

pensionista, de servidor, a que são pagos, apenas, 80% nsão, em afronta ao art. 40, § 2º, da CF.

A *segunda*, exemplificativamente, no caso do concursado, com direito à nomeação, e não investido no cargo, enquanto se desenrola a ação principal cognitiva.

A *terceira*, diante do sustentado neste estudo, tem por base o disposto no art. 461, § 3º, do CPC, em caso de algum reajuste a que tenha direito o servidor e que não lhe tenha sido concedido.

A *quarta*, quando INSS suspende o pagamento de benefício previdenciário, sob alegação de fraude, mas sem o atendimento à garantia do *devido processo legal*.

A realização de cada um desses *provimentos liminares* tem seu regime próprio sendo todos de caráter *mandamental*, com *ordem* expedida sob a *cominação* das sanções já indicadas, que, nos dois primeiros casos, pode ser a *prisão civil* (art. 735 e §§ do CPC; arts. 18, 19 e 27 da Lei nº 5.478/68); e sempre sem prejuízo, na hipótese de *recalcitrância* da autoridade, das *medidas de autotutela judiciária*, de *efetivação do provimento* (cf. TRF — 2ª Região, proc. 98.02.29173-0).

Cabem *limitares e tutelas antecipadas*, em casos de *ações declaratórias constitutivas*, porque a *ordem* será, para que a *conduta governamental* seja desvolvida, como se a *declaração* e a *constituição* ou *desconstituição* já tivessem tido lugar.

Há hipóteses em que cabe *mandado de segurança contra a norma em tese*, como quando se trata de *regra proibitiva*, a qual, por si mesma já atinge o administrador. Nos casos em que descabe o *mandado* contra a lei, por necessitar esta de *atos de execução* 'in concreto', tem pertinência o *mandado de segurança preventivo* contra *tais atos de execução*, quando, sendo a *norma inconstitucional*, estejam presentes a *ameaça* e o *justo receio* de sua execução lesiva ao patrimônio jurídico individual.

Em ambas as situações, é possível a concessão de *liminar*.

No caso de *prestação de declaração de vontade*, (arts. 639 a 641 do CPC), quando o obrigado seja o Estado, muitos sustentam que contraria a independência e harmonia dos Poderes Políticos, o reconhecimento do cabimento da chamada *sentença de substituição*, mesmo que a obrigação de prestar a *declaração de vontade* derive da lei ou de *contrato preliminar*.

Se se trata de *obrigação contratual*, respeitados os poderes discricionais unilaterais, da Administração Pública, de encampação, de rescisão unilateral de contratos, será admissível tal espécie de *sentença* contra *pessoa administrativa pública*.

Mas em termos de *ato (provimento) administrativo*, ato de direito público unilateral e imperativo, constituinte da função administrativa material e formalmente considerada, a hipótese terá de ser analisada de per si.

Como se cuida de *obrigação de fazer* (obrigação do Poder Público de nomear aprovado em concurso, dentro de certo prazo, após a ocorrência de vaga), no caso de *tutela antecipada*, há a *mandamentalidade*, nos termos já vistos.

A POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO DE ACESSO A BENS PÚBLICOS DE USO COMUM POR QUESTÕES AMBIENTAIS E URBANÍSTICAS

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO*

Os contornos jurídicos da questão — O choque de paulas constitucionais — A inexistência de privilégio de interesses privados na restrição — A hipótese de restrição imposta pela administração no exercício de poder de polícia — A hipótese de cessão de uso privativo e condicionado de bem público

Os contornos jurídicos da questão

Cuida-se aqui de questão versante sobre a possibilidade de se impor limitações ao acesso a bens públicas quando envolvidos aspectos ambientais a serem preservados, especialmente praias.

Por serem as praias bens públicos da União, declarados em lei como acessíveis, sempre, a qualquer um do povo, seria írrita limitação ou restrição a este absoluto acesso. Diante deste argumento, seria de rigor que se fizesse cessar, de imediato, todo e qualquer óbice anteposto a este acesso, quanto mais se este odíavel empecilho fosse oferecido por particulares possuidores de imóveis situados em loteamento lidoeiro às dias praias. Ao argumento do acesso pleno às aprazíveis paragens marítimas, acrescenta-se o discurso irretorquível de combate à apropriação privada do que é de todos.

Até esta altura, o assunto parecia cobrir-se do difícil manto do consenso. Ninguém poderia sustentar, nos limites do até aqui relatado, tese contrária àquela que, inapelavelmente, levaria, com a licença dos poetas, à desobstrução da "vereda que levava o povo ao mar".

Porém, a eventuais demandas judiciais, antepõe-se um dado da realidade, muitas vezes esquecido. Suponhamos, à guisa de exemplo, que as praias por cujo acesso

* Advogado, Doutor em Direito Público pela USP, Professor de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo.

encontram-se incrustadas em áreas abrigadas por encostas da Serra do Mar e recobertas por uma das últimas áreas de Mata Atlântica, com fauna e flora nativas ainda preservadas. De tal modo que, propiciado o acesso desregulado de veranistas àquela orla, especialmente se tal acesso se dá, como é o irrefreável costume dos banhistas, por meio de veículos automotores, em breve tempo assistiríamos o perecimento daquela reserva ambiental.

O risco aqui aludido constitui premissa do estudo que ora desenvolvemos. E não há porque temer a incidência em erro de pressupostos. Três ordens de razões nos dão a certeza da ameaça ambiental ensejada por um acesso despejado de turistas àquela área.

O primeiro, fático. Em um só dia — caso concreto que tivemos conhecimento — vigente ordem liminar para abrir irrestritamente o acesso a uma das praias da região, acorreram ao local mais de mil veículo. Este volume de tráfego ocasionou um verdadeiro colapso viário e de parqueamento. Dentre outros danos ocorridos, pode-se aludir a queda de veículo em riacho que abastece de água potável a região, com conseqüente vazamento de combustível; o destroçamento de áreas verdes utilizadas indevidamente como estacionamento e o sucumbimento do pavimento das ruas, insuportável que foi o impacto do incommum tráfego na área, mesmo porque tal pavimento, é de se presumir, não foi dimensionado para tal volume de tráfego.

A segunda ordem de argumentos é ambiental. Os diversos estudos ambientais são uniformes em afirmar que a ocupação humana acarreta, em si, riscos à fauna e flora nativas¹. Ademais, não parece ser objeto de dúvidas que a alocação, de uma hora para outra, de dois milhares de pessoas numa área de reserva ambiental acarreta riscos para o que os estudiosos chamam de biota. No mínimo, porque a desproporcional presença dos automóveis afeta, é óbvio, o ténue equilíbrio do ecossistema, interferindo nos processos vitais das espécies vegetais e animais ali presentes. Estes fatores, aliás, vêm suficientemente demonstrados nos pareceres técnicos oferecidos no mesmo caso concreto versando sobre o dito impacto ambiental.

A terceira linha de razões, tem natureza urbanística. A região do loteamento implantado junto à praia — área em torno da qual se foca o interesse do presente trabalho — não reúne condições de infra-estrutura apta a acolher a quantidade de turistas ensejada pelo acesso irrestrito à área. A malha viária é sobremodo tímida, pois que a sua ampliação feriria a área protegida. Além de serpenear por área de encosta da Serra do Mar, sabidamente marcada por condições geológicas desfavore-

ráveis. A infra-estrutura de saneamento-básico oferecida pelo poder público é nula. O que há em termos de captação e tratamento de esgoto sanitário foi implementada e é custeada pelos moradores e donos de lote, sendo dimensionada para absorver a restrita demanda destes. O mesmo ocorre com as condições de segurança pública, suprida a expensas dos proprietários — que mantêm seguranças — e contra as desfavoráveis condições da região — já que a mata favorece as mais diversas práticas delituosas, já tendo ocorrido, por conta da liminar já cassada, vários casos de consumo e tráfico de entorpecentes, até mesmo o nefasto crack.

Deste conjunto de fatores, arrolados em relatório sucinto, é verdade, mas nem por isso menos veemente, depreende-se o fato, ao nosso ver incontroverso, de que o acesso irrestrito, incondicionado e desregulado às praias da região não poderá se dar sem que implique no pagamento de um preço: o aniquilamento do plexo ambiental ali ainda existente. Não será possível canalizar alguns milhares de veranistas a uma área de proteção ambiental sem que o ténue equilíbrio ecológico ali verificado se altere. Desta alteração decorrerá, cedo ou tarde, o perecimento do meio-ambiente.

Se admitirmos como válida a assertiva anterior — e a história recente do local onde se situam diversas praias — entre as quais a referenciada é testemunha da sua veracidade ou, no mínimo, de sua plausibilidade — chegamos ao núcleo da polémica. Esta se situa na necessidade de conciliação entre o direito constitucional ao desfrute equânime do que é público, confrontado com a proteção e preservação ambiental, também de albergue na Carta maior. E nesta zona limdeira entre pautas e princípios constitucionais que, imaginamos, devemos caminhar, para que se encontre um ponto de equilíbrio permitidor da conciliação entre os valores e bens jurídicos envolvidos. É o que tentamos fazer aqui.

Antes de desfiar as razões e fundamentos jurídicos que entendemos cabentes ao caso, cumpre uma necessária ressalva. Não pretendemos aqui assumir uma posição imparcial e neutra quanto à questão? Não escumoteamos nossa posição enquanto patronos da associação de defesa dos interesses dos proprietários dos lotes lideiros à praia. Impossível que é a imparcialidade, intentamos, contudo, manter com relação aos temas enfocados uma certa objetividade. E fazemos a ressalva apenas para que as razões aqui apresentadas sejam avaliadas pelos seus próprios fundamentos e não por serem vazadas por autoridade ou por uma olímpica opinião legal.

Ao nosso ver, a explicitação do ângulo desde o qual enfocamos a questão objeto do presente não pode invalidar o substrato jurídico do seu desate. Ainda mais quando a matéria versada envolve valores de abrangência tão ampla quanto o que se aqui cogita.

1 Apenas em sede de exemplo, tome-se a consideração tecida por Diogo Figueiredo Moreira Neto: "a preocupação [com a ecologia] se explicita se consideramos estes dados impressionantes: na era paleolítica a Terra não abrigava mais que 10 milhões de homens; na descoberta do Brasil pouco mais que meio bilhão; na nossa Independência, dobrava para um bilhão; no fim da Segunda Grande Guerra Mundial, beirava 3 bilhões e no ano 2.000 poderá ascender a 6 ou 7 bilhões. E esta mole humana habitará, em sua grande parte, complexos urbanos cada vez maiores, com gigantescos sistemas viários e de serviços em crescente expansão, reduzindo sensivelmente o espaço propício ao suporte da biosfera planetária (o complexo dos seres vivos, inclusive o homem)", in "Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico", Rio de Janeiro, Forense, 1977, pág. 16.

2 O que ademais em sede do discurso jurídico parece ser sempre impossível. A este respeito, Cf. Alícia E. C. RUIZ, "Aspectos Ideológicos del Discurso Jurídico", in "Materiales para Una Teoría Crítica del Derecho", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, págs. 149 a 188. Ver também, Eros Roberto GRAU, "O Direito Positivo e o Direito Pressuposto", São Paulo, Malheiros, 1996, pág. 115: "Assim os pensamentos não são completamente livres, na medida em que as ciências nem a prudência são neurras."

Antes de nos embrenharmos nas hipóteses práticas de equacionamento jurídico do impasse colocado, cumpre delatarmos alguma atenção a uma reflexão aridamente teórica, mas de enfrentamento necessário para desate do tema:

É que a questão aqui ventilada nos remete à discussão em torno do que se convencionou chamar de oposição entre princípios. De um lado a isonomia e a universalidade no desfrute do patrimônio público. De outro a preservação do meio ambiente. Longe de querer aprofundar tema tão tortuoso, tomemos a liberdade de tecer algumas palavras acerca deste ponto.

Celso Antônio Bandeira de Mello, analisando a questão dos princípios no campo do direito administrativo, é peremptório ao afirmar que são os princípios que embasam, arrimam e dotam o sistema jurídico de espírito "servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido"³. É justamente esta função de conferir alguma racionalidade, algum "cimento lógico" ao conjunto de enunciados que integra um sistema jurídico que dá o caráter de imprescindibilidade aos princípios, estejam eles "positivados" ou não⁴.

Portanto, se estes princípios — ou "bitolas" nas palavras de Claus-Wilhelm Canaris⁵ — são essenciais para conferir um nexo, um amálgama de sistematicidade às regras (ou enunciados normativos) que compõem um dado Ordenamento Jurídico, será imperativo analisar como os diversos princípios integrantes deste dado ordenamento se relacionam. Sim, porque na dinâmica do direito, não se pode pressupor que estes princípios nunca sejam confrontados uns com os outros. É, neste passo que se coloca a questão do conflito entre os princípios⁶.

A questão que se coloca, portanto, se prende aos critérios de seletividade para adotar um princípio em detrimento de outro. Ou melhor, aos critérios de escolha para compor os diversos princípios, dentro de um padrão de racionalidade ao mesmo

tempo compatível com o sistema jurídico e funcional para o processo de aplicação do Direito.

As regras (ou normas) jurídicas não surgem do nada. Ao menos no direito moderno, não são reveladas. São, isto sim, fruto do contínuo processo de elaboração consciente e racional dos indivíduos integrados no e pelo sistema jurídico. E esta construção se opera mediante consensos, os quais são sempre lastreados em princípios. O processo de aplicação ou de interpretação deste ordenamento será sempre conflitivo e se dará a partir da valorização de alguns princípios em detrimento de outros⁷.

Como nos ensina J. J. Gomes Canotilho: "no caso de conflito entre princípios, estes podem sempre ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas exigências ou *standards* que *prima facie* devem ser realizados". Dito de outro modo: "a convivência de princípios é sempre conflitiva"⁸.

Esta seleção de princípios — explícita ou implícita — não vai se pautar por critérios formais como ocorre no conflito de normas (critério temporal, critério de especificidade, critério de competência da autoridade etc.).

Não. Em sede de princípios a seleção se dará sempre a partir de critérios de conteúdo, guiados pelo critério de racionalidade adotado no caso específico.

Não é por outro motivo que autores como Robert Alexy nos falam de resolução dos conflitos entre princípios pelo critério do peso⁹.

O peso diferencial entre os princípios a que alude Alexy (cf. nota supra) não se configura em si. Depende do contexto em que um dado princípio é invocado. Ou seja: a densidade que faz um princípio jurídico prevalecer em relação a outro não pode ser tomada como definitiva, restando eminentemente conjuntural¹⁰.

Diante disto, podemos — e devemos — voltar à questão concreta que toma nossa atenção, pois, vimos, a oposição entre princípios deverá ser sempre superada levando em conta as peculiaridades do caso concreto. *In casu*, e estritamente nos seus marcos, cremos que o peso diferencial da proteção ambiental é infinitamente mais denso que o uso irrestrito de bem público travessado na impossibilidade de se limitar o acesso dos eventuais banhistas às áreas praianas.

7 Daí porque alguns autores, como salienta Canotilho, definem hodiernamente a Constituição como sendo "um estatuto reflexivo que, através de certos procedimentos, do apelo a auto regulamentações, de sugestões no sentido da evolução político-social, permite a existência de uma pluralidade de opções políticas, a compatibilização dos dissensos, a possibilidade de vários jogos políticos, a garantia da mudança através da construção de rupturas", in "Direito Constitucional", 5ª edição, Coimbra, Almedina, 1990, pág. 14. Para um aprofundamento da ideia de direito autorreflexivo ver Gunter Teubner, "Rechts als Autopoietisches System".

8 J. J. GOMES CANOTILHO, op. cit., pág. 174 (grifos do autor).

9 Robert ALEXY, in "Theorie der Grundrechte", pág. 76, apud Eros Grau, op. cit., pág. 116.

10 Vai daí que a atividade de interpretação do direito é ao mesmo tempo contextual e dinâmica, tendo como limites fundamentais a sua compatibilidade e adequação a um padrão de racionalidade compatível com o sistema jurídico.

É sustentamos isto por vários motivos. Pela amp. . . dos direitos afetados. Pela densidade conferida na Constituição à preservação ambiental. Pela relevância dos bens jurídicos tutelados. E, por fim, pela insuperabilidade da preservação ambiental em confronto com a relativa disponibilidade da limitação do acesso às praias em apreço.

Em primeiro lugar, a proteção do meio ambiente é algo que pertine a toda a humanidade. Não se restringe, nem pela nacionalidade, nem pelo interesse nem mesmo pelo fato de se estar ou não vivo (o meio ambiente é bem tutelável para as presentes e futuras gerações). Já o uso do bem público praia tangue àqueles que têm meios para acessar o balneário e que, os tendo, se interessam por este tipo de lazer. A diferença de amplitude se aprofunda quando pensamos no acesso motorizado, o qual, por óbvio, só pode ser pertinente àqueles que têm acesso a um veículo automotor. Um bem jurídico (proteção ao meio ambiente), portanto, tem abrangência muito mais ampla do que outro (acesso restrito ao bem de todos — praia).

É inegável que a Constituição elevou à condição de princípio de alta relevância a preservação ambiental. Não fosse pelo fato de que a Carta de 88 "*define o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos e lhe dá natureza de bem de uso comum do povo*"¹¹, mas também e principalmente porque "*na verdade o faz para assegurar o direito fundamental à vida*"¹². E o direito à vida, contemplado no art. 5º, *caput*, da CR é basilar, essencial, prevalecente em relação a todo e qualquer outro princípio ou valor contemplado na ordem jurídica.¹³

De outro lado, o texto constitucional dedica relevância impar à tutela do meio ambiente. Tanto é assim, que a ele reservou capítulo específico (Capítulo VI)¹⁴. Atribuiu competência para a proteção do interesse ambiental tanto ao autor popular (artigo 5º, LXXIII) quanto especificamente ao Ministério Público (artigo 129, III); deu contornos de crime passível das sanções penais às condutas lesivas ao meio ambiente (artigo 225, § 3º). Não contente, imputou o dever de defesa e preservação não só ao poder público — de forma concorrente entre todos os entes da federação (artigo 23, VI) — como também à coletividade (artigo 225, *caput*).

Por fim, há a desigualdade entre o acesso restrito a algumas praias e a proteção do meio ambiente sob o prisma da reparabilidade. Uma vez destruído um ecossistema, não se compensa ou restitui a humanidade. Já quando disciplinado o uso de um bem público, há meios de se reduzir o cerceamento que ele implica. Por um lado, através do uso regulamentado ou monitorado a tal bem (como ocorre com os Parques

11 José Afonso DA SILVA, "Curso de Direito Constitucional", São Paulo, RT, 7ª edição, 1990, pág. 708.

12 José Afonso DA SILVA, "Direito à qualidade do meio ambiente", in "Revista do Advogado", volume 18, junho de 1985, pág. 46.

13 Como perora Jacques ROBERT, "O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores ideais de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica." Jacques Robert, in "Libertés Publiques", Editora Montchrétien, pág. 234.

14 Igualmente o fez o constituinte estadual paulista, que abriu o capítulo IV para a matéria ambiental, recursos hídricos e saneamento e dedicou, dentro dele, seção específica para o Meio Ambiente (Seção I).

Nacionais — com as Reservas Ecológicas). De outro, com políticas de desenvolvimento de formas alternativas de uso ou de lazer, na área ou no entorno.

Acrescente-se a isto o fato de que as áreas de proteção ambiental envolvida (Mata Atlântica e Serra do Mar) são elevadas à condição de bem de uso comum do povo pela própria Constituição (artigo 225, § 4º), as quais deverão ter sua utilização regulamentada de modo a permitir, como pressuposto relevantíssimo até por tautologia, a sua preservação.

Portanto, parece-nos inafastável a exegese de que o princípio da universalidade do bem público — de inegável assento constitucional — não poderá se manifestar, na vida prática, de forma a colidir com a própria pauta ditada pela Constituição para uso e destruído desse determinado bem. Se a Carta maior impõe que um bem público específico seja utilizado de forma consentânea com a preservação ambiental, não se pode apregoar, com lastro na própria Constituição, o uso restrito que põe em risco o próprio bem. Interpretação em sentido contrário seria, concessa venia, afrontar o bom senso e as regras da hermenêutica.

Situado que, diante da oposição dos princípios constitucionais nomeados supra, deve prevalecer, no caso, a preservação ambiental, restaria enfatizar os mecanismos que habrigamos para viabilizar tal harmonização. E ao nosso ver, estes mecanismos são contraditórios tanto nos institutos do direito público, quanto nas próprias normas inseridas na Lei Orgânica do Município envolvido.

Duas são as alternativas que vislumbramos: a) a restrição ao tráfego e ao acesso imposta pelo poder público no exercício do seu poder de polícia; b) a outorga de uso privativo de bem público mediante condição de preservação ambiental. Desenvolveremos, na seqüência, os aspectos jurídicos emendados nas duas alternativas.

A inexistência de privilégio de interesses privados na restrição

Não podemos fazê-lo sem antes enfatizar uma última preliminar. Transpira de toda a discussão envolvida na presente matéria um certo viés ideológico pelo qual qualquer empecilho ao acesso restrito de turistas à área implicaria num odioso privilégio dos proprietários de imóveis. Em outras palavras: a restrição ao acesso padeceria de inconstitucionalidade *a priori*, pelo simples fato de consagrar interesse privado — dos que lá possuem lotes — em detrimento do interesse público — dos que querem ir àquela praia.

Esperamos já ter demonstrado que a obrigar a restrição há um interesse público mais denso e mais amplo (pois que plena e absolutamente difuso, pertencente a todo indivíduo existente e por vir à face da terra). Contudo, a ojeriza refletida no vezo que assume o debate trai também uma certa concepção ideológica que compreende o interesse público como sendo sempre diverso do interesse privado¹⁵. Por este viés

15 Bom exemplo dessa concepção clássica do interesse público em oposição ao interesse privado, pode ser obtido no Direito Penal. O artigo 321 do Código Penal (reflexo da visão que se tinha da Administração Pública nos idos de 1940) cuida de apenamento que revela falsa oposição entre

a única hipótese de se afirmar o interesse público seria: or sobre e por conta do interesse privado¹⁶.

Nas sociedades contemporâneas, contudo, não mais se permite tão absoluta dicotomia¹⁷. Crescentemente, assistimos a emergência de espaços em que o interesse público se confunde com o interesse dos particulares¹⁸. Esta interpenetração entre as esferas do público e do privado é hoje de tal monta que passa a ser quase impossível manter a concepção de oposição cabal entre interesse público e privado, passando-se a trabalhar com a noção de coatividade, de cooperação¹⁹.

Assim, não nos parece possível se rejeitar mecanismos de consagração do interesse público só pela circunstância de, num dado contexto, uma medida de ordem pública venha a coincidir com um interesse de particulares. Afinal, muita vez, a simples consumação de um legítimo interesse privado será via de consagração do interesse público. Em suma há que se considerar hoje que um interesse legítimo,

interesse público e privado, pois que torna apenável a conduta de servidor que simplesmente respalda ou encaminha perante a Administração legítimo interesse de particular. E, como diverso não poderia ser, tal tipificação reflete uma concepção de Estado, de Administração que, como dissemos, vem sendo paulatinamente superada. Em suma, subjas àquele tipo penal uma oposição frontal entre o interesse público e o privado, como se tais interesses jamais pudessem ser coincidentes. Em poucas palavras, a prática da advocacia administrativa deve hoje, ao nosso ver, sempre ser verificada tendo em vista o interesse especial do servidor em atender ou fazer atender a um interesse privado específico, sem razão de ordem pública a ensejalo ou em detrimento do interesse de outros particulares.

16 Ver Albero AMARAL JÚNIOR, "Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda", Editora RT, 1993, págs. 77 e segs. Ver também José Eduardo Faria, "Direito e Economia na Democracia Brasileira", São Paulo, Malheiros, 1993, págs. 79 a 82.

17 Dentro do Direito Administrativo pátrio, entendimento da mesma forma atual é espousado por Odeir Meduar que assevera: "Além dessa indeterminação a priori do interesse público, outros fatores acurretam modificações na tranquilidade interesse público interesse privado e na homogeneidade do primeiro. Deve-se lembrar o dado das atuações de particulares, consideradas de interesse público, como por exemplo a de concessionários e permissivos de serviço público." (cf. "O Direito Administrativo em Evolução", pág. 181).

18 Em outra passagem, a retro citada professora titular do Largo de São Francisco assegura: "A uma concepção de homogeneidade de interesse público segue-se, assim, uma situação de heterogeneidade: de uma ideia de unicidade passou-se à concreta existência de multiplicidade de interesses públicos. A doutrina contemporânea refere-se à impossibilidade de rigidez na prefixação do interesse público, sobretudo pela relatividade de todo padrão de comparação." (op. cit., loc. cit.)

19 Este processo é percebido argumentamente por Norberto Bobbio, que em outro celebre trabalho leciona: "De fato, o processo de publicização do privado é apenas uma das faces do processo de transformação das sociedades industriais mais avançadas. Ele é acompanhado e complicado por um processo inverso que pode chamar de privatização do público. Ao contrário do que havia proposto Hegel, segundo o qual o Estado como totalidade ética terminaria por se impor à contratual, características do mundo das relações privadas, não foram realmente relegadas à esfera anterior das relações entre indivíduos e grupos menores, mas reemergiram à fase superior das relações politicamente relevantes..." Norberto Bobbio, in "Estado, Governo, Sociedade", São Paulo, Editora Paz e Terra, 3ª edição, 1990, pág. 26.

mediato ou imediato, de um particular não pode significar automaticamente um interesse contrário aos desígnios públicos. E nessa bitola, desvestido de todo e qualquer preconceito, que se deve evocar as soluções cogitadas.

O interesse dos proprietários de lotes é irrelevante em relação ao interesse público maior residente na proteção ambiental. O fato desses interesses privados serem contemplados serve para invalidar medidas que visem à proteção de interesse público mais relevante. Não atender este apenas porque beneficiaria aqueles seria afrontar a própria razoabilidade intrínseca à ordem jurídica.

A ninguém é dado desconhecer que a atividade administrativa, muita vez, acaba por atender interesses privados. Assim é em diversos exemplos tomados ao acaso. Quando, na realização da atividade fomentadora, a Administração pública estabelece algum incentivo fiscal ou alguma proteção tarifária, está obviamente a favorecer os atores privados envolvidos neste setor empresarial favorecido. Isto apenas não implica em beneficiamento ou em iniquidade qualquer. Tal procedimento é plenamente legítimo desde que o ato da Administração tenha motivação embasada em interesse público transcendente (proteção da indústria nacional, preservação de postos de trabalho, criação de tecnologia própria etc.).

Da mesma forma, quando o poder público expropria imóvel rural para nele assentar número determinado de famílias, é óbvio que estes agricultores são diretamente beneficiados pela medida. Ninguém, ao menos fora do discurso político ideológico, cogitaria de obstar a política de reforma agrária sustentando que ela caracteriza odioso tratamento desigual dos assentados em detrimento dos outros sem terra ainda acampados à margem das estradas.

Um último exemplo. Quando o poder público tomba uma área X, determinando que seja ela preservada ou quando dá a uma determinada área verde a destinação de um parque público, certo é que os possuidores de imóveis vizinhos são agraciados com um benefício ímpar. Ao invés de terem na suas vizinhanças um empreendimento imobiliário, passam a ter no seu entorno uma aprazível área preservada, um jardim ou uma praça.

Nem por isso o ato de criação desta suposta área verde está maculado de vício. Se uma valorização advier para os proprietários de imóveis lindos, há instrumentos tributários (p.e. a Contribuição de Melhorias) ou urbanísticos (imposição de ônus adicionais ao exercício da propriedade nos imóveis lindos). Contudo, a ninguém ocorreria tentar anular a criação da área preservada só porque alguns afortunados passariam a ser vizinhos de um parque.

Dizemos tudo isto para deixar bem fixado que o simples fato da atividade administrativa acarretar benefícios e proveitos indiretos extensivos a apenas alguns administrados, não torna inquinados de nulidade nem faz imorais os atos do poder público. Afinal, como a atividade da Administração Pública não se realiza estancamente, se desdobrando dentro do mundo da vida, os seus reflexos atingem diferentemente os administrados.

O que importa é saber se os atos tomados vão ou não ao encontro de interesses públicos (finalidades públicas) como já ensinou o saudoso Cirne Lima²⁰. Se há um

²⁰ Rui CIRNE LIMA, "Princípios de Direito Administrativo".

lastro de finalidade pública a ensiná-lo, o ato é legal e, último, beneficie ou não indiretamente, algum administrado, seja ele mais ou menos aquinhoado pela virtude ou pela fortuna. No caso em tela, há, é inegável, motivos suficientes de ordem pública a determinar a restrição do acesso — ao menos do tráfego — à região. Portanto, deve ser afastado qualquer viés deslegitimador das medidas que ora se sugere.

*A hipótese de restrição imposta pela administração no exercício de poder de polícia*²¹

Como já ensinava a mais antiga doutrina entre nós, "o condicionamento dos direitos individuais tendo em vista o bem comum são feitos pelo Estado no exercício do seu chamado poder da polícia de supremacia."²² Na verdade, não deve restar dúvidas que da atividade administrativa — consubstanciada em atos administrativos — pode advir a interferência restritiva na esfera dos direitos dos administrados.

21 É longuíssima a bibliografia sobre o tema. Apenas como apontamentos gerais, colhidos alhures nas estantes e sem pretensão de rol exaustivo, alinhe-se: Adolfo MERKL, *Teoria general del derecho administrativo*, Madrid, 1993, págs. 323; Alberto ELGUERA, *Política municipal*, Buenos Aires, 1963; Alberto DOMÍNGUEZ, *Política sanitaria*, Buenos Aires, 1946, etc.; *En la bibliografía general pueden verse* Díez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, tomo IV, Buenos Aires, 1969, págs. 17 y segs.; Álvaro LAZZARINI e outros, *Derecho Administrativo da Ordem Pública*, Bartolome FIORINI, *Manual de Derecho Administrativo*, volume II, págs. 645 e segs.; Bartolome FIORINI, *Poder de Policía*, Buenos Aires, 1962; Celso Antonio Bandeira de MELLO, *Elementos de Derecho Administrativo*, págs. 240 e segs.; Clóvis BEZOS, *Poder de Policía*; Diógenes GASPARI, *Derecho Administrativo*, págs. 98 e segs.; Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *Curso de Derecho Administrativo*, págs. 293 e segs.; Fernando Garrido FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, volume II, págs. 159 e segs.; Francis-Paul BÉNOIT, *Le Droit Administratif Français*, págs. 739 e segs.; Georges VEDEL, *Droit Administratif*, págs. 779 e segs.; H.LAFERRIERE, *Cours de Droit Public et Administratif*, Volume I, págs. 368 e segs.; Germán J. Bidart CAMPOS, *Derecho constitucional*, tomo II, Buenos Aires, 1966, págs. 550; Héctor Eduardo, HERRAIZ, *Poder de Policía*, Buenos Aires, 1970; Hely Lopes MEIRELLES, *Derecho Administrativo Brasileiro*, págs. 113 e segs.; Henry BETHÉLEMY, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, págs. 235 e segs.; Jean RIVERO, *Droit Administratif*, págs. 450 e segs.; José CRETELLA Jr., *Curso de Derecho Administrativo*, págs. 521 e segs.; Manuel María Díez, *Derecho Administrativo*, volume IV, págs. 17 e segs.; Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, tomo IV, Buenos Aires, 1973, págs. 510 e segs.; José Horacio Meinelles TEIXEIRA, *Estudios de Derecho Administrativo*, volume I, págs. 153 e segs.; Juan Francisco LINARES, *Derecho Administrativo*, págs. 421 e segs.; Marcel WALINE, *Manuel Élémentaire de Droit Administratif*, págs. 240 e segs.; Néstor R. VALERI, *Implicancias constitucionales del instituto de policía*, Santa Fe, 1961; Otto MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, volume II, págs. 3 e segs.; Pedro Guilherme ALTAMIRA, *Política y poder de policía*, Buenos Aires, 1963; Rafael BIELSA, *Régimen de policía*, Buenos Aires, 1957; Ramón F. VÁSQUEZ, *Poder de policía*, Buenos Aires, 1957; Roger BONARD, *Précis Élémentaire de Droit Administratif*, págs. 397 e segs.; Renato ALESSI, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, págs. 461 e segs.; Themistocles Brandão CAVALLACANTI, *Curso de Direito Administrativo Italiano*, págs. 115 e segs.

22 Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, "Princípios Gerais de Direito Administrativo", Rio de Janeiro, Forense, 1969, Volume II, págs. 27.

produzindo — e eles — obrigações, deveres, cargas antes inexistentes, ou restrições, limitações ou extinções de titularidades atuais prévias."²³

A atividade de polícia é, talvez, aquela que mais se faz presente na vida dos administrados. Ela se revela na imposição de fiscalização periódica de elevadores, na fiscalização realizada pela vigilância sanitária junto às casas de pasto, na exigência de alvará e de cumprimento das normas edilícias, na imposição de normas de tráfego e trânsito, na ordenação urbanística, e em outros inúmeros setores.²⁴ Ademais, a polícia administrativa se manifesta de diferentes formas, quer por intermédio de atos normativos de caráter geral (p.e. portaria que regula a venda e o uso de fogos de artifício em épocas juninas), quer por injunções concretas (v.g. fechamento de estabelecimento aberto sem licença ou fora das normas de zoneamento).²⁵

Assim sendo, pode-se conceituar o poder de polícia como sendo "a atividade administrativa que se caracterizaria por ser uma atividade de limitação de direitos dos cidadãos, com o objetivo de prevenir os perigos que do seu livre exercício poderiam derivar-se para a coletividade."²⁶

Embora sendo uma área da Administração presente desde tempo imemoriais — e até talvez por isso — a concepção de poder de polícia suscita inúmeras imprecisões, dúvidas e controvérsias. A tal ponto que doutrinadores de escol pro-pugnam pela eliminação da própria idéia de poder de polícia²⁷, enquanto outros, com brilho também destacado, defendem a reformulação da velusta noção, que deveria dar lugar a fórmulas da "Administração Ordenadora"²⁸.

Se o tema suscita controvérsias entre os iniciados, entre os leigos cria confusões enormes. Destas talvez a maior seja o renitente baralhamento entre a) polícia administrativa, b) polícia judiciária e c) polícia de manutenção da ordem pública. O fato é que quando fazemos referência ao poder de polícia, aos não iniciados ocorre sempre a imagem do policial militar ou do delegado de polícia. Como o tema tangência o ora focado, cumpre aclarar a confusão.

É Hely Lopes Meirelles quem nos socorre neste intento, demonstrando que "a polícia administrativa incide sobre os bens, direitos e atividades, ao passo que as outras atuam sobre as pessoas individualmente ou indiscriminadamente. A polícia administrativa é inerente e se difunde por toda a Administração Pública, enquanto

23 Eduardo Garcia de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, "Curso de Derecho Administrativo", São Paulo, Editora RT, 1990, pág. 822.

24 Cf. neste sentido Diógenes GASPARI, "Derecho Administrativo", São Paulo, Saraiva, 1992, pág. 118.

25 A classificação e os exemplos são emprestados de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, "Curso de Direito Administrativo", 8ª edição, pág. 493.

26 Eduardo Garcia de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, cit., pág. 822.

27 De recomendável leitura são as convicentes págs. tecidas por Augustin GORDILLO na defesa deste ponto de vista (cf. "Tratado de Derecho Administrativo", Buenos Aires, Ediciones Marichí, Tomo 2, págs. XII, 12 a XII 16.). Adere entre nós à crítica do administrativista alemão Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, "Curso ...", cit., pág. 485.

28 Ver Carlos Ari SUNDFELD, "Direito Administrativo Ordenador", São Paulo, Malheiros, 1993.

que as demais são parciais de determinações gerais... no entanto em condições de polícia militar...". O que nos importa aqui é distinguir o poder de polícia genérico, que reside na Administração pública como um todo, do poder de polícia específico, cujo exercício compete constitucionalmente a órgãos determinados da Administração e que recaem, fundamentalmente, sobre a liberdade do indivíduo a partir, principalmente, do ponto de reflexão do duto penal.³⁹

Em suma, quando aqui cogitamos de restrições ao acesso à área em questão levadas a cabo pelo Poder Público no exercício do seu poder de polícia, não estamos aludindo à presença de polícias militares ou civis com atribuição para deter indivíduos ou impor sua autoridade pelo monopólio da execução física. Estamos nos referindo a prerrogativa da Administração para impor limitações impostas pela Administração pública voltadas a "condicionar, com fundamento em sua supremacia estatal e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ou fiscalização, ora preventiva, ora repressiva, impoindo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção ("non facere") a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativa."⁴⁰

Pois bem, sobre estas notas doutrinárias é que repousa a primeira alternativa sugerida por nós para desate da questão trazida. Na prática, teríamos a imposição pelo Poder Público municipal de restrições (parciais ou totais) ao tráfego na região, restrições estas que poderiam chegar à proibição de circulação de veículos automotores a partir de um determinado ponto do viário. Exceção poderia ser feita aos que possuem imóveis no loteamento, pois que esta seria a única forma de acesso às suas propriedades.

A causa — ou seja, o elemento de necessidade que, segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO⁴¹, constitui requisito essencial para legitimar o exercício do poder de polícia — para tal restrição é suficiente e legítima. A adoção de tal medida, como já demonstramos, é ditada pela ameaça real existente no acesso irrisório de veículos ao local. Tal acesso poderá acarretar tanto o irreparável dano ao meio ambiente como pôr em risco a segurança dos indivíduos (pois que o viário não comporta tráfego intenso), além de comprometer a integridade de bem público (pois as condições geológicas fazem com que as ruas cedam se submetidas à tráfego intenso). Lastro fático motivacional, portanto, haveria para tais medidas.

Já quanto ao lastro jurídico para tais medidas, há também fatura.

³⁹ "O Poder de Polícia, o Desembestamento e a Segurança Nacional", in RDA, volume 125, julho a setembro de 1976, págs. 02.

⁴⁰ O qual por seu turno compreendia a polícia repressiva e a polícia judiciária. A diferenciação entre as duas refoje em muito das nossas preocupações, por ora. Para um aprofundamento ver Álvaro LAZZARINI, "Limites do Poder de Polícia", BDA — Boletim de Direito Administrativo, volume 11/96, novembro de 1996, págs. 728 a 730.

⁴¹ Neste sentido, Álvaro LAZZARINI, RTSP, volume 98, págs. 20 a 25.

⁴² Celso Antônio BANDIERA DE MELO, "Apostamentos sobre o Poder de Polícia", RDP — Revista de Direito Público, Editora RT, volume 09, págs. 62.

⁴³ Cf. "Direção Administrativa", São Paulo, Editora Atlas, 4ª edição, pag. 100.

O Código de Posturas Nacional contempla no seu artigo 78 o exercício do poder de polícia pelo poder público definindo-o como "a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando livre, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina de produção de mercadorias, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos". Estando patente o envolvimento do interesse difuso de proteção ambiental, parece ter guarda na regra do CTN a atividade limitadora ou restritiva do duto de uso dos bens públicos, do duto (ou interesse) de acesso motorizado à praia ou mesmo de uma suposta liberdade de ir e vir mediante ato emanado no âmbito do poder de polícia.

Por outro lado, a bem elaborada Lei Orgânica do Município interessado é pródiga em outorgar ao Município competência e em lhe atribuir função para adotar tais providências. No diploma vêm insculpidas as competências do Município no exercício de sua autonomia, estabelecendo, além da previsão genérica e constitucional de prover a tudo quanto respeite ao interesse local, as segs. atribuições: i) dispor sobre administração, utilização e alienação de seus bens; ii) regulamentar a utilização dos logradouros públicos; iii) fixar e sinalizar os locais de estacionamento de veículos, os limites das "zonas de silêncio" e de trânsito e tráfego em condições especiais; iv) sinalizar as vias urbanas e as estradas municipais, bem como regulamentar sua utilização; v) promover a proteção do patrimônio histórico, cultural e turístico local, observada a ação fiscalizadora federal e estadual; vi) fazer cessar no exercício do poder de polícia administrativa, as atividades que violarem as normas de saúde, higiene, sossego, segurança, funcionalidade, moralidade e outras de interesse da coletividade.

Se é verdade que a LOM outorga competência para a Municipalidade agir no condicionamento do uso dos bens públicos e na restrição das liberdades dos indivíduos, não menos verdadeiro é que a constituição municipal impõe ao poder público assim agir visando à preservação ambiental. A Lei Orgânica prescreve que ao Município compete a atribuição de, concomitantemente às outras esferas da Administração, i) proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; bem como de ii) preservar as florestas, a fauna e a flora.

Propugna, também, como princípio da atividade do Município a defesa do meio ambiente. E, antes de consagrar um capítulo todo à proteção ambiental, assegura como meta da política urbana municipal i) a preservação, proteção e a recuperação do meio ambiente urbano e cultural e ii) a criação e a manutenção de áreas de especial interesse histórico, urbanístico, ambiental, turístico e de utilização pública.

Parece-nos, portanto, que a Lei Orgânica do Município interessado praticamente impõe ao município a adoção das providências de que ora se cogita, oferecendo ampla e explícita autorização para o exercício do seu poder de polícia neste mister. Como, apesar da previsão legal, sempre haverá, em sede do polêmico tema, quem aponte obstáculos a limitar a ação do poder público em situações semelhantes, permitimo-nos abordar alguns dos argumentos que podemos, desde logo, antever.

Poder-se-ia dizer, contra a hipótese em cogitação, ser possível por acaso decorrente de poder de polícia impor tal restrição ao uso de bem público. A com frontação, porém, não procede. Assintomaticamente, manifestações de polícia da espécie. Toda a atividade de regulamentação de tráfego e trânsito envolve, de uma forma ou de outra, restrição no uso que o indivíduo queira dar ao viário. Não podemos eu invocar o fato da rua ser bem público de uso comum para estacionar onde a parada é proibida ou onde para trafegar contra a mão de direção. Não pode o transportador de cargas aludir a universalidade do uso das ruas de região central de uma metrópole para transitar com seu caminhão fora dos horários permitidos. Mais ainda, não é facultado ao morador invocar a publicidade das pistas de uma rodovia para impedir que o poder público, em certos horários e ocasiões, as feche no sentido ascendente.³⁴

Tampouco prospera a alegação de que estes condicionamentos não poderiam chegar ao impedimento do tráfego em via pública. O exemplo dos caminhos em áreas de movimento intenso ou a imposição de rodízio de veículos na cidade de São Paulo (medidas que, aliás, têm por fulcro o combate à poluição) já demonstram fragilidade do argumento. Contudo, há exemplo mais contundente. É comum ao que se saiba isto nunca suscitou batalhas jurídicas — o estabelecimento pela Prefeitura das ditas zonas de calçada, ou seja, o fechamento de vias antes entregues ao tráfego de veículos automotores para que nelas apenas transitem pedestres. Trata-se de medida típica de poder de polícia (inserida dentro das manifestações de controle e regulamentação do tráfego), com vistas ao atingimento de diretrizes urbanísticas e que, em última análise, leva a uma restrição do uso do bem público (rua) aos automóveis.

O exemplo serve também para afastar outra crítica possível. Dir-se-ia que, uma vez restrito o tráfego de automóveis nas vias que serpenteiam pela encosta do morro que dá acesso à praia, não seria possível abrir exceção para o tráfego dos que possuem casas. Não é verdade.

Ninguém sustentaria ser ilegal que o morador de um edifício de apartamentos trafegue pela calçada ladeira ao seu edifício como forma de acessar sua garagem subterrânea. E, sabe-se de há muito, que as calçadas são bens públicos de uso comum com vedação de rolamento ou parada de automóveis. O mesmo ocorre com os proprietários de apartamentos nas já citadas áreas de calçada, aos quais é fornecida uma autorização especial de circulação para que atinjam as garagens de seus imóveis. O que ocorre aqui é que a imposição de restrições decorrentes do poder de polícia deve estar adstrita também pelo parâmetro da proporcionalidade, que Maria

34 Com relação ao tema do fechamento de estradas em períodos de anormal fluxo de veículos, já se manifestou o E. TJSP dando guarida à tese aqui sustentada. Em Apelação interposta por possuidores de imóveis com testada para a Rodovia dos Imigrantes discute-se a legalidade do fechamento de vias de acesso à rodovia. Embora a matéria seja ligeiramente diversa, cabe trazer à colação a ementa do acerto: "A legitimidade do poder de polícia em matéria de regulamentação do tráfego decorre da necessidade de atender aos interesses da coletividade, ligados à segurança e tranquilidade, sossego e facilidade de transporte de toda natureza." (cf. RDP, volumes 47 e 48, págs. 188 e segs.).

Sylvia Z. Di Pi formula como sendo "a exigência de uma relação necessária entre a limitação ao direito individual e ao prejuízo a ser evitado".³⁵ Se o tráfego do reduzido número de veículos de propriedade dos moradores não compromete o meio ambiente, seria um exagero, uma exortância, tolhê-los no seu direito de propriedade (impedindo que cheguem com seus pertences em suas casas) apenas por conta de uma injusta "repartição uniforme dos ônus".

Mais uma vez é importante que se diga que a atividade administrativa implica sempre em benefícios ou sacrifícios designais aos administrados, porquanto quase nunca é possível distribuir igualmente as consequências das medidas e das políticas públicas. O relevante é que o *fator de discernimento* da atividade da Administração não advinha de fatores subjetivos mas sim de situações objetivas, hipótese que se verifica no caso vertente.³⁶

Outra crítica que se poderia fazer diz respeito à suposta incompetência do Município para exercer poder de polícia afeto à matéria de trânsito, por desbordamento da competência municipal. Tal vetusta posição já foi espancada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. No seu clássico "Direito Municipal" Hely Lopes Meirelles³⁷ sustentava que "a polícia administrativa municipal deve estender-se a todos os locais públicos ou particulares abertos à frequência coletiva (...)" Dizia ainda que "nestes lugares, a Administração municipal dispõe de amplo poder de regulamentação, colimando (...) as demais condições convenientes ao bem-estar público."

No mesmo sentido é a posição adotada em nossos Tribunais. Em Acórdão da lavra do Des. Régis de Oliveira, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu:

"A previsão de infrações de trânsito encontram-se no CNT e tem força vinculativa a todo o território nacional, por nacional ser a lei. Mas no que diz respeito à circulação e estacionamento nos bens públicos municipais, tal como definidos em lei e que não diga respeito à circulação em vias públicas, a competência é toda do Município e exclui qualquer outra."³⁸

Portanto, a competência legislativa nacional para matéria de trânsito não é argumento para impedir que a Municipalidade exerça seu poder de polícia sobre os bens viários municipais, restringindo o tráfego de veículos na região afetada por proteção ambiental.

Outra questão que poderia ser levantada refere-se à possibilidade do poder de polícia municipal atingir — ainda que indiretamente — o acesso e uso das praias, bens públicos da União. Mais uma vez é a doutrina e a jurisprudência que nos socorrem para espancar também esta alegação.

35 Op. cit., pág. 100.

36 Cf. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, "Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas", RTDP, volume 1, págs. 81 e 82.

37 "Direito Municipal Brasileiro", São Paulo, Malheiros, 8ª edição, atualizada, 1990, pág. 356.

38 Embargos Infringentes nº 163.721-1, cf. LEX 144, págs. 200 a 205.

Em retroquível estudo a respeito do poder de polícia municipal sobre a zona costeira, Sérgio Servato da Cunha ligada a questão: "As praias marítimas, o mar territorial e os terrenos de marinha, embora sobo bens da União, localizam-se, não obstante, no território de algum município. Como parte de seu território, incluem-se no âmbito da autonomia municipal e da respectiva jurisdição (...). Aqui, o município exerce seu poder de polícia como em qualquer outra área do seu território, disciplinando os edifícios e o trânsito (...). Os bens e atividades do próprio Estado-membro e da União, existentes e desenvolvidas nesses áreas - à parte da imunidade tributária - sujeitam-se ao poder de polícia local, conforme definido em lei".³⁹

E na mesma linha segue o Pretório Paulista: "Persistem os imperativos em que a Municipalidade de ... julhou competência para disciplinar o uso das praias do município, inscrito-se essa competência nas atribuições da União. Laborem em equívoco, como demonstram com abundância de argumentos, a autoridade impetrada e os doutos representantes do Ministério Público e como devota clara a r. sentença".⁴⁰ Ademais, é de se lembrar que as medidas ora cogitadas não implicam no exercício direto do poder de polícia municipal sobre as praias (o qual, vimos, também seria possível). Isto porém é verificado aos racimos nos balneários, com a Prefeitura regrando o funcionamento de barracas e a utilização da praia para prática esportiva ou para acesso de animais domésticos.

Outro ponto referir-se-ia à possibilidade de exercício do poder de polícia com vistas à proteção ambiental. A abordagem só é feita por amor ao debate. Como já nos referimos, o CTN (artigo 78) e a Lei Orgânica do Município interessado, prescrevem que a abrangência do poder de polícia municipal abarca a proteção do meio ambiente. Esta é, aliás, a imposição ditada pelo artigo 225 da Constituição Federal!⁴¹

No mais, a manifestação ora cogitada é plenamente consentânea com as lições da doutrina: "As limitações à liberdade e à propriedade somente não se justificam se e na medida em que os direitos coletivos e difusos - também enumerados no texto constitucional, bem como interesse público primário - também".⁴² Inexistindo dúvidas de que a preservação ambiental cuida de interesse difuso⁴³ de relevo

constitucional negável coloca-se plenamente cabível o exercício do poder de polícia neste sentido.

No caso concreto, mais que cabível, é ele imperativo. O mesmo VII, do § 1º, do mencionado artigo, da CF prevê a incumbência do Poder Público "proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que colorem em risco a sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade". Se o acesso irrestrito de veículos à região propicia impacto ambiental negativo, violentando o habitat das espécies nativas ali existentes, impende a adoção de medidas restritivas, em homenagem ao mandamento constitucional.

Mais não é só. As medidas restritivas decorrem também de expressa norma municipal. A Lei Orgânica do Município interessado determina que o Município deve assegurar a restrição à utilização de áreas de riscos geológicos, o que se verifica no local pois, como já se aludiu, o volume de veículos que potencialmente acorria ao local é incompatível com as características geológicas da Serra do Mar e do viário local, o que já levou, até mesmo, ao entrespavimento do pavimento e poderá acarretar danos maiores.

Um derradeiro ponto diria respeito, outra vez, à isonomia. Poder-se-ia dizer que a adoção das medidas em cogitação seria maculada por trazer privilégios aos moradores e proprietários, que seriam beneficiados com o desfrutar de um paraíso ecológico inaccessível aos demais cidadãos.

O argumento é duplamente falho. Primeiro, porque não se estaria a cogitar da vedação total do acesso à região, mas apenas da proibição do tráfego de veículos automotores, excepcionados o caso dos que lá têm casas ou terrenos.⁴⁴ Em segundo lugar, porque o privilégio decorre de situação objetiva plenamente amoldada à regra constitucional. Afinal, ninguém até hoje pleiteou isonomia com os moradores nativos da Ilha de Fernando de Noronha - à qual, salvo engano, é restritíssimo o acesso - pelo fato de poderem dispor de uma riqueza ecológica impar.

Diga-se, também, que os próprios proprietários já sofrem restrições decorrentes do poder de polícia ambiental, pois não podem dispor irrestritamente de seus propriedades (devem obedecer rígidas normas de construção, só poder desmatar parte do terreno, têm que custear mecanismos de preservação ambiental, além de serem compelidos a pagar pesadas contribuições para manter estrutura de proteção ao meio ambiente).

Transpostos todos estes pontos, cumpre voltar à questão da implementação concreta destas medidas. Ao nosso ver, a operacionalização do cogitado se daria mediante o estabelecimento pela Municipalidade de uma zona especial de proibição de tráfego de veículos, com o estabelecimento também, de sanções para o descumprimento da postura municipal. Tal medida normativa poderia vir acompanhada de

³⁹ Cf. "Municípios, poder de polícia sobre a zona costeira", RT 686, pag. 270.

⁴⁰ Apelação nº 289/116, Relator César de Moraes, in RT 539, pag. 93 a 95.

⁴¹ Paulo de Bessa Antunes assevera: "O legislador constituinte, além de impor um dever genérico de preservação e defesa, foi mais adiante e determinou à Administração que fossem tomadas medidas mínimas para que a meio ambiental não ficasse em mera declaração de intenções. (...) A ordem pública do meio ambiente é, fundamentalmente, uma obrigação estatal. O objeto desta obrigação se define pelo conjunto de fatos materiais que afetam contra o meio ambiente e que, em razão disso, estão submetidos à regulamentação" (cf. "Curso de Direito Ambiental", Rio de Janeiro, Renovar, 2ª edição, 1992, pag. 419).

⁴² Lúcia VALLE FIGUEIREDO, "Curso de Direito Administrativo", São Paulo, Malheiros, pag. 186.

⁴³ Neste sentido, Raul Mala MOREIRA, "A Preservação Ambiental, a Responsabilidade Civil por Dano Ecológico e a Atuação Fator do Ministério Público", in "Temas de Direito Urbanístico", obra coletiva, São Paulo, RT, 1987, pag. 123 e seqs.

⁴⁴ Este argumento serve também para afastar a alegação de que o pretendido colidira com disposição de Lei Orgânica que veda que lotamentos interrompam vias integrantes do sistema viário municipal. O cogitado não interromperia tais vias, apenas impondo uma restrição de fluxo. De outra feita, pode-se sustentar que mesmo se a restrição fosse absoluta a vedação não se aplicaria pois o viário em referência ainda não está integrado no sistema viário municipal.

intervenção, físicas voltadas a limitar tal trabalho (e.g. construção de bloqueios, cancelas, postos de fiscalização, proibição de estacionamento e parada, diminuição do leito carroçável com aumento do pavimento das calçadas, construção de cicloviárias, ou medidas afins).

Paralelamente, também devem ser tomadas providências no sentido de se proporcionar condições para que os municípios deixem seus veículos em local próprio (por exemplo, criando-se um bolso de estacionamento). Ter-se-ia ainda que implementar um sistema de identificação e cadastramento dos proprietários de móveis para que sejam emitidas credenciais que — a exemplo do que ocorre nos supracitados calçadas — permita-lhes chegar até suas casas. Por fim, será necessário dotar a região de agentes incumbidos de combater abusos e de intimidar o desrespeito às posturas municipais.

Convictos que estamos da legalidade de todas estas medidas, resta reconhecer a dificuldade de sua concretização em especial diante da notória carencia de meios e de recursos do Poder Público municipal. E este ponto deve ser enfrentado pois, como nos ensina novamente DI PIETRO, um dos requisitos que deve ser observado para validar as medidas de polícia é a eficácia, ou seja a adequação da medida para impedir o dano ao interesse público que se quer evitar.⁴⁵

Neste passo, entendemos que nada obsta que o Poder Público municipal se socorra da comunidade (representada por sociedades amigos de bairro) para implementar as medidas que, no exercício do seu poder, venha a implementar. Ou seja, entendemos perfeitamente legal que os particulares emprestem os meios e os recursos para a implementação das medidas cogitadas. Tal cooperação, aliás, tem arrimo constitucional e legal.

Constitucional, porque o artigo 225, caput, da CF prescreve que o dever de defender o meio ambiente impõe-se, concorrentemente, ao poder público e à coletividade.⁴⁶ Legal, porque diversos são os dispositivos de Lei Orgânicas de Municípios que prescrevem o princípio da participação da comunidade na implementação das entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e soluções dos problemas vivenciados no município⁴⁷; "dever do Município em buscar a cooperação das associações representativas no planejamento municipal"⁴⁸; "a meta de incentivar e auxiliar as associações de proteção ambiental".

Além disso, este concurso dos agentes privados se põe absolutamente consensuoso com as mais modernas tendências do Direito Público⁴⁹.

45. In op. cit., loc. cit.

46. Indo o constituinte ao encontro da lição de Sérgio FERRAZ, para quem "O fundamental é que desde já nos conscientizemos de que o patrimônio ambiental, bem ao contrário do que dizem os juristas e alguns leis, não é 'res nullus', mas 'res omnium' — coisa de todos. Todos temos interesse jurídico na preservação do ambiente". in "Responsabilidade Civil por Dano Ambiental", RDP, volume 49 e 50, pág. 35.

47. Diogo Figueiredo Moreira NETO assevera: "Tudo concorre para que o Estado Contemporâneo procure atuar de maneira menos autoritária e menos intervencionista, como ensina o formalível constitucionalista português, mas com o caveat em tudo o que for possível, desde que não

Não se argua que o concurso da comunidade seria abstrato pois o poder de polícia é delegável.

Em primeiro lugar deve-se fazer uma distinção entre a detença do poder de polícia e a disponibilidade dos meios para o exercício deste poder. Se não se pode transferir a autoridade pública ao agente privado, de molde que esta imponha sacrifícios ou restrições aos direitos dos outros particulares, nenhum óbice pode haver em a comunidade (parte do mundo privado) colocar à disposição do poder público recursos materiais para elevar o exercício desta autoridade. É o que tem ocorrido, com crescente frequência, por exemplo, com a doação pela comunidade de viaturas, armas ou instalações para a Polícia Militar exercer suas funções policiais no interesse geral da comunidade.

Em segundo lugar, mesmo a tese da indelegabilidade deve ser vista dentro de alguns condicionantes. É o que nos ensina Cid Tomazik Pompeu para quem "é clássica a afirmação de que o poder de polícia é indelegável. Contudo, entretanto, que, preliminarmente, tal assunto seja estudado sob dois aspectos: o da delegação genérica e o da delegação específica (...). De fato seria incompreensível que o Estado, titular do poder de polícia, pudesse delegá-lo genericamente às pessoas de direito privado, tanto físicas quanto jurídicas."⁴⁵

E prossegue o autor: "Em casos específicos, entretanto, a delegação do seu exercício sempre foi aceita, principalmente em relação às pessoas jurídicas de direito privado, os quais, da mesma forma que as pessoas jurídicas públicas administrativas, são regidas pelo princípio da especialidade. Isto é, só podem exercer as atividades para as quais tenham sido constituídas. A concessão, a permissão e a delegação para o desempenho de atividades de interesse público, anteriormente a cargo do Estado, são, portanto, exemplos de delegação do exercício do poder de polícia em setores determinados, de há muito tempo aceitos pelo direito."⁴⁶

Portanto, bem entendido que a titularidade do poder de polícia deve sempre permanecer com a Administração, nada obsta que as providências para a efetivação deste poder seja trespassada ao particular. E menos óbice ainda há em que os particulares concorram com os meios necessários para o exercício desta atividade.

Posto isto, sugeríamos que fosse firmado convênio entre as municipalidades e as sociedades amigos de bairro de molde a que estas fornecessem os meios necessários à elevação das restrições editadas por aquelas no exercício do seu poder de polícia. Deste convênio poderiam constar, entre outras, as obrigações dos parti-

comprometa o núcleo fundante da identidade constitucional, aduzindo-se, assim, o máximo de participação, de consenso e de colaboração da sociedade, como em todo, através de seus diversificados segmentos ou por seus indivíduos". in "O Sistema da Parceria entre os Setores Público e Privado", BDA, fevereiro 97, pág. 77.

48. "O Exercício do Poder de Polícia pelas Empresas Públicas", in Revista Forense, volume 258, págs. 438 e 439.

49. Op. cit., loc. cit. Neste sentido, ver também Carlos Ari SINDHELD "Empresa Estatal Exerce o Poder de Polícia", in BDA, volume 02/93, págs. 98 e seqs.

cultares, II realizarem as obras necessárias à restrição de acesso; III cedarem instalações e veículos para os agentes da fiscalização municipal ou para eventualmente o corpo policial que se fizer necessário em momentos de maior movimento; III) disponibilizarem funcionários seus para o apoio dos agentes públicos; IV) assumirem compromissos de preservação e conservação do meio ambiente nativo ou ainda V) se obrigarem a construir e ceder ao município um bolso de estacionamento externo à área protegida para a parada dos automóveis que para lá rumarem.

Todas estas iniciativas, repetimos, em nada ferem a lei ou a indelegabilidade do poder de polícia que se manifesta. frise-se, na imposição da restrição do uso do viário e do condicionamento do acesso àqueles bens públicos e não na propriedade dos meios materiais para fazer cumprir tal imposição.

Muito se controveverte na doutrina acerca da necessidade ou não de lei específica para legitimar o exercício concreto do poder de polícia. O tema já ensejou grandes polémicas. É plenamente sustentável que as restrições em apreço sejam impostas por Decreto ou mesmo por ato normativo inferior. Como nos ensina Eros Grau: "*o poder de polícia, em verdade, não é nem prerrogativa nem mera facultade da Administração, porém função dela, dever-poder que vincula sua vontade. Daí dela dizermos que consubstancia atividade sub-legal*".⁵⁰ Mesmo que se exigisse a previsão legal genérica para o seu exercício⁵¹, poderia *in casu* a Administração exercer seu poder de polícia, descascando de lei específica porquanto já existe no Município norma genérica atribuindo tal prerrogativa⁵².

Não obstante todos estes argumentos, seria de cautela que tais medidas contassem com o beneplácito da aprovação legislativa específica. Vários fatores nos levam a adotar esta posição.

A uma, por conta do sempre convincente escólio de José Afonso Da Silva, para quem o exercício do poder de "*polícia especial, seja porque tem por objeto matéria diversa da segurança, da tranquilidade e da salubridade, enfim, matéria diferente do conceito tradicional da ordem pública, seja porque está sujeita a um regime jurídico particular, (...) subordina-se a uma previsão legal muito mais estreita*".⁵³

A duas, porque, como dissemos há pouco, sempre haverá quem vislumbre uma delegação de poder de polícia. E se é assim, teríamos que recorrer ao ensino de Cid Tomamk Pompeu, para quem "*no direito brasileiro, se admitir, mediante norma*

legal expressa, a atribuição de competência para o exercício de atividade de polícia até mesmo a pessoas privadas, quando no exercício de uma função pública".⁵⁴

Por fim, porque para o cogitado haveria a necessidade do Município firmar convênio com a Sociedade Amigos de Bairro. E a Lei Orgânica exige a autorização legislativa para que o Poder Executivo firme convênio com particulares.

O último ponto a ser suscitado nesta primeira alternativa diz respeito à eventual alegação de que para a assinatura do referido convênio far-se-ia necessária a prevista realização de licitação pública. Não concordamos com a exigibilidade de tal providência.

No regime legal brasileiro é indispensável a realização de licitação pública para as obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações promovidas pela Administração pública (cf. artigo 37, XXI da CF e artigo 2º, caput da Lei nº 8.666/93, Lei Federal de Licitações).

Porém, no caso, a relação convencional que se quer firmar não se enquadraria em qualquer destas hipóteses. Isto porque, ao que nos parece, não estariamos a envolver qualquer dispêndio financeiro, nem tampouco contrapartida econômica por parte do Município.

Note-se que o artigo 116 da citada lei federal de licitações cuida de convênios nos quais o Poder Público assume obrigações financeiras. Tanto é assim que no seu § 3º contém a referência à liberação das parcelas financeiras cabentes ao poder público⁵⁵. E explicitamente o § 6º alude ao dever de se transferir ao órgão ou entidade repassador os saldos financeiros remanescentes do convênio, o que não permite dúvidas de que o convênio submetido à lei de licitações é aquele que envolve liberação de recursos financeiros por parte da Administração pública.

Como o que ocorreria *in casu* é justamente o inverso — cessão pelos particulares de meios para efetivação do poder de polícia — restara afastada a hipótese de licitação. Afinal, exigi-la na espécie seria o mesmo que torná-la obrigatória sempre que um particular benemerito desejasse fazer doação incondicionada a ente público.

Ademais, como pouco adiante teremos a oportunidade de expor, mesmo que fosse aplicável a exigência genérica de licitar, no caso seria a mesma inexigível à luz do disposto no *caput* do artigo 25 da lei federal. O único agente privado em condições objetivas e subjetivas de aceitar fornecer os meios necessários à proteção ambiental em tela é a associação de moradores do local. Portanto, é o objeto impossível de competição, fazendo inoportuna e inexigível a licitação.

Resumindo a primeira alternativa, ela materializar-se-ia da seguinte forma:

- i) aprovar-se-ia lei municipal instituindo na região uma área de proteção ambiental especial — prevista na Lei Orgânica — e autorizando a restrição do acesso de veículos às vias de acesso à praia;
- ii) na referida lei seriam estabelecidas regras para tal restrição e sanções para o seu descumprimento;

50 Eros Roberto GRAU, "*Poder de Polícia: Função Administrativa e Princípio da Legalidade*", RTDP, Malheiros, volume 01, pág. 90

51 Como TACITO sustenta que "*o exercício do poder de polícia pressupõe, inelutavelmente, uma autorização legal explícita ou implícita atribuindo a um determinado órgão ou agente administrativo a facultade de agir. A competência é sempre condição vinculada dos atos administrativos, decorrentes necessariamente de prévia emanação legal*" (cf. "*Direito Administrativo*", 1975, pág. 142).

52 A previsão legislativa genérica já existe, pois como já apontamos a LOMG autoriza o Poder Executivo a exercer o seu poder de polícia fazendo cessar as atividades que ponham em risco interesses da coletividade (artigo 10, inciso XXVIII)

53 In "*Poder de Polícia*", RDA, volume 137, 1978, pág. 246

54 In "*Poder de Polícia e Empresa Pública*", O Estado de São Paulo de 02.08.77, pág. 32

55 Referências semelhantes existem nos incisos IV e V do § 1º deste mesmo artigo 116

III) no mesmo diploma estaria contida a outorga⁵⁶ para o Município firmar convênios com Associações e Sociedades Amigos de Bairro nos quais estas entidades assumiriam como obrigação fornecer os meios necessários para a elevação dos atos de polícia, bem como se comprometeriam a preservação e ao uso condicionado de suas propriedades;

IV) firmado o convênio, seriam efetuadas as intervenções necessárias para fazer cumprir as restrições e os condicionamentos referidos, as quais poderiam compreender a construção e doação pelos particulares de bolsão de estacionamento externo à área, construção de bloqueios de tráfego etc.;

V) implementadas estas providências, instaurar-se-iam mecanismos de relacionamento entre os agentes da autoridade pública e os funcionários da associação conveniada com vistas a otimizar e elevar o cumprimento das restrições.

Esta seria a primeira alternativa. Outra há:

A hipótese de cessão de uso privado e condicionada de bem público

A segunda hipótese de que cogitamos é mais simples, mas nem por isto menos polêmica. Em gênero ela se revelaria na outorga aos particulares proprietários de imóveis do direito de uso privado dos bens públicos integrantes do loteamento, incluindo o viário. Tal outorga seria condicionada ao atendimento de uma série de cláusulas-obrigação que nãam desde a conservação dos bens e preservação do meio ambiente nativo até o impedimento de restrição do acesso de turistas desde que não motorizados e respeitantes das normas de utilização da área ambiental.

Esta atribuição genérica de uso privado desdobrar-se-ia em duas alternativas de instrumento jurídico, a saber: a) a concessão administrativa dos bens; e b) a permissão de uso dos mesmos. Enfocaremos os pros e os contras de ambos. Antes cumpre fazer uma breve digressão acerca do uso privado em gênero.

A hipótese de uso privado de bem público por particular não assusta quem conhece um pouco de Direito Administrativo. Maria Sylvia Z. DI PIETRO ensina que "o uso privado, que alguns denominam uso especial, é o que a Administração Pública confere, mediante título jurídico individual, a pessoa ou grupo de pessoas determinadas, para que o exerçam, com exclusividade sobre parcela do bem público."⁵⁷

E prossegue a administrativista afirmando que "o conteúdo do uso privado é variável, podendo comportar faculdade de ocupação (como a instalação de bancas na calçada), poderes de transformação (construção de vestiários na praia) ou até

poderes de disposição de uma parte da matéria (aproveitamento das águas ou extração de areia)

Todo e qualquer bem público seja dominical, de uso comum ou de uso especial⁵⁸ pode ser desapropriado ao uso exclusivo de particulares. E o que "Todos os bens públicos, qualquer que seja a sua natureza, são passíveis de uso especial por particulares, desde que a utilização consentida não a teve a utilização ou de construção, caso em que se convertem em alienação."⁵⁹

Pois bem, visto que o direito brasileiro não afasta a possibilidade de uso privado de bem público, mesmo aqueles classificados como de uso comum, ou seja, afetados para alguma finalidade coletiva, impende expor individualmente cada um dos mecanismos de outorga deste uso exclusivo antes referidos.

A permissão de uso, na definição da doutrina, é "o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, quanto ao oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a execução de serviço público ou a utilização privada de bem público."⁶⁰ Caracteriza-se, especialmente, pela sua precariedade e pelo fato de não ter, no entender da doutrina, caráter contratual⁶¹, pois decorre de uma outorga unilateral do poder permitente, retomável a qualquer tempo.

No caso em estudo, teria por vantagem descrecer de aprovação legislativa (previã na Lei Orgânica). Mas teria por desvantagem a sua precariedade (Lei Orgânica) a qual não se condutaria com as condições que motivaram a outorga do uso privado (v.g. empenhar esforços e investimentos aptos a garantir a preservação do meio ambiente nativo e o regeramento do uso da região).

Embora seja objeto de polêmica conceitual, a concessão de uso pode ser definida como "o contrato administrativo pelo qual a Administração faculta ao particular a utilização privada de bem público, para que a exerça conforme sua destinação."⁶²

Entendemos que este seria o instituto mais adequado ao caso. O uso privado se faz necessário tendo em vista a necessidade de se adotar medidas (entre elas a restrição do acesso) com vistas à proteção ambiental. Para atingir tais objetivos, a associação comunitária teria que cumprir metas e realizar investimentos que só se viabilizam se for fixado previamente um prazo razoável para a outorga deste uso. Além disso, temos que ter em vista que os bens a serem concedidos são, em sua maioria, bens de uso comum, o que poderia trazer questionamentos quanto à sua desafetação. Tais questionamentos perdem sustento se adotado o instituto em apreço.

57 Quanto à classificação dos bens públicos, ver Lucia Valle-Figueiredo, op. cit., pág. 349.

58 "Direito Municipal Brasileiro", cit., pág. 229. E mais ensinava o mestre que "o que tipifica o uso especial é a privacidade da utilização do bem público... pelo beneficiário do ato ou do contrato afastando a fruição geral e indiscriminada da coletividade e do próprio poder público".

59 Maria Sylvia Z. Di Pietro, "Uso Privado de Bem Público por Particular", São Paulo, RT, 1983, pág. 71.

60 Em sentido contrário veja-se Heli Lopes Mendes, "Direito Municipal", pág. 231) para quem é admissível a permissão de uso especial com prazo fixado.

61 Idem, pag. 86.

De fato, nenhum óbice poderá ser levantado se a ... Organiza estabelecer que:

1. O uso de bens municipais, por terceiros, só poderá ser feito mediante concessão administrativa, ou permissão a título precário e por tempo determinado, conforme o interesse público o exigir.

2. A concessão administrativa de bens públicos de uso comum, somente poderá ser outorgada para finalidade escolar, de assistência social, turística, de preservação do meio ambiente e do patrimônio histórico-cultural, mediante autorização legislativa.

Dado o enquadramento da hipótese cogitada, parece-nos totalmente recomendável no caso a adoção da hipótese de concessão.

E por admitir a LOM a hipótese de concessão de bem público de uso comum para a finalidade aqui premente, afasta-se o problema da desafetação prévia do bem, pois que não será a mesma necessária.

Como é sabido, a desafetação "*e a mudança da destinação do bem. De regra, a desafetação visa a incluir bens de uso comum do povo ou bens de uso especial na categoria de bens dominicais para possibilitar a alienação.*"⁶²

Como na hipótese cogitada estar-se-ia concedendo o bem de uso comum — afetado portanto — e como não se trata de alienação, mas apenas da outorga de uso privativo, não há porque se falar em desafetação. Apenas deve ser ressaltado que o particular concessionário estaria obrigado, entre outras coisas, a não alterar, jamais, a destinação do bem, sob pena da caducidade da concessão e conseqüente retomada imediata do bem pelo Poder Concedente.

Já afirmamos que a concessão necessita de aprovação legislativa. Não fosse a doutrina em uníssono, seria o permissivo legal acima citado a exigir. No nosso entender, a lei em tela não deve se limitar a autorizar a concessão dos bens. Deveria também prescrever os termos e as condições genéricas pelas quais se dará a outorga. Certo é que não será na lei que serão detalhadas obrigações e especificidades decorrentes da outorga. Porém, parece-nos conveniente que o legislador preveja: i) a obrigação precípua do concessionário preservar o meio ambiente nativo; ii) a garantia de acesso, ainda que condicionado, de quem pretenda usufruir da praia e da reserva de fauna e flora; iii) as incumbências, atividades e melhorias que deverão ser implementadas ou mantidas pelo concessionário; iv) a obrigação de não alterar a destinação e a condição dos bens concedidos, além do dever de preservá-los.

Um último ponto deve ser abordado. Também nesta hipótese, no nosso sentir, não se coloca exigível licitação pública. O já citado artigo 2º da lei de licitações prescreve o dever de licitar, mas ressalva expressamente as hipóteses previstas em lei.

Dentre ... hipóteses esta aquela em que a licitação é impossível pois não se pode estabelecer um nexo de competição"⁶³

No caso em estudo, vê-se que a lei municipal só autoriza a concessão de bem público de uso comum em algumas hipóteses e para algumas finalidades, dentre elas a preservação ambiental. É o atingimento desta finalidade de interesse público que legitima a concessão. Ora, se assim é, qualquer outro interessado na concessão — se por hipótese absurda algum houvesse — não lograria dar à outorga a finalidade que a sustenta, fazendo pois inviável e ilegal a realização do objeto pretensamente licitado.

Sendo a licitação impossível — pois que agora a associação de moradores ninguém mais preenche as condições necessárias para justificar a concessão — não pode ela ser exigida, cabendo à perfeitão o disposto no artigo 25, *caput* do *estatuto Federal*.

Resumindo a segunda linha de alternativas, temos que:

i) poderia a Municipalidade conceder, mediante autorização legislativa específica, o direito de uso privativo dos bens públicos existentes no loteamento, em especial o viário; esta concessão seria condicionada, ou se quisermos, clausulada, conforme expusemos anteriormente;

iii) tal concessão teria um prazo previamente fixado na lei;

iv) à associação de moradores seria outorgado o direito de uso privativo daqueles bens consoante algumas contra-prestações, em linhas gerais as segs: a) preservar o meio ambiente nativo, fiscalizando e agindo para evitar violações à fauna e à flora; b) permitir, dentro de certas regulamentações, o acesso de turistas à praia e à região preservada; c) não alterar a destinação dos bens concedidos; d) conservar os bens objeto da concessão, procedendo às obras e serviços que se fizer necessários a impedir o seu perecimento; e) adotar todas as providências de ordem pública voltadas a manter o ambiente, a segurança e a ordem do local, dentro da sua esfera de possibilidades;

v) por fim, tal concessão prescindiria de licitação por ser a realização de certame um óbice à legalidade da outorga.

E assim concluímos o presente estudo, esperando que o desenvolvimento das duas alternativas por nós lobrigadas permita o desate justo e adequado do conflito hoje existente.

62. *Oliver MEDAUAR, "Direito Administrativo Moderno", RT, pag. 270.*

63. Sobre o tema, ver o nosso artigo "Contratação Direta de Impostos de Ensejadeira Consultiva por Inexistência de Licitação Pública", in RT 713, março 95, pag. 21 e segs.