infra-estrutura realizada pelo poder público em direção às áreas distantes valorizava as áreas vazias localizadas neste trajeto, beneficiando as atividades especulativas e penalizando os moradores das periferias e os contribuintes que, ao final, arcaram com estas obras (OSÓRIO, 2007, p. 08)

Nessa toada, os lotes irregulares, por não estarem de acordo com a legislação, se tornam menos valorizados e mais baratos, atraindo a atenção dos indivíduos que não possuem condições de adquirir um imóvel valorizado.

Nesse sentido, sendo a terra e as edificações objetos dotados de valor e o mercado financeiro uma peça importante para a economia de um país, a compra de moradias se torna um artigo de difícil acesso para as classes menos abastadas, transformando os loteamentos irregulares em um local de vulnerabilidade social.

Nas palavras de Gomes (2021, p. 03) “o crescimento da cidade por meio das ocupações desordenadas e irregulares nas periferias, que ocorre em desrespeito às leis de uso e ocupação do solo e as leis ambientais, colocam a população em situação de risco”.

Além disso, os impactos ambientais são visíveis nesse tipo de loteamento, uma vez que, não seguindo a legislação ambiental, os loteadores podem comercializar lotes inseridos em área de preservação permanente sem nenhuma restrição.

Portanto, a legislação municipal irá regulamentar as minuciosidades do processo de parcelamento do solo urbano, e é necessário que o loteador siga suas regras, vez que o loteamento desregulado gera consequências profundas para o município, no sentido ambiental, social e urbanístico, impactando diretamente na vida da população.

3. A RESPONSABILIDADE DOS MUNICÍPIOS NA CONCESSÃO DE ÁGUA EM LOTEAMENTOS IRREGULARES

Além da água e do saneamento básico, a moradia também é um direito fundamental que impacta diretamente no exercício dos demais direitos garantidos pela legislação. Isso porque, sem um local adequado para viver, o indivíduo se vê privado de qualquer conforto e sem condições de deter objetos pessoais, além de qualquer garantia de dignidade. Verifica-se tal relação entre a moradia e a dignidade principalmente no fato de que os serviços públicos, como saúde e educação, demandam como pré-requisito a apresentação de documento que comprove o local de residência para serem exercidos.

Nesse sentido, a legislação municipal é o principal norte para a regularização do loteamento, devendo o Município se atentar para a elaboração e aplicação prática dessas leis, podendo-se considerar a primeira responsabilidade importante para o bom andamento do processo de parcelamento do solo urbano.

Isso porque, se a legislação municipal vigente for inexecutável ou até mesmo de difícil realização, com um procedimento inviável e ausência de recursos humanos e técnicos para sua obediência, essas dificuldades práticas de ingerência abrem espaço para o surgimento de loteamentos irregulares e clandestinos em seu território e acabam gerando diversos problemas urbanos.

Para isso, existe o Plano Diretor Municipal - PDM, que é obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, conforme §1º do artigo 182 da Constituição Federal. O PDM é a legislação que organiza e prepara o Município para a expansão urbana dos próximos anos, além de abranger os critérios urbanísticos para construção e regularização fundiária.

Isto é o que a jurisprudência nacional entende sobre os conceitos até aqui delineados, conforme julgamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que declarou a responsabilidade do loteador em seguir a legislação municipal atinente ao tema, além da responsabilidade solidária do Município na regularização, uma vez que deve zelar pela verificação de suas áreas:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO URBANÍSTICO E AMBIENTAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LOTEAMENTO IRREGULAR - REGULARIZAÇÃO - PODER-DEVER DO ENTE PÚBLICO - RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO - ART. 30, INCISO VIII, DA CF, E ART. 40 DA LEI 6.766/79 - INTERVENÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - REPARAÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS. - Constatada a implantação de loteamento clandestino, deve o loteador adotar todas as medidas administrativas necessárias à regularização formal e material do loteamento, nos termos do que dispõe a Lei nº 6.766/79 - O Município deve fiscalizar os loteamentos, cabendo a ele, em caso de irregularidade, promover a regularização territorial e, sendo o caso, poderá buscar eventuais reparações contra os responsáveis pela irregularidade. **Evidente a omissão do Poder Público Municipal que deixa de fiscalizar e impedir o surgimento do loteamento irregular ou clandestino, subsistindo sua responsabilidade solidária pela regularização do loteamento, com base no art. 40 da Lei nº 6.766, de 1979** - As Áreas de Preservação Permanente foram criadas por lei com o escopo de evitar a degradação do ecossistema, conservar o meio ambiente e manter a qualidade de vida. Assim, demonstrada a indevida intervenção em área de preservação permanente, deve ser mantida a

determinação para que os requeridos promovam a recuperação da área degradada.

(TJ-MG - AC: 10000190581926003 MG, Relator: Dárcio Lopardi Mendes, Data de Julgamento: 24/06/2021, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/06/2021) (grifo nosso).

No caso em tela, também pode-se perceber o prejuízo ambiental causado pelo loteamento irregular, que estava localizado em área de Preservação Permanente.

Em caso diverso, mas de matéria análoga, restou evidenciada a responsabilidade subsidiária do Município em efetivar a regularização de seu solo urbano, principalmente diante do conhecimento de loteamento irregular com construção de imóveis, além da fiscalização da construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, conforme se vê:

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA. PARCELAMENTO IRREGULAR DO SOLO. MUNICÍPIO DE SANTO ÂNGELO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.[...] 2. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público tendo como escopo principal o restabelecimento da ordem urbanística no Município de Santo Ângelo e da dignidade e da saúde dos moradores de loteamento irregular, construído paulatinamente com ciência da municipalidade, dos proprietários registrais e da vendedora dos lotes. Cuida-se, portanto, de demanda judicial que encontra amparo nos arts. 6º, 182 e 225 da Constituição Federal, no art. 2º, inciso VI, alínea c da Lei n. 10.257/01 (Estatuto das Cidades) e no art. 2º da Lei n. 11.445/07, que estabelecem as diretrizes nacionais para a proteção do meio ambiente, ordenamento urbanístico e saneamento básico. [...] Outrossim, não resta dúvida de que todo cidadão tem direito à moradia digna, embora tal garantia não implique qualquer autorização para se desconsiderar outros direitos básicos assegurados constitucionalmente, tal como a preservação do meio ambiente saudável (art. 225 da Constituição Federal). 4. Incumbe aos Municípios a proteção do meio ambiente e a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, consoante o disposto no art. 23, incisos VI, VII e IX, da Constituição Federal. Ademais, dispõe o art. 30, inciso VIII, da Constituição Federal, que a modificação ou a criação de áreas urbanas é, por natureza, função pública, atribuída, essencialmente, ao Município. Por conta disso, é firme o posicionamento de que, uma vez verificado o parcelamento indevido do solo urbano, sem a observância dos padrões de desenvolvimento definidos pela legislação pertinente, especialmente aqueles estipulados no art. 4º da Lei nº 6.766/79, cabe ao Município, de forma subsidiária, sua efetiva regularização, nos termos do art. 40 da Lei nº 6.766/79.5. Do artigo 40 da Lei 6.766/79, extrai a jurisprudência ser responsabilidade primária do loteador a promoção da regularização fundiária, somente cabendo aos municípios a responsabilidade de forma subsidiária. Tratando-se de responsabilidade subsidiária a do Município, somente lhe é exigível a tomada das providências cabíveis, formais (documentação) ou materiais (obras de infraestrutura mínima), na impossibilidade de cobrança da obrigação primária, imputável ao loteador .6. **Nesse contexto, considerando-se que a regularização fundiária se afigura imprescindível à tutela da saúde pública e do meio ambiente, interesses estes diretamente vinculados à preservação da dignidade da pessoa humana, compete à Administração Pública Municipal, de forma subsidiária, efetivar os comandos contidos na ordem jurídica, destinados à implementação das ações e programas necessários para garantir a prestação de determinados serviços.** No caso em tela, observa-se que os

demandados realizaram o parcelamento irregular de área de sua propriedade e o Município requerido, mesmo reconhecendo como indevido o loteamento, deixou que fossem edificadas residências no local. [...]

(TJ-RS - AC: 70083964163 RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Data de Julgamento: 28/10/2020, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 20/11/2020) (grifo nosso)

Dito isso, no desenvolvimento prático da questão, existem situações em que o Município é consultado pela empresa concessionária acerca da ligação, ou não, de água e esgoto em imóveis localizados sobre loteamento irregulares ou clandestinos. Nessa situação, a Administração Pública imagina, muitas vezes, tratar-se de uma situação que deve ser decidida com base na discricionariedade do Poder Público, uma vez que inexistente norma federal que obrigue a autorização.

Dessa forma, em muitos casos, a Administração utiliza a ligação de água e esgoto como uma forma de pressionar o administrado a regularizar o loteamento, não concedendo a ligação até que a questão urbanística seja resolvida, conforme se percebe nos casos jurisprudenciais. Enquanto isso, o indivíduo é obrigado a viver sem direitos humanos básicos.

Primeiramente, percebe-se um confronto entre direitos, uma vez que, enquanto o Município possui interesse em cercear a prática de ações que vão contra sua legislação e possui direito de realizar atos administrativos que concorrem contra tais atos, o adquirente do lote, ainda que irregular, possui o direito fundamental de acesso a água e esgoto.

Ao estudar sobre os direitos fundamentais diante do interesse público, e sobre os conflitos gerados pela sobreposição desses objetos, Pedro Carneiro Sales concluiu que o dever do Estado em defender o interesse público passa, primeiramente, pela atenção dos direitos fundamentais individuais garantidos na Constituição Federal. Nas palavras do autor:

Sendo os direitos fundamentais aqueles representativos dos valores morais implícitos à humanidade e sendo a dignidade humana o elemento cerne das constituições contemporâneas, a promoção e efetivação de tais direitos passa a ser a grande finalidade a ser alcançada pelo próprio Estado. (SALES, 2019, p. 805).

Nesta toada, diante da importância do saneamento básico e da água, pode-se concluir que o direito do Município em desincentivar os loteamentos irregulares deve ser afastada em face do direito do morador em ter acesso aos direitos básicos de sobrevivência.

Portanto, apesar dos diversos prejuízos que os loteamentos irregulares e clandestinos causam no meio ambiente, no meio urbano e na organização da cidade, o Município não pode suprimir direitos fundamentais para provocar sua regularização, como é comumente visto em Municípios do país.

Ora, se o Município é responsável por redigir a lei que estabelece os procedimentos para a regularização fundiária de seu território, é o responsável solidário pela regularização nos casos de negligência na fiscalização, é o responsável subsidiário em efetivar a ordem jurídica destinada à implementação dos serviços de água e esgoto nos loteamentos irregulares, percebe-se que é incompatível com sua atuação a negativa em ligar água e esgoto, e também quaisquer outros serviços essenciais.

Portanto, conclui-se que a responsabilidade do ente público municipal inicia-se antes mesmo do surgimento de tratativas de parcelamento do solo, com a elaboração

SILVA, Gabrielle Saraiva
SCHWAN, Ana Clara Lazaro

das normas que irão delimitar os casos concretos. Depois, sua responsabilidade em fiscalizar e zelar pelo bom andamento desse parcelamento é ativa e imprescindível para o respeito às legislações antes postas.

Com isso, o Município é responsável por todas as etapas, sendo também responsável por zelar pela implementação dos direitos fundamentais da população que mora em loteamentos irregulares, não sendo compatível com sua atuação o impedimento do desenvolvimento do imóvel com o fim de impelir o loteador a concluir a regularização, vez que o Município é responsável subsidiário/solidário por tal regularização.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve o objetivo de abordar a problemática envolvendo o fornecimento de saneamento básico em imóveis localizados em loteamentos irregulares e clandestinos, evidenciando o hábito de alguns entes municipais em negar o fornecimento de tais direitos humanos básicos para os cidadãos.

Posto isso, foi abordada a importância do saneamento básico para a promoção da dignidade para a população, além da competência de cada ente federativo em garantir e promover seu fornecimento. Concluiu-se, nesse aspecto, a essencialidade do saneamento básico para a efetividade de todos os direitos fundamentais.

Também foram conceituados os loteamentos irregulares e clandestinos, demonstrando sua formação e os prejuízos por eles causados no município, além do impacto da concentração de renda nas moradias brasileiras. Concluiu-se que os loteamentos clandestinos e irregulares tornam-se locais de vulnerabilidade social.

Pelo apresentado no artigo, pode-se concluir que o Município é responsável por zelar pela implementação de saneamento básico em loteamentos irregulares, não sendo compatível com sua atuação o impedimento do desenvolvimento do imóvel com o fim de impelir o loteador a concluir a regularização, sendo, inclusive, o Município, responsável subsidiária ou solidariamente por tal implementação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1824)**. **Constituição** Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm acesso em: 09 abr. 2022

BRASIL. **Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm acesso em: em 12 mar 2022.

HARTAMANN, Ivar Alberto Martins. **E-codemocracia: a proteção do meio ambiente no ciberespaço**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Gabrielle Saraiva
SCHWAN, Ana Clara Lazaro

GOMES, Maria de Fátima Moura; VALÉRIO FILHO, Mário; MENDES, Rodolfo Moreda; MACIEL, Lidiane Maria. **Loteamentos irregulares em área de risco no município de São José dos Campos/SP, Brasil. 2021.** Revista de pesquisa em arquitetura e urbanismo, v. 19, 2021. Disponível em:
<<https://www.revistas.usp.br/risco/article/view/169571/173387>> Acesso em 24 jun 2022.

LEITE, J. R. M.; CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional ambiental brasileiro.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEITE, J. R. M. **Manual de Direito Ambiental.** São Paulo: SARAIVA, 2015. E-book

ONU . “Água para a Vida, 2005-2015/Programa da Década da Água da ONU-Água sobre Advocacia e Comunicação (UNW-DPAC). 2010 . Disponível em
<https://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_por.pdf> acesso em: 15 mar 2022.

OSÓRIO, Letícia; SAULE JUNIOR, Nelson. **Direito à moradia no Brasil. Relatório Nacional do Projeto de Relatores Nacionais do DhESC.** São Paulo, 2003.

SALES, Pedro Carneiro. O conflito entre direitos fundamentais e interesse público: uma questão de proporcionalidade. **Meritum.** Belo Horizonte, v. 14 – n. 2 – p. 801-830 – Jul./Dez. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a proteção do ambiente.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro,** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

PASTENAK, Suzana. Loteamentos irregulares no município de São Paulo: uma avaliação espacial urbanística. **Revista planejamento e políticas públicas** | ppp | n. 34 | jan./jun. 2010. disponível em:
<<https://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/170/183>>