



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES

CURSO DE DIREITO

**AS CALÇADAS PÚBLICAS URBANAS E A RESPONSABILIDADE
QUANTO À SUA CONSTRUÇÃO E CONSERVAÇÃO**

Eduardo Pinheiro Conte

Lajeado, novembro de 2014

Eduardo Pinheiro Conte

**AS CALÇADAS PÚBLICAS URBANAS E A RESPONSABILIDADE
QUANTO À SUA CONSTRUÇÃO E CONSERVAÇÃO**

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II, do Curso de Direito, do Centro Universitário UNIVATES, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Renato Luiz Hilgert

Lajeado, novembro de 2014

Eduardo Pinheiro Conte

AS CALÇADAS PÚBLICAS URBANAS E A RESPONSABILIDADE QUANTO À SUA CONSTRUÇÃO E CONSERVAÇÃO

A Banca examinadora abaixo aprova a Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia, do curso de graduação em Direito, do Centro Universitário Univates, como parte da exigência para a obtenção do grau de Bacharel em Direito:

Prof. Me. Renato Luiz Hilgert – Orientador
Centro Universitário UNIVATES

Prof. Me. Hélio Miguel Schauren Jr.
Centro Universitário UNIVATES

Me. Natanael dos Santos
Prefeitura Mun. Santa Clara do Sul

Lajeado, 25 de novembro de 2014

RESUMO

A presente monografia apresenta a análise da responsabilidade pela construção e conservação das calçadas públicas urbanas, bens públicos de uso comum, levando-se em conta a legalidade ou ilegalidade das leis municipais que impõem ao dono do terreno contíguo a elas esse dever. O texto inicial define bens públicos urbanos de uso comum, trata da infraestrutura urbana e aborda como a calçada pública é definida no sistema viário urbano. Continuando, analisa de quem é o dever da construção e manutenção das calçadas urbanas e o questionamento sobre a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público. Por fim, conclui que as normas municipais, que transferem a obrigação em construir e conservar a calçada pública ao cidadão que possui terreno contíguo a ela, são inconstitucionais.

Palavras-chave: Calçada Pública. Responsabilidade civil. Bem público.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 CALÇADA URBANA COMO BEM PÚBLICO	8
2.1 Bens públicos	9
2.2 Bens públicos de uso comum	11
2.3 Regime jurídico dos bens públicos	14
2.4 O serviço público e a obra pública	15
2.4.1 Competência para execução de serviços ou obras públicas	20
2.4.3 Execução de serviços públicos por particulares	22
2.5 Uso ordinário e uso extraordinário de bens públicos.....	23
2.6 Infraestrutura e mobilidade urbana	24
2.6.1 Calçada pública, a mobilidade e a acessibilidade urbana	26
3 RESPONSABILIDADES PELA CONSTRUÇÃO E MANUTENÇÃO DAS CALÇADAS URBANAS	30
3.1 Responsabilidade objetiva e subjetiva da Administração Pública nos acidentes em calçadas públicas	31
3.2 A responsabilidade da construção e manutenção da calçada pública	41
3.3 A supremacia das normas constitucionais.....	44
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS.....	56
ANEXOS	61
ANEXO A – APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 0034135-32.2010.8.26.0602	62

1 INTRODUÇÃO

Diante da verificação da precariedade de muitas calçadas urbanas de nossas cidades, prejudicando a livre circulação da população, principalmente das crianças, idosos e portadores de necessidades especiais, surgem indagações sobre quem é o responsável para que esse fato não aconteça ou deixe de acontecer.

As calçadas públicas são classificadas como bens públicos de uso comum do povo. Mesmo assim classificadas, há em vários municípios, lei que confere ao proprietário de imóvel situado contíguo a elas a responsabilidade pela sua edificação e manutenção.

O Brasil tem uma das maiores cargas tributárias do mundo, sendo que o retorno destes tributos ao cidadão em forma de serviços públicos é precária. Desta forma, analisaremos a legalidade dessa transferência de responsabilidade ao cidadão pelo poder público.

A existência das calçadas tem como objetivo principal a segura e livre circulação de pedestres. É a parte da via pública destinada ao trânsito da população das mais diferentes idades e condições físicas. Embora tendo um papel importante no direito de locomoção do cidadão, elas, quando existem, não são alvo da devida manutenção ou de planejamento urbano para acesso do cidadão, afrontando a liberdade fundamental de locomoção.

A Constituição Federal confere à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a propriedade dos bens públicos. As calçadas públicas são classificadas como bens públicos de uso comum e na sequência do estudo será discutido se a

responsabilidade pela construção e manutenção é da Administração Municipal ou do proprietário do terreno adjacente.

Dessa forma, o assunto mostra-se interessante, pois todo cidadão, independentemente de classe social, em algum momento fará uso de uma calçada e outros tantos serão responsabilizados pela sua manutenção e edificação. Vale salientar que não há a pretensão de esgotar o tema, apenas iniciar um estudo sobre esse ponto, auxiliando a sociedade a observar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre quem é o responsável legal por isso e se leis municipais possuem o poder de responsabilizar o munícipe proprietário de lote urbano por essa atividade.

Será analisada a legislação e a doutrina no que se refere aos bens públicos, bem como decisões judiciais pertinentes, tendo como foco a análise de quem é o responsável pelos bens públicos, focando principalmente nas calçadas públicas, bem como se o estado pode transferir tal incumbência ao cidadão.

Assim, para um melhor entendimento da matéria em pauta, no primeiro capítulo da monografia, se estudada a definição das calçadas urbanas como bens públicos e a composição da infraestrutura urbana, para, no segundo, examinar a responsabilidade legal pela construção e manutenção das calçadas urbanas e a supremacia das normas constitucionais.

Quanto ao modo de abordagem, a pesquisa da monografia é qualitativa, pois trabalha com o exame da natureza, do alcance e das interpretações possíveis para o fenômeno estudado, Mezzaroba (2008), ou seja, a responsabilidade pela feitura e conservação das calçadas urbanas frente à legislação, bem como a legalidade de lei municipal que imputa o dever de conservar e construir ao proprietário de lote adjacente.

Com o intuito de desenvolver e concluir a monografia, foi feita a opção metodológica dedutiva, partindo de fatos concretos, como a responsabilidade do estado pelos bens públicos, bem como a falta de requisitos e justificativas da transferência de responsabilidade.

Utiliza-se como método auxiliar a pesquisa bibliográfica, baseada na doutrina de estudiosos da área do direito administrativo e constitucional, bem como da farta legislação, e, sites e jurisprudências.



2 CALÇADA URBANA COMO BEM PÚBLICO

O Código de Trânsito Brasileiro, Lei nº 9.503/97, em seu anexo I, conceitua calçada como “parte da via, normalmente segregada e em nível diferente, não destinada à circulação de veículos, reservada ao trânsito de pedestres e, quando possível, à implantação de mobiliário urbano, sinalização, vegetação e outros fins”.

Dessa forma, a calçada é parte integrante da via pública, notadamente independente dos lotes que com ela se delimitam. Então, se a calçada não faz parte do terreno do qual ela se delimita, mas sim da via pública, é certo que se trata de bem público, sendo então que deveria recair na Administração Municipal a total responsabilidade pela sua construção e manutenção. A legislação municipal não deveria coagir o munícipe a ter despesas com um imóvel que não é seu.

Rios (2003, p. 144) define como calçada a “parte mais alta e lateral da rua, destinada ao trânsito de pedestres; passeio”. Já o passeio, que é sinônimo, Rios (2003, p. 415) define como “parte lateral e um pouco elevada de algumas ruas, destinada ao trânsito de pedestres”.

Assim, será objetivo deste capítulo examinar noções de calçada pública como bem público de uso comum e a ilegalidade da transferência da responsabilidade da conservação e construção desse bem do Município para o cidadão.

2.1 Bens públicos

O art. 98 do Código Civil Brasileiro contempla o conceito de bens públicos como “os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Na lição de Carvalho Filho (2010, p. 825):

São bens públicos todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título, pertençam às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sejam da Administração descentralizada, como as autarquias e as fundações de direito público.

A definição de Bastos (2001, p. 342) diz que “os bens públicos são o conjunto de coisas corpóreas e incorpóreas, móveis, imóveis e semoventes de que o Estado se vale para poder atingir as suas finalidades”.

Para Pontes e Faria (2009, p. 5) assim é definido bem público:

Considerando as formas apresentadas de se conceituar bens públicos, é possível dizer que os critérios de diferenciação entre os bens estão relacionados a três elementos: a titularidade, a destinação e a administração. E, para efeitos desse estudo, entender-se-á aqui que uma vez gravado com uma finalidade pública e administrado por uma pessoa jurídica de direito público interno, o bem será considerado de domínio público.

Nos ensinamentos de Mello (2003, p. 791) sobre aquisição de bens públicos, cita que “os bens públicos adquirem-se pelas mesmas formas previstas no Direito Privado (compra e venda, doação, permuta etc.) e mais por formas específicas de Direito Público, como a desapropriação ou a determinação legal”.

Por determinação legal entendem-se os bens adquiridos em decorrência de loteamentos, conforme art. 22 da Lei nº 6.766/79:

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

Parágrafo único. Na hipótese de parcelamento do solo implantado e não registrado, o Município poderá requerer, por meio da apresentação de planta de parcelamento elaborada pelo loteador ou aprovada pelo Município e de declaração de que o parcelamento se encontra implantado, o registro

das áreas destinadas a uso público, que passarão dessa forma a integrar o seu domínio.

A classificação dos bens públicos é trazida pelo art. 99 do Código Civil:

Art. 99. São bens públicos:

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

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

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

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Os bens públicos são classificados conforme a função que irão desempenhar, sendo que podem ser bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais.

Os bens dominicais, definidos por Madeira (2008), são aqueles que formam o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, mas que não possuem nenhuma finalidade pública, ou seja, não são destinados ao uso da coletividade. São exemplos de bens dominicais os prédios públicos desativados, móveis sem uso e terras devolutas.

Já os bens de uso especial, o mesmo autor acima os define como bens do patrimônio público que são usados com a finalidade de atender a sociedade, ou seja, bens que são usados para a atividade fim do Estado, que é servir a coletividade. São exemplos desses bens os prédios onde estão localizadas as escolas municipais, postos de saúde, o prédio da Prefeitura Municipal, etc. Para que o cidadão possa usufruir desse tipo de bem, terá que observar certos requisitos, como horários e autorização.

Por fim, temos os bens de uso comum, que são os destinados ao uso de toda a coletividade, pois pertencem a todos. Sua utilização pode ser onerosa ou gratuita, não perdendo, quando onerosa, ou quando regulado seu uso, a definição de bem de uso comum.

Como o foco do trabalho é calçada pública, a ênfase do estudo será nos bens de uso comum do povo.

Os bens de uso comum e especial são inalienáveis conforme a Lei do art. 100 do Código Civil Brasileiro: “Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, ou seja, tornando-os dominicais pela desafetação, na forma que a lei determinar”.

Esses bens nunca poderão ser alienados, salvo se houver lei alterando sua qualificação.

Quanto à administração dos bens públicos, Bastos (2001, p. 346) se refere que:

Todos os bens pertencentes ou vinculados ao Poder Público para realização de serviços ficam submetidos à sua administração. No exercício dessa atribuição compreende-se a faculdade de utilização dos bens públicos segundo sua destinação ou afetação e o dever de conservação e guarda. [...] Da mesma forma, deve praticar atos de conservação para que o bem não se deteriore, sob pena de responsabilidade civil por lesão ao patrimônio público.

Também versa sobre a responsabilidade de manutenção dos bens públicos o art. 23 da Constituição Federal onde:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público.

Devemos salientar na definição acima o dever de conservação e guarda para que o bem não se deteriore, sendo então que as calçadas de nossas cidades devem ser mantidas e fiscalizadas pelo responsável direto e legal que é o Município.

2.2 Bens públicos de uso comum

O art. 99, I, do Código Civil Brasileiro define que “são bens públicos os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças”.

Os bens públicos de uso comum são destinados, por lei ou por natureza, ao uso coletivo, ainda que esse uso possa estar sujeito a eventuais condições ou restrições previstas em lei ou regulamento, como as constantes no art. 5º, XVI, da Constituição Federal. São bens franqueados ao uso da população, como as ruas, praças, estradas e calçadas públicas. Caracterizam-se pela sua inalienabilidade,

revestindo-se de uma finalidade não patrimonial. Quanto à titularidade, podem ser federais, estaduais, distritais ou municipais, mostrando assim uma divisão de competências.

Na definição de Gasparini (2005, p. 739), bens de uso comum do povo:

São coisas móveis ou imóveis pertencentes ao Poder Público (União, Estado-Membro, Município, Distrito Federal), usáveis, sem formalidade, por qualquer do povo. São exemplos dessa espécie de bem os mares, as praias, os rios, as estradas, as ruas, as praças, as áreas verdes e de lazer. O uso e gozo desses bens são permitidos a qualquer ser humano, sem distinção entre nacionais e estrangeiros, entre pessoas físicas ou jurídicas, ou entre pessoas públicas ou privadas. Para esse uso e gozo nada se exige em termos de autorização ou permissão, nem, pelo menos em princípio, se cobra pela utilização. A cobrança pela utilização de bens de uso comum, embora não seja costumeira, é permitida pelo art. 103 do Código Civil, conforme as leis da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios a que pertencem dispuserem a respeito.

O uso e gozo, por certo, há de ser conforme a destinação do bem. Assim, uma praça não pode ser utilizada para se estender um varal e secar roupa, nem uma rua utilizada como campo de bochas ou malhas. O uso, portanto, deve ser normal. O uso anormal deve ser prévia e detalhadamente informado à autoridade competente (art. 5º, XVI, da CF), como é o caso do uso de uma praça para a realização de um comício ou de uma rua para a promoção de uma passeata estudantil ou para a comemoração de uma vitória de certo time de futebol.

O art. 103 do Código Civil fala que “o uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem”. Um exemplo são as estradas que possuem pedágio e as ruas com cobrança de estacionamento.

Madeira (2008, p. 416) descreve sobre a utilização do bem de uso comum assim:

É certo que cabe à Administração o dever de assegurar a utilização normal dos bens de uso comum do povo pela sociedade; para tal, lhe é conferida a guarda, administração, fiscalização e reivindicação dos referidos bens. Por isso, alguns doutrinadores sustentam que, em relação a esses bens, o que existe é um poder de gestão, e não um domínio patrimonial propriamente dito, uma vez que eles pertenceriam, na realidade, a toda a sociedade.

Conforme Araújo (2010, p. 51), “em se tratando de modalidade de utilização dos bens, será considerado como uso comum aquele em que toda a sociedade for tida como usuária, não existindo direito subjetivo à exclusividade. Todas as pessoas são iguais no uso e gozo da coisa”.

A Constituição Federal não fez referência aos bens pertencentes aos Municípios, diferente do que ocorre com a União e os Estados. Dessa forma, não existem bens que em razão da natureza ou utilização sejam necessariamente municipais. Aos Municípios pertencem aqueles bens móveis ou imóveis por ele adquiridos ou que fazem parte de seu patrimônio em virtude de lei. O bem que passa a ser patrimônio do Município em virtude de lei é aquele que, por exemplo, provém da transferência da área para abertura de vias públicas ao município em virtude da criação de loteamentos imobiliários, ou nos casos de desapropriação de imóvel para a construção de via pública.

O que cita Mazza (2014, p. 658) sobre bens públicos dos municípios:

A Constituição Federal de 1988 não faz referência aos bens públicos dos Municípios, devendo ser assim considerados todos aqueles onde se encontram instalados repartições públicas municipais, bem como os equipamentos destinados à prestação de serviços públicos de competência municipal. Pertencem aos Municípios, ainda, as estradas municipais, ruas, parques, praças, logradouros públicos e outros bens da mesma espécie.

Quando o poder público constrói ou repara a calçada pública para que todos possam usufruí-la da melhor forma, está prestando um serviço para todos, não para alguém em específico, pois toda a coletividade irá usufruir da calçada no seu direito de ir e vir. O seu custo deve ser arcado pela arrecadação de impostos e não pelo custeio de uma única pessoa.

Meirelles, Azevedo e Aleixo (2010, p. 436) assim definem:

Bens de uso comum do povo ou do domínio público: como exemplifica a própria lei, são os mares, praias, rios, estradas, ruas e praças, [...]. No uso comum do povo, os usuários são anônimos, indeterminados, e os bens utilizados o são por todos os membros da coletividade – *uti universi* – razão pela qual ninguém tem direito ao uso exclusivo ou a privilégios na utilização do bem. O direito de cada indivíduo limita-se à igualdade com os demais na fruição do bem ou no suportar os ônus dele resultantes.

Baseando-se nesse conceito, observa-se que a responsabilização do contribuinte pela construção e manutenção das calçadas públicas é totalmente contrária ao conceito do autor acima citado, pois quem paga com o próprio dinheiro a manutenção ou construção de uma calçada, em terreno que não é seu, não está usufruindo de um privilégio. Privilégio pode ser do pedestre que usa a calçada sem precisar pagar a sua reforma ou construção. Isso também é contraditório quando cita que “o direito de cada indivíduo limita-se à igualdade com os demais na fruição do

bem ou no suportar os ônus dele resultantes”. O ônus resultante das obras na calçada pública é suportado única e exclusivamente pelo proprietário do terreno situado contíguo a ela. Seria suportado por todos se o recurso financeiro usado na obra fosse oriundo dos impostos pagos por todos os contribuintes. Se o município não pode cobrar taxa de limpeza urbana por não poder individualizar o serviço, também não poderia infligir obrigação para que uma pessoa pague a manutenção para que todos possam usar indistintamente a calçada.

Veja-se outro exemplo hipotético: uma lei municipal obrigando o dono do terreno limítrofe conservar o pavimento de parte da rua em frente à sua casa. Ou ter que se responsabilizar com a iluminação pública do poste que está na calçada em frente ao seu terreno. Se uma lei obriga o cidadão a conservar e construir uma calçada, também poderá se estabelecer uma lei que obrigue a conservação do pavimento da rua ou da iluminação pública, como enfatiza Wolkweiss (2006, p. 4).

2.3 Regime jurídico dos bens públicos

Para diferenciá-los dos particulares, os bens públicos possuem regime jurídico próprio, que se caracteriza por possuírem quatro especificidades, ou seja, inalienabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade e não onerabilidade. Agora vamos analisar suas características separadamente.

Na doutrina de Mazza (2014), a sua alienação é cercada por exigências e requisitos, que, seria mais apropriado não chamá-lo de inalienável, mas alienáveis se condicionados a ditames legais. Sendo assim, entende-se que esses bens não podem ser hipotecados, penhorados, desapropriados, etc.

Já a impenhorabilidade se refere que os bens públicos não podem ser alvos de retenção judicial por dívidas do ente público, sendo o caminho correto para isso a execução contra a fazenda pública e o recebimento por precatórios.

E agora falaremos da imprescritibilidade, onde o mesmo autor antes citado fala que os bens públicos não serão motivo de aquisição por prescrição, ou seja, que não poderão ser objetos de usucapião (art. 183, parágrafo 3º, 191, parágrafo único, da Constituição Federal, e 102 do Código Civil). Há uma exceção a essa regra, que

é o que prescreve o art. 2º, da Lei nº 6.969/81, que trata do usucapião especial de terras devolutas localizadas em área rural.

2.4 O serviço público e a obra pública

A origem do serviço público, conforme Bastos (2001, p. 181, grifo do autor):

À medida que a vida social foi tornando-se mais complexa pela evolução das comunidades que a formavam, constatou-se, embora parte das suas necessidades pudessem ser atendidas sem a interferência da própria comunidade, outras necessidades, no entanto, não se prestavam a esse abandono, à iniciativa dos próprios interessados. Fazia-se necessário, pelas características que apresentavam estas necessidades, que as sociedades as assumissem como próprias. Desta evolução surge o que viria a ser chamado “serviço público”.

Pela conceituação de Mello (2003, p. 607) os serviços públicos são:

[...] atividades materiais que o Estado, inadmitindo que possam ficar simplesmente relegadas à livre iniciativa, assume como próprias, por considerar de seu dever prestá-las ou patrocinar-lhes a prestação, a fim de satisfazer necessidades ou comodidades do todo social, reputadas como fundamentais em dado tempo e lugar. Por esta mesma razão as submete a uma disciplina jurídica específica, preordenada a garantir proteção aos interesses coletivos nela encarnados, de sorte a facilitar-lhes a viabilização, assim como defendê-las não apenas contra terceiros ou contra as pessoas que ele próprio haja habilitado a prestá-los, mas também contra omissões ou desvirtuamentos em que o próprio Estado possa incorrer ao propósito delas.

O mesmo autor acima informa que o Estado pode repassar a responsabilidade pela prestação do serviço público para terceiros, mediante a concessão, permissão ou autorização.

Para Cretella Júnior (2002, p. 269), obra pública “é toda atividade que recai sobre imóveis exercida, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica pública, na consecução de seus próprios fins”. Podemos observar esse fato através da construção, reparação ou conservação do imóvel pertencente ao Poder Público.

Conforme o Autor, a execução da obra pública pode ser realizada diretamente pela administração pública, através de seus funcionários e equipamentos, ou por contratos externos com pessoas de direito privado, através de pagamentos pela conclusão total da obra ou proporcional às etapas realizadas. Também há a concessão de obra pública, onde a pessoa de direito privado irá realizar a obra e

gerir o serviço público, tendo como recompensa a cobrança de tarifa dos usuários do serviço, como ocorre nas rodovias com pedágio.

Autores como Celso Antônio Bandeira de Mello e José Cretella Júnior, diferenciam serviço público de obra pública. Já Celso Ribeiro Bastos não faz essa diferenciação, englobando como serviço público também a construção ou reforma de bem imóvel público, como vemos a seguir exposto em sua obra:

[...] o serviço público visa a atender necessidades materiais, consubstanciadas em comodidades ou serviços postos à disposição dos usuários que podem fazer uso dele na qualidade individual de cidadão, ou como membro da coletividade, como é o caso, por exemplo, dos serviços de segurança, de iluminação ou de calçamento das ruas [...] (BASTOS, 2001, p. 183).

Como se refere o Autor é pelo serviço público que a administração revela a sua função, a sua razão de existir.

Bastos (2001) classifica os serviços públicos como *uti singuli* e *uti universi*. A primeira classificação se refere aos que desfrutam do serviço de modo direto, particular, onde os destinatários são determináveis, como no caso dos serviços de telecomunicação. Já a segunda classificação se refere à prestação do serviço a todas as pessoas, não podendo determinar qual o beneficiário, sendo que toda a sociedade pode usufruir, como no caso da iluminação pública.

Érico Hack (2008, p. 66) comenta a classificação dos serviços públicos “quanto à titularidade, os serviços públicos podem ser prestados pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, podendo ser agrupados de acordo com o ente da federação que tem a competência para instituí-los e executá-los”.

Sobre o Serviço Público, Melo (2008, p. 587) cita:

A Administração Pública passou a ter uma importância mais significativa, como provedora, a partir da vocação do Estado para prestar aos indivíduos utilidades que lhes tornem a vida mais digna e agradável. Além de reconhecer a liberdade, o Estado assume o papel de prestador e de realizador do bem-estar com a finalidade de corrigir a desigualdade social.

Sendo o Brasil um dos países com maior incidência tributária do mundo, deveria a contraprestação do governo ser através de serviços públicos de qualidade, mas não é isso que ocorre. Como define o autor (2008, p. 591), “o primeiro requisito

para a boa qualidade do serviço público é a vontade política de prestá-lo, adequadamente, por parte dos governantes”.

O Serviço Público deve obedecer ao princípio da continuidade, qualidade, eficiência, modicidade, igualdade, e do dever inescusável do Estado de prestar o serviço.

Hack (2008) estabelece que o princípio da continuidade se firma no fato de que os serviços públicos devem ser ininterruptos. Como são serviços de grande importância para a sociedade, não se pode aceitar que os mesmos de uma hora para outra deixassem de serem prestados, sendo que este princípio influencia diretamente no direito de greve, onde os grevistas nunca poderão parar totalmente os serviços, deixando em funcionamento um mínimo tolerável para que a greve não seja considerada ilegal.

Já o princípio da generalidade, o mesmo autor conceitua como sendo aquele em que não se pode beneficiar uma ou algumas pessoas. Deve beneficiar todos indistintamente.

Quando se põe que o serviço deve ser ágil e qualificado, ele estará cumprindo o princípio da eficiência. Medauar (2004, p. 151) assim define este princípio:

Agora a eficiência é princípio que norteia toda a atuação da Administração Pública. O vocábulo liga-se à ideia de ação para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções.

A modicidade das tarifas é o princípio que enfatiza que as tarifas cobradas devem ter um valor razoável, sendo que devam também se compatibilizarem com a realidade econômica de quem está pagando.

Para finalizar, temos o princípio da cortesia, onde os prestadores de serviço público devem tratar com urbanidade e respeito o cidadão usuário do serviço.

É relevante voltar ao princípio da eficiência e a definição dada por Medauar apud Bucci (2006), que vem ao encontro do que trata este trabalho. Esse princípio também vale para as obras públicas, pois a linha que divide serviço público e obra

pública é muito tênue, às vezes quase imperceptível, como será mostrado no próximo parágrafo com a obra de Justen Filho (2003). Observamos que na definição dada ao princípio da eficiência, a própria autora reconhece e enfatiza que o Estado brasileiro raríssimas vezes cumpre esse princípio. Restringindo ao problema das calçadas públicas, vemos que a administração pública não é nem um pouco ágil e eficiente quando se trata também de conservação das calçadas públicas. Na maioria das nossas cidades a sua fiscalização, construção ou manutenção é precária, e às vezes inexistente. Há por parte dos governantes um total descaso e omissão quando se trata da ação estatal para solucionar esse tipo de problema. Com o repasse, em muitas cidades, da obrigação da manutenção ao proprietário particular, o município achava que havia encontrado a solução para o seu próprio descaso. Mas observamos que além de ilegal esse repasse de obrigações, também não melhorou em nada a situação.

Na lição de Marçal Justen Filho (2003, p. 98, grifo do autor):

Bem por isso não houve qualquer vício da disciplina contemplada no art. 2º, inc. III, da Lei nº 8.987, que disciplinou de modo amplo a matéria, evitando inclusive disputas sobre a extensão dos conceitos de serviço e obra. Tanto assim que reconhece que atividades materiais de construção, conservação, reforma etc., caracterizam-se como obra (alude a concessão de serviço público precedida de obra). Mas a exploração tanto pode ser da obra propriamente dita como também de serviços públicos com ela relacionados. Isso fica claro na parte final do referido art. 2º, inc. III (“mediante a exploração do serviço ou obra...” - original sem destaque). Logo, é perfeitamente possível que haja concessão exclusiva de obra pública, sem prestação de serviço público propriamente dito. Mais precisamente, poderia considerar-se como desempenho de serviço público a edificação de uma obra – com o risco, então, de suprimir a categoria de obra, que passaria a ser englobada em um conceito amplo de serviço. Portanto, a Lei nº 8.987 disciplinou concessão de serviço e concessão de obra, ainda que aludindo apenas a serviço público.

O art. 2º, da Lei nº 8.987, referido acima:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

- I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;
- II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;
- III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para

a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Como mencionado anteriormente, a linha que diferencia serviço público de obra pública é praticamente imperceptível, pois uma está ligada diretamente à outra, onde que para existir o serviço, anteriormente deve ter havido uma obra pública, sendo que em muitas vezes a própria lei não diferencia uma da outra, onde é completamente aceitável considerarmos a conservação da calçada como prestação de serviço público.

Continuando com a explanação de Marçal Justen Filho (2003, p. 99):

Aliás, até o advento da Lei nº 8.987, era pacífico entre nós que obra e serviço não se confundiam (mesmo havendo situações em que a distinção não é simples). Mesmo no campo de contratos administrativos, contratar a execução de uma ponte nunca foi considerado como contrato de serviço (nem mesmo de serviço de engenharia). A diferença era claramente estabelecida, inclusive no campo específico de conservação de rodovias. A jurisprudência reputava que conservação de rodovias era obra, não serviço. Tanto que, para fins tributários, era inconstitucional instituição de taxa de serviço, sendo viável apenas a cobrança de contribuição de melhoria (vinculada constitucionalmente à realização de obra pública).

A Lei nº 8.987, no entanto, agrupou todas as hipóteses, enfocando-as todas como concessão de serviço público.

Já Mello (2003, p. 621) estabelece diferenciação entre serviço público e obra pública:

Obra pública é a construção, reparação, edificação ou ampliação de um bem imóvel pertencente ou incorporado ao domínio público. De fato, serviço público e obra pública distinguem-se com grande nitidez, como se vê da seguinte comparação:

A obra é, em si mesma, um produto estático; o serviço é uma atividade, algo dinâmico;

A obra é uma coisa: o produto cristalizado de uma operação humana; o serviço é a própria operação ensejadora do desfrute;

A fruição da obra, uma vez realizada, independe de uma prestação, é captada diretamente, salvo quando é apenas o suporte material para a prestação de um serviço; a fruição do serviço é a fruição da própria prestação; assim, depende sempre integralmente dela;

A obra, para ser executada, não presume a prévia existência de um serviço; o serviço público, normalmente, para ser prestado, pressupõe uma obra que lhe constitui o suporte material.

Os autores citam que órgãos da administração direta e indireta podem realizar as obras públicas, mas a regra é a contratação de empresas particulares para a sua

execução, sendo submetidas ao procedimento licitatório, regulado pela Lei nº 8.666/93.

2.4.1 Competência para execução de serviços ou obras públicas

Questões de ordem administrativa, técnica e jurídica determinam a qual ente público compete a execução dos tipos de serviços ou obras públicas que são expostos nos artigos 21 e 23 da Constituição Federal. Dessa forma, muitas vezes a legislação federal ditará o modo que o serviço público será prestado pelos entes públicos.

A Constituição Federal, no seu art. 175, caput, trata que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Essa afirmação traduz-se e fundamenta-se no art. 1º da Lei nº 8.987/95 e no art. 1º da Lei nº 9.074/95.

O art. 1º da Lei nº 8.987/95: “As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos”.

E o art. 1º da Lei nº 9.074/95: “Sujeitam-se ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes serviços e obras públicas de competência da União”.

Também Pontes e Faria (2009) definem que a competência do Município para a realização de determinado serviço ou obra pública depende de interesse local, prevalecendo sobre os outros entes, mas não de forma exclusiva.

O artigo 30 da Constituição Federal dita as competências do ente municipal:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

- III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;
- IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;
- V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;
- VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;
- VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;
- VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;
- IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

No inciso V, há explicitamente a forma que o Município poderá prestar os serviços públicos. Assim sendo, ele poderá organizar e prestar, concedendo ou permitindo, os serviços públicos de interesse local. Não há no artigo e especificamente neste inciso, nenhuma menção que o governo municipal poderá impor a obrigação de realização de serviço ou obra pública ao cidadão.

Da mesma forma, o art. 175 consolida o entendimento do parágrafo acima, quando cita apenas que a concessão ou permissão são formas indiretas de prestação de serviços públicos, e sempre através de licitação.

Conforme a Lei nº 8.987/95, em seu art. 2º, inciso II, concessão de serviço público é “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

Já o inciso IV, da mesma Lei e artigo, define permissão de serviço público como sendo “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”.

Essa forma de contratação para realização de obra pública cerca todos com obrigações e direitos, desde o poder público, as empresas e os trabalhadores envolvidos na obra. É uma garantia, sendo que os direitos trabalhistas terão amparo no caso de algum acidente, por exemplo.

Gomes e Morgado (2012, p. 74) descrevem a autorização como sendo:

[...] ato administrativo negocial, discricionário e precário pelo qual o Poder Público faculta ao pretendente à realização de certa atividade, serviço ou o uso de determinado bem. São dessa natureza os atos que autorizam o porte de arma e a exploração de jazida mineral.

Em se tratando de autorização de serviço público, sua definição não é pacífica. Conforme lembra Gomes e Morgado (2012), o art. 175 da Constituição Federal, citado anteriormente, não menciona a autorização como forma de prestação de serviços públicos, especificando somente a concessão e a permissão.

Quanto à fiscalização dos serviços, Pontes e Faria (2009, p. 65) definem da seguinte forma:

Cabe ressaltar que ainda que o exercício das atividades referentes à prestação dos serviços públicos seja realizado por particulares, o Poder Público permanece com a responsabilidade pelo seu controle e regulação. Nesse sentido, os contratos realizados com a Administração Pública preveem a possibilidade de modificação unilateral das cláusulas regulamentadoras da prestação de serviço, conforme determina a lei de licitações, desde que o interesse público assim o exija.

2.4.3 Execução de serviços públicos por particulares

Conforme mostrado anteriormente, há casos em que os serviços públicos podem ser realizados por particulares.

A Constituição Federal de 1988 regulou tal assunto em seu artigo 175:
Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Dessa forma, o texto constitucional determinou que os serviços públicos a serem realizados por particulares ocorrerão mediante concessão, permissão ou autorização.

A regulamentação do art. 175 da Constituição Federal se deu através da Lei Federal nº 8.897/95, que veio ditar as normas concernentes às atividades de prestação de serviços públicos por particulares.

Como concessão de uso, Pontes e Faria (2009) definem como sendo concretizado por contrato administrativo, estabelecido com um particular que terá

direito de explorar o bem de forma exclusiva, conforme definido em contrato. A concessão pode ser gratuita ou remunerada.

Já a permissão ou autorização de uso se configuram em ato precário e discricionário dado a um particular pela Administração para que exerça de forma temporária a exploração de um bem público. A permissão deve ser precedida de licitação.

Também devemos citar as parcerias público-privadas, normatizadas pela Lei 11.079/2004. Pela lição de Barbosa Pinto (2006), essas parcerias são divididas em duas categorias: concessões patrocinadas e concessões administrativas.

A primeira tem como característica que, além da tarifa cobrada do usuário, a empresa privada recebe um valor mensal do Estado. Já na concessão administrativa, a empresa não cobra tarifa alguma do usuário, sendo o pagamento feito apenas pelo Estado à empresa.

Conforme o mesmo autor, as funções dessas parcerias são duas:

De um lado elas servem para canalizar recursos privados para investimentos em infraestrutura que são essenciais para o desenvolvimento econômico do país. De outro, elas aumentam a eficiência do Estado na prestação de serviços, permitindo um melhor emprego dos recursos públicos.

Como podemos observar, não há em nenhum momento citação informando que o Poder Público pode, através de lei municipal, transferir a responsabilidade e a onerosidade pela construção ou conservação de um bem público de uso comum, ao cidadão, pelo simples fato deste estar contíguo ao terreno do particular. O Poder Público só pode fazer aquilo que está estabelecido em lei.

2.5 Uso ordinário e uso extraordinário de bens públicos

O Código Civil Brasileiro, para classificar os bens públicos, utiliza como base a finalidade a que o bem se destina.

O uso ordinário de bens de uso comum pelo cidadão não o sujeita a nenhum pagamento de taxa ou tarifa. Em alguma situação especial, tendo em vista o

interesse geral, podem ocorrer variações relativas ao uso ordinário. Constatada a variação, estará caracterizada a hipótese de uso extraordinário do bem de uso comum.

Os bens de uso comum do povo pertencem ao domínio eminente do Estado, que impõe a sua vontade em seu território, mostrando sua soberania interna, mas seu titular é o povo. Não acarreta um direito de propriedade ou domínio patrimonial em que o Estado possa dispor, segundo o ordenamento do direito civil. O Estado é apenas o gestor desses bens, e, assim, tem o dever da sua vigilância, tutela e fiscalização para o uso público.

Domínio eminente é definido por Bastos (2001, p. 340) como sendo “a supremacia do Estado sobre todas as coisas que se encontram no seu território”.

As rodovias, por exemplo, são caracterizadas como bens de uso comum. Quando há a cobrança de pedágio, o bem continua destinado ao uso da população em geral, mas seu uso passa a depender do pagamento de tarifa, que irá caracterizar o uso extraordinário do bem. Também ocorre uso extraordinário quando são emitidas licenças para que ocorram eventos culturais ou esportivos em logradouros públicos em que está condicionado ao pagamento de ingresso o acesso da população, conforme Furtado (2007).

2.6 Infraestrutura e mobilidade urbana

Conforme informação de Maricato (2001), o processo de urbanização brasileiro foi acelerado principalmente a partir de 1950. A mesma autora relata que em 1940, a população urbana era de 26,3% do total, ou seja, 18,8 milhões de habitantes.

Dados recentes obtidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística nos mostra que, conforme o último senso oficial, no ano de 2010 a população urbana brasileira totalizava 84,35%, perfazendo o impressionante número de 160.879.708 pessoas.

Com os dados acima, evidencia-se o agigantamento dos centros urbanos, em um período relativamente curto de tempo. O ideal seria que a infraestrutura desses locais também fosse ampliada na mesma proporção, proporcionando moradia e saneamento básico, por exemplo, para os novos moradores. Mas não foi o que aconteceu. A infraestrutura não acompanhou o mesmo ritmo, causando uma ocupação desordenada, que se reflete ainda hoje, principalmente nas grandes cidades. Assim sendo, questões de mobilidade urbana também foram deixadas em segundo plano, sendo a preocupação existente sempre voltada para o trânsito automotivo. O deslocamento feito por pedestres nunca teve a preocupação que merecia.

Citando Vasconcellos (2014), a aceleração da urbanização no Brasil na década de 60, juntamente com o surgimento da indústria automotiva nacional nos anos 70, deu início à polarização da preocupação estatal pelo deslocamento realizado por automóveis. A caminhada foi menosprezada pelos projetos de deslocamento urbano, mesmo sendo que este tipo de mobilidade corresponda entre 42 e 58% dos deslocamentos da origem até o destino realizados pela população nas cidades brasileiras. O mesmo autor (2014, p. 99) diz:

A primeira constatação da falta de prioridade para o ato de caminhar é a decisão de atribuir ao proprietário do lote a responsabilidade de cuidar das calçadas. Esta decisão expõe a realidade de que o ato de caminhar não é considerado um assunto público, mas privado. Consequentemente, toda a engenharia viária foi desenvolvida com atenção exclusiva à pista de rolamento dos veículos. Na zona rural brasileira, essa postura chega ao limite de pavimentar estradas de terra sem deixar nenhum espaço para pedestres e ciclistas. [...] as pesquisas de mobilidade das pessoas não contabilizam os deslocamentos curtos de pedestres, denotando o preconceito em relação a essa forma de deslocamento.

As calçadas possuem grande importância na mobilidade urbana. As gestões municipais, na sua maior parte, importam-se apenas com a construção e manutenção da parte da via pública destinada aos automóveis, deixando as calçadas e os pedestres sem a devida atenção que merecem. Em nosso país, a política de mobilidade urbana está relacionada quase que exclusivamente ao tráfego de automóveis, excluindo, assim, uma enorme parcela populacional que necessita do deslocamento a pé para ir até o local de trabalho, à escola, ao posto de saúde etc.

Assim sendo, será objetivo deste capítulo descrever aspectos da política de infraestrutura urbana tendo como foco principal a mobilidade urbana relacionada aos veículos, que relegam a segundo plano os pedestres e as calçadas públicas.

2.6.1 Calçada pública, a mobilidade e a acessibilidade urbana

A calçada pública faz parte do sistema viário municipal. O Código de Trânsito Brasileiro (CTB/1997), reiteramos, conceitua calçada no seu Anexo I como “parte da via, normalmente segregada e em nível diferente, não destinada à circulação de veículos, reservada ao trânsito de pedestres e, quando possível, a implantação de mobiliário urbano, sinalização, vegetação e outros fins”.

Na doutrina, Duarte, Sanches e Libardi (2012, p. 21) conceituam que “a calçada é o equipamento capaz de proporcionar a acessibilidade do pedestre ao espaço urbano, permitindo que o mesmo atinja seu destino com conforto e segurança”.

Os mesmos autores identificam que um dos aspectos mais importantes na elaboração da calçada pública, é que garanta amplo acesso aos portadores de necessidades especiais. Imaginem todos, a dificuldade que muitas vezes é, para as pessoas jovens e sem problemas físicos que impeçam sua locomoção, o andar pelas calçadas de nossas cidades. Agora pensemos nas pessoas portadoras de alguma deficiência que tenha que usar essas calçadas. Em alguns casos é completamente impossível. Ou é pelos buracos deixados por alguma empresa que trocou um poste de iluminação de um lugar, ou é a companhia responsável pelo abastecimento de água que abriu um buraco para concertar um encanamento e não fechou corretamente, ou é um poste da fiação elétrica colocado praticamente no meio da calçada, quase impedindo a passagem, dentre outros vários exemplos que nos deparamos todos os dias.

Salvi e Yamawaki (2013, p. 109) assim expõem:

Ao verificar o modo como o tecido urbano foi planejado, percebe-se que este retrata a predominância dos espaços de circulação de veículos particulares em detrimento das vias de transporte coletivo e das calçadas para pedestres. Estas, geralmente estreitas, em mau estado de

conservação e com inúmeros obstáculos, inviabilizam a acessibilidade, principalmente de pessoas com necessidades especiais.

Dados importantes que exemplificam as ocorrências em calçadas defeituosas foi feita pelo Hospital das Clínicas de São Paulo (IPEA/ANTP, 2003) e descrita por Vasconcellos (2014), onde de 28 de julho de 2001 a 28 de agosto de 2001 foram atendidas 523 pessoas no pronto socorro, sendo que 9,5% foram de pessoas que haviam caído em alguma calçada. Ressalta-se que esse índice só perdeu para os de atropelamento de pedestres, que foram de 20% do total.

Hoje em dia, em muitas cidades, a condição de ser pedestre significa enfrentar vários problemas de mobilidade e acessibilidade. O pedestre, além de enfrentar o acesso e a circulação nas precárias calçadas urbanas, tem de enfrentar também áreas em que disputa espaço com automóveis, que é o caso das vias desprovidas de calçada.

Salvi e Yamawaki (2013, p. 109) abordam o sistema viário urbano:

[...] o desenho urbano proposto com base nessa premissa acabou por disponibilizar grandes áreas de circulação aos veículos, priorizando-os. O exemplo concreto desses preceitos são as superquadras de Brasília. Ao circular pela cidade, pode-se perceber a escassez de passeios para pedestres e longas distâncias entre os locais, a presença de vias largas, imensos canteiros, nitidamente fora da escala humana.

A mobilidade urbana brasileira desde os anos 60 prioriza o automóvel em detrimento do pedestre. As calçadas, que outrora serviram de palco para todo tipo de atividade social e comercial, caíram no esquecimento daqueles que planejam as políticas urbanas. Segundo Vasconcelos apud Duarte, Sánches e Libardi (2012, p. 21), nas metrópoles do nosso País, os deslocamentos diários da população são feitos em mais de 44% a pé, e, mesmo em se tratando de transportes coletivos, muitos dependem de deslocamento longos ou curtos a pé para chegar até eles. Essa porcentagem é ainda maior quando tratamos das cidades menores. As populações da periferia são as que mais precisam caminhar nos deslocamentos diários, pois os serviços essenciais, como de transporte, educação, saúde, bancos e outros, bem como seus locais de trabalho, geralmente não se encontram à disposição em suas comunidades.

Duarte, Sánches e Libardi (2012, p. 49) salientam que o automóvel é mais valorizado que o pedestre na mobilidade urbana brasileira, como segue:

A mobilidade urbana no Brasil segue centrada na valorização de um único meio de transporte: o automóvel, o qual já vem mostrando diversos efeitos caóticos para as cidades brasileiras, no que se refere tanto à segurança quanto à qualidade de vida. Esse modo é valorizado sobre os não motorizados e motorizados coletivos pela sua relação distância/tempo que, em muitos casos, é bastante reduzida.

A Lei nº 12.587/2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, não menciona em seus 28 artigos as palavras “pedestre” ou “calçada”. No Brasil, ao que parece, mobilidade urbana não está relacionada ao pedestre ou às calçadas públicas, mas somente aos veículos automotores.

“Nos projetos de transporte, a calçada não apenas é ignorada como não dispõe de método técnico para seu dimensionamento físico, de forma que seja compatível com o fluxo de pedestres”, diz Vasconcellos (2014, p. 99).

E continua:

Isso tem o beneplácito geral das pessoas, que, em sua maioria, aceitam a posição do pedestre como cidadão de segunda classe. A calçada é terra de ninguém e, portanto, ninguém precisa se preocupar com ela. Como corolário, não há nenhuma prefeitura no Brasil que tenha um mapa detalhado de suas calçadas, ao passo que a maioria tem um mapa das vias para os veículos.

Com a política mundial de preservação do meio ambiente, poluição nas grandes cidades, combustíveis ecológicos, transporte ecologicamente correto, menos carros nas ruas, etc., como não pensar em descolamentos a pé e na consequente melhoria das calçadas públicas? Não usar o automóvel, deixando-o em casa, significa maior número de pessoas se deslocando a pé para seus destinos ou para pontos onde possam acessar o transporte público.

Ainda sobre mobilidade urbana, Duarte, Sánches e Libardi (2012, p. 50) citam:

Nas grandes cidades o espaço necessário para circular, estacionar, vender e manter veículos gira em torno de 50% do espaço urbano (Comissão de Circulação e Urbanismo da ANTP), e aos poucos as vias de circulação vão se apropriando de calçadas, praças e áreas verdes para poder comportar o tráfego de veículos.

A diferenciação de mobilidade e acessibilidade é que a primeira é o resultado de uma política urbana que proporciona às pessoas uma capacidade de deslocamento ampla dentro das cidades, de uma forma ecologicamente sustentável.

A segunda é a condição para o uso com segurança dos elementos urbanos, como praças, calçadas, prédios, pelo cidadão. Um complementa o outro.



3 RESPONSABILIDADES PELA CONSTRUÇÃO E MANUTENÇÃO DAS CALÇADAS URBANAS

O Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Roque Joaquim Wolkweiss (2006, p. 4) explica que a calçada pública, como bem público de uso comum, que compõe a via urbana, tem como responsável direto pela fiscalização, construção e manutenção, o Município. No entanto, nada impede que o poder público autorize o proprietário particular do terreno contíguo a construir ou reformar a calçada conforme especificação técnica, mas nunca poderá obrigá-lo.

A precariedade na conservação das calçadas gera ao cidadão que teve dano à sua integridade física ao usá-la, o direito de ressarcimento tanto material quanto moral, sendo que a responsabilidade civil caberá ao Município.

Assim, nesse capítulo será identificada a efetiva responsabilidade do Município pela construção e manutenção das calçadas e as teorias de responsabilização civil das pessoas jurídicas de direito público pelos danos que causarem aos pedestres quando da negligência desse dever.

3.1 Responsabilidade objetiva e subjetiva da Administração Pública nos acidentes em calçadas públicas

A Administração Pública tem a responsabilidade pelos danos causados pela sua omissão ou ação no desempenho de suas funções, exigindo a reparação ao prejudicado.

Como se pronuncia Mello apud Dias (2004, p. 20):

São casos em que o Estado está juridicamente autorizado à prática de atos, que não tem finalidade própria de acarretarem o sacrifício do direito de quem quer que seja, porém, mesmo assim, o exercício dos referidos atos pode causar lesão ao direito alheio, como resultado indireto e indesejado de um comportamento estatal lícito.

Conforme o autor acima relata, o poder estatal passou pelo período da irresponsabilidade do Estado até a responsabilização estatal nos dias atuais, que é resultado do Estado de Direito, onde o cidadão é protegido por todo um arcabouço legal.

Dias (2004) faz uma breve retrospectiva histórica da responsabilidade estatal, demonstrando sua evolução com o passar do tempo. Podemos dividir em três fases evolutivas.

A primeira fase é a da irresponsabilidade do Estado, baseada na teoria feudal, própria de estados absolutistas, que vigorou até o século XIX, onde a responsabilização estatal era considerada um atentado à soberania, pois na época religião e estado eram uma coisa só, onde o poder do soberano era considerado de origem divina, e assim, jamais poderiam ser questionados seus atos. Os governados não podiam pleitear uma indenização por um dano provocado por ato de governo. Interessante citar o evento que é considerado o divisor de águas para que a teoria da irresponsabilidade fosse superada, citado por Mazza (2014, p. 341), onde no dia 8 de fevereiro de 1873, foi tomada a decisão pelo Tribunal de Conflitos na França, conhecido como Aresto Blanco, onde citamos seu histórico a seguir:

O Tribunal de Conflitos é o órgão da estrutura francesa que decide se uma causa vai ser julgada pelo Conselho de Estado ou pelo Poder Judiciário. Em 8 de fevereiro de 1873, sob a relatoria do conselheiro David, o Tribunal de Conflitos analisou o caso da menina Agnés Blanco que, brincando nas ruas da cidade de Bordeaux, foi atingida por um pequeno vagão da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo. O pai da criança entrou com ação de indenização fundada na ideia de que o Estado é civilmente responsável pelos prejuízos causados a terceiros na prestação de serviços públicos. O Aresto Blanco foi o primeiro posicionamento definitivo favorável à condenação do Estado por danos decorrentes do exercício das atividades administrativas. Por isso, o ano de 1873 pode ser considerado o divisor de águas entre o período da irresponsabilidade estatal e a fase da responsabilidade subjetiva.

Na segunda fase perdurou a teoria da responsabilidade subjetiva, também chamada de teoria civilista, onde Mazza (2014) afirma que os atos do Estado eram divididos em atos de império e atos de gestão, onde apenas os atos de gestão poderiam ensejar a responsabilização do Estado. Esta divisão proporcionou a possibilidade da condenação da administração sem interferir na soberania do Estado. Aqui deveria a vítima comprovar a culpa ou dolo da administração, bem como o nexo causal entre o ato e o dano.

Esta teoria, apesar do avanço em relação à anterior, deixava ainda muito a desejar, pois preponderava uma total relação de hipossuficiência entre o cidadão lesado e o Estado. O cidadão tinha uma grande dificuldade em demonstrar todos os requisitos para ensejar a condenação do agente público, tornando difícil a aplicação dessa teoria. O prejudicado deveria comprovar a ocorrência dos quatro elementos a seguir: ato, dano, nexo causal e a culpa ou dolo. “Assim, para a teoria subjetiva é sempre necessário demonstrar que o agente público atuou com intenção de lesar (dolo), com culpa, erro, falta do agente, falha, atraso, negligência, imprudência, imperícia”, conforme cita Mazza (2014, p. 342).

Mas, é destacado por Mazza (2014, p. 342, grifo do autor), que “excepcionalmente, a **teoria subjetiva** ainda é aplicável no direito público brasileiro, em especial quanto aos **danos por omissão** e na **ação regressiva**”.

E a terceira e última é a fase sob o enfoque do Estado de Direito, a partir da metade do século XX, tendo como base o princípio da legalidade, que é a responsabilização objetiva do Estado nos casos de danos a terceiros, onde também era conhecida como teoria da responsabilidade sem culpa. Aqui, conforme o mesmo autor citado anteriormente, não era mais necessário comprovar a culpa ou dolo do agente público, pois o fundamento da indenização está no risco administrativo. Assim, o pagamento da indenização é realizado mediante a comprovação do prejudicado de três elementos: ato, dano e nexos causal. A discussão sobre culpa ou dolo é transferida para a ação regressiva do Estado condenado a indenizar, e o agente público causador do dano.

Dessa forma, como se refere Bastos (2001, p. 215, grifo do autor), são “*princípios básicos dentro do ordenamento jurídico brasileiro, no que tange à responsabilidade, o da responsabilidade objetiva do Estado e o da responsabilidade subjetiva do funcionário*”.

Conforme entendimento de Mazza (2014, p. 339, grifo do autor):

A moderna teoria do órgão público sustenta que as condutas praticadas por agentes públicos, no exercício de suas atribuições, devem ser imputadas ao Estado. Assim, quando o agente público atua, considera-se que o Estado atuou. Essa noção de imputação é reforçada também pelo princípio da impessoalidade, que assevera ser a função administrativa exercida por agentes públicos “sem rosto”, por conta da direta atribuição à Administração Pública das condutas por eles praticadas.

O mesmo autor continua, relatando que como a natureza dos prejuízos é patrimonial, a responsabilidade do Estado é civil extracontratual, e decorre da ação ou omissão dos agentes públicos no exercício da função administrativa, respondendo por danos morais, materiais e estéticos.

A Carta Maior, em seu art. 37, par. 6º, assim disciplina:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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

Como observado por Mazza (2014, p. 347):

Inicialmente, pode-se notar que a Constituição Federal adotou, como regra, a teoria objetiva na modalidade do risco administrativo. Isso significa que o pagamento da indenização não precisa de comprovação de culpa ou dolo (objetiva) e que existem exceções ao dever de indenizar (risco administrativo).

O Código Civil Brasileiro em seu art. 43, também cita a responsabilidade de indenizar estatal, onde “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

As pessoas jurídicas de direito público citadas tanto na Constituição Federal quanto no Código Civil, Mazza (2014, p. 347) enfatiza que:

[...] não condiciona a responsabilidade objetiva ao tipo de atividade exercida. Por isso, a responsabilidade objetiva decorre da personalidade pública e será objetiva independentemente da atividade desempenhada: prestação de serviço público, exercício do poder de polícia, intervenção no domínio econômico, atividade normativa ou qualquer outra manifestação da função administrativa.

Como cita Mazza (2014, p. 343, grifo do autor):

A teoria objetiva baseia-se na ideia de **solidariedade social**, distribuindo entre a coletividade os encargos decorrentes de prejuízos especiais que oneram determinados particulares. É por isso, também, que a doutrina associa tal teoria às noções de **partilha de encargos** e **justiça distributiva**.

Para Bastos (2001, p. 213), a ação estatal é assim definida:

Em síntese, a ação estatal está hoje adstrita a esse dever de não ser produtora de danos aos particulares. Toda vez que isso ocorrer, dá-se um encargo do Estado consistente em recompor o prejuízo causado. São, pois, pressupostos fundamentais para a deflagração da responsabilidade do Estado: a caução de um dano e a imputação deste a um comportamento omissivo ou comissivo seu; é o denominado nexa de causalidade.

A responsabilidade objetiva possui duas correntes internas, conforme Mazza (2014): a teoria do risco integral e a teoria do risco administrativo. A primeira sustenta que o Estado deve indenizar sempre que causar prejuízos a terceiros, sem nenhuma forma excludente. Comprovando-se o ato, o dano e o nexa, já é o bastante para que se condene o Estado em qualquer caso. Assim, o Estado seria um indenizador universal, como diz Mazza (2014), sendo esta teoria uma fonte causadora de injustiças, principalmente nas situações em que o responsável por

causar o dano é a própria vítima. A teoria do risco integral não é adotada por nenhum Estado moderno como regra geral, apenas sendo empregado em casos excepcionais, como no Brasil se usa nos casos de acidente de trabalho, indenização coberta pelo seguro obrigatório para automóveis, o chamado DPVAT, em atentados terroristas em aeronaves, e por dano ambiental. Já a teoria do risco administrativo, é aquela que para se proceder ao pagamento da indenização não é preciso comprovação de culpa ou dolo, excluindo o dever de indenizar em algumas situações, como culpa exclusiva da vítima, força maior e culpa de terceiros, onde seriam excludentes de causalidade, quebrando o nexo causal entre a conduta e o resultado lesivo. Essa teoria é a adotada pela atual Constituição Federal Brasileira.

O art. 43, do Código Civil de 2002, aplica a teoria objetiva na responsabilização do Poder Público, vejamos: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

No Brasil isso ocorreu já na Constituição de 1946, sendo reproduzida na Nova Carta de 1988, no artigo 37, parágrafo 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Dessa forma, depois do Poder Público ser condenado a indenizar, poderá buscar o ressarcimento junto aos seus funcionários responsáveis pela causa da indenização, em uma ação regressiva, conforme entendimento de Bastos (2001).

Aqui, por determinação Constitucional, a vítima deverá acionar o Poder Público, e não o servidor. Quem acionará o servidor é a administração, na ação regressiva. Para o particular que sofreu o prejuízo, é mais garantido ter o Estado no polo passivo do que o servidor, pois o Estado tem mais condições financeiras de ressarcir o prejuízo sofrido.

Interessante questão levanta Rocha apud Bastos (2001, p. 222) é que se o Estado tem o dever de acionar o servidor responsável pelo prejuízo causado, ou se é apenas uma faculdade.

Assim cita a autora Rocha apud Bastos (2001, p. 222, grifo do autor):

Se o Estado deve ser responsabilizado pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causam aos indivíduos, refoge a qualquer dúvida que não deve a sociedade ser onerada pelo pagamento de indenização devida e aperfeiçoada pela pessoa estatal, quando o dano decorreu de comportamento culposo – doloso ou por culpa *strictu sensu* – do seu autor.

Conforme exposto, o Estado deve indenizar a quem causou prejuízo, como também deve buscar o ressarcimento da quantia indenizada do servidor que causou o dano, não podendo o Poder Público, e por consequência a própria sociedade, arcar pela ação dolosa ou culposa de seu funcionário.

Dessa forma explica Bastos (2001, p. 222):

Em verdade, o princípio de regresso contra o autor do dano, quando este se origine de culpa ou dolo, atenta para o direito da sociedade do Estado Moral, à ética no exercício das funções públicas. Assim, se de um lado não se pode deixar ao desabrigo os direitos maculados dos particulares por um comportamento imputável ao Estado, também é exato que a sociedade não deve arcar com os ônus decorrentes de condutas equivocadas dos agentes públicos. Por outro lado, pretende-se que a moralidade administrativa, antes diria, a moralidade estatal (porque não se requer a sua observância apenas na gestão da coisa pública, mas em todo o comportamento do Estado, entendendo-se por este o que ocorre no exercício das funções legislativas e judiciais também) impeça que agentes públicos exorbitem das suas atividades legais ou as exerçam de forma incompatível com os ditames da legalidade e da moralidade, adotando condutas que, por culpa ou dolo, agridam ou ameacem direitos dos particulares.

Para o autor, não é faculdade do administrador promover a ação regressiva ao servidor, mas dever. Não pode ficar ao seu livre arbítrio quando e a quem deve promover a ação regressiva, sendo seu dever agir com todos da mesma forma.

Importante ressaltar que os danos causados por ato lícito do servidor também deverão ser indenizados, como no exemplo citado por Mazza (2014, p. 353), “obra para asfaltamento de rua diminuindo a clientela de estabelecimento comercial”.

A responsabilidade genérica definida por Cahali (1996, p. 300):

A conservação e fiscalização das ruas, estradas, rodovias e logradouros públicos inserem-se no âmbito dos deveres jurídicos da Administração razoavelmente exigíveis, cumprindo-lhe proporcionar as necessárias condições de segurança e incolumidade às pessoas e aos veículos que transitam pelas mesmas. A omissão no cumprimento desse dever jurídico, quando razoavelmente exigível, e identificada como causa do evento danoso sofrido pelo particular, induz, em princípio, a responsabilidade indenizatória do Estado.

Da citação, entende-se que cabe ao poder público zelar pela conservação das vias públicas e pela segurança dos transeuntes, através de uma efetiva manutenção do bem público. Mas, no caso em que o poder público não cumpre com seu papel, se omitindo desses deveres, qual é a sua responsabilidade?

Nos casos de danos a terceiros provocados pela omissão do Estado, que não agiu ou agiu tardiamente, o poder público também tem o dever de indenizar. Aqui o ato que dá sentido à indenização é a falta do serviço estatal, é a sua inação quando na verdade deveria ter agido.

A Constituição Federal (CFB/1988) no art. 5º, V, descreve o princípio geral da responsabilidade civil: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. O Código Civil Brasileiro (CCB/2002), da mesma forma, no seu art. 186, descreve que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Mello apud Santos (2009, p. 63) assim define a culpa subjetiva, como segue:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

A cidade de Porto Alegre, por exemplo, possui lei municipal que transfere a responsabilidade pelas calçadas ao cidadão (Lei Complementar 12/75), então veremos a seguir, alguns julgados de 2014 e 2013 que pronunciam a culpa subjetiva e a culpa objetiva do Município de Porto Alegre:

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. MUNICÍPIO. QUEDA DE TRANSEUNTE EM BURACO NA CALÇADA. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CULPA COMPROVADA. DEVER DE INDENIZAR. Em se tratando de omissão da Administração Pública, exige-se a prova da culpa (negligência, imprudência ou imperícia), ou seja, aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Evidente a conduta omissiva do Município, pois é o responsável em manter, conservar e fiscalizar as ruas, calçadas, estradas e obras, com o objetivo de proporcionar condições de segurança e preservação da integridade física da população. Diante da falta de adoção de medidas de conservação e fiscalização do passeio público, presente está o dever de indenizar. DANO MATERIAL. COMPROVAÇÃO. Tendo a demandante comprovado os danos materiais alegados decorrentes do evento danoso, viável o reconhecimento

do pedido de indenização por dano patrimonial. DANO MORAL. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO. Manutenção do montante indenizatório considerando o grave equívoco da ré, o aborrecimento e o transtorno sofridos pela demandante, além do caráter punitivo-compensatório da reparação. Indenização mantida em R\$ 3.000,00 (três mil reais), consoante os parâmetros utilizados por esta Câmara Cível em situações análogas. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70058923905, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 17/07/2014).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. CALÇADA IRREGULAR. QUEDA DE TRANSEUNTE NO PASSEIO PÚBLICO. MÁ CONSERVAÇÃO. OMISSÃO ESPECÍFICA DO PODER PÚBLICO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. O Estado "lato sensu" obriga-se a reparar prejuízos materiais decorrentes de comportamentos comissivos ou omissivos que lhe são imputáveis, nos termos do parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal. A responsabilidade dos entes públicos independe da prova do elemento subjetivo (dolo ou culpa), sendo suficiente a demonstração do dano e do nexo causal. Ao ente público compete demonstrar a existência de uma das causas de exclusão da responsabilidade civil objetiva, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito, a força maior ou a ausência do nexo causal entre o dano e o evento. Flagrante a conduta omissiva do ente público, pois é sua a responsabilidade de manter, conservar e fiscalizar as ruas, calçadas, estradas, praças e obras, com o objetivo de proporcionar condições de segurança e preservação da integridade física da população. Em decorrência da falta de adoção de medidas de conservação e fiscalização do passeio público, presente está o dever de indenizar. DANOS MORAIS "IN RE IPSA". Atingida a integridade psicofísica da parte lesada, configura-se ofensa a direito da personalidade. Independem de prova os danos morais no contexto que exsurge do conjunto probatório carreado aos autos, pois se verificam "*in re ipsa*" (lesões corporais). ARBITRAMENTO DO "QUANTUM" INDENIZATÓRIO. MANUTENÇÃO. Montante da indenização arbitrado na sentença em atenção aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem assim às peculiaridades do caso concreto. Valor que se põe em consonância com o fixado pelo Colegiado em situações similares. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 20, § 4º, DO CPC. Verba honorária sucumbencial mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70058315862, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 24/06/2014).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONSTRUÇÃO IRREGULAR DO HIDRÔMETRO NO MEIO DO PASSEIO PÚBLICO. QUEDA DA DEMANDANTE AO TOMBAR NA CAIXA DE PROTEÇÃO DO REGISTRO DA ÁGUA. VIA PÚBLICA. REGIME OBJETIVO. DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. MANTIDA A SENTENÇA. 1. Caso em que autora narra que sofreu um acidente quando tombou num relógio de água instalado dentro de uma caixa de tijolos que ficava na calçada, perto da sua casa, com intenso movimento de transeuntes, vindo a fraturar a perna esquerda e ficando impossibilitada de se locomover normalmente. Sustentou a responsabilidade do Município e do DMAE pelo ocorrido, diante da ausência de tomada de medidas para remover a caixa de proteção do registro da água irregularmente construída no meio do passeio público. Pleito de indenização por danos materiais e danos morais. Sentença na origem que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, condenando o réu ao pagamento da indenização a título de

danos morais, e julgou extinto o feito em relação ao Município. 2. Conforme vem entendendo esta Corte e o Supremo Tribunal Federal, quando há uma omissão específica da autarquia, ou seja, quando a falta de agir do ente público é causa direta e imediata de um dano, há responsabilidade objetiva, com escudo na Teoria do Risco Administrativo e no art. 37, § 6º da Constituição Federal. Comprovado o ilícito omissivo, consistente na negligência da Administração em solucionar o problema, a despeito da medição da água ser feita mensalmente pelos funcionários do DMAE, e da demandante ter tomado providências administrativas. Responsabilidade do DMAE verificada. 3. Condenação do requerido ao pagamento de indenização por danos morais, ante o evidente sofrimento que foi imposto à autora com as lesões sofridas. Mantido o quantum indenizatório no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) fixado na sentença. DESPROVIDOS OS APELOS. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70056616238, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 13/11/2013).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ACIDENTE DE PEDESTRE EM VIA DE PASSEIO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO. É cediço que compete ao poder público a conservação de calçadas e vias públicas, bem como a colocação de placas de sinalização a fim de alertar os transeuntes quanto à existência de buracos e defeitos na via de passeio. Comprovada nos autos a queda da autora, devido à inércia da municipalidade quanto à manutenção da via pública, e os danos suportados pela pedestre em decorrência do infortúnio - fratura de membro superior, evidente o dever de indenizar. Dano moral in re ipsa. Precedentes jurisprudenciais. Sentença mantida. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70050345370, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 07/02/2013).

Freire e Motta (2006, p. 128) definem a responsabilidade da Administração Pública como:

No nosso ordenamento jurídico, adota-se a teoria do risco administrativo como teoria explicativa da responsabilidade objetiva da Administração Pública, na qual exige-se que a vítima comprove:

- a existência de um fato administrativo;
- a existência de dano; e
- o nexó causal entre o fato administrativo e o dano.

O Estado, caso venha a provar que o culpado foi unicamente a vítima, ou que ela tenha parcela de culpa, será totalmente isento de culpa no primeiro caso e parcialmente responsável (culpa concorrente) no segundo caso.

Também em casos fortuitos ou de força maior, o Estado não será condenado, ou se for, poderá ter sua culpa atenuada.

Observamos que não há uma definição doutrinária e jurisprudencial de qual tipo de responsabilidade que será imputada em casos de omissão do Estado. Vemos repetidamente na jurisprudência, o mesmo fato ser taxado como responsabilidade objetiva num julgado e em outro ser responsabilidade subjetiva. E

isso não ocorre apenas na jurisprudência, mas também, como dito anteriormente, nas doutrinas.

Mazza (2014) aponta que a doutrina tradicional sempre seguiu entendimento que sendo o estado omissivo e provocando prejuízo a alguém, apenas basta a comprovação do nexo causal entre a omissão e o prejuízo, aplicando-se assim a teoria objetiva. Contrário a essa corrente tradicional encontra-se Celso Antônio Bandeira de Mello que prega que na responsabilidade do Estado por omissão deve-se aplicar a teoria subjetiva. Mazza (2014) afirma também que é o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal e da doutrina majoritária. O mesmo autor continua (2014, p. 354):

Em linhas gerais, sustenta-se que o Estado só pode ser condenado a ressarcir prejuízos atribuídos à sua omissão quando a legislação considera obrigatória a prática da conduta omitida. Assim, a omissão que gera responsabilidade é aquela violadora de um dever de agir. Em outras palavras, os danos por omissão são indenizáveis somente quando configurada omissão dolosa ou omissão culposa. Na omissão dolosa, o agente público encarregado de praticar a conduta decide omitir-se e, por isso, não evita o prejuízo. Já na omissão culposa, a falta de ação do agente público não decorre de sua intenção deliberada em omitir-se, mas deriva da negligência na forma de exercer a função administrativa.

Fica a impressão de que a teoria subjetiva da responsabilidade do Estado vai de encontro ao que a Carta Magna quer expressar, ou seja, a proteção do cidadão frente ao poder estatal. O cidadão é a parte hipossuficiente na relação com o Estado, e nada mais justo que se provada a lesão e o nexo causal, haja o ressarcimento pela administração. Nessa relação de hipossuficiência, caso o cidadão tenha que provar a culpa do Estado pela negligência, imperícia ou imprudência, sabe-se que terá que esperar muito tempo para poder ser ressarcido, sendo que com a responsabilidade objetiva o ressarcimento ao cidadão se torna um pouco menos lento.

Tal fato nos mostra um grande contrassenso do que o legislador constituinte realmente queria, pois está na Carta Maior que o Estado tem a responsabilidade de indenizar àqueles que de alguma forma tiveram prejuízos pelo ato omissivo ou comissivo do Poder Público.

Mesmo com essa variedade de entendimentos quanto a qual teoria, se objetiva ou subjetiva, deve ser aplicada nos casos de omissão estatal, vê-se que o

município é considerado culpado por acidentes acontecidos em calçadas ou passeios públicos, demonstrando a direta responsabilidade estatal pela calçada ou via pública.

3.2 A responsabilidade da construção e manutenção da calçada pública

É ato ilegítimo da Administração Pública de, por meio de lei, coagir o munícipe a arcar com a responsabilidade financeira pela construção da calçada, e a responsabilidade civil que advenha pelo prejuízo que ela causar a alguém pela sua má conservação é abusivo.

Como salienta Mello (2003, p. 67), referindo-se à atividade administrativa:

A atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos de autorização contida no sistema legal. A legalidade na Administração não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela, como condição de sua ação.

Dito isso, devemos ressaltar que não existe nenhuma autorização legal para que a Administração Pública repasse uma responsabilidade que é intrínseca ao dever estatal, para o particular. Mostra-se dessa maneira a decisão judicial transcrita no Anexo A, ao final do trabalho. Não encontramos forma de justificar o repasse de um serviço público, por meio impositivo, através de lei, ao cidadão.

Como cita Volkweiss (2006), a construção de passeio público e sua conservação é a mesma responsabilidade que o município possui com a construção e manutenção das ruas, pela iluminação pública, saneamento etc. Os recursos financeiros a serem utilizados são os dos impostos pagos pelos munícipes. O município, quando da construção de calçadas ou pavimentação de ruas, pode instituir a contribuição de melhoria, prevista no art. 145, III (CFB/1988), com observação do que diz o Decreto Lei nº 195, de 24/02/1967, que dispõe sobre a cobrança da contribuição de melhoria, e art. 82 do Código Tributário Nacional (CTN/1966), relativo aos requisitos para cobrança.

A definição de contribuição de melhoria dada por Caliendo (2009, p. 337) é a seguinte:

A contribuição de melhoria é a espécie tributária cobrada quando da realização de uma obra pública, da qual decorra, para os proprietários de imóveis adjacentes, uma valorização (ou melhoria) de sua propriedade [...]. [...] a tributação da contribuição de melhoria representa uma forma de combate ao enriquecimento sem causa. Desse modo, deve existir um nexo entre a obra e a valorização imobiliária, sob pena de existir um ganho “injustificado” ou “imoral”. Por outro lado, se existir a tributação sem que exista a valorização imobiliária para o proprietário poderia surgir o questionamento sobre porque somente um contribuinte deverá suportar os encargos de uma obra que traz benefícios para todos e nenhum benefício particular para este. Em sentido contrário, a cobrança da contribuição de melhoria sem valorização imobiliária seria uma forma de confisco do patrimônio do contribuinte.

O mesmo autor salienta que a contribuição de melhoria só deve ser usada em último caso, sendo que as melhorias públicas devem ser financiadas pelos impostos pagos. A contribuição de melhoria somente se justifica quando o contribuinte obtenha um considerável enriquecimento através da melhoria realizada pelo poder público.

O Poder Público tem por fim o bem estar do cidadão. A devida retribuição pelos impostos recolhidos dos contribuintes é um serviço público eficiente e com qualidade. No momento que o governo passa para o contribuinte a responsabilidade por tarefas, questiona-se o porquê do pagamento de tributos altíssimos e começa-se a duvidar da competência do estado para gerir a vida da sociedade.

Muitos podem citar como fundamento da obrigatoriedade do dono do terreno contíguo à calçada ser o responsável pela sua construção e manutenção, o princípio da função social da propriedade, que está no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal, o que é incorreto. Esse princípio está referindo-se à função social da propriedade particular, uma forma de intervenção do Estado no bem imóvel do cidadão. Como a calçada é um bem público, não teria sentido o poder público, responsável pelo passeio, fazer com que o particular assumisse a responsabilidade por um bem que não é seu.

Também, outros poderiam suscitar o princípio da supremacia do interesse público como forma de justificar tal obrigação, mas também não há fundamento, pois o interesse público aqui também é sobre a propriedade particular, como por exemplo num caso de desapropriação para abrir uma rua, onde o proprietário será indenizado pelo poder público, como cita Bastos (2001, p. 33):

Essa supremacia do interesse coletivo tem que encarnar privilégios legítimos. Vale dizer, recursos jurídicos que o direito administrativo dispõe e que são absolutamente indispensáveis para o atingimento dos fins coletivos, mediante o menor custo possível para o cidadão. No caso da desapropriação, embora violentando-se a vontade do particular quanto ao não desejá-la efetuada, não fica o Poder Público excluído do dever de indenizá-lo patrimonialmente.

Como cita Denninger apud Mendes (1998), “a experiência histórica de diferentes países parece confirmar que os eventuais detentores de poder, inclusive o legislador, não são infalíveis e sucumbem, não raras vezes, à tentação do abuso de poder e da perversão ideológica”.

Após o recorrido neste trabalho, nos questionamos se as leis municipais, que transferem ao cidadão a obrigação de conservar e edificar o passeio público em frente ao seu terreno, são inconstitucionais.

E Mendes (1998, p. 29) continua:

Não se pode negar, ademais, que a falta de um mecanismo de controle de constitucionalidade pode ser fatal para os direitos e garantias fundamentais, que ficariam, de fato, à mercê da vontade do legislador. É exatamente a proteção judicial e o controle de constitucionalidade que outorgam efetividade a essas garantias.

Mandeli Junior (2003, p. 24) segue o mesmo pensamento:

A supremacia da Constituição é, portanto, uma das características imprescindíveis do Estado de Direito, pois estabelece os termos essenciais do relacionamento entre os representantes dos poderes constituídos e entre estes e os indivíduos. A Constituição, além de criar o próprio Estado, é fundamento de validade de todas as demais normas de um ordenamento jurídico. A lei só é válida se estiver de acordo com a Constituição, caso contrário será inconstitucional, não devendo ser aplicada.

E comentando sobre o órgão responsável pelo controle da constitucionalidade, Mandeli Junior (2003, p. 37) explica:

A Constituição, ao distribuir competências, atribui a um ou mais órgãos a possibilidade de exercer o controle das normas infraconstitucionais. Após a edição da norma, o controle é conhecido pelo nome “repressivo”, que o distingue do controle “preventivo”. O controle repressivo concentrado, no Brasil, é realizado pelo STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário, que tem por finalidade precípua a guarda da Constituição, enquanto o controle repressivo difuso é realizado por qualquer juiz ou tribunal.

Para Bastos (2001), quando o administrado não fiscaliza os atos da administração por desconhecimento das formas de controle existentes, não tem como fazer valer sua irresignação, abrindo margem para as mais variadas

arbitrariedades. Quando o cidadão não conhece ou não usufrui dos meios que tem para barrar os atos nocivos da administração, maior é a quantidade das ilegalidades administrativas.

3.3 A supremacia das normas constitucionais

No conceito de Dutra (2005, p. 2) sobre as constituições:

As Constituições são o repositório dos direitos e garantias mais caros aos seres humanos. Representam o documento de formação do Estado e de suas instituições e prescrevem os seus alicerces e sua estrutura fundamental.

Dessa forma, a garantia de efetividade de tal documento assume um valor extraordinário.

[...]

Embora a Constituição dos Estados Unidos da América não reconhecesse expressamente o controle de constitucionalidade de leis, os seus fundamentos já estavam implícitos naquele documento e vieram a aflorar em 1803, quando a Suprema Corte foi chamada a analisar um conflito entre os Federalistas, que deixavam o poder, e os Republicanos, que o alcançavam. Em decisão celebre, o Chief Justice MARSHALL entendeu que, caso a lei editada pelo Poder Legislativo contrariasse a Constituição, essa lei não poderia ser considerada válida. Se a Constituição representa o que há de mais importante para um povo e, por isso, é impassível de ser modificada ordinariamente, a lei que contrarie os seus preceitos é inválida, nula de pleno direito, não podendo sequer ser considerada como tal. Detendo o Poder Judiciário a prerrogativa e o poder de interpretar e aplicar as leis, diante de um conflito entre lei e Constituição, deve aplicar esta última, não levando em consideração a primeira.

Conforme o mesmo autor acima, o controle da constitucionalidade é de fundamental importância para a consolidação da própria constituição, ou como cita Cabral (2009, p. 25):

O fundamento do controle da constitucionalidade consiste na supremacia da Constituição sob as demais normas que compõem o ordenamento jurídico. Assim, a ideia central de controle de constitucionalidade repousa no equilíbrio do ordenamento jurídico, como um todo, em torno de uma norma superior, de uma norma matriz, que deverá ter suas regras sempre observadas pelo legislador, notadamente, no momento da produção das leis e atos normativos que irão compor o ordenamento jurídico, sob pena de incorrer o legislador infraconstitucional na indesejada inconstitucionalidade.

Almeida Neto (2011) menciona que o ser humano sempre buscou alguma forma de preservar seus direitos fundamentais, tentando restringir principalmente o poder dos governantes, trazendo para si garantias jurídicas para o convívio pacífico em sociedade. O constitucionalismo surge daí, sendo seu aparecimento anterior ao

Direito Constitucional, trazendo consigo o desenvolvimento da supremacia das normas constitucionais.

A supremacia da constituição é conceituada por Carvalho (2008, p. 346) da seguinte forma:

[...] é a expressão de uma intenção fundacional, configuradora de um sistema inteiro que nela se baseia; tem uma pretensão de permanência ou duração, o que parece assegurar-lhe uma superioridade sobre as normas ordinárias. A ideia de supremacia da Constituição determinou, em primeiro lugar, a distinção entre um poder constituinte, do qual surge a Constituição, e os poderes constituídos, de que emanam todas as normas ordinárias. Daí se deduz a chamada rigidez da norma constitucional, que lhe assegura uma superlegalidade formal impositiva de formas reforçadas de mudança constitucional frente aos procedimentos ordinários. A ideia da supremacia da Constituição leva também ao reconhecimento de uma superlegalidade material, que assegura uma preeminência hierárquica sobre todas as demais normas do ordenamento, obra do poder constituinte. Essas normas somente serão válidas se não contradizerem não apenas o sistema formal de sua produção, como ainda o quadro de valores e de limitações do poder, que se expressa na Constituição.

Já Anna Cândida da Cunha Ferraz apud Cabral (2009, p. 26) afirma que “é o controle de constitucionalidade um dos princípios do Estado democrático de direito, que se funda na legitimidade de uma constituição rígida, emanada da vontade popular e dotada de supremacia”.

O movimento constitucionalista norte-americano criou o constitucionalismo moderno, provocando a criação da primeira constituição rígida e escrita do mundo em 1787. Lewandowski apud Almeida Neto (2011, p. 29) menciona que o “objetivo que inspirou a elaboração das primeiras Constituições permanece o mesmo até hoje, que é a contenção do poder e a defesa dos direitos individuais”.

A supremacia das normas constitucionais sobre as outras leis existentes traduz-se no controle da constitucionalidade.

Para Alexandre de Moraes apud Dutra (2005, p. 13), a “ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais”.

Almeida Neto (2011, p. 29) cita que:

Consoante à originalidade lógica de Kelsen, as normas jurídicas encontram-se hierarquizadas dentro do ordenamento jurídico, de tal sorte que uma norma de escalão inferior jamais poderá sobrepor-se a uma norma hierarquicamente superior, devendo estar com esta última harmonizada, pois, caso contrário, comprometeria todo o ordenamento jurídico.

Dutra (2005, p. 16) assim define inconstitucionalidade:

Se a Constituição é o fundamento de validade de todas as demais normas, caso estas não se amoldem àquela, a consequência lógica é a de que essas normas não terão validade.

Inconstitucionalidade significa, assim, a incompatibilidade, a dissonância, o descompasso, a desconformidade entre uma norma infraconstitucional, ou do processo pelo qual foi aprovada, e a Constituição.

Para Almeida Neto (2011), quando uma norma inferior vai de encontro ao que determina a Lei Maior, resulta-se em inconstitucionalidade. Dutra (2005) enfatiza que a ação declaratória de inconstitucionalidade pelo Judiciário declara o ato nulo desde o seu nascedouro.

Compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, como preconiza o art. 102 da Carta Maior:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originalmente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Podemos observar no artigo constitucional que ele se omite no que se refere às leis municipais em confronto com a Constituição. No entanto, observamos abaixo que a Constituição Federal permitiu que os Estados analisassem a constitucionalidade de lei municipal, conforme art. 125, par. 2º da Constituição Federal, onde “cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

Ressaltando, essa representação só pode ser em face da Constituição Estadual, e não da Constituição Federal.

Continuando com as lições de Almeida Neto (2011, p. 128-129), referente à representação só poder ser em face da Constituição Estadual:

Ainda na ADI 409-MC/RS, o Relator, Ministro Celso de Mello, salientou em seu voto o problema da eficácia da coisa julgada no tocante às decisões dos Tribunais locais:

Das múltiplas e delicadas questões de ordem constitucional que podem emergir do preceito impugnado, há uma que se afigura de notável relevância. Refiro-me ao problema da coisa julgada e da universalidade de sua eficácia. Atente-se à circunstância de que uma decisão eventualmente proferida pelo Tribunal de Justiça, ao apreciar, em sede jurisdicional concentrada, a legitimidade constitucional de lei ou ato normativo municipal perante a Constituição Federal, nos termos preconizados pela Carta estadual, geraria, essencialmente pelos efeitos subordinantes e excludentes que pertinem à própria natureza da jurisdição constitucional concentrada, situação jurídica de todo incompatível com a posição institucional do Supremo Tribunal Federal, que se submeteria, inobstante sua condição de órgão maior incumbido do controle dos atos estatais em face da própria Carta Federal, à imperatividade dos pronunciamentos emanados de um órgão judiciário inferior.

No julgamento do mérito da ADI 409/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 26.04.2002, o Tribunal Pleno, por unanimidade, julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da expressão “e a Constituição Federal”, contida no art. 95, XII, d, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, em acórdão assim ementado:

Controle abstrato de constitucionalidade de leis locais (cf. art. 125, § 2.º): cabimento restrito à fiscalização da validade de leis ou atos normativos locais – sejam estaduais ou municipais – em face da Constituição Estadual: invalidade da disposição constitucional estadual que outorga competência ao respectivo Tribunal de Justiça para processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade de normas municipais em face também da Constituição Federal: precedentes.

O Recurso Extraordinário 92.169/SP, onde o Ministro Moreira Alves também afirma que são incompetentes os Tribunais de Justiça para julgar lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal, conforme Almeida Neto (2011, p. 129):

Pode-se propor ação direta de inconstitucionalidade perante Tribunal de Justiça Estadual, contra lei municipal em face da Constituição Federal? Não tenho dúvida alguma em responder negativamente.

[...]

Aliás, se fosse possível aos Tribunais de Justiça dos Estados o julgamento de representações dessa natureza, com relação a leis municipais em conflito com a Constituição Federal, poderia ocorrer a seguinte situação esdrúxula. É da índole dessa representação – isso hoje é matéria pacífica nesta Corte – que ela, transitando em julgado, tem eficácia *erga omnes*, independentemente da participação do Senado Federal, o que só se exige para a declaração *incidenter tantum*. O que implica dizer que, se transitasse em julgado a decisão nela proferida por Tribunal de Justiça, esta Corte Suprema estaria vinculada à declaração de inconstitucionalidade de Tribunal que lhe é inferior, mesmo nos casos concretos futuros que lhe chegassem por via de recurso extraordinário. O absurdo da consequência, que é índole do instrumento, demonstra o absurdo da premissa.

Já o Ministro Cunha Peixoto, no mesmo Recurso Extraordinário, Almeida Neto (2011, p. 129) transcreve:

É que nossa Constituição, embora postulando a independência e harmonia dos poderes, fez do Judiciário um Super-Poder, pela prerrogativa que lhe concedeu de considerar inconstitucionais e, portanto, sem efeito, as leis e os atos dos demais Poderes. A forma pela qual este Super-Poder é exercido constitui uma determinação da própria Constituição e, conseqüentemente, não se pode dizer que, fixados dois sistemas pela Constituição, um é o normal e o outro excepcional. Ambos estão colocados no mesmo pé de igualdade e, se pudesse considerar anormal um deles, seria, sem dúvida, a nosso ver, o método difuso, pois nele se permite que um juiz de primeiro grau decrete a inconstitucionalidade de um ato do Chefe do Poder Executivo, enquanto que, no sistema concentrado, esta atribuição pertence à cúpula do Poder Judiciário – Supremo Tribunal Federal.

A expressão literal da norma constitucional que estabelece o controle constitucional pelo método concentrado (art. 119, inciso I, letra I) é, sem dúvida, lacunosa, ao omitir referência à lei ou ato normativo municipal.

Acontece, porém, que os municípios são entidades político-administrativas e, conseqüentemente, parte integrante da União, e que o Supremo Tribunal Federal foi erigido em guardião da Constituição.

Não seria lógico que os desvios constitucionais das leis e atos normativos federais e estaduais estejam sob o crivo direto do Supremo Tribunal Federal, através de representação do Procurador-Geral da República, e os municípios fiquem sobranceiros a esta espécie de censura.

Assim, o silêncio da Constituição relativamente às leis municipais obriga o STF a enfrentar o problema, preenchendo a lacuna pela interpretação integradora da plenitude do sistema. E este impõe que as normas constitucionais sejam controladas pelo mais Alto Poder Judiciário do País, sejam elas federais, estaduais ou municipais.

Na verdade, as leis contrárias à Constituição são absolutamente nulas, e não seria possível que uma lei municipal, maculada de tal vício, pudesse prevalecer para sempre, apenas porque os municípios não a impugnaram.

Por outro lado, tem, hoje, foros de cidade, entre os doutores, que qualquer autoridade está obrigada a zelar pela constitucionalidade das leis e, assim, um Prefeito tem o poder-dever de negar cumprimento a uma lei inconstitucional, defendendo, desta maneira, a Constituição.

Não é possível, assim, que, dentro da sistemática brasileira, se negue ao Procurador-Geral da República o direito de acionar o STF para, diretamente, invalidar uma lei que traga tal defeito, apenas porque é da órbita municipal e a ela não se referiu a Constituição.

O art. 125, par. 2º da Constituição Federal proclama que “cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

Quando isso ocorre, é caso de ação direta de inconstitucionalidade. Assim sendo, como se proceder quando uma Constituição Estadual repete a mesma norma da Constituição Federal? Para Almeida Neto (2011), nestes casos o Tribunal de Justiça do Estado tem toda legitimidade para julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal ou estadual em face da Constituição Estadual. Tem como parâmetro o que preconiza o art. 25 da

Constituição Federal: “os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”.

O mesmo autor (2011, p. 138), continuando, afirma que se pacificou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal “a competência dos Tribunais locais para apreciar, em tese, a constitucionalidade de leis e atos normativos municipais perante normas formalmente estaduais, mas substancialmente federais e de reprodução obrigatória”.

Dito isso, o assunto tomou novas perspectivas com a Lei nº 9882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do par. 1º do art. 102 da Constituição Federal, onde Almeida Neto (2011, p. 160) cita que “possibilitou ao Supremo Tribunal Federal exercer o controle de constitucionalidade abstrato das leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal, por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental”.

A respeito desse tema, Cabral (2009, p. 52) tem a seguinte opinião:

O objeto da arguição de inconstitucionalidade pela via difusa é a lei ou ato normativo produzido após a vigência da Constituição Federal de 1988 ou das sucessivas emendas, porquanto, o ato normativo anterior e incompatível com a Carta de 1988, será revogado. Desse modo, a não recepção de ato estatal pré-constitucional, não implica na declaração de sua inconstitucionalidade – mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação.

Dessa forma, a revogação é causada pela chamada inconstitucionalidade superveniente, onde entende Carvalho (2008, p. 355) que “verifica-se quando nova norma constitucional surge e dispõe ao contrário de uma lei ou de outro ato precedente”.

Como preceito fundamental temos as cláusulas pétreas da Constituição Federal, encontradas no art. 60, par. 4º da Constituição Federal:

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

O Judiciário não tem o monopólio da fiscalização da constitucionalidade das leis ou atos normativos municipais, sendo que esta função pode ser exercida também pelo Executivo quanto pelo Legislativo.

O juiz de qualquer tribunal ou entrância poderá exercer, através do controle difuso, a constitucionalidade de lei em face da Constituição Federal ou Estadual, sendo que a decisão só terá efeito *inter partes* e *ex tunc*.

Como cita Dutra (2005), o controle difuso de constitucionalidade pode ser exercido por qualquer juiz ou Tribunal, tendo como causa a arguição de inconstitucionalidade em meio a uma lide, como forma incidental em um processo entre partes. Essa espécie de controle é conhecida como via de exceção ou defesa.

Também, o magistrado tem poderes para conhecer de ofício a inconstitucionalidade.

Continuando com a lição de Almeida Neto (2011), ainda há instrumentos especiais para controle da constitucionalidade, através do controle incidental de constitucionalidade, disponíveis para todo o cidadão que se achar vítima ou na eminência de sofrer uma ilegalidade. Conhecidos como remédios constitucionais, são eles o mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação popular, o *habeas corpus*, o *habeas data* e ação civil pública.

Quanto ao cabimento da ação civil pública no controle difuso da constitucionalidade, assim Cabral (2009, p. 54) explana:

[...] havia dúvidas no tocante à possibilidade da utilização desta ação para se arguir inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pela via difusa. Todavia, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quais leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal.

Cabral (2009), dita que o controle concentrado de constitucionalidade não sujeita os atos municipais em face da Constituição Federal, sendo que alcança apenas os atos normativos federais e estaduais. Quanto aos atos municipais cabe o

controle difuso-incidental, que através do recurso ordinário ao Supremo Tribunal Federal será cabível o exame da matéria.

Quanto ao efeito *inter partes*, o Supremo Tribunal Federal tem adotando novo conceito, sendo que, Almeida Neto (2011, p. 111) assim expõe:

Ora, se uma lei municipal já foi declarada inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em um recurso extraordinário, isto é, se o Supremo decidir que determinada norma viola a Constituição da República, não é razoável, não é justo, que tal norma continue a produzir efeitos aos outros desafortunados que não foram parte no recurso extraordinário. Portanto, salta aos olhos a necessidade de atribuir eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no controle difuso, especialmente no caso de leis municipais inconstitucionais, pois esse é o verdadeiro papel do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade das leis e defesa da Constituição Federal.

Considera importante a agilidade e eficiência processual, sendo que o pronunciamento definitivo de um único recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal é o suficiente para suspender a efetividade de uma lei julgada inconstitucional, do que julgar várias ações iguais, do mesmo município, separadamente.

Considerações de Almeida Neto (2011, p. 172):

São pressupostos da jurisdição constitucional a existência de uma Constituição formal, rígida e suprema, bem como a previsão de um órgão competente para o exercício da fiscalização de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Nesse sentido, conclui-se que a jurisdição constitucional consiste na atividade jurisdicional estatal que possui a finalidade de exercer o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, em caso de inconstitucionalidade por ação ou omissão, mantendo-se a Supremacia da Constituição.

A jurisdição constitucional não é indispensável à democracia, no entanto, quando bem utilizada, apresenta-se como um poderoso instrumento capaz de fortalecer as instituições democráticas, impedindo que normas vinculadas à maioria violem direitos fundamentais de minorias.

[...]

A Constituição Federal de 1988 reforça a jurisdição constitucional brasileira ao ampliar o rol de legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, criando a Advocacia-Geral da União, instituindo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção, e a possibilidade de os Estados-Membros ajuizarem representação de inconstitucionalidade para fiscalizar a constitucionalidade das leis municipais em face da Constituição Estadual.

Finalizando, Almeida Neto (2011, p. 175):

A doutrina predominante e a jurisprudência uníssona do Supremo Tribunal Federal afastam a possibilidade do controle abstrato da lei ou ato normativo

municipal em face da Constituição Federal por meio de ação direta de inconstitucionalidade.

Todavia, se a lei municipal violar a Carta estadual, ainda que seja uma norma de repetição da Carta Federal, admite-se a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por ação ou por omissão, mantendo-se a competência dos Tribunais Estaduais para o seu julgamento.

Como observado, há vários meios de se contestar uma norma ou ato do poder público municipal. Apenas foi feito aqui um resumo do assunto, sendo que haveria conteúdo para outro trabalho só sobre a forma de se buscar o reconhecimento da supremacia das normas constitucionais ante atos e normas municipais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como observamos, o presente trabalho calcou-se na questão da responsabilidade e manutenção das calçadas públicas, que há muito tempo estão relegadas ao esquecimento. O Poder Público tenta de várias formas se desvincular da sua obrigação em construir e conservar esse bem público de uso comum, muitas vezes repassando através de lei municipal, a sua obrigação para o cidadão, como se este tivesse de alguma forma o dever de construir e manter um bem público às suas custas. Da mesma forma, não há legalidade em lei municipal que transfere tal obrigação ao cidadão, carecendo tal transferência de responsabilidade de amparo legal, como mostra o Anexo A e a lição do subcapítulo que trata da supremacia das normas constitucionais.

No primeiro capítulo demonstrou-se que a área da calçada não faz parte do imóvel contíguo a ela, pois transforma-se em bem público no momento em que é feito o loteamento, sendo esta área doada ao município para que construa as vias urbanas, passando assim para o domínio público, conforme art. 22, da Lei nº 6.766/79, e sendo administrados e mantidos pela Administração Pública.

Quando transfere-se a responsabilidade pela conservação e construção de obra ou serviço público, isso ocorre na forma de concessão, autorização ou permissão, tudo precedido de licitação, onde não é imposto essa obrigação, mas os interessados se candidatam ao encargo em troca da exploração financeira do bem.

Demonstra-se que esse interesse público em se livrar de uma obrigação que é sua, é devido ao total desinteresse que o governo tem em preservar os direitos dos pedestres, deixando como é costumeiro, a circulação a pé em segundo plano.

Continuando, no primeiro capítulo ainda foi abordado o desinteresse estatal no trânsito do pedestre. No Brasil sempre foi dado prioridade ao automóvel e para as vias de trânsito automotivo. A mobilidade urbana brasileira é direcionada única e exclusivamente ao trânsito de carros, como podemos observar na proporção de obras que são realizadas em benefício dos veículos e em benefício dos pedestres. Estamos acostumados a presenciar obras nas pistas de rolamento de nossas cidades, mas quase nenhuma nas calçadas. O grande crescimento demográfico e a falta de planejamento urbano nos grandes centros tornou o deslocamento das pessoas um grandioso problema. Sem incentivo ao pedestre, como calçadas apropriadas e seguras, bem como a quase inexistência de ciclovias como meio alternativo, e a precariedade do transporte público de massa, direcionou o trânsito dos moradores dos centros urbanos ao uso do automóvel.

E para finalizar, o segundo capítulo nos mostrou que a administração pública é responsável pela construção e manutenção das calçadas públicas e pelos danos causados a terceiros por sua omissão ou ação em mantê-las. Com a responsabilidade sendo do município, caso algum pedestre venha a sofrer danos físicos ou morais por uma conservação precária ou inexistente, será o poder público o responsável pelo ressarcimento do dano, bastando para isso a comprovação de três elementos: ato, dano e nexa causal. A Constituição Brasileira adotou a responsabilidade objetiva do Estado por danos que causar a terceiros, mas este entendimento ainda não está pacificado em nossa doutrina e jurisprudência. Ficou constatado que a aplicação da responsabilidade subjetiva do Estado vai de encontro ao que descreve a Constituição Federal e ao que pretendia o legislador Constituinte.

Mas é certo que não pode o poder público esquivar-se da sua obrigação de fiscalizar, construir e conservar os bens públicos, que no caso aqui em tela são as calçadas. Não é legítimo por parte da administração repassar a construção e manutenção das calçadas ao proprietário de terreno contíguo a ela, bem como é ilegal que o mesmo proprietário se responsabilize pelos acidentes provocados pela falta de condições de tráfego destas.

A falta de irresignação e conhecimento da população é o maior motivador para que se perpetuem formas ditatoriais e ilegais da administração sobre o cidadão, que não conhecendo meios de fazer valer seus direitos, se deixa a mercê de um poder público que tenta mascarar sua incompetência imputando ao cidadão um dever que não é dele. Uma forma de irresignação é o questionamento da constitucionalidade da lei imposta à sociedade, buscando na supremacia da constituição uma forma de barrar os atos ilegais do Poder Público. O cidadão paga altíssimos impostos para que a máquina estatal lhe proporcione um mínimo de retorno através de serviços e obras que lhe propicie uma vida digna.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Barbara Almeida de. **A Posse dos Bens Públicos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. E-book. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5601-1>>. Acesso em: 12 ago. 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Vade Mecum**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em : <<http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?view=noticia&id=1&idnoticia=1766&t=censo-2010-populacao-brasil-190-732-694-pessoas>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

BRASIL. **Lei nº 12.587, de 03 de janeiro de 2012**. Institui as Diretrizes Nacionais de Mobilidade Urbana. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm>. Acesso em: 20 jul. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 474.986/SP**, Primeira Turma. Relator: Ministro José Delgado. Brasília: 18/03/2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200201490322&dt_publicacao=12/05/2003>. Acesso em 20 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 179147 SP**, Segunda Turma. Relator: Carlos Velloso. Brasília: 12/12/1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=224285>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: Uma Visão Crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. E-book. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHEMIN, Beatris F. **Manual da Univates para trabalhos acadêmicos: planejamento, elaboração e apresentação**. 2. ed. Lajeado: Univates, 2012. E-book. Disponível em: <<http://www.univates.br/biblioteca>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. E-book. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books>>. Acesso em: 16 jul.2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUARTE, Fabio; SÁNCHEZ, Karina; LIBARDI, Rafaela. **Introdução à Mobilidade Urbana**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOLD, Philip. A. Nota Técnica. **Melhorando as condições de caminhada em calçadas**. 2004. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/57693754/Cartilha-SP-Philip-Anthony-Gold>>. Acesso em: 2 set. 2012.

GOMES, Eugênio M.; MORGADO, Almir. **Compêndio de Administração**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. E-book. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books>> Acesso em: 20 jul. 2014.

HACK, Érico. **Noções Preliminares de Direito Administrativo e Direito Tributário**. 2. ed. Curitiba: Ibepe, 2008. E-book. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books>> Acesso em: 15 jun. 2014.

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

MADEIRA, José M. Pinheiro. **Administração Pública**. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. E-book. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books>>. Acesso em: 1 ago. 2014.

MANDELI JÚNIOR, Roberto Mendes. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARICATO, Ermínia. **Brasil, cidades – alternativas para a crise urbana**. Petrópolis: Vozes, 2001.

MASCARÓ, Juan L.; YOSHINAGA, Mário. **Infraestrutura urbana**. Porto Alegre: Masquatro, 2005.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/#/books>>. Acesso em: 5 set. 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Dêlcio Balestero. **Direito Administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, José Tarcísio de Almeida. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. E-book. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books>>. Acesso em: 10 set. 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTEIRO, Washington de B. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOTTA, Sylvio; Freire, Elias. **Ética na Administração Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. E-book. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

PESTANA, Marcio. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. E-book. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

PINTO, Marcos Barbosa. A função econômica das parcerias público-privadas. **Revista dos Tribunais**, vol. 846, p. 130, abr. 2006. DTR\2006\313. Disponível em: <http://www.univates.br/biblioteca/revista-dos-tribunais-online>. Acesso em: 26 nov. 2014.

PONTES, Daniela R.; FARIA, Jose Ricardo V. **Direito Municipal e Urbanístico**. Curitiba: Iesde Brasil, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70058923905, da Décima Câmara Cível**. Relator: Túlio de Oliveira Martins. Porto Alegre, 17 jul. 2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+n%C2%BA+70058923905&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_qq=#main_res_juris>. Acesso em: 20 jul. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70058315862, da Nona Câmara Cível**. Relator: Miguel Ângelo da Silva. Porto Alegre, 24 jun. 2014. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70058315862&num_processo=70058315862&codEmenta=5824195&temIntTeor=true>. Acesso em: 22 jul. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70056616238, da Nona Câmara Cível**. Relatora: Iris Helena Medeiros Nogueira. Porto Alegre, 13 nov. 2013. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70056616238&num_processo=70056616238&codEmenta=5547314&temIntTeor=true>. Acesso em: 20 jul. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70050345370, Décima Câmara Cível**. Relator: Paulo Roberto Lessa Franz. Porto Alegre, 07 fev. 2013. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70050345370&num_processo=70050345370&codEmenta=5117625&temIntTeor=true>. Acesso em: 20 jul. 2014.

RIOS, Dermival Ribeiro. **Minidicionário Escolar de Língua Portuguesa**. São Paulo: Difusão Cultural do Livro, 2003.

SALVI, Luciane Teresa; YAMAWAKI, Yumi. **Introdução à gestão do meio urbano**. 1. ed. Curitiba: Inter Saberes, 2013. E-book. Disponível em: <www.univates.br/biblioteca>. Acesso em: 23 set. 2014.

SAMPIERI, Roberto H.; COLLADO, Carlos F.; LUCIO, Pilar B. **Metodologia de pesquisa**. 3. ed. São Paulo: McGraw-Hill, 2006.

SANTOS, Juliano Vali dos. **Trânsito em condições seguras: paradigmas e acepções jurídicas do artigo 1º do Código de Trânsito Brasileiro**. Porto Alegre: Edipucrs, 2009.

VASCONCELLOS, Eduardo Alcântara de. **Políticas de Transporte no Brasil: a construção da mobilidade excludente**. 1. ed. Barueri: Manole, 2014. E-book. Disponível em: <<http://univates.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788520437483>>. Acesso em: 15 set. 2014.

WOLKWEISS, Roque Joaquim. Passeio público é dever do município. **Jornal do Comércio**, Porto Alegre, p. 4, 21 jul. 2006.



ANEXOS

ANEXO A – APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 0034135-2.2010.8.26.0602

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2013.0000222159

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Reexame Necessário nº 0034135-32.2010.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante/apelado JOSÉ THEODORO MENDES e Apelante JUÍZO EXOFÍCIO, é apelado/apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SOROCABA.

ACORDAM, em Órgão Especial - Fictícia do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso e ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente sem voto), OSVALDO DE OLIVEIRA E WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI.

São Paulo, 17 de abril de 2013.

EDSON FERREIRA

RELATOR

Assinatura Eletrônica

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação / Reexame Necessário nº 0034135-32.2010.8.26.0602 2

VOTO Nº 15987

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 0034135-32.2010.8.26.0602

COMARCA: SOROCABA

APELANTE: JUÍZO EX-OFFÍCIO

APELANTE/APELADO: JOSÉ THEODORO MENDES

APELADO/APELANTE: PREFEITURA MUNICIPAL DE SOROCABA

INTERESSADO: CHEFE DA DIV. DE FISCAL. E POST. IMOB. DA SECR. DE SEG.
COMUNIT. DO MUNIC. DE SOROCABA

PASSEIO PÚBLICO. Confeção de calçada defronte os terrenos, edificados ou não, pelos proprietários. Bem público de uso comum do povo. Falta de autorização constitucional para onerar o particular. Custeio por conta do Município, com a receita dos impostos, dado o uso coletivo do passeio e das vias públicas. Incidente de inconstitucionalidade da lei municipal não conhecido pelo Órgão Especial. Segurança concedida. Recurso e reexame necessário a que se nega provimento.

A sentença, proferida pelo eminente magistrado, Doutor Marcos Soares Machado, concedeu ordem de segurança para eximir o impetrante de obrigação imposta por lei municipal, de confeccionar calçadas em frente de terrenos não edificados, por invalidade da imposição (fls. 52).

Apela o Município pela inversão do resultado.

Recurso respondido.

A douta Procuradoria de Justiça se manifestou pelo provimento dos recursos para a denegação da ordem.

Foi suscitado incidente de inconstitucionalidade da lei municipal, não conhecido pelo Órgão Especial pelo fato da lei municipal ser anterior à Constituição Federal de 1988, por isso não sendo caso de inconstitucionalidade de lei, sujeita a reserva de plenário, mas de revogação porque não recepcionada a lei municipal pela nova ordem constitucional, o que o órgão fracionário pode apreciar.

É o relatório.

Incide hipótese de reexame necessário por determinação específica da lei de regência do mandado de segurança.

Com efeito, segundo a doutrina e a jurisprudência, mencionados no incidente de inconstitucionalidade, a disposição do artigo 97 do texto constitucional, segundo o qual somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, não se aplica à hipótese de lei anterior não recepcionada pela nova ordem constitucional, de modo que a este órgão fracionário cabe o exame da questão.

Foi apontado que dois lotes de terreno do impetrante não contam com passeio público (calçada) e muro com no mínimo 0,40 m e no máximo 2,50 m ou grade ou alambrado com no mínimo 1,20m de altura, com intimação para executar as obras necessárias, no prazo de trinta dias, sob pena de multa no valor de R\$ 743,03 (fls. 7 e 8).

O impetrante aceita a imposição de construir muro ou alambrado, mas não quanto ao passeio público ou calçada.

As partes não apresentaram o texto da lei municipal, aceitando-se, contudo, que contenha determinação para a confecção de calçada em frente dos imóveis privados, às expensas dos seus proprietários, sob pena de multa, do seguinte teor (como artigo 1º da Lei 1602/1970, fls. 24, penúltimo parágrafo):

“Todos os proprietários de terrenos, edificados ou não, situados em via pública beneficiada com a pavimentação asfáltica, a paralelepípedos ou lajotas, ficam obrigados a construir, ou reformar, os respectivos muros e gradis, no alinhamento da rua, e os passeios entre o alinhamento e meio fio”.

E foi determinado ao impetrante que executasse as obras necessárias, no prazo de trinta dias, em relação às duas benfeitorias (passeio público e muro), sob pena de multa (fls. 34).

Como a calçada ou passeio público constitui bem público municipal, de uso comum do povo, cumpre estabelecer se a lei municipal pode impor ao particular a confecção e o custo do calçamento, em benefício da coletividade, de todos os pedestres que farão uso do passeio público.

Pode-se argumentar que, sendo imposta a obrigação a todos os proprietários de imóveis, todos estarão contribuindo, com os seus próprios recursos, em benefício de todos, da mesma forma que a receita dos impostos, arrecadada de toda a sociedade, deve reverter em benefício de todos, com o uso público que dela se faz.

Todavia, a lei só pode onerar o cidadão nos limites autorizados pela Constituição Federal.

Assim, o Poder Público pode desapropriar porque a Constituição autoriza, pelo mesmo motivo que pode instituir e cobrar impostos, taxas, contribuição de melhoria e também o pedágio.

Mas não pode, por falta de autorização constitucional, obrigar que o particular faça calçada sobre o passeio público, às suas expensas, por falta de autorização constitucional para constrangê-lo a tal melhoramento em bem público de uso comum do povo, por isso de responsabilidade do Poder Público Municipal.

Caminha nesse sentido as lúcidas palavras de Hely Lopes Meirelles (Direito municipal brasileiro, Malheiros Editores, 10ª edição, 1998, p. 327):

O alto custo da pavimentação e do calçamento tem levado as Municipalidades a partilhar com os particulares o preço desses serviços, ou mesmo a permitir-lhes que os realizem às suas expensas. Quando se facultar a execução do calçamento e da pavimentação por conta dos particulares, necessária se torna a prévia autorização da Prefeitura, por se tratar de obras a serem realizadas em bens públicos. Para isso, os interessados deverão indicar minuciosamente as condições em que pretendem realizar a pavimentação e o calçamento, dadas as implicações técnicas e jurídicas que o contrato dos particulares com a empresa construtora apresenta para a sua legitimação administrativa perante a Municipalidade.

Mas, sendo a pavimentação e o calçamento empreendimentos próprios do Município, ele os pode realizar diretamente, ou contratar a sua execução com terceiros.

*No passado, o custeio e manutenção desses melhoramentos urbanos foram feitos por taxa, validada pela Súmula 129 do STF, agora em conflito com o novo conceito constitucional desse tributo, só admissível para “serviços específicos e divisíveis” em relação ao usuário-contribuinte (art. 145, II). O correto, atualmente, é a recuperação do custo da pavimentação e do calçamento por meio de contribuição de melhoria, uma vez que a sua realização traz especial valorização para os imóveis lindeiros. Quanto à conservação, é de ser custeada por impostos, uma vez que a via pública é de utilização geral, *uti universi*, e não apenas de uso dos moradores da rua (v. cap. VI, item III).*

Assim, mantendo a sentença que concedeu a ordem de segurança para eximir o impetrante da obrigação imposta por lei municipal, por estes e pelos seus próprios fundamentos, NEGA-SE provimento ao recurso e ao reexame necessário.

EDSON FERREIRA

RELATOR

Assinatura Eletrônica