

**FABRÍCIO MOTTA**  
**EMERSON GABARDO**  
Coordenadores

# **CRISE E REFORMAS LEGISLATIVAS**

## **NA AGENDA DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

XXXI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO



**FÓRUM**

---

Esse material é protegido por direitos autorais sendo vedada a reprodução não autorizada, gratuita ou onerosamente, sob pena de ressarcimento, em caso de infração desses direitos.

É permitido citar os excertos em petições, pareceres e demais trabalhos, desde que seja informada a fonte, garantidos os créditos dos autores da obra, do órgão emanador da decisão ou informação e da publicação específica, conforme a licença legal prevista no artigo 46, III da Lei nº 9.610/1998.

CRISE E REFORMAS LEGISLATIVAS  
NA AGENDA DO  
DIREITO ADMINISTRATIVO

XXXI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO  
ADMINISTRATIVO



FABRÍCIO MOTTA  
EMERSON GABARDO

*Coordenadores*

CRISE E REFORMAS LEGISLATIVAS  
NA AGENDA DO  
DIREITO ADMINISTRATIVO

XXXI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO  
ADMINISTRATIVO

Belo Horizonte

**FÓRUM**

2018

© 2018 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

### Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Fliriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virgínia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvania Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra

# FÓRUM

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012  
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949  
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

C932 Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo / Fabrício Motta, Emerson Gabardo (Coord.). - Belo Horizonte : Fórum, 2018.  
420p. ; 14,5cm x 21,5cm.

ISBN: 978-85-450-0552-0

1. Direito. 2. Direito Administrativo. 3. Direito Financeiro. 4. Administração Pública. I. Motta, Fabrício. II. Gabardo, Emerson. III. Título  
CDD: 342  
CDU: 342.9

2018-816

Elaborado por Odílio Hilario Moreira Junior – CRB-8/9949

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo*: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 420p. ISBN 978-85-450-0552-0.

## SUMÁRIO

---

APRESENTAÇÃO	
<b>Fabrizio Motta</b> .....	15

CARTA DE CUIABÁ	
<b>José Anacleto Abduch Santos, Davi Marques da Silva, Luciano Bernart</b> ....	17

### PARTE I TEXTOS DOS PROFESSORES PARTICIPANTES

NOVO REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS EXPLORADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS: A DIFÍCIL HARMONIA ENTRE INTERESSE PÚBLICO E INTERESSES PRIVADOS E A NECESSÁRIA PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
<b>Adriana da Costa Ricardo Schier, Solange Cordeiro Faria</b> .....	23
1 Introdução .....	23
2 Da abrangência da Lei das Estatais: da sua aplicação às entidades prestadoras de serviços públicos .....	25
3 Prerrogativas e sujeições no regime das estatais e o pêndulo entre público e privado.....	27
4 Considerações finais .....	33
Referências .....	34

SEGURANÇA JURÍDICA NAS RELAÇÕES ADMINISTRATIVAS CONCERTADAS	
<b>Carlos Ari Sundfeld</b> .....	37
1 Relações jurídicas decorrentes de concertação administrativa .....	37
2 A dinâmica das relações concertadas.....	39
3 O dever de boa-fé e a proibição do <i>venire contra factum proprio</i> .....	41
4 O dever de respeito às situações constituídas por interpretações administrativas consolidadas .....	43

A REVOGAÇÃO DA LICITAÇÃO NA LEI DAS ESTATAIS – LEI Nº 13.303/2016	
<b>Christianne de Carvalho Stroppa</b> .....	47
Introdução .....	47
1 Encerramento do procedimento licitatório.....	50

2	Direito à contratação do adjudicatário.....	53
3	Revogação do procedimento licitatório .....	55
	Conclusão .....	57

## SANÇÃO OU ACORDO: UM (NOVO) DILEMA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA?

<b>Daniel Ferreira</b> .....	59
Introdução .....	59
1    Desfazendo a má-impressão: os “acordos” administrativos em seara fiscalizadora-sancionadora não configuram novidade recente no ordenamento jurídico brasileiro .....	60
2    Revisando a perspectiva sancionatória no âmbito da Administração Pública brasileira .....	62
3    Consenso, consensualidade, consensualização, princípio da supremacia do interesse público e indisponibilidade dos interesses públicos .....	64
À guisa de fecho: afinal, sanção ou acordo administrativo?.....	71
Referências.....	74

## O PODER DE POLÍCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS CONTRA A VONTADE DOS PRÓPRIOS TITULARES

<b>Dinorá A. M. Grotti</b> .....	77
Introdução .....	77
1    Recusa a tratamento de saúde com fundamento em crença religiosa. O caso da transfusão de sangue em testemunhas de Jeová.....	78
2    Arremesso de anões (na França), <i>peep shows</i> (na Alemanha), <i>realities shows</i> (Brasil).....	84
3    Internação compulsória de dependentes químicos.....	88
4    A questão da greve de fome de pessoas sob a tutela do Estado .....	91
5    Ingresso em residências para a contenção de doenças e vacinação compulsória.....	93
6    Imposição da utilização de cintos de segurança e capacetes .....	98
Observações finais.....	100
Referências .....	101

## A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS ADQUIRIDOS DECORRENTES DE SITUAÇÕES QUE TRANSCORREM NO TEMPO

<b>Florivaldo Dutra de Araújo</b> .....	103
1    Introdução .....	103
2    Direito adquirido na Constituição e na legislação ordinária .....	104
3    Aspectos problemáticos da definição legal de direito adquirido.....	106
4    Direito adquirido perante as emendas constitucionais .....	108
5    Situações jurídicas em curso e direitos adquiridos .....	114
6    Conclusão .....	124
Referências.....	125



## CARGO PÚBLICO EM EXTINÇÃO, AUSÊNCIA DE REGRA DE TRANSIÇÃO E O DEVER DE REESTRUTURAÇÃO DA CARREIRA: ANÁLISE DE CASOS, TESE E PRECEDENTES

<b>Georges Louis Hage Humbert</b> .....	127
1 Introdução .....	127
2 Da inconstitucionalidade e ilegalidade da não transição e reestruturação de carreiras: teses e precedentes.....	128
3 Da forma de correção da distorção identificadas nas carreiras da Administração Pública .....	137
4 Considerações finais .....	139

## AINDA HÁ SENTINDO EM SE FALAR EM REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO?

<b>Márcio Cammarosano</b> .....	141
1 Introdução .....	141
2 Noção de sistema ou regime jurídico .....	142
3 Regime jurídico administrativo.....	147
Referências.....	150

## O FUTURO DO CONCURSO PÚBLICO

<b>Maria Sylvia Zanella di Pietro</b> .....	153
1 Seleção de pessoal: concurso público e escolha política.....	153
2 Dos modelos de organização administrativa no Brasil .....	154
3 Fatores que contribuíram para o desprestígio do concurso público... 158	
4 Conclusões sobre o futuro dos concursos públicos.....	161
Referências.....	164

## DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS NA REFORMA DA PREVIDÊNCIA: PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E PROPORCIONALIDADE

<b>Paulo Modesto</b> .....	165
Introdução: a previdência é <i>mobile</i> .....	166
1 Segurança jurídica e disposições transitórias.....	168
1.1 Relevância das disposições transitórias para a segurança jurídica.....	168
1.2 Disposições transitórias e relações complexas de longa duração .....	178
1.3 O princípio da proteção da confiança no Supremo Tribunal Federal... 182	
2 Princípios do regime previdenciário – Proteção da confiança e proporcionalidade.....	190
2.1 Contributividade e equidade no financiamento da previdência .....	190
2.2 Duas sucessões normativas, duas necessárias transições .....	198
3 Análise crítica das disposições transitórias na PEC nº 287/2016 .....	201
3.1 Principais disposições transitórias da PEC nº 287/2016 .....	201
3.1.1 Principais variáveis .....	201
3.1.2 Idade mínima .....	202
3.1.3 Cálculo do benefício.....	215
Conclusão .....	216

## RAZÕES DE IMPORTÂNCIA DO CONTROLE INTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

<b>Rogério Gesta Leal</b> .....	221
1 Notas introdutórias.....	221
2 Fundamentos políticos do controle da Administração Pública.....	222
3 O objeto de controle do Poder Público.....	224
4 Possibilidades do controle interno da Administração Pública no Brasil .....	226
5 Considerações finais .....	237
Referências.....	240

## PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO E INVALIDAÇÃO DO PROVIMENTO ORIGINÁRIO DE CARGOS PÚBLICOS EFETIVOS

<b>Vladimir da Rocha França</b> .....	243
1 Introdução .....	243
2 Concurso público na Constituição Federal .....	245
3 Nomeação como ato administrativo .....	247
4 Invalidação da nomeação e direitos do nomeado .....	251
5 Considerações finais .....	258
Referências .....	258

## PARTE II

### TEXTOS VENCEDORES DO CONCURSO DE ARTIGOS JURÍDICOS

#### O DIREITO ADMINISTRATIVO EM CRISE E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: ENSAIOS HERMENÊUTICOS NA REALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA

<b>Marcio Roberto Chaves</b> .....	263
1 Introdução .....	263
2 O direito administrativo no Estado Democrático de Direito brasileiro .....	264
3 A lei e o direito administrativo .....	267
4 Entre a legalidade e a faticidade na realidade brasileira.....	269
5 Perspectivas doutrinárias sobre a legalidade diante das circunstâncias.....	275
6 Uma flexível compreensão presente e futura da legalidade.....	278
7 Conclusão .....	282
Referências.....	284

#### O PROBLEMA CONCORRENCIAL DO *BID-RIGGING* NO BRASIL E O EXEMPLO DA COREIA DO SUL: UMA ALTERNATIVA AO MODELO BRASILEIRO?

<b>Allan Fuezi de Moura Barbosa</b> .....	287
Introdução .....	287

1	O problema do <i>bid-rigging</i> : aspectos gerais .....	288
1.1	Definição e enquadramento jurídico brasileiro .....	288
1.2	As formas de ocorrência .....	290
1.3	O contexto de incidência .....	291
2	Do modelo brasileiro .....	294
2.1	A difusão de competência e a diversidade de modelos procedimentais .....	294
2.2	Do ilícito no ordenamento jurídico brasileiro .....	295
3	Do modelo da Coreia do Sul.....	298
3.1	O sistema coreano de contratação e combate à colusão .....	298
3.2	A inovação do Brias .....	301
4	A possibilidade de adaptação do modelo coreano no Brasil.....	303
4.1	Alterações na Lei de Licitações e na Lei de Concorrência .....	303
4.2	Concepção de um sistema Brias.....	304
	Conclusão .....	305
	Referências.....	305

#### DO MORALISMO AO CONTROLE DEMOCRÁTICO: A INEFICIÊNCIA DOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO COMBATE À corrupção

<b>Ana Cristina Aguiar Viana.....</b>	<b>309</b>	
1	Nota introdutória: do moralismo ao controle democrático .....	309
2	A democratização do direito administrativo e o controle social.....	314
3	O processo de instrumentalização da participação social no Brasil ...	319
4	A (in)eficiência dos mecanismos participativos como meio de controle social da corrupção no âmbito das licitações e contratações públicas...	322
5	Considerações finais .....	327
	Referências.....	329

### PARTE III

#### EXPERIÊNCIAS INOVADORAS EM GESTÃO PÚBLICA

##### PARCERIAS PARA O DESENVOLVIMENTO PRODUTIVO: TRANSFERINDO TECNOLOGIA E DIMINUINDO A VULNERABILIDADE DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

<b>Vinicius Augusto Moura Ribeiro da Silva, Napoleão Lopes Junior .....</b>	<b>335</b>
---	------------

##### IMPESSOALIDADE E NEPOTISMO NUM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

<b>Luciana Gaspar Melquíades Duarte.....</b>	<b>337</b>
--	------------

##### GESTÃO PARTICIPATIVA: CONSTRUÇÃO COLETIVA DO PLANO DIRETOR ESTRATÉGICO DE UM HOSPITAL UNIVERSITÁRIO POR MEIO DO MÉTODO PES

<b>Carla Daniele dos Santos Queiroz.....</b>	<b>339</b>
--	------------

DISTRIBUIÇÃO DAS FUNÇÕES GRATIFICADAS E CARGOS COMISSIONADOS COM FOCO NA COMPETÊNCIA: MELHORAMENTO NA POLÍTICA DE OBTENÇÃO DE RESULTADOS	
<b>Francisco Elielson Sousa Oliveira</b> .....	341

PROCEDIMENTO PRELIMINAR DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE (PPMI)	
<b>Gustavo Gil Gasiola, Fernando Hideki Ishida Oshima</b> .....	343

REGULAÇÃO E CONSENSUALIDADE: A MEDIAÇÃO REGULATÓRIA ENTRE AGENTES REGULADOS CONTRATANTES	
<b>Leonardo Oliveira da Silva</b> .....	345

#### PARTE IV TESES E COMUNICADOS CIENTÍFICOS

THE ARBITRABILITY OF DISPUTES ARISING FROM ADMINISTRATIVE CONTRACTS IN TUNISIAN LAW	
<b>Alia Jenayah</b> .....	349

LICITAÇÃO: O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO (SRP) – VANTAGENS E DESVANTAGENS PARA A COLETIVIDADE	
<b>Gabriel Siggelkow Guimarães</b> .....	351

PROCESSO NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: ATRIBUTOS ESPECÍFICOS À GOVERNANÇA REGULATÓRIA	
<b>Flavine Meghy Metne Mendes</b> .....	353

O PATROCÍNIO ATIVO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: FUNDAMENTOS, REGIME JURÍDICO E CONTROLE	
<b>Diego Prandino Alves</b> .....	355

O PLANO DE RECUPERAÇÃO FISCAL DOS ESTADOS E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: A PRIVATIZAÇÃO DA CEDAE E O DIREITO À ÁGUA	
<b>Nicholas Arena Paliologo</b> .....	357

NOVAS TECNOLOGIAS, SERVIÇO PÚBLICO E A ATUAÇÃO ESTATAL: A FORMA CONTEMPORÂNEA DE SUBJUGAÇÃO DA ATIVIDADE ESTATAL PELO MERCADO	
<b>Luasses Gonçalves dos Santos</b> .....	359

PRECEDENTES, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E (DES) JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS <b>Pedro Henrique Brunken Flores</b> .....	361
DA ANÁLISE DOS PRECEITOS LEGAIS DO DIREITO AMBIENTAL RELACIONADO AO DESCARTE DO LIXO E A RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO DE BARRA DO GARÇAS/MT <b>Rayanne Oliveira Santos, Ângela Diniz Linhares Vieira</b> .....	363
O PODER JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR DA EFETIVAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE E OS FATORES DO AUMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA: ANÁLISE DA COMARCA DE NOVA XAVANTINA/MT <b>Matheus Correia Pontes, Kennia Dias Lino</b> .....	365
A MOBILIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA NA CONCRETIZAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: A CONSTRUÇÃO DA GOVERNANÇA SOCIOAMBIENTAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA <b>Cláudia de Oliveira Cruz Carvalho</b> .....	367
EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PRINCÍPIO LIMITADOR FRENTE À MAJORAÇÃO DE TRIBUTOS COM FUNÇÃO FISCAL <b>Clayton Gomes de Medeiros</b> .....	369
XÔ MACUNAÍMA: O CONTROLE DEMOCRÁTICO DA CORRUPÇÃO COMO UM DEVER FUNDAMENTAL <b>Ana Cristina Aguilar Viana</b> .....	371
O INSTITUTO DA REVERSÃO NA PROTEÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO: (RE)PENSANDO CONCEITOS E PAPÉIS <b>Jesus Pacheco Simões</b> .....	373
O <i>LOCUS STAND</i> DO CIDADÃO NOS PROCESSOS DE CONTROLE EXTERNO <b>Rosana Laura de Castro Farias Ramires</b> .....	375
A RESPONSABILIZAÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS POR ATOS DE SEUS FILIADOS E A MANUTENÇÃO DA ORDEM DEMOCRÁTICA BRASILEIRA <b>Guilherme Cortez dos Santos, Carolina Salbego Lisowski</b> .....	377
A PRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO: UMA ANÁLISE DO ART. 37, §5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL <b>Lucas Bossoni Saikali</b> .....	379

A MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA <b>Luciana Gaspar Melquiades Duarte</b> .....	381
A LEI DE PERÍMETRO URBANO E SEU IMPACTO NO DESENVOLVIMENTO DA CIDADE E DO CAMPO: ANÁLISE DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO (SP) <b>André Simionato Castro</b> .....	383
IMPACTOS DA REESTRUTURAÇÃO ADMINISTRATIVA DA EBC PARA O EXERCÍCIO EFICIENTE DA RADIODIFUSÃO PÚBLICA <b>Alexandre Benedito Pessatte Filho</b> .....	385
O SERVIÇO DE <i>STREAMING</i> NO CENÁRIO LEGAL BRASILEIRO: REFLEXÕES A PARTIR DO CASO NETFLIX <b>Alice Padilha de Carvalho, Lucas Bossoni Saikali</b> .....	387
O ESTABELECIMENTO DE PREFERÊNCIA DE COMPRAS NAS LICITAÇÕES BRASILEIRAS E ESTADUNIDENSES NA PERSPECTIVA DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL <b>Eurico Soares Montenegro Neto, Fábio de Sousa Santos</b> .....	389
A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE OS ENTES FEDERATIVOS ESTABELECEREM NOVOS VALORES PARA DEFINIÇÃO DAS MODALIDADES LICITATÓRIAS: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MATO GROSSO <b>Lys Marisa Gonçalves</b> .....	391
MECANISMOS DE REGULAÇÃO E CONTROLE DO SERVIÇO PÚBLICO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR: ANÁLISE DOS PROCESSOS DE AVALIAÇÃO DA QUALIDADE DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL <b>Alexandre Godoy Dotta, Amanda Detz</b> .....	393
O DIREITO SUBJETIVO À APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES FINAIS APÓS A EMISSÃO DO RELATÓRIO CONCLUSIVO DA COMISSÃO PROCESSANTE À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL <b>Rafaella Nátaly Fácio</b> .....	395
UMA ANÁLISE EM SEDE DO EMPREGO DAS CONCESSÕES NO ÂMBITO DA AVIAÇÃO CIVIL ENTRE 2011 E 2016 <b>Felipe Eduardo de Oliveira Silva, Alexandre Borges Walmott</b> .....	397

A INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 13.019/2014 AO REPASSE DAS VERBAS PROVENIENTES DAS “DOAÇÕES CASADAS” AOS FUNDOS DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE <b>Carolina Merida, Arício Vieira da Silva</b> .....	399
A GRATUIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE NO BRASIL: REPENSANDO A UNIVERSALIDADE DO ACESSO À LUZ DA IGUALDADE MATERIAL <b>Bárbara Marianna de Mendonça Araújo Bertotti</b> .....	401
OS PAPÉIS PÚBLICO E PRIVADO NO CONTROLE E COMBATE DA CORRUPÇÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA PREVISTA NA LEI Nº 12.846/2013 <b>Viviane Duarte Couto de Cristo</b> .....	403
O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: ASPECTOS DE CONTROLE NA ATIVIDADE CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA <b>Wassila Caleiro Abbud</b> .....	405
COORDENAÇÃO DO XXXI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO .....	407
PROGRAMA DO XXXI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO.....	409
SOBRE OS AUTORES.....	415





## APRESENTAÇÃO

---

Esta obra é o último ato do XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado em 2017 na acolhedora cidade de Cuiabá, capital de Mato Grosso, um dos celeiros do Brasil e um guardião de encantos paisagísticos e culturais. Durante três dias, o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo novamente tornou o Centro-Oeste do país o centro de debates científicos aprofundados voltados à discussão e compreensão do direito administrativo e da Administração Pública.

O evento marcou o encontro de juristas renomados, profissionais de destaque e estudiosos em geral, tendo como cenário principal a avaliação das conquistas, a identificação dos percalços e a realização das promessas trazidas pela Constituição brasileira de 1988. O Congresso foi realizado em homenagem ao Professor Sérgio de Andréa Ferreira, um dos fundadores do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, cuja vida e obra são testemunho de dedicação à família, de valorização do interesse público e de plena crença nos deveres de efetividade e probidade por parte da Administração Pública.

É importante lembrar que o IBDA foi criado em 1975 com o propósito “de colaborar com o poder público na ingente tarefa de aperfeiçoamento das instituições administrativas e da ordem jurídica”, nas palavras de seu primeiro Presidente, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Aperfeiçoar as instituições e a ordem jurídica permanece sendo um desafio, sobretudo nos tempos estranhos e intensos que estamos vivendo.

A intolerância às diferenças sociais, culturais e sobretudo políticas é uma marca sombria dos tempos atuais. Tolerância e respeito, bases de qualquer sociedade realmente civilizada, não podem compactuar com radicalizações, extremismos em tonalidades variadas. O cenário de degeneração institucionalizada não deve instigar os cidadãos à descrença e desvalorização das atividades políticas e administrativas, pois são necessárias à construção do bem comum e sua supressão implicaria retrocesso na luta pela plena efetividade dos princípios do Estado Democrático de Direito.

A reforma ou regeneração de uma Administração Pública e de um sistema político contaminados pela corrupção não podem ser protagonizados pelo Judiciário. Ativismo judiciário, neoconstitucionalismo ou judicialismo, qualquer que seja o nome da novidade em voga, devem

coadjuvar a sociedade na implementação de suas próprias escolhas, sem a pretensão de substituir-se a ela. Por outro lado, o Judiciário como instituição permanece merecedor do maior respeito, sem que se permita a sua contaminação pelos arroubos minoritários de um ou outro magistrado. Desqualificar pura e simplesmente o Judiciário como um todo implica dar força às já crescentes soluções autoritárias, que hoje sopram tanto da esquerda como da direita. Convém, por outro lado, aceitar a natural divergência de argumentos e decisões jurídicas, especialmente em matérias politicamente delicadas, e exigir um Judiciário que dê satisfação à opinião pública, mas que se fie na Constituição.

O direito administrativo se insere definitivamente nesse cenário como alicerce centrado na realização do interesse público, e este, por sua vez, se encontra na confluência entre o direito e a política, apto a exigir a intervenção do legislador, a participação e o controle da sociedade e a eficiência e efetividade por parte da Administração. Essa visão implica reconhecer o interesse público como fundamento, critério e limite de todo o agir da Administração Pública e o procedimento administrativo como espaço de gestão e harmonização ponderativa de diversos interesses, muitos dos quais igualmente públicos.

Essas considerações objetivam apresentar esta obra coletiva composta com plena liberdade acadêmica, pluralidade ideológica e com foco na busca de soluções para os desafios que enfrentamos de forma igual, ainda que com propostas de soluções diferentes. Divergências e consensos são realidades igualmente importantes. Dado o atual contexto sociopolítico brasileiro, é relevante dizer que o dissenso, em especial, promove a criatividade e inovação.

A primeira parte deste livro é composta por textos dos professores que participaram do Congresso, tratando de temas essenciais ao direito administrativo. A segunda parte, por seu turno, contém os artigos vencedores do concurso que outorgou o Prêmio Sérgio de Andréa Ferreira. Na terceira parte estão os relatos das experiências inovadoras em gestão pública, contendo propostas de soluções para problemas que afetam a práxis administrativa. Finalmente, na quarta parte, a obra contempla as teses e comunicados defendidos por acadêmicos, mestres e doutores que apresentam suas pesquisas para a comunidade científica.

Ao desejar ao leitor pleno proveito na leitura dos textos deste livro, apresentamos nossos agradecimentos à Editora Fórum, na pessoa de seu Editor, Luís Cláudio Rodrigues Ferreira, cujo compromisso com a divulgação e fortalecimento do direito público é notório e permanente.

**Prof. Dr. Fabrício Motta**

Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

O papel do Estado na organização da sociedade vem sendo questionado em todo o mundo em decorrência das mudanças que vão ocorrendo em velocidade exponencial. Este fenômeno tem atingido fortemente o Brasil produzindo crises: crise política, crise administrativa, crise fiscal, crise ética, crise moral, crise econômica e crise do Judiciário. Neste momento atual de instabilidade, reforça-se a necessidade de atuação harmônica dos poderes com respeito, urbanidade e compostura.

O cenário nacional se revela, sob diversos ângulos, desalentador. Contudo, esse contexto pode constituir uma inestimável oportunidade para o debate sobre os temas ético-jurídicos e a definição de novos rumos para a Administração Pública brasileira.

Com efeito, a crise tem como um dos subprodutos mais notáveis a retirada das pessoas de sua zona de conforto, exigindo dos gestores públicos e dos operadores do direito reflexões profundas e especialmente orientadas para a prospecção de alternativas para a sua superação.

O XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado na cidade de Cuiabá nos dias 25, 26 e 27 de outubro de 2017 cumpriu o propósito de instigar significativos debates voltados à práxis administrativa e à incrementação científica.

Foi aliada a melhor doutrina à imperiosa necessidade de contemplar a coletividade com orientações técnicas que possam de fato ser utilizadas para o aprimoramento da Administração Pública brasileira. Certamente, as palestras proferidas no Congresso constituirão poderoso instrumental para a efetivação dos princípios e valores contemplados na Constituição.

Durante três profícuos dias, eficiência, planejamento, dignidade da pessoa humana, economicidade, proporcionalidade, razoabilidade, isonomia, probidade e transparência foram os valores jurídicos que nortearam debates aprofundados sobre diversos temas de interesse público.

Programas de integridade e prevenção à corrupção, terceirização na Administração Pública, judicialização das políticas públicas para concretização de direitos fundamentais, contratações públicas, técnicas de resolução de conflitos, reforma previdenciária, regime fiscal, regime jurídico das empresas estatais, serviços públicos, concessões e parcerias público-privadas, relações com o terceiro setor, repartição de

competências, contratação direta, registro de preços, servidores públicos, processo administrativo disciplinar, e improbidade administrativa foram temas sobre os quais se debruçaram estudiosos do direito público no propósito de contribuir para a excelência da Administração Pública e do Estado brasileiros.

Concepções tradicionais do direito público foram invocadas e contrastadas com novos paradigmas, assim como racionalidades inovadoras foram sugeridas para constituir vetores hermenêuticos orientados a conferir mais atualidade e mais eficiência para a Administração Pública.

Nesse sentido de coisas, os trabalhos, estudos e debates produzidos no Congresso muito honram e honrarão a Administração Pública, no âmbito dos três poderes da República.

Essas reflexões que constituíram o núcleo e a essência do XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo podem ser sintetizadas nas seguintes premissas que ora são apresentadas como proposições para a sociedade brasileira em geral e para a Administração Pública em especial:

1. As políticas públicas, sua formulação e implementação, incluídas as contratações públicas, devem ser concebidas a partir da transversalidade de valores jurídicos essenciais: dignidade da pessoa humana, eficiência, planejamento e sustentabilidade.
2. O devido processo legal, com suas garantias do contraditório e da ampla defesa, deve ser defendido de modo intransigente e inegociável.
3. O combate incansável à corrupção deve nortear a conduta de toda a sociedade e, em especial, do administrador público.
4. Os órgãos de controle interno e externo devem investir na permanente qualificação e aprimoramento de pessoal e conferir segurança jurídica para os servidores que atuam no processo da contratação pública.
5. O planejamento deve ser tomado como um imperativo para a efetividade e o controle das ações do Estado.
6. A gestão fiscal responsável deve ser considerada um vetor imprescindível na construção e consecução dos fins públicos.
7. O direito administrativo brasileiro não pode se dissociar da realidade social contemporânea e das inovações tecnológicas já assimiladas pela sociedade.
8. Não há saída legítima para a crise, seja qual for a natureza dela, fora dos limites do Estado Democrático e Social de Direito.

9. As relações entre a Administração Pública, os particulares e, em especial, os poderes públicos devem ser republicanas.
10. O Estado e a Administração Pública devem priorizar, em todas as suas ações, a realização plena do desenvolvimento humano.

**Comissão Científica – “Carta de Cuiabá”**

José Anacleto Abduch Santos (PR)

Davi Marques da Silva (RJ)

Luciano Bernart (MT)



PARTE I

---

TEXTOS DOS PROFESSORES  
PARTICIPANTES





# NOVO REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS EXPLORADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS: A DIFÍCIL HARMONIA ENTRE INTERESSE PÚBLICO E INTERESSES PRIVADOS E A NECESSÁRIA PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

ADRIANA DA COSTA RICARDO SCHIER  
SOLANGE CORDEIRO FARIA

## 1 Introdução

No presente artigo pretende-se realizar a análise de aspectos do novo regime jurídico das estatais, regulado pela Lei nº 13.303, de 30.6.2016, especificamente no que se refere à incidência de tal normativa no âmbito das entidades prestadoras de serviços públicos.

O objetivo central da pesquisa reside em demonstrar que o regime jurídico adotado pela nova legislação deverá ser interpretado a partir das prerrogativas e sujeições impostas pelo regime jurídico administrativo, nos termos consagrados na Constituição Federal. Adota-se tal propósito como instrumental apto a garantir a consecução dos direitos fundamentais sociais que deverão ser assegurados mediante a adequada prestação de serviços públicos por tais entidades.

As estatais, empresas públicas e sociedades de economia mista, apresentam-se como pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação é autorizada por lei, para integrar a Administração Pública indireta.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, são concebidas como instrumentos de ação do Estado, caracterizando-se como sujeitos auxiliares no desempenho das funções de interesse público.<sup>1</sup>

As normas que regulamentavam tais entidades no âmbito da Constituição Federal sofreram significativas alterações. No cenário da Reforma Administrativa, promovida no Brasil a partir da década dos 90, pretendia-se conceder às empresas estatais um novo regime jurídico. Assim, referida emenda estabeleceu nova redação ao §1º, do art. 173, determinando a edição de lei que dispusesse sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização e bens ou prestação de serviços.

Em cumprimento a tal mandamento constitucional, foi sancionada a Lei nº 13.303, de 30.6.2016, conhecida como “Lei das Estatais”. Com tal legislação, buscou-se disciplinar o regime jurídico de tais entidades, adotando-se normas gerais a serem observadas, restringindo-se consideravelmente a discricionariedade da gestão e impondo-se o cumprimento de sua função social.

Destacam-se, na citada legislação, cinco temas centrais: (1) a função social e as formas de fiscalização das estatais pelo Estado e pela sociedade; (2) sua sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (3) licitações e contratações de obras, serviços, compras e alienações, com observância aos princípios da Administração Pública; (4) constituição e funcionamento do conselho de administração e do conselho fiscal; e (5) mandatos, avaliação de desempenho e responsabilização dos administradores.

A nova norma prevê, ainda, um forte sistema de governança corporativa, visando à maior transparência e ao maior controle de tais entidades.

---

<sup>1</sup> “Deve-se entender que empresa pública federal é a pessoa jurídica criada por lei como instrumento de ação do Estado, com personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito e cujo capital seja formado unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas, com predominância acionária residente na esfera federal. [...] Sociedade de economia mista federal há de ser entendida como a pessoa jurídica criada por lei, como um instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade de sua Administração indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 144; 149).

Essas normas deverão ser aplicadas de modo a permitir a devida realização do interesse público perseguido por tais entidades. Para tanto, pretende-se ilustrar, no presente artigo, o regime de prerrogativas e sujeições que decorre do referido estatuto. Inicialmente, contudo, faz-se necessário delimitar a abrangência de sua aplicação.

## 2 Da abrangência da Lei das Estatais: da sua aplicação às entidades prestadoras de serviços públicos

Desde sua edição, entretanto, tal estatuto vem despertando calorosos debates, notadamente no que se refere à sua abrangência. Ocorre que o mencionado art. 173, §1º, da Constituição Federal, trata especificamente das empresas estatais que exploram atividades econômicas em sentido estrito.<sup>2</sup> Assim, uma primeira interpretação poderia conduzir ao entendimento de que a lei a ser editada deveria limitar-se a estabelecer a normativa para tais entidades, não abrangendo aquelas que se dedicam à prestação de serviços públicos.

Porém, ao editar a Lei nº 13.303/2016, o legislador infraconstitucional estendeu sua aplicação a toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista, nos termos do seu art. 1º:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos, em comentários ao referido dispositivo, relembram que o regime jurídico dos serviços públicos está previsto na Constituição Federal no art. 175. Destarte, para os autores, a referida lei, ao regulamentar o art. 173, deveria limitar sua aplicação às entidades exploradoras de atividade econômica em sentido

---

<sup>2</sup> “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. §1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”.

estrito. Afirmam, portanto, “que a norma legal, assim, transcendeu a determinação da Constituição” ao incluir sob seu regime jurídico as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos. Entretanto, segundo eles, as normas que tratam de licitações e contratos administrativos previstas no Estatuto das Estatais poderiam ser aplicadas às prestadoras de serviços públicos, por força da competência legislativa atribuída à União, nos termos do art. 22, XXVII, da Constituição Federal.<sup>3</sup>

O tema foi levado ao Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.624, em que é relator o Exmo. Min. Ricardo Lewandowski. Tal medida foi interposta pela Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal (Fenaee) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro (Contraf/CUT).

Entre os supostos vícios elencados na ação, sustenta-se que a lei teria apresentado abrangência excessiva, pois teria alcançado a totalidade das empresas públicas e sociedades de economia mista.<sup>4</sup>

Apesar da formulação do pedido de concessão de medida cautelar, o exmo. relator não apreciou tal pedido, adotando o rito previsto no art. 10, da Lei nº 9.868/1999.

Portanto, até que seja julgada a ADI, mantém-se hígida a aplicação da legislação, inclusive para as estatais prestadoras de serviços públicos.

Luciano Ferraz defende a constitucionalidade do referido art. 1º, da lei em comento. Segundo ele, o legislador teria competência para legislar sobre a matéria, por força do art. 173, da Constituição Federal, como antes assinalado, mas também em face do art. 22, I, que assegura à União a competência para legislar sobre direito comercial.<sup>5</sup>

Neste tópico, filia-se ao pensamento do referido autor, admitindo-se a competência do legislador federal para tratar do tema,

<sup>3</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch Santos. *Lei das Estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 20.

<sup>4</sup> “somente poderia aplicar-se a empresas estatais que explorem atividade econômica em sentido estrito, vale dizer, em regime de competição com o mercado, não podendo tal estatuto ser aplicado às empresas prestadoras de serviços públicos ou que atuem em regime de monopólio ou de exclusividade pelo Estado” (Petição Inicial da ADI. Disponível em: <file:///C:/Users/adria/Downloads/texto\_311161080.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2018).

<sup>5</sup> FERRAZ, Luciano. Novo estatuto das empresas estatais é constitucional. *Conjur*, 20 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-20/interesse-publico-estatuto-empresas-estatais-constitucional>>. Acesso em: 25 set. 2017. No mesmo sentido, GROTTI, Dinorah Musseti. Licitação nas estatais em face da Emenda Constitucional nº 19. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v. 6, n. 2, 2000.

permitindo-se, portanto, a incidência da referida legislação às estatais prestadoras de serviços públicos.

Isso porque é inegável que, apesar de desempenharem atividades de natureza pública, as empresas públicas e as sociedades de economia mista exploradoras de serviços públicos apresentam a natureza de pessoas jurídicas de direito privado, adotando-se, no caso das empresas públicas, quaisquer formas entre as previstas no direito societário, e no caso das sociedades de economia mista, a forma de sociedades anônimas.<sup>6</sup> Por tal motivo, ainda que não desempenhem atividade lucrativa, Marçal Justen Filho igualmente denomina tais entidades prestadoras de serviços públicos *empresas estatais*.<sup>7</sup> Diante de tais pressupostos, justifica-se a conclusão de que a competência assegurada à União para legislar sobre direito societário legitima a norma sob análise.

Entretanto, o regime jurídico da nova lei deverá ser interpretado, no caso das estatais que prestam serviço público, com os temperamentos impostos pela natureza pública de suas atividades, de maneira a assegurar a devida realização dos direitos fundamentais por elas consagrados.

Portanto, ainda que não se identifique, *prima facie*, vício de constitucionalidade na nova legislação em face de sua abrangência a todas as estatais, a interpretação dos seus dispositivos às prestadoras de serviços públicos deverá ser feita em deferência aos princípios do regime jurídico administrativo consagrado na Constituição Federal.

Por outro lado, o regime jurídico das estatais igualmente deverá ser interpretado de modo a assegurar o respeito à livre iniciativa, notadamente nos casos de estatais que explorem serviços públicos no regime concorrencial. Esses são os temas dos quais se passa a tratar.

### 3 Prerrogativas e sujeições no regime das estatais e o pêndulo entre público e privado

Sabe-se que as estatais, no Brasil, foram criadas basicamente com três objetivos: (i) inicialmente, para permitir a implantação de infraestrutura desenvolvimentista<sup>8</sup> e permitir o crescimento de setores

<sup>6</sup> Conforme já regulado desde o Decreto-Lei nº 200/67, art. 5º, incs. II e III.

<sup>7</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 301.

<sup>8</sup> PETHECHUST, Eloi; BLANCHET, Luiz Alberto. O regime de execução das empresas estatais: entre serviço público e exploração de atividade econômica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 113-131, jan./mar. 2015. p. 115.

da economia considerados de interesse nacional;<sup>9</sup> (ii) com o avanço do sistema capitalista, notadamente a partir dos 60 e 70, com o objetivo de controle de setores estratégicos para o desenvolvimento da economia, o que ocorreu no caso da criação da Petrobras, por exemplo; e, como terceiro objetivo, (iii) a prestação de serviços públicos, com a intenção de *descentralizar* tais serviços, para entidades com poder de decisão mais ágil e com maior grau de autonomia.<sup>10</sup>

Portanto, desde a edição do Decreto-Lei nº 200, de 1967, o que se pretendia para tais entidades, inclusive para as prestadoras de serviços públicos, era uma maior aproximação a um regime de direito privado, já que se buscava maior agilidade e uma certa fuga da chamada “burocratização”. Buscava-se, com as estatais, a utilização de métodos de administração mais próximos da iniciativa privada, melhores salários e racionalização de recursos financeiros, materiais e humanos.<sup>11</sup>

Entretanto, os desmandos praticados pelas estatais, incluindo as prestadoras de serviços públicos, as transformou em verdadeiros “cabides de empregos para apaguinados”, já que “a admissão de pessoal, e com salários muito superiores aos vigentes no setor público, efetuava-se com ampla liberdade, sem concursos”.<sup>12</sup> A aproximação com o direito privado, ao invés de propiciar a agilidade esperada, permitiu uma série de abusos. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a maior incidência do regime privatista fez com que se afastasse “o dever de licitar, razão pela qual os contratos para obras públicas mais vultuosos eram travados ao sabor dos dirigentes de tais empresas ou mediante arremedos de licitação”.<sup>13</sup> Ressalta, ainda, que “recursos destas entidades passaram a ser utilizados como válvula para acobertar dispêndios que a Administração Central não tinha como legalmente efetuar”.<sup>14</sup>

Daí porque, no ambiente da Constituição Federal de 88, pretendeu-se estender às estatais princípios e regras próprios de direito

<sup>9</sup> Ver, nesse sentido, DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. *Controle das empresas estatais: uma proposta de mudança*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 28-29.

<sup>10</sup> BELTRÃO, Hélio. *Reforma administrativa em marcha*. Brasília: Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, Escritório da Reforma Administrativa, 1967-1968.

<sup>11</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). *Reforma do Estado e Administração Pública gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

<sup>12</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 200.

<sup>13</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 200.

<sup>14</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 200.

público, na tentativa de um maior controle de tais entidades,<sup>15</sup> estratégia que igualmente mostrou-se ineficaz para o combate à corrupção endêmica que caracterizava tais entidades.

Pode-se verificar, então, um pêndulo no que se refere ao regime jurídico das estatais, por vezes mais próximo do direito privado, por outras mais próximo do direito público. Tal cenário fez com que a doutrina acabasse por admitir que as estatais prestadoras de serviços públicos fossem submetidas a um regime híbrido, mais condizente com aquele aplicável à Administração direta.

Conferir, por todos, o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, que sustenta que as estatais, “quando concebidas para prestar serviços públicos [...] é natural que sofram o influxo mais acentuado de princípios e regras de Direito Público, ajustados, portanto, ao resguardo de interesses desta índole”.<sup>16</sup>

Nessa linha, a jurisprudência do STF acabou por chegar ao extremo de considerar como Fazenda Pública as empresas públicas prestadoras de serviços públicos. Esse posicionamento se refletirá, entre outros aspectos, na jurisprudência atinente ao regime de bens, tributário e contratual dessas entidades, havendo julgados reiterados, por exemplo, no sentido de que os bens das empresas estatais prestadoras de serviços públicos não são penhoráveis,<sup>17</sup> bem como que a elas se aplica a imunidade tributária instituída pelo art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal (imunidade tributária recíproca).<sup>18</sup>

Com a edição da Lei nº 13.303/2016, contudo, e partindo-se do pressuposto que se considere constitucional sua aplicação às estatais prestadoras de serviços públicos, parece não haver sentido em catalogar o regime aplicável a tais entidades como de direito público ou de direito privado. Trata-se de um regime jurídico próprio das estatais.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 232.

<sup>16</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 203.

<sup>17</sup> Ver, por exemplo, o julgamento do RE nº 220.906, em 16.11.2000, relatado pelo Min. Maurício Corrêa. Análise crítica de tal posicionamento, mesmo antes da edição do Estatuto das Estatais, já era realizada pela doutrina especializada. Ver, por exemplo, PETHECHUST, Eloi; BLANCHET, Luiz Alberto. O regime de execução das empresas estatais: entre serviço público e exploração de atividade econômica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 113-131, jan./mar. 2015. p. 119 e ss.

<sup>18</sup> Tal posicionamento foi exarado, exemplificativamente, no RE nº 399.307, julgado em 29.4.2010, relatado pelo Min. Joaquim Barbosa.

<sup>19</sup> Desde antes da edição da precitada lei, Romeu Felipe Bacellar Filho sustenta que é preciso observar a incidência recíproca de princípios publicistas e privatistas na normatização

Este regime, no caso das empresas que prestem serviços públicos, deverá preservar a realização dos direitos fundamentais mediante sua atuação. No caso das estatais que prestem serviço público em ambiente concorrencial, deverá ser interpretado ponderando-se os princípios que integram o regime jurídico administrativo com o princípio que protege a livre iniciativa.

Trata-se, como em todos os outros temas do direito administrativo, de interpretar as normas constantes na novel legislação mediante a tarefa de ponderação<sup>20</sup> entre as prerrogativas (decorrentes do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular) e sujeições (decorrentes do princípio da indisponibilidade do interesse público) às quais estarão submetidas tais entidades.

Da sistemática constitucional, parece certo que haverá a incidência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, concedendo certas prerrogativas para as estatais. Daí porque justifica-se a prerrogativa de aplicação de sanções administrativas por tais entidades, no caso de descumprimento contratual, por exemplo, nos termos do art. 83, da lei.

Tais prerrogativas, no entanto, não poderão ser utilizadas para criar vantagens para a estatal que possam colocá-la em um ambiente privilegiado em face de suas concorrentes.

De acordo com a doutrina que vem estudando a matéria, esta seria a razão que justificaria a não incidência de cláusulas exorbitantes em seus contratos administrativos.<sup>21</sup>

Parece correto admitir-se que tais cláusulas exorbitantes não poderão ser aplicadas de maneira a impedir a criação de benefícios à estatal, benefícios que a colocassem em situação privilegiada em face dos demais concorrentes privados.

Entretanto, tal afirmativa também deverá ser ponderada em face do atendimento do interesse público. Há que se manter certas

---

do direito administrativo, a partir da constitucionalização de seus institutos. Ver, sobre o tema, BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 13 e ss.

<sup>20</sup> Adota-se como marco teórico no tema da ponderação entre princípios como técnica interpretativa na realização de direitos fundamentais, a obra de ALEXY, Robert. *Los derechos fundamentales em el estado constitucional democratico*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 41.

<sup>21</sup> Ver, sobre o tema, GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch Santos. *Lei das Estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 253. No mesmo sentido, BOURGES, Fernanda Schuhl. Considerações sobre o novo regime contratual das estatais. In: REIS, Luciano Elias; CHIESORIN JUNIOR, Laerzio. *Lei das Empresas Estatais*. Responsabilidade empresarial e o impacto para o desenvolvimento nacional. Curitiba: OAB, 2017. p. 101.



prerrogativas às estatais, de maneira a garantir a adequada prestação dos serviços públicos, mesmo no ambiente contratual edificado pela nova lei.

Com base em tais postulados entende-se que, no caso das estatais que prestam serviços públicos em regime concorrencial, as prerrogativas somente lhes serão reconhecidas se estiverem diretamente relacionadas às exigências do serviço público. Neste caso, a restrição à concorrência ou ao direito à livre iniciativa legitima-se pela realização do direito fundamental atendido concretamente pelo serviço prestado.

A tarefa, mais uma vez, é de ponderação a partir do princípio da proporcionalidade, em suas três dimensões: só haverá adequação, neste caso, se a restrição à concorrência “for meio idôneo para alcançar os objetivos constitucionais dos serviços públicos (ex.: a liberdade tarifária que seja benéfica para o usuário)”; somente será necessário o exercício da prerrogativa pela estatal se o meio escolhido for o que menos restringir a concorrência; e, finalmente, a limitação à concorrência somente será proporcional em sentido estrito, se, “em uma relação de custo-benefício razoável, a limitação ‘vale a pena’ diante dos resultados sociais a serem obtidos com a restrição”.<sup>22</sup>

Adotando-se tais premissas, até mesmo algumas prerrogativas consagradas pela jurisprudência do STF deverão ser revisitadas. Por certo, a concessão de imunidade tributária, para as estatais que atuem em ambiente concorrencial, poderá criar restrições indevidas à livre concorrência. Porém, como se está diante da ponderação de princípios (de um lado a livre concorrência, de outro a devida prestação de serviço público), o juízo deverá ser realizado nos limites concretos de cada caso.

Além da incidência de um regime de prerrogativas a informar a interpretação das normas do novo estatuto das estatais, também deverá ser reconhecido um conjunto de sujeições a tais entidades, decorrentes diretamente do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos.

Segundo Alexandre Aragão, em verbete que assina na *Enciclopédia Jurídica da PUC-SP*,<sup>23</sup> a incidência de tais sujeições, decorrentes

<sup>22</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, n. 17, jul./set. 2004. p. 186.

<sup>23</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regime jurídico das empresas estatais. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo Direito Administrativo e Constitucional. Coordenado por Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/44/edicao-1/regime-juridico-das-empresas-estatais>>.

dos princípios do regime jurídico administrativo, se aplicam a todas as estatais, por força constitucional. De acordo com o autor:

esses princípios constitucionais e as exigências procedimentais deles decorrentes não são assim tão antagônicos com as diretrizes que as grandes organizações privadas já devem de per se seguir, tanto por força da legislação aplicável à matéria (sobretudo as Leis 6.404/1976 e 6.385/1976), como por exigências cada vez mais frequentes e intensas do próprio mercado.

Destarte, como exemplos de sujeições no novo regime das estatais, tem-se que, em matéria de licitações, a lei se aplica independentemente do ambiente concorrencial, por força do art. 37, XXII, da Constituição Federal. Tem-se, ainda, um regime diferenciado para nomeação de seus dirigentes e uma forte sistemática de controle da gestão. Há exigências, ainda, de implementação de um forte sistema de governança, que “impõe deveres de transparência a serem cumpridos pelas estatais”,<sup>24</sup> prescrevendo, ainda, a adoção de “regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno”, nos termos do art. 9º, da lei.

Pode-se entender como sujeição, ainda, que decorre do regime da nova lei e que se aplica a todas as estatais, a obrigatoriedade de que tais entidades atuem para atender à sua função social.

O art. 27, da Lei nº 13.303/2016 previu a possibilidade de as estatais executarem programas que promovam *função social de realização do interesse coletivo*, sendo que o §1º, do referido dispositivo, determina expressamente o dever de a estatal alocar de forma socialmente eficiente seus recursos financeiros para que se alcance o bem-estar econômico da empresa.

A determinação de que o estatuto jurídico das estatais disponha sobre função social é constitucional (inc. I, do §1º, do art. 173, da Constituição), identificada como princípio da ordem econômica, previsto no art. 170, III, da CF.

Nesse sentido, tem-se que a função social da estatal se refere, genericamente, a imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, que motivaram sua implantação. Por isso mesmo, o instrumento autorizativo de criação da entidade deverá prever,

---

<sup>24</sup> Sobre a governança no ambiente das estatais veja-se FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção. In: REIS, Luciano Elias; CHIESORIN JUNIOR, Laerzio. *Lei das Empresas Estatais*. Responsabilidade empresarial e o impacto para o desenvolvimento nacional. Curitiba: OAB, 2017. p. 69.

juntamente com o objeto de atuação da estatal, a função social daquela empresa pública e sociedade de economia mista, nos termos do art. 173, da Constituição da República. A nova lei, no entanto, delimitou de forma mais específica a função social das estatais, nos termos de seu art. 27, estabelecendo como tal: (i) a ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores ao produto ou serviço da estatal (art. 27, §1º, I); (ii) o desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira economicamente justificada para a produção e oferta do produto ou serviço da estatal (art. 27, §1º, II); (iii) a adoção de práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa conforme o mercado em que a estatal atua (art. 27, §2º); (iv) a celebração de convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou jurídica, desde que fortaleça a marca da estatal, para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica (art. 27, §3º).<sup>25</sup>

#### 4 Considerações finais

As reflexões propostas no presente texto implicam, como se procurou demonstrar, um constante diálogo entre o devido atendimento dos direitos fundamentais sociais buscados mediante a prestação de serviços públicos pelas estatais e a convivência com o princípio da livre iniciativa, que deverá ser observado notadamente pelas entidades que atuam em regime concorrencial, sob pena de concorrência desleal.

Mas é preciso ir além. O cenário que novamente desponta em solo nacional impõe refletir criticamente sobre a incidência das regras de direito privado sobre as estatais exploradoras de serviço público, de modo a que tais regras não venham a comprometer os direitos fundamentais a que tais atividades visam atender.

Tomando-se em consideração um ambiente em que se revive a tendência neoliberal de mercantilização dos interesses públicos<sup>26</sup> e, no campo específico do serviço público, uma tentativa de transformá-lo

<sup>25</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; MAZZAROPPI, Fabianne Gusso. O fomento como instrumento de promoção de desenvolvimento nacional: a função social da Lei 13.303/2016. In: REIS, Luciano Elias; CHIESORIN JUNIOR, Laerzio. *Lei das Empresas Estatais*. Responsabilidade empresarial e o impacto para o desenvolvimento nacional. Curitiba: OAB, 2017. p. 31.

<sup>26</sup> ZANCANER, Weida. Limites e confrontações entre o público e o privado. In: MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; Rodrigo CASTRO, Pironi Aguirre de; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito administrativo contemporâneo*. Estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 339-345.

cada vez mais em mercadoria, de transformar o cidadão que tem direito às prestações de serviço público em cliente usuário de tais serviços,<sup>27</sup> desponta a necessidade, também no campo das estatais, de se adotar um discurso de resistência.

A alternativa parece ser, mais uma vez, a defesa indelével do regime jurídico do serviço público adequado, caracterizado pelos princípios da universalidade, da modicidade das tarifas e da continuidade das prestações.<sup>28</sup>

A preservação de tais princípios na prestação dos serviços públicos permitirá assegurar que, mesmo diante da aproximação do regime das estatais de cânones privatistas, serão preservados os direitos fundamentais sociais assegurados na Constituição Federal de 1988.

## Referências

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales em el estado constitucional democratico. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regime jurídico das empresas estatais. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo Direito Administrativo e Constitucional. Coordenado por Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/44/edicao-1/regime-juridico-das-empresas-estatais>>.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, n. 17, jul./set. 2004.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BELTRÃO, Hélio. *Reforma administrativa em marcha*. Brasília: Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, Escritório da Reforma Administrativa, 1967-1968.

BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BOURGES, Fernanda Schuhl. Considerações sobre o novo regime contratual das estatais. In: REIS, Luciano Elias; CHIESORIN JUNIOR, Laerzio. *Lei das Empresas Estatais*. Responsabilidade empresarial e o impacto para o desenvolvimento nacional. Curitiba: OAB, 2017.

<sup>27</sup> BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 38-39.

<sup>28</sup> Ver, sobre o tema, SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proteção de retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016.

DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. *Controle das empresas estatais: uma proposta de mudança*. São Paulo: Saraiva, 1991.

FERRAZ, Luciano. Novo estatuto das empresas estatais é constitucional. *Conjur*, 20 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-20/interesse-publico-estatuto-empresas-estatais-constitucional>>. Acesso em: 25 set. 2017.

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção. In: REIS, Luciano Elias; CHIESORIN JUNIOR, Laerzio. *Lei das Empresas Estatais. Responsabilidade empresarial e o impacto para o desenvolvimento nacional*. Curitiba: OAB, 2017.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GROTTI, Dinorah Musseti. Licitação nas estatais em face da Emenda Constitucional nº 19. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v. 6, n. 2, 2000.

GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch Santos. *Lei das Estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). *Reforma do Estado e Administração Pública gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

PETHECHUST, Eloi; BLANCHET, Luiz Alberto. O regime de execução das empresas estatais: entre serviço público e exploração de atividade econômica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 113-131, jan./mar. 2015.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proteção de retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; MAZZAROPPI, Fabianne Gusso. O fomento como instrumento de promoção de desenvolvimento nacional: a função social da Lei 13.3030/2016. In: REIS, Luciano Elias; CHIESORIN JUNIOR, Laerzio. *Lei das Empresas Estatais. Responsabilidade empresarial e o impacto para o desenvolvimento nacional*. Curitiba: OAB, 2017.

ZANCANER, Weida. Limites e confrontações entre o público e o privado. In: MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; Rodrigo CASTRO, Pironti Aguirre de; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito administrativo contemporâneo. Estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; FARIA, Solange Cordeiro. Novo regime jurídico das empresas estatais exploradoras de serviços públicos: a difícil harmonia entre interesse público e interesses privados e a necessária proteção aos direitos fundamentais. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 23-35. ISBN 978-85-450-0552-0.

---



# SEGURANÇA JURÍDICA NAS RELAÇÕES ADMINISTRATIVAS CONCERTADAS

CARLOS ARI SUNDFELD

## 1 Relações jurídicas decorrentes de concertação administrativa

Em muitos campos vem se tornando comum que as relações jurídicas entre Administração Pública e particulares tenham seu regime impactado por acordos, de diferentes formatos.<sup>1</sup>

Relações do gênero são típicas do direito administrativo contemporâneo – do Brasil e de outros países –, em que se acentua a chamada “administração concertada”, ou “administração por acordos”, pela qual são utilizadas técnicas de negociação e obtenção de soluções consensuais entre a Administração e os administrados, em lugar de soluções impostas unilateralmente.<sup>2 3</sup> Aponta-se o incremento da

---

<sup>1</sup> Os estudos que levaram ao presente artigo contaram com a colaboração de Rodrigo Pagani de Souza, professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

<sup>2</sup> Desse fenômeno, verificável no Brasil e em países como Itália, França, Espanha, entre outros, dá notícia Odete Medauar: “[...] além dos atos decorrentes do exercício de poderes imperativos, a Administração emite outras modalidades de atos, resultantes de consenso, acordo, negociação, e decorrentes da própria vontade dos administrados, embora se continue a indicar a unilateralidade como característica comum a todos”. A autora prossegue, aludindo aos fenômenos da “atenuação do caráter unilateral e impositivo da atividade administrativa”, do “aumento do uso de *módulos convencionais, contratuais ou consensuais*”, da “chamada *Administração concertada*” (MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 205).

<sup>3</sup> Em seu *Diritto amministrativo*, Giannini refere o fenômeno da “administração por acordos”, avaliando-o como uma tendência: “Em tempos ainda mais recentes, sob a influência

“consensualidade no direito administrativo”.<sup>4</sup> Intensifica-se a busca do “acordo sobre a medida de uma obrigação, ou de uma vantagem, típicas de uma relação de sujeição jurídico-pública previamente estabelecida entre a Administração e a pessoa com quem ela acorda” – como apontam os espanhóis Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández.<sup>5</sup>

Essas relações de administração concertada podem se materializar por diferentes tipos de atos jurídicos. Podem decorrer de ato unilateral do estado (p. ex., ato de planejamento, plano estatal), que incite particulares a adotarem comportamento, com promessas firmes de vantagens. O acordo ou concertação fica implícito no ato unilateral do Estado que promete ou concede contraprestação a alguém se houver a recíproca prestação (comportamento incitado). Quem adere de modo voluntário ao ato unilateral do estado, comportando-se como incitado, aceita o acordo, a barganha ofertada. Nesse sentido, concerta, pactua, ainda que da adesão ao ato unilateral não deflua um acordo formal, celebrado por instrumento próprio.

As relações de administração concertada podem também decorrer de atos bilaterais, como acordos, pactos, convênios, contratos ou instrumentos congêneres, celebrados entre o Estado fomentador e o particular fomentado.

E pode ainda haver relações de administração concertada que se constituem pela mescla dos dois tipos de atos – unilaterais e bilaterais. É o caso, em geral, das que envolvem a concessão de incentivos fiscais ou regimes especiais de tributação. A lei, sucedida por planos ou programas de concessão dos incentivos (atos unilaterais) ou de regimes especiais, prevê – promete – esses incentivos ou o tratamento diferenciado a quem se comportar de certa maneira. Seguem-se atos bilaterais com particulares específicos para pactuação da medida das obrigações e dos benefícios de parte a parte, ou mesmo concessões unilaterais a particulares específicos, para estipulação da mesma medida, antecedidas ou não de acordos.

---

do quanto acontece em outros Países (Estados Unidos, Inglaterra, França, Alemanha), foi introduzido ainda na Itália um emprego sempre mais largo do instrumento convencional, na convicção de que esses instrumentos fundados no consenso são preferíveis aos instrumentos fundados na autoridade. [...] Esta administração *por acordos* está em expansão, e se reputa que consistirá no meio principal do administrar do futuro” (GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1988. p. 778-9. v. II).

<sup>4</sup> Para uma narrativa sobre o avanço do estudo da consensualidade no direito administrativo brasileiro, v., por todos, PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

<sup>5</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 8. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 666-667. t. I.



## 2 A dinâmica das relações concertadas

No campo tributário, vários estados da Federação adotam a prática de firmar com empresas acordos para a concessão de regime especial de tributação, com o que esses contribuintes ficam sujeitos à sistemática específica de tributação. Assim, acabam se fixando por intercâmbio aspectos fundamentais do regime especial tributário (os estabelecimentos por ele contemplados, p. ex.) e outros aspectos de valor prático ou econômico (p. ex., a simplificação de obrigações tributárias acessórias, como a escrituração centralizada na matriz dos lançamentos relativos aos estabelecimentos).

Em geral, após o acordo inicial, o regime especial tributário é requerido e deferido por tempo certo (um ano), e depois ele vai sendo prorrogado em virtude de novos requerimentos. Esses por vezes são acolhidos de modo expresso pela administração antes do início do novo período. Outras vezes só são deferidos com atraso, mas com efeitos retroativos, aceitos expressa ou tacitamente no ato posterior. Por fim, há requerimentos que terminam aceitos de modo apenas implícito, pelo fato de a Administração tributária agir na prática como se o deferimento tivesse ocorrido.

Nesse tipo de relação que se renova periodicamente, o interesse de a empresa continuar vinculada (cumprindo sua parte no acordo, mantendo suas operações, gerando receita extra para o estado) depende de a Administração continuar a lhe assegurar o regime tributário de que ela precisa para o equilíbrio econômico-financeiro de seu negócio. Como o regime tributário especial é voluntário e a empresa tem alternativas que não a de se estabelecer ou operar naquele estado, ou de ampliar sua presença em seu território, se a Administração disser, a tempo e hora, que não aceita mais certo aspecto do regime concedido, a empresa terá a oportunidade de rever sua estratégia, de se desvincular dos compromissos que tenha assumido com o Estado, de transferir o estabelecimento para outro local etc. Se adotar comportamento de aceitação tácita, a Administração fará com que a empresa se mantenha interessada no acordo e cumpra sua parte, ano a ano, confiando que a aceitação administrativa, embora não expressa, é de fato séria e vinculante, e não vai ser revista depois, ao menos com efeitos para o passado.

Naturalmente, a Administração não se mantém alheia – nem poderia fazê-lo – a toda a prática tributária do contribuinte ao longo dos anos de execução do acordo. Ao contrário: periodicamente, ela averigua a regularidade das práticas do contribuinte, para poder deferir ou não a prorrogação do regime, com ou sem eventuais modificações.

A negociação desenvolvida, assim como o contínuo intercâmbio entre requerimentos do administrado e provimentos administrativos, tem por fim definir os contornos mais específicos – a exata medida – das obrigações e vantagens próprias do regime especial. Em relação desse tipo – relação negociada, de intercâmbio contínuo – o ato administrativo de concessão do regime especial tem de ser lido e compreendido em conjunto com o requerimento correlato. A concessão é resposta ao requerimento formulado e só pode ser compreendida nessa sua circunstância. Existe articulação lógica entre o requerimento e o ato administrativo de concessão do regime especial que o acolha. O mesmo acontece quanto às renovações periódicas.

Nesses casos, a relação acaba assumindo natureza jurídica negocial e de concertação contínua, que só pode ser compreendida com a consideração integrada dos múltiplos atos, expressos ou tácitos, e dos comportamentos das partes. Em relações dessa natureza, os requerimentos do administrado e os correlatos provimentos ou desprovimentos administrativos, expressos ou tácitos, interagem continuamente, resultando em regime jurídico que é fruto da correlação lógica e indissociável entre todos esses elementos. Ignorar tal correlação conduziria o intérprete à compreensão errônea do regime jurídico-administrativo constituído, fruto da concertação entre as partes.

Isso tem impactos práticos interessantes. Se, por exemplo, em certa renovação anual do regime especial, ocorrida muitos anos após a sua concessão, ocorrer redução da abrangência do regime até então vigente, por decisão administrativa, com a alegação de que o texto original do acordo, celebrado anos antes, não permitia abrangência maior, apesar de ela ter vigorado até então, pois mencionada e aceita em cada pedido de renovação, estar-se-á diante de motivação insuficiente, e isso porque a aceitação pretérita da abrangência maior não pode ser ignorada, como se nunca tivesse ocorrido.

Seria uma alegação incoerente com a própria conduta da Administração tributária em aplicação do acordo no passado. A validade dos atos administrativos se vincula à motivação que os justifica. A motivação insuficiente acarreta invalidade do ato, porquanto, com ela, a Administração viola o dever jurídico de decidir motivadamente.<sup>6</sup> Tal

<sup>6</sup> A motivação suficiente é essencial para a verificação, em cada caso, de um dos “pressupostos de validade” do ato administrativo, qual seja, o pressuposto da existência de um motivo apto a desencadeá-lo. Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu *Elementos de direito administrativo*, bem explicou: “Sem os pressupostos não há ato administrativo

dever está previsto em lei, devendo a motivação ser clara, suficiente e coerente com os fatos e fundamentos de direito apresentados.<sup>7</sup>

### 3 O dever de boa-fé e a proibição do *venire contra factum proprio*

A doutrina do direito administrativo há muito percebeu que, nessas relações de administração concertada, constituídas quando o Estado se põe a fomentar comportamentos dos particulares – estimulando-os, incitando-os, com promessas de vantagens –, não pode o particular ficar à mercê do Estado.<sup>8</sup>

O dever de boa-fé se aplica a ambos os polos das relações do gênero. De modo geral, vigora a regra – bem sintetizada pelo espanhol Jesús González Pérez, em obra de referência sobre o princípio da boa-fé no direito administrativo – segundo a qual “[...] de modo algum se pode pretender nada que tenha sua base na atuação desleal daquele que o pretende”, seja o Estado, seja o administrado.<sup>9</sup>

---

formado de maneira válida”. E um dos pressupostos – apontava – é o “motivo”, isto é, “o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato”, sendo a “motivação” feita pela autoridade administrativa a “exposição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados os fatos em que o agente se estribou para decidir” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 41; 45). A motivação, assim, é a exteriorização dos motivos que justificaram a prática do ato. Por isso ela é tão essencial; sem ela, fica comprometido o controle da legalidade do ato, e por isso se considera inválido o ato produzido em violação ao dever de motivar.

<sup>7</sup> Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784, de 29.1.1999), art. 50, §1º.

<sup>8</sup> No passado, a quebra da lealdade e da confiança foi bastante discutida, no Brasil, em virtude de alterações promovidas pelo Governo federal nos incentivos pactuados por meio dos chamados “Acordos Befiex”. Ilustres administrativistas se posicionaram sobre a celeuma, entre eles Lúcia Valle Figueiredo, jurista e magistrada, que registrou o seguinte relato de experiência em artigo doutrinário: “No desempenho de nossa judicatura, tivemos ocasião de decidir (decisão esta confirmada) em favor de administrado que concertara com o Governo Federal, mediante o que foi chamado de ‘Protocolo de Intenções e Acordo Befiex’, determinado programa, auferindo, doutra parte, determinados incentivos. Implementada a obrigação estatuída, pretendeu, entretanto, o Ministro do Planejamento, modificar, mediante Portaria, a contrapartida do Governo, uma vez que o plano havia sido modificado”. Segue-se transcrição da ementa da decisão judicial, valendo aqui reproduzir apenas este trecho mais ilustrativo: “I – A sistemática de compensação de créditos relativos ao IPI, reconhecida à impetrante, através de ‘termo de garantia de manutenção de incentivos fiscais a programas especiais de exportação’, por prazo certo, não pode ser alterada, unilateralmente, pela administração, tanto mais através de simples Portaria, pois tal proceder [viola o] art. 153, §3º, da Constituição”. “O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, São Paulo, n. 11, 1995. p. 15, nota de rodapé nº 18).

<sup>9</sup> GONSÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 4. ed. Madri: Thompson Civitas, 2004. p. 154.

Assim, não só o administrado deve agir de boa-fé ao aderir à política estatal de fomento e ao negociar a sua exata medida, cumprindo depois as obrigações a que tenha se comprometido, como também o Estado deve agir de boa-fé ao constituir e renovar a específica relação com o administrado, honrando a promessa de manutenção das vantagens com que tenha incitado o privado.

Por essa razão, Almiro do Couto e Silva até reconhece:

[...] responsabilidade existe [...] sempre que o Estado causa dano ao violar os deveres decorrentes da boa fé, infringindo o princípio de que ninguém pode impunemente *venire contra factum proprium*, depois de haver estimulado, com promessas firmes de vantagens, um determinado comportamento.<sup>10</sup>

O jurista se referia à responsabilidade estatal por danos decorrentes de alterações de planos estabelecidos pelo próprio Estado, de caráter incitativo de comportamentos de particulares para a obtenção de vantagens ou de regime diferenciado de qualquer natureza. Tal responsabilidade existe porque o Estado deve agir de boa-fé.

Em certas relações, sobretudo de natureza negocial, concertadas, de intercâmbio, entre a Administração Pública e pessoas jurídicas de direito privado, os atos praticados pelo particular, não impugnados ou questionados pela Administração durante longo período, geram aceitação tácita. Em situações assim, a vedação do *venire contra factum proprium* se aplica às situações em que o Estado pretenda alterar a medida do regime pactuado com particular, depois de tê-lo estimulado a adotar o comportamento que daria direito a tal regime.<sup>11</sup>

Nessas relações, em que há compromissos recíprocos – verdadeiras prestação e contraprestação –, não se reconhece potestatividade a uma das partes. Não se pode admitir que uma mude sua prestação *a posteriori* (a não ser alterando o quanto concertado e fazendo valer a

<sup>10</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento. *Revista de Direito Público – RDP*, São Paulo, n. 63, jul./set. 1982. p. 34.

<sup>11</sup> Afirmou Couto e Silva: “a supremacia do interesse público sobre os interesses individuais torna admissível que, via de regra, o Estado modifique os rumos de sua política e possa, igualmente, alterar seus planos. A frustração de expectativas é, pois, algo ineliminável na atividade estatal. Há situações, contudo, em que o Estado incentiva de forma tão nítida e positiva os indivíduos a um determinado comportamento, mediante promessas concretas de vantagens e benefícios, que a violação dessas promessas implica infringência ao princípio da boa fé, cabendo ao Estado indenizar os danos decorrentes da confiança” (SILVA, Almiro do Couto e. Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento. *Revista de Direito Público – RDP*, São Paulo, n. 63, jul./set. 1982. p. 33).

alteração somente para o futuro). Por isso, a Administração não pode contrariar seu comportamento anterior, para passar a entender como ilícito algo que no tempo pretérito aceitara como lícito. A empresa que atua de boa-fé, confiando no comportamento da Administração, e sem objetivo de causar prejuízo a ela, recebe proteção jurídica.

#### 4 O dever de respeito às situações constituídas por interpretações administrativas consolidadas

Se uma regra do acordo é aplicada por anos sem hesitação, não cabe à Administração optar por nova interpretação, em detrimento da adotada de modo consistente até então, e fazê-lo com efeitos para o passado. Para usar as expressões do art. 146 do Código Tributário Nacional – CTN, nesses casos não é possível à Administração “mudar de critério jurídico”, passando a adotar um “critério” diverso do acolhido até então.<sup>12</sup>

Ainda que a situação fosse ambígua, isto é, que houvesse pluralidade de interpretações em tese possíveis quanto ao alcance do acordo e do correlato regime especial, é importante o fato de a Administração ter adotado quanto a ele uma prática administrativa consolidada.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Dispõe o CTN: “Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em conseqüência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução”.

<sup>13</sup> Sobre a finalidade da norma expressa no art. 146 do CTN, Hugo de Brito Machado destaca que ela constitui “um requisito para a preservação da segurança jurídica” (MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 84. v. III). O autor dá o seguinte exemplo ilustrativo de como se manifesta, pela norma, o princípio da segurança jurídica, bem como o da proteção à confiança e à boa-fé: “O seguinte exemplo pode esclarecer o sentido do art. 146 do CTN. Imagine-se que um contribuinte importa livros infantis. Esses livros são de plástico, para evitar que se rasguem facilmente. E as páginas, ao serem pressionadas em locais próprios, emitem sons, para tornar o aprendizado mais interessante. A autoridade, ao examinar esses livros para fins de cálculo do imposto de importação, classifica-os – na tabela do imposto de importação, para fins de determinação da alíquota aplicável – como ‘outros livros’, submetidos portanto à imunidade. Com base nessa interpretação, não exige o imposto. Caso, depois, a autoridade ‘mude de ideia’, e resolva classificar tais livros como ‘brinquedos’, produto submetido a imposto de importação por alíquota elevada, não poderá ser exigida mais qualquer diferença em relação aos livros já importados”. E prossegue, no que importa aqui destacar: “[...] apenas em relações a importações futuras é que o novo ‘critério’ pode ser aplicado” (MACHADO, Hugo de Brito. *Anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às leis complementares 87/1996 e 116/2003*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 272). A noção de “critério jurídico”, para os fins do art. 146 do CTN, é esclarecida por Hugo de Brito Machado, que a concebe como o mesmo que “ponto de vista” ou “uma interpretação entre as diversas que uma norma jurídica pode ter, sem que se possa razoavelmente cogitar de erro”. O

“Interpretação” que já esteja consolidada por muitos anos só pode ser mudada com total obediência à limitação do art. 146 do CTN – que reflete, na esfera tributária, a regra, constante das leis gerais de processo administrativo, da vedação à aplicação retroativa de nova interpretação pela Administração Pública.<sup>14</sup>

A moderna legislação administrativa reconhece esse fenômeno. Quando a Lei Federal de Processo Administrativo (art. 2º, parágrafo único, *in fine*) veda a aplicação retroativa de nova interpretação, ela está admitindo essa aderência da interpretação anterior aos textos normativos interpretados. Mudanças de interpretações administrativas só valem para o futuro, restando inalcançados os fatos passados (anteriores à nova interpretação), os quais devem ser sempre tomados segundo a interpretação vigente à época em que ocorreram – interpretação, pois, que aderiu aos textos normativos.<sup>15</sup> Isso vale também para os fatos geradores de obrigações tributárias, como reconhece a regulação própria, dada pela análoga regra do CTN (art. 146).

O objetivo dessa aderência das interpretações administrativas consolidadas às disposições interpretadas, tornando-se parte delas, é promover a segurança jurídica. É aderência que serve para proteger a confiança depositada na legalidade dos comandos e comportamentos administrativos por aqueles que estão sujeitos a eles.

---

essencial, para que se tenha uma “mudança de critério jurídico” – e não outro fenômeno –, é que, “em face da situação de fato na qual incidiu uma norma se atribua a esta um significado quando outro podia ser atribuído” (MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 84; 87. v. III). Vê-se que, para haver mudança de critério jurídico, um pressuposto é a viabilidade de dois critérios, duas interpretações, dois significados para a mesma norma.

<sup>14</sup> Nesse sentido, confira-se Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784, de 29.1.1999): “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação”.

<sup>15</sup> Já se observou, em artigo doutrinário, que “a interpretação consolidada pela prática administrativa tem de ser considerada parte da própria lei interpretada, para fins de análise da validade dos atos, contratos e processos produzidos durante a vigência da interpretação consolidada”. E conclui que, “embora, em tese, interpretações consolidadas possam ser revistas para os casos futuros, o intérprete que pretenda alterá-las tem um ônus argumentativo suplementar: o de analisar empiricamente as consequências das interpretações consolidadas, provando de modo forte que, no mundo real, essas consequências são negativas. Assim, a motivação que pode levar a uma nova interpretação, contrária à consolidada, não pode ser de caráter exclusivamente abstrato” (SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Interpretações administrativas aderem à lei?* *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 260, p. 97-98, maio/ago. 2012).

Em suma, em relação jurídica concertada contínua entre a Administração e o particular, as partes têm obrigação de boa-fé e de coerência com os comportamentos que tiverem adotado ao longo do tempo. Uma não pode pleitear da outra, no futuro, aquilo que, por ter dado a entender como não devido na ocasião adequada, tenha sido relevante na decisão de a outra se manter vinculada.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SUNDFELD, Carlos Ari. Segurança jurídica nas relações administrativas concertadas. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 37-45. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---





# A REVOGAÇÃO DA LICITAÇÃO NA LEI DAS ESTATAIS – LEI Nº 13.303/2016

CHRISTIANNE DE CARVALHO STROPPA

## Introdução

Em atendimento ao contido no §1º do art. 173 da Constituição Federal, determinando que lei específica estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, foi editada a Lei nº 13.303, de 30.6.2016.

Também denominada Lei de Responsabilidade das Estatais – LRE, divide-se em dois grandes temas:<sup>1</sup>

- 1º) Regras de governança e regime societário – normas sobre governança corporativa, transparência na gestão e mecanismos de controle da atividade empresarial.
- 2º) Licitações e contratos – normas sobre licitação e contratação a serem observadas pelas empresas estatais.

Aliás, acerca do tema licitações e contratos, na esteira do contido no inc. XXVII, do art. 22 da Constituição Federal, não resta dúvida se tratar de norma geral aplicável às empresas estatais encontradas em todas as esferas federativas, independentemente da área de atuação,

---

<sup>1</sup> Referidos temas se inter-relacionam na medida em que a flexibilização das regras de licitação depende da efetiva adoção de instrumentos jurídicos e gerenciais que evitem práticas abusivas.

seja a de exploradora de atividade econômica ou de prestadora de serviço público.<sup>2</sup>

Muito embora tenha trazido muitas novidades, pelo menos em comparação com a Lei nº 8.666, de 21.6.1993, no tocante ao tema das licitações, tratado nos arts. 28 a 67 da LRE, cediço que acabou por concretizar procedimentos já adotados na modalidade pregão (Lei nº 10.520, de 17.7.2002) e no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei nº 12.462, de 4.8.2011), bem como concretizou entendimentos oriundos, em especial, da jurisprudência do Tribunal de Contas da União.<sup>3</sup>

Em verdade, as principais mudanças trazidas pela LRE estão contidas nos seus arts. 68 a 84, que tratam dos contratos a serem formalizados pelas empresas estatais, porquanto de conformidade com redação textual do citado art. 68, estes se regulam pelas suas cláusulas, pelo disposto na Lei nº 13.303/2016 e *pelos preceitos de direito privado*. Isso implica dizer que os contratos, que serão formalizados pelas empresas estatais, não contêm cláusulas exorbitantes, o que os diferencia profundamente daqueles rigidizados pela Lei nº 8.666/1993.<sup>4</sup>

Reconhece a doutrina, estrangeira e nacional, que estamos vivendo uma transformação radical no papel que o instituto “contrato” cumpre no direito administrativo.

Isso porque, em decorrência do aumento da esfera de atuação estatal, com o fito de atender às necessidades dos administrados, percebe-se que não é mais possível enquadrar todas as relações jurídicas que a Administração Pública formaliza dentro do conceito estanque de contrato administrativo, em especial naquele previsto na Lei nº 8.666/1993.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Atentar para a redação do art. 1º da referida legislação: “Toda e qualquer EP e SEM que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de *prestação de serviços públicos*” (grifos nossos).

<sup>3</sup> Tais como: inversão de fases, disputa por lances, negociação, análise de documentação somente do licitante vencedor, fase recursal única, possibilidade de indicação de marca, contratação semi-integrada, matriz de risco, entre outros.

<sup>4</sup> Aliás, mesmo que se classifiquem os contratos administrativos como atípicos (com predominância das normas de direito privado sob as normas de direito público) em contraposição aos contratos administrativos típicos (em que predominam as normas de direito público), nos moldes do art. 62, §3º, inc. I, da Lei nº 8.666/1993, há a possibilidade da incidência das cláusulas exorbitantes previstas no art. 58 da mesma lei.

<sup>5</sup> Aliás, disso decorre a existência das seguintes espécies contratuais com legislação própria: (i) concessão e permissão de serviços públicos e obras públicas – Lei nº 8.987/1995; (ii) concessão administrativa e concessão patrocinada – Lei nº 11.079/2004; (iii) contrato de gestão – Lei Federal nº 9.637/1998; (iv) termo de parceria – Lei nº 9.790/1999; entre outras.

Aliás, como já afirmado por Floriano de Azevedo Marques Neto:<sup>6</sup>

[...] há inegável aumento na complexidade das relações contratuais de que participa o Poder Público. A busca por soluções de financiamento das utilidades públicas [...] leva a uma busca de arranjos contratuais criativos e inovadores, o que pressiona por novas formas de relacionamento contratual.

Complementa, ainda, afirmando que “o regime jurídico único dos contratos administrativos jamais conseguirá abarcar todas as modalidades de ajustes obrigacionais que podem interessar à Administração. O que nos leva a defender a importância dos contratos administrativos atípicos”.

Assim, estamos vivendo um período denominado Administração consensual, porquanto em vista da necessidade de importação de modelos de negócios jurídicos do mundo privado, faz-se necessário discutir algumas das premissas da doutrina tradicional do contrato administrativo, em especial o papel da supremacia do interesse público, traduzido na presença das cláusulas exorbitantes. E, porque não discutir a necessidade da manutenção e, em alguns casos, da não incidência dessas cláusulas. Em verdade, premente discutir qual é o real papel das cláusulas exorbitantes na atualidade.

Nesse contexto é que surge o contrato disciplinado pela Lei nº 13.303/2016.

Por outro lado, quando se estuda o tema das licitações e contratos, embora sejam institutos jurídicos autônomos, devem ser vistos como atos integrantes de um mesmo procedimento,<sup>7</sup> ou seja, atos praticados em um processo de contratação, composto das fases de planejamento, de licitação, da celebração do vínculo contratual e da execução e gestão do contrato.

A doutrina sempre se debruçou sobre as fases da licitação e da execução e gestão do contrato, sendo que, recentemente, passou também

<sup>6</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 107, p. 74-82, dez. 2009.

<sup>7</sup> Daniele Coutinho Talamini lembra que não se pode mais negar o caráter procedimental da licitação. “Não só porque a Constituição e a lei lhe conferem este caráter, mas porque se percebe que é constituída de uma série concatenada de atos que visam a um resultado final, e onde cada qual confere o suporte legal para os subsequentes. Desde logo, pode-se afirmar que a licitação caracteriza-se como procedimento com regulamentação fechada, onde resta pouca margem de discricionariedade para o administrador. Consequência disto é que mais comuns serão as extinções de atos por motivo de legalidade, sendo as hipóteses de invalidação mais frequentes que as de revogação” (TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 194).

a se preocupar com a fase de planejamento, haja vista que as decisões tomadas nessa fase geram profundas consequências nas fases anteditas. Destarte, os estudiosos pouco se debruçam sobre a fase de celebração do vínculo contratual, em especial sobre os direitos dos licitantes (adjudicatários) nas situações em que a Administração Pública opta pela não formalização da relação contratual, porquanto, em decorrência de fato superveniente, acaba por revogar o certame.

Ora, é exatamente sobre a possibilidade de revogação e suas consequências que iremos discorrer, haja vista o contido nos art. 60 a 62 da Lei nº 13.303/2016.

## 1 Encerramento do procedimento licitatório

Acerca das fases e atos alusivos à realização e desenvolvimento do próprio procedimento licitatório, verifica-se que ele é instaurado pelo ato de autorização e se finda, em regra, com o ato de homologação, ambos exarados por uma autoridade com competência legal para tanto. Excepcionalmente, o procedimento pode ser encerrado pelo ato de revogação ou pelo de anulação.

Na Lei nº 13.303/2016, o procedimento está indicado no art. 51, que prevê as seguintes fases: (i) preparação; (ii) divulgação; (iii) apresentação de lances ou propostas, conforme o modo de disputa adotado; (iv) julgamento; (v) verificação de efetividade dos lances ou propostas; (vi) negociação; (vii) habilitação; (viii) interposição de recursos; (ix) adjudicação do objeto; e (x) homologação do resultado ou revogação do procedimento.

A fase de preparação da licitação não está disciplinada na Lei nº 13.303/2016, cabendo a cada empresa estatal, quando da elaboração do seu regulamento interno, nos moldes do inc. IV, do art. 40, dispor sobre seus atos.

No tocante ao seu encerramento, destaca-se o contido nos arts. 60 a 62 da LRE, *in verbis*:

Art. 60. A homologação do resultado implica a constituição de direito relativo à celebração do contrato em favor do licitante vencedor.

Art. 61. A empresa pública e a sociedade de economia mista não poderão celebrar contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos à licitação.

Art. 62. Além das hipóteses previstas no §3º do art. 57 desta Lei e no inciso II do §2º do art. 75 desta Lei, quem dispuser de competência para homologação do resultado poderá revogar a licitação por razões

de interesse público decorrentes de fato superveniente que constitua óbice manifesto e incontornável, ou anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, salvo quando for viável a convalidação do ato ou do procedimento viciado.

§1º A anulação da licitação por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, observado o disposto no §2º deste artigo.

§2º A nulidade da licitação induz à do contrato.

§3º Depois de iniciada a fase de apresentação de lances ou propostas, referida no inciso III do caput do art. 51 desta Lei, a revogação ou a anulação da licitação somente será efetivada depois de se conceder aos licitantes que manifestem interesse em contestar o respectivo ato prazo apto a lhes assegurar o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.

§4º O disposto no caput e nos §§1º e 2º deste artigo aplica-se, no que couber, aos atos por meio dos quais se determine a contratação direta.

Conjugando-se os dispositivos legais anteditos, verifica-se:<sup>8</sup>

1º) Encerrada a fase de interposição e julgamento de recursos, ou mesmo que os licitantes entendam pela sua não interposição, os autos são remetidos à autoridade superior para, uma vez verificado o atendimento dos requisitos da proposta mais vantajosa e dos requisitos de habilitação, homologar o certame, o que implica o reconhecimento da legalidade do procedimento licitatório. Através desse ato se reconhece válido e legal todo o certame, o que implica afirmar que não há nenhum óbice à contratação (art. 60 da LRE).

Lembra Benedicto de Tolosa Filho que a homologação “é um ato privativo do ordenador de despesa e caracteriza um ato de controle interno das ações realizadas pelas autoridades que participaram do

---

<sup>8</sup> Não obstante a sequência de atos prevista nos incs. IX e X do citado art. 51 da LRE pareça indicar que o ato de adjudicação antecede o de homologação, cediço que, somente após a ratificação do procedimento pela autoridade competente pode haver a entrega do bem ao vencedor. Em geral, a Administração Pública expede um único ato com dois conteúdos jurídicos (homologação e adjudicação). Não há uniformidade na doutrina, havendo quem defenda ser o ato de adjudicação de competência da Comissão de Licitação, tal qual ocorre na modalidade pregão, na pessoa do pregoeiro, enquanto a homologação, por ser ato de controle interno, é privativa da autoridade competente. Neste sentido, ensina Carlos Ari Sundfeld que a adjudicação é o ato imediatamente posterior ao julgamento (SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 169). Por sua vez, lembra José dos Santos Carvalho Filho que a adjudicação é ato vinculado, pois “não teria sentido que a autoridade confirmasse o procedimento por homologação e resolvesse simplesmente não adjudicar o objeto do contrato ao vencedor por motivo de conveniência e oportunidade” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 295).

procedimento da licitação”.<sup>9</sup> Ao pôr fim ao procedimento licitatório, inicia-se a fase de formalização da relação contratual.

Já decidiu o Tribunal de Contas da União:

a homologação se caracteriza como um ato de controle praticado pela autoridade competente sobre tudo o quanto foi realizado pela comissão de licitação. Homologar equivale a aprovar os procedimentos até então adotados. Esse ato de controle não pode ser tido como meramente formal ou chancelatório, mas antes como um ato de fiscalização.<sup>10</sup>

Nesses termos, uma autoridade que homologa um procedimento licitatório acaba avocando para si as eventuais irregularidades deste, o que implica a possibilidade legal de sua responsabilidade.

Havendo qualquer empecilho à contratação, a autoridade competente não homologará o certame. Se constatar qualquer vício de ilegalidade irá anular total ou parcialmente a licitação. Sendo a anulação parcial, irá determinar à comissão que refaça os atos do procedimento licitatório, escoimando os vícios (art. 62 da LRE).

Poderá, ainda, ocorrer que a contratação passe a ser considerada contrária ao interesse público em decorrência de fato superveniente devidamente comprovado. Haverá, então, motivo para revogação da licitação (art. 62 da LRE).

2º) Ato contínuo, em geral a mesma autoridade atribui ao licitante classificado em 1º lugar (detentor da melhor proposta) o objeto da licitação. Trata-se da adjudicação do objeto descrita no inc. IX, do art. 51 da Lei nº 13.303/2016, que implica a impossibilidade de a empresa estatal celebrar contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos à licitação (art. 61 da LRE).<sup>11</sup>

No procedimento disciplinado na Lei nº 8.666/1993, de conformidade com o previsto nos arts. 43, inc. VI, e 50, com a realização desses dois atos (homologação e adjudicação), o licitante vencedor vê

<sup>9</sup> TOLOSA FILHO, Benedicto. *Licitações, contratos e convênios*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 246.

<sup>10</sup> TCU, 2ª Câmara. Acórdão nº 4.791/2013, TC nº 026.876/2010. Rel. Min. Ana Arraes, 13. 8.2013.

<sup>11</sup> Nota Ricardo de Paula Feijó que a Lei nº 13.303/2016 “não regulamenta em nenhum dispositivo a adjudicação, o que deverá ser feito por meio dos regulamentos internos de licitação” (FEIJO, Ricardo de Paula. O procedimento da licitação da lei 13.303/2016. In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais – Lei nº 13.303/2016*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 459).

assegurado o seu direito à contratação, se esta vier a se concretizar, isto é, se a Administração vier a celebrar o contrato, só poderá fazê-lo com o licitante vencedor, excetuadas as situações de recusa em assinar o contrato ou de retirar o instrumento equivalente, hipótese na qual será admitida a contratação com os licitantes remanescentes, atendida rigorosamente a ordem de classificação, desde que mantidas todas as condições da proposta vencedora, inclusive o preço.

Acerca dos efeitos da adjudicação, merece destaque o apontado por Benedicto de Tolosa Filho, para quem referido ato

confere ao primeiro classificado no procedimento licitatório o direito subjetivo de ser contratado. O direito é apenas subjetivo, pois, desde que ocorram fatos supervenientes, decorrentes de caso fortuito ou de força maior devidamente justificados, face ao previsto no art. 49 da LLCA, garante o direito constitucional de ampla defesa.<sup>12</sup>

Ademais, lembra Adilson Abreu Dallari que “a adjudicação não é um ato discricionário, que a autoridade encarregada de proceder ao julgamento da licitação possa praticar ou não, segundo razões de conveniência e oportunidade”. Acrescenta, ainda, que “rigorosamente dever-se-ia dizer que a competência da autoridade para praticar o ato de adjudicação é vinculada”.<sup>13</sup>

A LRE manteve para a adjudicação o mesmo conteúdo e consequências jurídicas previstos na Lei nº 8.666/1993, no entanto, situação diversa ocorre com a homologação que implica, para o licitante vencedor, a constituição de direito relativo à celebração do contrato (art. 60).

Ora, se pela Lei nº 8.666/1993 o adjudicatário tem apenas uma expectativa de direito de ser contratado, pode-se afirmar que, em face da LRE o adjudicatário passa a ter direito adquirido à contratação?

## 2 Direito à contratação do adjudicatário

Tendo como pano de fundo a análise feita em face das disposições da Lei nº 8.666/1993, verifica-se a existência de duas correntes.

<sup>12</sup> TOLOSA FILHO, Benedicto. *Licitações, contratos e convênios*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 245.

<sup>13</sup> DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 156. No mesmo sentido argumenta Carlos Ari Sundfeld (*Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 169).

A primeira, mais tradicional, sustenta que o adjudicatário não tem direito à contratação, tendo apenas o direito de não ser preterido.<sup>14</sup> Na lição de Carlos Pinto Coelho Motta, “tanto quanto o candidato aprovado em concurso público, o licitante adjudicatário tem a expectativa de ser contratado e o direito cristalino de não ser preterido”.<sup>15</sup>

Por outro lado, a corrente moderna, indicando a complexidade e quantidade dos atos expedidos pela Administração, destaca não ser “crível que todos os atos, inclusive técnicos, de um procedimento administrativo, caminhem em uma determinada direção (contratação de um particular) e, depois, possam, sem justificativa plausível, ser desconsiderados”.<sup>16</sup> Há quem resista em admitir que o vencedor tenha direito ao contrato. Não pensamos, assim, contudo. Se toda a licitação e o resultado final foram homologados, a Administração está vinculada à prática da adjudicação e à celebração do negócio contratual.<sup>17</sup>

Implica dizer que, em regra, o adjudicatário tem direito à contratação, exceto se presentes situações que gerem a necessidade de revogação ou anulação do certame. Por sua vez, caso o adjudicatário não tenha seu direito garantido, fará jus à indenização por perdas e danos.<sup>18</sup>

Na mesma linha, Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos, analisando a redação do art. 60 da LRE, afirmam que o “conteúdo taxativo da norma deixa extreme de qualquer dúvida uma das consequências jurídicas da homologação: criar o direito de ser contratado em favor do licitante a quem foi adjudicado o objeto”.<sup>19</sup> Consequentemente, deve haver contratação como direito subjetivo do licitante vencedor. “Caso contratação não haja, há direito de indenização em favor da pessoa a quem foi adjudicado o objeto. A indenização deve abranger o dano emergente e os lucros cessantes”.

<sup>14</sup> É a posição defendida por Adilson Abreu Dallari (*Aspectos jurídicos da licitação*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 161), Carlos Ari Sundfeld (*Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 107) e Caio Tácito (*Temas de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 211. v. 3).

<sup>15</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*: comentários à Lei nº 8.666/93, alterada pela Lei nº 8.883/94. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 197.

<sup>16</sup> PINHO, Cristiano Vilela de; GOMES, Wilton Luis da Silva. *Licitações sob o ponto de vista dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Alameda Casa Editorial/Didática Suplegraf, 2011. p. 273.

<sup>17</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 295.

<sup>18</sup> PINHO, Cristiano Vilela de; GOMES, Wilton Luis da Silva. *Licitações sob o ponto de vista dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Alameda Casa Editorial/Didática Suplegraf, 2011. p. 274.

<sup>19</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Lei das Estatais – Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 212-213.



Acompanhamos o moderno entendimento da doutrina, no sentido de que, uma vez findo o procedimento licitatório, tendo a autoridade exarado os atos de homologação e adjudicação, gera-se para o adjudicatário o direito subjetivo à contratação.

Entretanto, uma vez homologado o certame, pode a Administração, nos termos do antedito art. 62, revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente que constitua óbice manifesto e incontornável? Ou seja, a não concretização do direito à contratação do adjudicatário se resolveria pelo pagamento de indenização?

### 3 Revogação do procedimento licitatório

A Lei nº 13.303/2016 prevê três hipóteses de revogação:

- 1<sup>a</sup>) se não for obtido valor igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação (art. 57, §3º);
- 2<sup>a</sup>) o licitante convocado não assina o contrato (art. 75, §2º, inc. II);
- 3<sup>a</sup>) por razões de interesse público decorrentes de fato superveniente que constitua óbice manifesto e incontornável (art. 62).

Para fins desse estudo nos interessam apenas a segunda e terceira hipóteses.

No tocante à hipótese do não comparecimento do licitante vencedor para assinar o contrato, haja vista que ele tem o direito à contratação, o não comparecimento se caracteriza como uma hipótese de extinção do ato administrativo pela recusa do adjudicatário. Isso porque sua aquiescência é necessária para a produção de efeito,<sup>20</sup> qual seja, a formalização da relação contratual.

Dessa forma, se o adjudicatário não exerce seu direito à contratação, a pena prevista pela LRE (art. 75) é a decadência desse direito, não havendo possibilidade de previsão de pena pecuniária. Para a Administração, o ato de homologação perde o efeito, o que lhe faculta optar pela convocação dos licitantes remanescentes, nos moldes do inc. I, §2º, do mesmo dispositivo legal, ou revogar a licitação.

Por outro lado, quanto à revogação do procedimento, entendemos que, em tese, pode ocorrer: (i) no curso da competição; (ii) no final do procedimento da licitação, como opção ao ato de homologação; e (iii) após o ato de homologação e adjudicação, enquanto se aguarda o prazo para formalização da relação contratual.

<sup>20</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 416.

Como alertado por Daniele Coutinho Talamini, o problema acaba restrito “à revogação da licitação em si – com a decisão de que a contratação futura não é mais conveniente –, e não em relação a atos que integram o procedimento”.<sup>21</sup> Logo, nos interessa apenas a situação atinente à revogação após o ato homologatório.

Marçal Justen Filho<sup>22</sup> afirma que a revogação pode ser praticada a qualquer tempo, mesmo após a adjudicação do objeto da licitação, destarte, excepciona a hipótese de revogação de ato praticado sem exercício de discricionariedade, porquanto geradora de direito adquirido, constituir-se-ia em barreira à revogação. Destarte, aponta que “essa barreira se retrata no direito à indenização”. Assim, o “direito do particular não se retrata, após aperfeiçoado o ato jurídico, na impossibilidade de desfazimento dele, mas no direito à indenização por perdas e danos”.<sup>23</sup>

Embora seja esse o entendimento majoritariamente adotado pela doutrina, aliás, em face do teor da própria Lei nº 8.666/1993, entendemos que não cabe o mesmo raciocínio para a Lei nº 13.303/2016.

Isso porque, se em face da previsão legal expressa a homologação gera um direito à celebração do contrato, entendemos que não compete à autoridade proceder à sua revogação, mesmo que seja possível a verificação de eventual indenização, porquanto se está perante direito adquirido do adjudicatário.

E, sendo o direito adquirido um dos limites ao poder de revogar,<sup>24</sup> a questão não se resolve exclusivamente pelo pagamento de indenização, mas, sim, deve ser resolvida através da expropriação do direito à contratação.<sup>25</sup> Aplica-se, no que couber, o mesmo regime previsto no art. 5º, inc. XXIV da Constituição Federal, com todas as suas consequências, inclusive indenizatórias.

<sup>21</sup> TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 196.

<sup>22</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1051.

<sup>23</sup> Sobre o tema já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça no sentido de que: “A revogação da licitação, quando antecedente da homologação e adjudicação, é perfeitamente pertinente e não enseja contraditório. Só há contraditório antecedendo a revogação quando há direito adquirido das empresas concorrentes, o que só ocorre após a homologação e adjudicação do serviço licitado” (STJ, 2ª T. Recurso em Mandado de Segurança nº 23.402-PR. Rel. Min. Eliana Calmon).

<sup>24</sup> Nesse sentido José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 170) e Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 426).

<sup>25</sup> Também conhecida como “revogação expropriatória”.

Os fundamentos<sup>26</sup> são (i) a excepcionalidade da situação, porquanto “não se pode invocar simplesmente contrariedade ao interesse público para que se possa legitimamente suprimir direitos adquiridos, mas somente aqueles interesses que a lei visa a proteger”; e a (ii) generalidade do regime, já que o “direito que integra o patrimônio de alguém, [...] apenas pode ser suprimido da mesma forma que outros direitos integrantes do patrimônio”.

## Conclusão

Certo que, em face da redação do art. 60 da Lei nº 13.303/2016, como decorrência da homologação da licitação, o adjudicatário passa a ter direito adquirido à contratação.

O próprio adjudicatário pode recusar o exercício desse direito, o que não lhe gera nenhuma sanção, mas, apenas, a sua perda pela decadência, nos termos do art. 75 da LRE.

Esse direito, que já se incorporou ao patrimônio do adjudicatário, somente pode ser retirado pela utilização do instituto da expropriação, não sendo mais possível a revogação do certame, mesmo que se efetue pagamento da indenização correspondente.

Isso porque a indenização que o adjudicatário vier a perceber como decorrência da supressão do seu direito adquirido à contratação decorre da expropriação desse direito e não da revogação do ato homologatório que deu origem a ele.<sup>27</sup>

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

STROPPA, Christianne de Carvalho. A revogação da licitação na Lei das Estatais – Lei nº 13.303/2016. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 47-57. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

<sup>26</sup> TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 245.

<sup>27</sup> É a conclusão a que chega Daniele Coutinho Talamini, ao analisar os institutos da revogação e da expropriação, na hipótese em que o direito adquirido deve ceder diante de um interesse coletivo (TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 245).



# SANÇÃO OU ACORDO: UM (NOVO) DILEMA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA?

DANIEL FERREIRA

## Introdução

A Lei nº 12.846/2013, intitulada “Lei Anticorrupção”, causou certo estardalhaço ao trazer consigo uma (aparente) novidade jurídica, qual seja a possibilidade de realização de um acordo com a pessoa investigada – nela batizado de “acordo de leniência” – por meio do qual, desde que atendidos certos requisitos, essa pessoa seria “isentada” de algumas das sanções na lei previstas, além de beneficiada com a mitigação (em até dois terços) do valor da multa aplicável.

E como o advento da lei foi celebrado por toda a sociedade brasileira, muitos passaram a refletir mais profundamente acerca dessa previsão (de possibilidade de firmação de “acordos”), mormente pelo entendimento, até então disseminado, de que o exercício do dever-poder administrativo sancionador mostrar-se-ia *vinculado*.<sup>1</sup> Isto é, que dado o ilícito, deveria ser a sanção correspondente, numa relação antecedente-consequente, de implicação lógico-jurídica, melhor dizendo, a qual não autorizaria qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência para sua concretização.

---

<sup>1</sup> Por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 893; VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 65.

Como observam Egon Bockmann Moreira e Andreia Cristina Bagatin:

a questão que se coloca, então, é a de se saber até que ponto a Administração Pública pode negociar o exercício do “poder de polícia” (i.e., a competência administrativa de fiscalização e aplicação de sanções). Em outras palavras, quais são os limites da (in)disponibilidade no Direito Administrativo Ordenador.<sup>2</sup>

Enfim, é disto que trata este artigo, de investigar a contínua desconstrução de um paradigma da teoria geral do direito (e do próprio direito administrativo sancionador) por meio da sucessão de leis variadas que preveem a adoção de um comportamento reacionário prestigiador de outros meios dialógicos de restauração da ordem jurídica violada pela prática do ilícito, em aparente menoscabo da imposição ordinária e unilateral da sanção administrativa.

## 1 Desfazendo a má-impressão: os “acordos” administrativos em seara fiscalizadora-sancionadora não configuram novidade recente no ordenamento jurídico brasileiro

A possibilidade de firmação de “acordos” objetivando evitar a imposição de uma sanção administrativa, antes ou depois de provada a ocorrência do ilícito administrativo, não configura uma novidade propriamente dita, em especial quando se vislumbram as possibilidades constantes da outrora vigente Lei nº 8.884/1994 – que transformou o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade) em autarquia – com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 2.055/2000.

Isso é, referida MP fez inserir o art. 35-B, por meio do qual se criava a possibilidade de firmação de acordos de leniência – com a extinção da ação punitiva da Administração Pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica –, desde que houvesse

<sup>2</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jul./set. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=204512>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

colaboração efetiva com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resultasse (i) a identificação dos demais coautores da infração; e (ii) a obtenção de informações e documentos aptos a comprovar a infração noticiada ou sob investigação.

Pouco antes disso, a Lei nº 9.603/1998 – que trata das sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente – já contava com similar possibilidade, então encartada em seu art. 79-A por força da Medida Provisória nº 1.710/1998.

Por meio desse expediente, autorizou-se alguns órgãos ambientais integrantes do Sisnama a celebrarem, com força de título executivo extrajudicial, termos de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental. Com isso permitiu-se a promoção das necessárias correções de atividades para o atendimento das exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes. No entanto, coube ao (já superado) Decreto nº 3.179/1999 – supostamente editado para “regulamentar” as sanções administrativas aplicáveis pelo cometimento de infrações ao meio ambiente – prever a redução das multas em noventa por cento quando firmado o respectivo termo de compromisso, conforme previsão constante do §3º do art. 60.

A Lei nº 9.961/2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), igualmente previu, no inc. XXXIX do art. 4º, a possibilidade de firmação de termo de compromisso de ajustamento de conduta, o qual – nos termos dos art. 3º da Resolução-RDC nº 57/2001 – não importaria em confissão quanto à matéria de fato e nem no reconhecimento de ilicitude do comportamento sob apuração, e ainda assim permitiria a suspensão do processo sancionador em curso, sem prejuízo de exigir certas obrigações da operadora de saúde, em particular de cessar atividades e de reparar prejuízos porventura causados.

Logo, faz quase vinte anos que os brasileiros convivem com realidade jurídica dessa natureza, muito embora ainda sejam poucos os administrativistas a darem a devida atenção a isso, no sentido de discutir essa faculdade (ou obrigação) da Administração Pública, investigar sua (in)constitucionalidade e, até mesmo, sua conformidade – ou não – com os princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade dos interesses públicos.

Mas antes de se tratar disso amiúde é preciso compreender um pouco melhor a atividade de prevenção-fiscalização de ilícitos administrativos e mesmo de sua repressão.

## 2 Revisando a perspectiva sancionatória no âmbito da Administração Pública brasileira

Conceitua-se a infração administrativa como “o comportamento voluntário, violador da norma de conduta que o contempla, que enseja a aplicação, no exercício da função administrativa”,<sup>3</sup> de uma sanção de mesma natureza.

Por sua vez, entende-se por sanção administrativa a “direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo”,<sup>4</sup> imposta por uma autoridade pública, no exercício de função administrativa, cuja finalidade é a de “desestimular a prática daquelas condutas censuradas ou constringer ao cumprimento das obrigatórias”, conforme o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello.<sup>5</sup>

Nesse cenário, por primeiro defendeu-se – sem exceções – que “dada a infração, deve (e não pode) ser a sanção”,<sup>6</sup> de modo que o exercício do dever-poder sancionador configuraria atividade vinculada, não comportando qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência.<sup>7</sup>

Tempos depois, sustentou-se a possibilidade-necessidade de adoção de providência diversa por parte da Administração Pública, desde que na presença de lei “autorizando” ou determinando em sentido contrário. Melhor dizendo, ao examinar as disposições das leis nacionais nº 9.603/1998, nº 8.884/1994 e nº 9.961/2000, e da Lei Municipal nº 9.310/2006, de Belo Horizonte, concluiu-se pela existência e *pela validade* de tais expedientes como substitutivos “extraordinários” da investigação dos ilícitos administrativos e/ou da aplicação das sanções correspondentes, mediante a firmação de “acordos” igualmente voltados à reintegração da ordem jurídica reconhecida como violada ou na suposição de tanto. Porém, com a vantagem de sua maior efetividade e eficácia, facilmente constatáveis a partir das notas de celeridade e de pronta correção de comportamentos e/ou de seus efeitos danosos ao meio ambiente, à concorrência, ao mercado regulado ou ao patrimônio público, respectivamente.

A isso se associou argumentação calçada no atendimento simultâneo aos primados de adequação, necessidade e de proporcionalidade

<sup>3</sup> FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 63.

<sup>4</sup> FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 63.

<sup>5</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 878. No mesmo sentido: FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 44.

<sup>6</sup> FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 43.

<sup>7</sup> FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 175.



em senso estrito, além da necessidade de atenção para a dignidade da pessoa humana e para a função social da empresa.<sup>8</sup> É dizer, buscou-se fundamento/argumento para admissão das alternativas ao processo sancionador e/ou à sanção administrativa nas leis, mas também no direito.<sup>9</sup>

A única ressalva então feita – com apoio em Maria Sylvania Zanella Di Pietro –<sup>10</sup> foi a *necessidade de lei (e prévia)* estipulando tais hipóteses como alternativas, as quais constituiriam não uma faculdade para a Administração Pública, porém verdadeiro *direito (líquido e certo)*<sup>11</sup> do autuado-processado-sancionado que provadamente preenchesse os requisitos para tanto, por se tratar de medida menos gravosa<sup>12</sup> e apta a resgatar o estado de legalidade.

Em síntese, concluiu-se (nos idos de 2009) que a *potestade administrativa sancionadora* configuraria atividade vinculada, a ser concretizada na forma e nos limites da lei (e do regulamento), o que não entraria em testilhas com a excepcional possibilidade de

sua substituição por outra medida, se, quando e como também determinado/autorizado em *ato normativo de índole legal*. Deveras, a lei tudo pode em matéria sancionadora, desde que respeitados os limites

<sup>8</sup> No caso da suspensão do processo disciplinar – Suspad, por meio da qual se deixava de processar e sancionar o servidor público belo-horizontino que anuísse como voluntário ressarcimento do dano culposamente causado ao erário.

<sup>9</sup> FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 329-357.

<sup>10</sup> Examinando o poder sancionatório, no bojo das parcerias, Maria Sylvania Zanella Di Pietro manifestou-se contrária à possibilidade de a Aneel firmar termos de ajuste de conduta apenas com espeque em resolução normativa (por ela mesma editada) (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella *apud* FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 352-354).

<sup>11</sup> FERREIRA, Daniel. Alternativas legais à sanção administrativo-ambiental: uma eventual questão de dignidade da pessoa humana e de sustentabilidade da atividade empresarial. *Revista Jurídica*, Curitiba, n. 22, n. 6, p. 55-75, 2009. Temática. p. 71. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/99>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

<sup>12</sup> Esse argumento encontra amparo na Lei nº 9.784/1999 – que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal –, que estatui no inc. VI do parágrafo único do art. 2º como critério de compulsória observância nos processos administrativos a “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”. Nesse sentido, ainda, é importante lembrar que referida lei tem aplicação subsidiária a estados e municípios, conforme orientação jurisprudencial do STJ: “Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS. REVISÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. APLICABILIDADE DO ART. 54 DA LEI 9.784/1999 POR ANALOGIA. POSSIBILIDADE. [...] 3. Ademais, ao contrário da tese defendida pelo agravante, a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a Lei 9.784/1999 pode ser aplicada de forma subsidiária no âmbito dos demais Estados-Membros e Municípios, se ausente lei própria que regule o processo administrativo local, como ocorre na espécie. 4. Agravo Regimental não provido” (AgRg no AREsp nº 263.635/RS. Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 16.5.2013. *DJe*, 22 maio 2013).

traçados pela Constituição – que lhe confere fundamento de validade e a legitima (pelos fins com aquela colimados atingir).<sup>13</sup>

Com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), o cenário jurídico brasileiro parece ter mudado ainda mais, haja vista que nele se disciplinou sua aplicação como *supletiva* e *subsidiária* na ausência de normas que regulem os processos administrativos (entre outros), nos termos do seu art. 15. Demais disso, nele se previu, no §3º do art. 3º, que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

De conseguinte, é possível cogitar de o Código Processual ter criado uma “cláusula geral e aberta”, para além de “incentivadora” da consensualização mesmo diante de conflitos instalados perante a Administração Pública de qualquer ordem, inclusive a partir de potencial ou provado cometimento de infrações administrativas. Aliás, a dicção do §2º (do mesmo art. 3º) se mostra ainda mais incisiva, ao ditar que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”.

Contudo, o que realmente deve chamar ainda mais a atenção é o fato de essa “intenção” se encontrar plasmada na própria Carta Política e, mais precisamente, em seu preâmbulo, o qual parece não ter sido sequer lido, compreendido ou assimilado para o fim de se compreender que o Estado brasileiro nasceu “comprometido” com a solução *pacífica* das controvérsias, mesmo que de ordem interna.

### 3 Consenso, consensualidade, consensualização, princípio da supremacia do interesse público e indisponibilidade dos interesses públicos

Como observado por Thiago Marrara, “com elevada frequência, confunde-se consensualização com consenso ou com consensualidade. Misturam-se meios e fins, processos com resultados”.<sup>14</sup> Assim, é preciso depurar os rótulos.

<sup>13</sup> FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 356-357.

<sup>14</sup> MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/99195/9858>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

Consenso significa consentimento recíproco; consensualidade indica o grau, maior ou menor, de consenso na construção ou execução das políticas públicas. Os dois termos apontam para resultados. Consensualização, por sua vez, é movimento de transformação da Administração Pública e de seus processos administrativos em favor da edificação de consensos.<sup>15</sup>

De sua parte, Diogo de Figueiredo de Moreira Neto reconhece a existência de três gêneros da Administração Pública consensual: a decisão consensual (que teria como espécies o plebiscito e o referendo, entre outros), a execução consensual (instalada a partir de contratos administrativos de parceria e acordos administrativos de coordenação) e a *solução de conflitos consensual* (prevenindo-os ou resolvendo-os, mediante composição por meio de conciliação, mediação, ajustes de conduta e instrumentos afins).<sup>16</sup>

Ademais, no contexto da última modalidade, a verticalização presente no exercício ordinário do dever-poder de polícia tende a desaparecer e, pois, a dar lugar a uma relação horizontalizada, em que a Administração Pública e o cidadão dialogam, buscando convergir suas impressões e “vontades” para uma solução comum do conflito – acordada na medida das possibilidades:

Em conclusão, um Estado de *juridicidade plena* – de legalidade, de legitimidade e de licitude – um *Estado de Justiça*, não pode prescindir dessa interação horizontal, o que deverá refletir-se em sua atuação, de modo que as ações suasórias sempre precedam ações dissuasórias e estas, as sancionatórias: a face imperativa do Poder só deve aparecer quando absolutamente necessário e no que for absolutamente indispensável.<sup>17</sup>

Nada obstante a aparente razoabilidade (e lucidez) dessa afirmação, é possível suscitar – ainda que para afastar – o aparente conflito instalado entre a cogitada possibilidade de (busca de) composição na seara administrativa sancionadora e o princípio da supremacia do interesse público. A isso assim refere Juliana Bonacorsi de Palma:

<sup>15</sup> MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/99195/9858>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

<sup>16</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais de ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 29-156, jan./mar. 2003.

<sup>17</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais de ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 29-156, jan./mar. 2003. p. 156.

em relação à atuação administrativa consensual, a celebração de acordos administrativos pode ser interpretada como uma afronta ao princípio da supremacia, na exata medida em que a Administração deixaria de decidir conforme o interesse público para dotar soluções negociadas, que contemplem os interesses privados.<sup>18</sup>

No entanto, interpretação como essa se mostra equivocada, na exata medida em que, *e.g.*, a previsão em lei específica da possibilidade de substituição da sanção administrativa por um acordo alberga o reconhecimento da supremacia do interesse público, que se vê externada na expressa autorização legal de *busca* de uma solução extraordinária; portanto, diversa da usual. Desse modo, a ordem jurídica violada (*in concreto* ou mesmo por suposição) será, afinal, reintegrada – seja pela via da sanção, seja pela via do acordo administrativo.<sup>19</sup>

A eventual convergência entre o interesse “particular”, do particular “beneficiado” com o ajuste, e o interesse público – seja ele qual for – em nada pode inibir ou constranger o regular exercício do dever-poder acometido ao exercente de função administrativa no sentido de buscar a solução jurídica apontada, na lei (*e no direito*), como preferencial ou prioritária para a solução de conflitos.

Por outro lado, ao se “possibilitar”, por meio de lei autorizativa, a firmação de acordos em detrimento da usual confirmação do ilícito e imposição ordinária da sanção administrativa correspondente, está-se a assumir, *ex ante* e *in abstracto*, eventual preferência na satisfação de um interesse público em relação a outro; que se prefere a satisfação do interesse público (assumido de modo amplíssimo) de um jeito e não de outro; que, *e.g.*, se antecipa e alardeia preferência pela recomposição imediata do meio ambiente degradado mediante “acordo” em detrimento da simples imposição, aplicação e execução da multa administrativa de natureza ambiental. Isto é, que se prioriza satisfazer a necessidade das presentes e futuras gerações relativas ao meio ambiente equilibrado ao desestímulo individual e geral de causação de danos ao meio ambiente por meio da imposição da consequência

<sup>18</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 167.

<sup>19</sup> “A sanção administrativa deve, portanto, ter natureza instrumental, isto é, não se constitui como um fim em si, mas como um dos meios – e não o único – para se evitar o descumprimento de uma obrigação jurídica e para viabilizar a prossecução do interesse público tutelado” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo* – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 156, fev. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=102105>>. Acesso em: 14 mar. 2017).

restritiva de direitos de caráter repressivo. Destarte, as duas atuações administrativas (sancionadora ou consensual) poderiam reintegrar a ordem jurídica em caso de cometimento de ilícitos, satisfazendo um ou outro interesse público, mas a prévia opção legislativa, como feita, exige tentar-se, pelo menos, atendimento prioritário de um deles, mediante consensualização.

Com efeito, sendo o Brasil constituído num Estado *Democrático* de Direito – como explicitado na Constituição da República –, praticamente se obriga a *preferir* soluções concertadas a concertos supostamente obtidos por meio da imposição da sanção, inclusive na esfera administrativa, pelo simples fato de que assim se revelaria a democracia em sua vertente substancial e não apenas formal.

Sustentam a mesma tese Alexandre Santos de Aragão e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, ao invocarem as lições de Paulo Otero, para quem há fundamento constitucional para essas novas possibilidade de solução consensual de conflitos por refletirem “um aprofundamento da democracia participativa, por revelarem a coexistência entre os setores público e privado e por elevarem o particular de objeto a parceiro da ação administrativa, de maneira que a opção pela celebração de contratos administrativos substitutivos da emanção de atos administrativos flexibiliza a legalidade das formas de exercício da atividade administrativa”,<sup>20</sup> o que habilitaria-legitimaria a superação do modelo usual de decisão administrativa unilateral.

De conseguinte, encorajar-se a consensualização ao invés da imperatividade não importa em sacrificar interesses públicos, menos ainda em desconsiderar o princípio da supremacia do interesse público como viga-mestra do direito administrativo.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. As ações do Ministério Público em matéria de regulação e a importância dos instrumentos consensuais. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 75, set./out. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=82196>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

<sup>21</sup> Aliás, “[...] muito possivelmente boa parte das críticas ao princípio da supremacia do interesse público advenha da sua má-compreensão, ainda mais quando complementado com a expressão ‘sobre o interesse privado’. É que a noção de supremacia traz consigo arraigada a ideia de superioridade absoluta, daquelas próprias de momentos despóticos, arbitrários, em que justificativas não se fazem necessárias; sem possibilidade de crítica, sem necessidade de reflexão e sem qualquer aparente probabilidade de mudança. Confrontando-se ‘público’ e ‘privado’ e atrelando-se ao primeiro uma suposta armadura de preferência irretorquível, a invocação da supremacia do interesse público evidentemente assusta pelo poder das palavras e, pior, se presta ao mau uso da expressão para legitimar abusos diversos cometidos pelo Executivo e imotivadamente chancelados pelo Judiciário. Coloca, ainda, o interesse de todos sempre apriorística e falsamente em rota de colisão com interesses individualizados e confunde o operador – da Administração

E exatamente ao contrário disso, por meio da consensualização exercitada no desempenho de *qualquer* atividade administrativa, estar-se-á a maximizar a satisfação do (mais amplo) interesse público, na exata medida em que os processos passarão a contar com a participação efetiva dos direta ou indiretamente afetados com os seus resultados, seja na compreensão (ou na construção) da verdade material – que servirá de suporte fático para a tomada de decisão – seja na *construção* da decisão a ser adotada a partir das “possibilidades” juridicamente admitidas em cada caso concreto. Portanto, no sentido de democratização integral da Administração Pública.<sup>22</sup> E ninguém olvida que

---

ou do Poder Judiciário – quando da aplicação da lei e do direito” (FERREIRA, Daniel; PELLEGRINELLO, Ana Paula. Da supremacia e da indisponibilidade do interesse público ao dever-poder de a Administração Pública conciliar perante a Justiça do Trabalho. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (Coord.). *Conciliação: um caminho para a paz social*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 761). Emerson Gabardo percebe o mesmo problema e o identifica nos seguintes termos: “O simples fato de o princípio da supremacia ser usado como argumento (ou alibi) de certos atos arbitrários não significa de modo algum a deturpação de sua essência ou sua força ética e normativa. O problema não é do princípio, mas de sua aplicação prática” (GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 303).

- <sup>22</sup> Embora tratando apenas de orçamentos públicos, Matheus Carneiro Assunção sustenta a necessidade de se democratizar a Administração Pública como um todo: “A participação popular na Administração Pública é característica essencial ao Estado Democrático de Direito, na medida em que aproxima o particular da Administração, estreitando a distância entre o Estado e a sociedade. Nesse sentido, a Constituição de 1988, marcando a superação de um período autoritário na história brasileira, proporcionou um ambiente democrático propício à participação da população na gestão pública, inclusive por meio de organizações representativas (por exemplo, na formulação de políticas na área de assistência social, conforme prevê o seu art. 203, II). A sociedade pluralista atual exige o aperfeiçoamento dos canais de participação democrática. O Estado precisa cada vez mais aproximar-se das aspirações sociais, incentivando o intercâmbio de informações entre o governo e os cidadãos. As reformas da Administração Pública, promovidas na década de 1990 no Brasil, voltadas para a afirmação da cidadania, abriram perspectivas para uma sociedade civil mais integrada e atuante, no contexto de um Estado também mais democrático. Mas ainda é preciso atuar estrategicamente para ampliá-las. A sociedade em rede demanda cada vez mais uma atuação efetiva da Administração Pública no incentivo às formas de participação cidadã, que pode ser implementada por meio de diversos caminhos abertos pela democracia participativa. As bases normativas para isto já existem. Afinal, a própria Constituição estabelece que ‘todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente’ (art. 1º, parágrafo único). Noutro dizer: em um Estado Democrático, a voz do povo deve necessariamente ser ouvida. Isso, aliás, é imprescindível para o próprio controle da atividade estatal. O desenvolvimento democrático, cujo reflexo é a constitucionalização da democracia participativa, substancia um dos motivos pelos quais se institucionalizou a participação popular nas decisões e no controle da Administração Pública. [...] A adoção de instrumentos participativos no ambiente democrático tende a gerar maior transparência no que tange à condução dos assuntos que envolvem a sociedade. O cidadão deixa de ser mero espectador e passa a ser protagonista de transformações na realidade. Transformações pautadas na conjugação da democracia representativa com as vantagens da democracia direta, abrindo-se espaço para o cidadão atuar, direta ou indiretamente, no ambiente

a democracia participativa é do proveito de toda a coletividade, sem prejuízo de igualmente sê-lo de cada sujeito, na tutela de interesses coletivos, individuais homogêneos ou mesmo particulares.

Nas hipóteses em que a lei autorizar eventual firmação de acordos administrativos como “substitutivos” dos processos sancionadores ou das sanções aplicáveis, é preciso conferir atendimento ao princípio da supremacia do interesse público de modo a se *exigir* que a Administração Pública se mostre “a mais aberta” *possível* à construção de uma solução concertada, o que não equivale a dizer que o resultado dessa prática convirja para o consenso ou que nele se concretize.

Em lembrança, a consensualidade admite graus e quanto maior for a consensualidade mais próximo se estará do consenso. Na falta de entendimento comum, por menor que seja, dever-se-á retornar ao padrão comportamental ordinário, o que exigirá a retomada do devido processo legal substancial e atenção aos princípios da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade para aferição concreta do ilícito e imposição da sanção pela autoridade administrativa competente.

De todo modo, nenhum investigado, processado ou sancionado administrativamente se obriga à firmação de qualquer “acordo”, o que reafirma a compreensão de que a supremacia do interesse público também se revela por meio de atenção ao princípio da legalidade. Tal significa dizer que mesmo quando o processo de consensualização adotado para resolver o conflito instalado perante a Administração Pública não resultar “exitoso”, o interesse público continuará a ser satisfeito mediante reintegração da ordem jurídica violada, apenas que por meio da confirmação do ilícito e da aplicação da sanção correspondente (se for o caso), mas tudo na forma da lei e do direito.

Referido êxito, registre-se, não importa na firmação de acordo como originalmente proposto pela Administração Pública, nem como sugerido *ab ovo* pelo particular, evidentemente. O sucesso da “democratização” dessa especialíssima atividade estatal, em cada caso concreto, há de ser alcançado mediante ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas, o que pode resultar na inversão da relação de supremacia, “fazendo prevalecer o interesse específico (individual ou coletivo) sobre

---

estatal. Para que a participação cidadã ativa seja efetiva, a Administração Pública precisa estar aberta ao diálogo, fomentando a cultura de decisões negociadas [...]” (ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. Administração Pública democrática e orçamento participativo. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 144, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=98590>>. Acesso em: 14 mar. 2017).



o interesse geral (da coletividade). É nessas situações que o princípio da proporcionalidade figurará como peça essencial no processo ponderativo”.<sup>23</sup>

*Mutatis mutandis*, essa mesma argumentação serve para afastar a falsa impressão de que ajustes firmados nessa seara seriam incompatíveis com a indisponibilidade *dos interesses públicos* – assim mesmo, no plural.<sup>24</sup> Como deixa assentado Celso Antônio Bandeira de Mello:

a indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.<sup>25</sup>

Deveras, se é a própria lei – *como expressão da soberania popular* – que informa ser do interesse público a firmamento de eventual acordo administrativo, a ponto de autorizá-lo como substitutivo de um processo sancionador ou mesmo da imposição de uma sanção, então deixar de atinar para essa “possibilidade” previamente autorizada no sistema jurídico significaria, isso sim, atentar contra a indisponibilidade daquele interesse público que se vislumbra prioritário. Afinal de contas, os interesses públicos são inúmeros. Do mesmo modo que há interesse público na reintegração da ordem jurídica violada por meio da imposição da sanção correspondente, há interesse público – inclusive das futuras gerações – na pronta recomposição do meio ambiente degradado.

<sup>23</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 267.

<sup>24</sup> “Mais ainda, é impossível afirmar a existência de um ‘interesse público’ único e unitário. Na generalidade das hipóteses, existem diversos interesses tutelados pela ordem jurídica, todos merecedores de idêntica proteção. A decisão concreta a ser adotada sempre pressuporá a identificação efetiva e cristalina desses diversos interesses. Bem por isso, afirmar o ‘princípio da supremacia do interesse público’ não fornece qualquer critério para identificar a solução compatível com o direito. É indispensável verificar, em face do caso concreto, quais são os interesses em conflito e, somente então, produzir a solução mais compatível com os valores protegidos” (JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito administrativo de espetáculo. Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=57927>>. Acesso em: 14 mar. 2017).

<sup>25</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 76.



Logo, valorar em *maior* ou *menor* intensidade dado interesse público na perspectiva de satisfação dos interesses públicos direta e imediatamente imbricados com dada situação concreta, e como assim assumidos em lei, não significa dispor de um ou de mais de um deles. Ao contrário, importa em bem atentar para o anseio legal que se vê concretizado na autorização para exercício de uma competência específica, distinta da usual, que antecipadamente se vislumbra como “a desejável”. Na impossibilidade concreta de consensualização, exercita-se a competência ordinária, fiscalizadora-sancionadora, que igualmente subsiste para eventual solução de conflitos decorrentes do descumprimento do acordo entabulado ente Administração-administrado.<sup>26</sup>

### À guisa de fecho: afinal, sanção ou acordo administrativo?

De modo bastante elucidativo, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara sintetizaram sua compreensão acerca do assunto, em 2011, nos seguintes termos:

A literatura denomina como *acordos substitutivos* na esfera administrativa os atos bilaterais, celebrados entre a Administração e particulares, com efeito impeditivo ou extintivo de processo administrativo sancionador e excludente da aplicação ou execução de sanção administrativa. Acordos substitutivos são alternativas a atos administrativos sancionadores.

A viabilidade em tese dos acordos substitutivos depende das características do sistema normativo em que se origina o poder sancionador administrativo. Eles são inviáveis nos casos de *sistemas normativos fechados*, que imponham rigidamente certa sanção administrativa como única reação possível à ocorrência de certo fato por ele mesmo definido em suas especificações (infração). Nessa hipótese não haverá espaço para reações alternativas nem, portanto, para qualquer negociação. O Estado terá que, unilateralmente, decidir se houve ou não o fato e em caso positivo aplicar e executar a sanção.

Mas há *sistemas normativos abertos*. São aqueles em que autoridades administrativas são autorizadas a negociar com o acusado, para evitar ou encerrar processos administrativos. O poder de negociar envolve o de *modular em concreto* a aplicação das normas gerais definidoras de deveres, proibições, infrações ou sanções. E como se faz a atribuição desse poder

<sup>26</sup> “Tendo em vista o interesse público, o cumprimento do compromisso de ajustamento de conduta deve ser assegurado por medidas coercitivas” (CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Termo de compromisso no processo administrativo sancionador do Banco Central do Brasil. In: OSÓRIO, Fábio Medina (Coord.). *Direito sancionador: sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte; Fórum, 2007. p. 284).

de negociar? Por meio de norma de hierarquia igual ou superior a daquelas cuja incidência tenha de ser modulada para viabilizar o acordo substitutivo, isto é, das responsáveis pela constituição dos deveres, proibições e infrações (e correspondentes sanções).<sup>27</sup>

Ou seja, como também observou Juliana Bonacorsi de Palma, “até a década de 1990 o direito administrativo sancionador brasileiro conhecia apenas a resposta binária sancionar/não sancionar”,<sup>28</sup> o que levava à conclusão de que o sistema normativo brasileiro se mostrava refratário a qualquer outra possibilidade.

Todavia, por conta de sucessivas inovações legislativas – a despeito de pontuais –, a consensualização passou a figurar como um processo idôneo (quando não mesmo obrigatório) de resolução de conflitos originados da potencial incursão de alguém em ilícitos administrativos específicos, o que, repita-se, não deve necessariamente repercutir na obrigatória firmamento de acordos administrativos, mas que ainda assim exige toda uma mudança de comportamento e de cultura no seio de alguns órgãos e entidades da Administração Pública.

De todo modo, a realidade jurídica brasileira contemporânea é diversa. Como antecipado, sobreveio o Novo Código de Processo Civil, que estimula a consensualização “indiscriminada”, chegando ao ponto de referir, no §2º do seu art. 3º, que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, sem prejuízo de determinar sua aplicação *subsidiária* a processos administrativos na falta de *normas específicas*.

Então, dependendo do *sentido*, *conteúdo* e *alcance* que se dê a essas disposições da Lei nº 13.105/2015, poder-se-á cogitar – no mínimo – da existência de uma autorização genérica para fomento da consensualidade na atuação administrativa – seja ela qual for e independentemente do órgão ou da esfera de poder em que praticada. No máximo, e este é o nosso entendimento, há que se fazer todo o esforço na busca do consenso, seja em que grau isso se dê, em contraposição a qualquer manifestação de força da Administração Pública.

E se se somarem a isso as exigências constitucionais acerca da *democracia participativa substancial* perante quaisquer dos órgãos de

<sup>27</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=73323>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

<sup>28</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 279.

poder,<sup>29</sup> então há grandes chances de o debate acadêmico mudar de direção, a ponto de não mais se vir a discutir a possibilidade jurídica de firmação de acordos administrativos para solução de conflitos na ambiência ordenadora-sancionadora, mas tão só quais os limites (*quantitativos, qualitativos e temporais*, pelo menos) para tanto e se a atuação do particular será *coadjuvante* ou *determinante*<sup>30</sup> para a entabulação deles.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Nesse sentido: “O presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ministro Ricardo Lewandowski, afirmou nesta segunda-feira, na abertura da 10ª Semana Nacional de Conciliação, que o principal objetivo do Poder Judiciário, ao investir nos métodos alternativos de solução de conflitos, é promover a pacificação social. ‘Não é só esse estoque de processos que queremos atacar’, afirmou. ‘Nós do Judiciário somos mais que agentes de solução de controvérsias, somos agentes de pacificação nacional’. O ministro afirmou que a conciliação e a mediação estão promovendo uma mudança de cultura entre magistrados e cidadãos, que, ao atuarem junto ao Judiciário na solução de conflitos, *acabam fortalecendo o conceito de democracia participativa previsto na Constituição de 1988*. ‘A Constituição tem vários momentos em que o cidadão participa da gestão da coisa pública, e o fato de o próprio cidadão ajudar a resolver os seus problemas é um grande passo, não apenas na celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, mas também no aprofundamento da cidadania’, concluiu” (MINISTRO Lewandowski destaca papel do Judiciário como agente da pacificação nacional. *STF – Notícias STF*, 23 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=304642>>. Acesso em: 14 mar. 2017. Grifos nossos).

<sup>30</sup> “Sob o critério conteudístico, distinguem-se dois graus de atuação consensual, conforme seja a atuação do particular *coadjuvante* ou *determinante* em relação à atuação do Poder Público. A *atuação coadjuvante do particular* é aquela em que a Administração ouve os particulares e com eles negocia as melhores soluções, mas se reserva à plenitude da decisão. Nesta hipótese, o consenso complementa, coadjuva e orienta a decisão administrativa, sem vincular o Poder Público que, não obstante, estará obrigado a justificá-la. Será desnecessário que a lei preveja a adoção dessa modalidade, pois não se requer alteração na competência do órgão decisório. Na *atuação determinante do particular*, distintamente, a Administração deve ouvir os particulares podendo com eles negociar as melhores soluções, em termos de atendimento de todos os interesses juridicamente protegidos envolvidos na relação, mas estará vinculada à decisão que vier a prevalecer, em obediência ao processo adotado. Nesta hipótese, a lei deverá prever que a decisão administrativa será produzida pelo consenso, vinculando o Poder Público, pois apenas o legislador pode alterar as competências da Administração” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas*: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 179-180).

<sup>31</sup> Buscando revisar o regime jurídico-administrativo em sua integralidade, a partir de três princípios que vislumbra como estruturantes (da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito e republicano), José Sérgio da Sila Cristóvam conclui o seguinte, em relação às “prerrogativas” da Administração Pública: “As prerrogativas administrativas somente devem ser mantidas se, além de expressamente assentadas na ordem constitucional ou infraconstitucional, forme imprescindíveis à satisfação dos direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais. A verticalidade, a assimetria, a imperatividade e a autoridade administrativa devem ceder espaço à horizontalidade, à isonomia, à consensualidade e à democracia participativa na formação da decisão administrativa, com a exigência de eficiência da máquina pública. Estes são os parâmetros do novo regime jurídico-administrativo, que informa o paradigma emergente da Administração Pública democrática” (CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público*: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015. p. 328). Com mais essa manifestação, colhida na dou-

Em suma, a discussão sobre o “dilema” sanção-acordo administrativo ainda mal começou e é chegada a hora de se desconstruir o direito administrativo como inexoravelmente atrelado a atos administrativos dotados dos atributos de imperatividade, exigibilidade e executoriedade para o fim de se reconhecê-lo como muito mais afeiçoado a processos administrativos, para cuja solução contribuam todos os interessados, inclusive e especialmente os eventuais destinatários.

O que falta, também, é arejar os gabinetes de juízes, de promotores e de advogados públicos (e mesmo privados) para que todos possam respirar esses mesmos ares, de tempos novos, em que se assume deliberadamente a solução concertada como a preferível, não para fins de agradar a anseios subalternos ou individuais, mas para resolver lides que muitas vezes se arrastam por décadas e se resolvem por meio da “prescrição”, em patente e indubioso prejuízo ao interesse de toda a coletividade.

O próximo passo será vislumbrar *como e em que medida* se fará o controle interno e externo de tais acordos, sem intromissões descabidas e desmedidas – que desnaturem, *a posteriori*, sua finalidade-utilidade –, e, *pari passu*, sem vendas nos olhos, daquelas que poderiam vir a legitimar desmandos pela simples negativa de se exercitar o devido e necessário controle sobre essa “novidadeira” forma de atuação da Administração Pública Brasileira, a despeito da presença de pulverizada autorização legal para tanto há um bom tempo.<sup>32</sup>

## Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. As ações do Ministério Público em matéria de regulação e a importância dos instrumentos consensuais. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 75, set./out. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=82196>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

---

trina, fica evidente que não é apenas a potestade administrativa sancionadora que se encontra em fase de acalorada discussão, mas sim o próprio direito administrativo.

<sup>32</sup> Não por acaso, tratando do mesmo assunto, Vitor Rhein Schirato e Juliana Bonacorsi de Palma finalizam artigo publicado no final de 2009 com a mesma indagação: “Contudo, o STF não coloca qualquer óbice à análise da onerosidade dos acordos celebrados pela Administração Pública com os particulares pelas instâncias inferiores como critério de validade dos mesmos. Caberia ao Judiciário ponderar sobre o mérito dos atos administrativos bilaterais?” (SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=64611>>. Acesso em: 20 nov. 2017). Ou seja, quase dez anos se passaram (desde então) e parece que a questão envolvendo o controle (interno ou externo) sobre acordos administrativos sequer começou a ser devidamente discutida no âmbito acadêmico e menos ainda na seara jurisdicional.

- ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. Administração Pública democrática e orçamento participativo. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 144, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=98590>>. Acesso em: 14 mar. 2017.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015.
- CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Termo de compromisso no processo administrativo sancionador do Banco Central do Brasil. In: OSÓRIO, Fábio Medina (Coord.). *Direito sancionador: sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- FERREIRA, Daniel. Alternativas legais à sanção administrativo-ambiental: uma eventual questão de dignidade da pessoa humana e de sustentabilidade da atividade empresarial. *Revista Jurídica*, Curitiba, n. 22, n. 6, p. 55-75, 2009. Temática. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/99>>. Acesso em: 14 nov. 2017.
- FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- FERREIRA, Daniel; PELLEGRINELLO, Ana Paula. Da supremacia e da indisponibilidade do interesse público ao dever-poder de a Administração Pública conciliar perante a Justiça do Trabalho. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (Coord.). *Conciliação: um caminho para a paz social*. Curitiba: Juruá, 2013.
- GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=57927>>. Acesso em: 14 mar. 2017.
- MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/99195/9858>>. Acesso em: 14 mar. 2017.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais de ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 29-156, jan./mar. 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 156, fev. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=102105>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jul./set. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=204512>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=64611>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=73323>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

VITTA, Herald Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FERREIRA, Daniel. Sanção ou acordo: um (novo) dilema para a Administração Pública brasileira?. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 59-76. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# O PODER DE POLÍCIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS CONTRA A VONTADE DOS PRÓPRIOS TITULARES

DINORÁ A. M. GROTTI

## Introdução

A noção de poder de polícia sempre foi ligada à ideia de limitações ou restrições à liberdade e à propriedade.

O poder de polícia é um daqueles temas em que dois aspectos opostos se colocam em confronto: a autoridade da Administração Pública e a liberdade individual; “de um lado o cidadão quer exercer plenamente os seus direitos, de outro, a Administração deve condicionar o exercício daqueles direitos ao bem-estar coletivo e ela o faz através do exercício de seu poder de polícia”.<sup>1</sup>

A matéria abordada neste artigo diz respeito às ações estatais restritivas de direitos individuais contra a vontade dos próprios titulares, bem como à verificação das hipóteses – se existem – de restrições legítimas –, e à determinação de suas eventuais balizas, para além de, fixadas essas hipóteses e seus limites, garantir os indivíduos contra as investidas estatais excessivas.

Alguns exemplos que têm suscitado grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial propiciarão um esclarecimento dessas questões.

---

<sup>1</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 120.

## 1 Recusa a tratamento de saúde com fundamento em crença religiosa. O caso da transfusão de sangue em testemunhas de Jeová

A realização de procedimento médico em pacientes testemunhas de Jeová, que preferem a morte a receberem tratamento que envolva transfusão de sangue e hemoderivados, tem suscitado dúvidas entre os médicos sobre o procedimento a ser adotado e provocado extensos debates jurídicos, religiosos e morais em vários países.

As testemunhas de Jeová professam a crença religiosa de que a transfusão de sangue, mesmo quando imprescindível à preservação de sua vida, viola as leis de Deus, por contrariar o que está previsto em várias passagens bíblicas.

A questão proposta é a seguinte: “pode o Estado proteger um indivíduo em face de si próprio, para impedir que o exercício de sua liberdade religiosa lhe cause dano irreversível ou fatal? Este é um caso-limite que contrapõe o paternalismo à autonomia individual”.<sup>2</sup> E se este indivíduo estiver correndo risco de morte e não puder manifestar sua vontade naquele momento? Pode o médico, nessa situação, com base na recusa manifestada pelos responsáveis por aquele paciente, deixar de realizar a transfusão de sangue? E se o paciente é um menor de idade? Podem os pais dispor da vida de seus filhos?

Diante do problema apresentado colocam-se em xeque dois principais direitos fundamentais consagrados em nosso ordenamento jurídico-constitucional: o direito à vida e a liberdade religiosa.

A Constituição Federal consagra inviolabilidade à liberdade de consciência e de crença e sua livre manifestação (art. 5º, VI). Além disso, o inc. VIII do mesmo dispositivo constitucional declara que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Assegura, assim, a Carta Magna que ninguém será obrigado a recusar suas crenças por imposição do Estado, pois a liberdade de crença abrange não apenas a liberdade de cultos, alcançando também a possibilidade do indivíduo adepto à determinada religião orientar-se segundo as posições por ela estabelecidas.

---

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas*. p. 28, *passim*. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas\\_de\\_jeova.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf)>. Acesso em: 31 ago. 2017.



Há divergências doutrinárias. Assim, Luís Roberto Barroso, em parecer exarado a propósito da matéria, após destacar que o paradigma paternalista<sup>3</sup> deu lugar à autonomia do paciente como fundamento da bioética nas suas relações com o médico, salienta que a dignidade humana apresenta duas facetas distintas, porém complementares. Uma delas, “a dignidade como *autonomia*, tutela a capacidade de autodeterminação e a responsabilidade moral do indivíduo por suas escolhas, notadamente as de caráter existencial, dentre as quais se inclui a liberdade religiosa”. A outra:

a dignidade como *heteronomia*, envolve a imposição de padrões sociais externos ao indivíduo, o que, no caso concreto, significaria a proteção objetiva da vida humana, mesmo contra a vontade do titular do direito. As duas dimensões da dignidade [...] não se excluem, muito embora se possa identificar uma primazia da dignidade como autonomia, tanto na filosofia moral contemporânea quanto no sistema constitucional brasileiro.<sup>4</sup>

E, alinhando-se a essa premissa, por se afigurar mais consistente com os princípios constitucionais, conclui ser “legítima a recusa de tratamento que envolva a transfusão de sangue, por parte das testemunhas de Jeová”, embasado no exercício da liberdade religiosa, direito fundamental, emanado da dignidade da pessoa humana, como expressão da autonomia privada, que garante a todos o direito de fazer suas escolhas existenciais.

Tendo em vista a gravidade da decisão de recusa de tratamento, quando presente o risco de morte, a aferição da vontade real do paciente deve estar cercada de cautelas. Para que o consentimento seja genuíno, ele deve ser válido, inequívoco e produto de uma escolha livre e informada.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> “O paternalismo jurídico é um princípio que justificaria a constrição de um direito de liberdade (geral ou específico), autorizando o emprego da coerção, da proibição, do não-reconhecimento jurídico de atos ou de mecanismos análogos para a proteção do indivíduo ou grupo contra comportamentos próprios auto-infligidos ou consentidos, sem contar com o endosso atual dos que são destinatários da medida” (BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová*: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas. p. 28, *passim*. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas\\_de\\_jeova.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf)>. Acesso em: 31 ago. 2017).

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová*: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas. p. 28, *passim*. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas\\_de\\_jeova.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf)>. Acesso em: 31 ago. 2017.

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová*: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas. p. 30. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas\\_de\\_jeova.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf)>.

Na mesma linha posiciona-se Gustavo Binenbojm.<sup>6</sup> Em 2011, na V Jornada de Direito Civil, do Conselho de Justiça Federal e do Superior de Justiça, foi aprovado o Enunciado nº 403, que acolhe o entendimento acima exposto.

Em sentido contrário, ou seja, que não reconhece o direito de recusa de transfusão de sangue por parte de pacientes testemunhas de Jeová, posicionam-se Flávio de Araújo Willeman<sup>7</sup> e Flávio Tartuce,<sup>8</sup> tendo em conta a prevalência do direito à vida sobre o direito à liberdade ou opção religiosa.

A mesma discrepância doutrinária é constatada na jurisprudência pátria. Em várias ocasiões nossos Tribunais posicionaram-se no sentido de que o direito à vida é superior ao da liberdade religiosa ou da escusa de consciência.

De um lado, uma corrente sustenta que o direito à vida é superior ao da liberdade religiosa ou da escusa de consciência. Assim, se a transfusão de sangue for tida como imprescindível e se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, e de seus familiares e de quem quer que seja, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos. Nesse caso, precisa-se defender a vida física sobre a liberdade de crença religiosa, pois “o direito à vida antecede o direito à liberdade, aqui incluída a liberdade de religião”. O direito brasileiro não admite o testamento vital, isto é, não admite manifestação de vontade para dispor da vida. “Religiões devem preservar a vida e não exterminá-la”.<sup>9</sup> Argumenta-se que, em se tratando de situação de risco de vida envolvendo menor, ou pessoa incapaz, privada de seu poder decisório, é impossível recusar o tratamento médico, devendo a vontade dos pais, ou responsáveis, ser

---

[www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas\\_de\\_jeova.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf)>. Acesso em: 31 ago. 2017.

<sup>6</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 135-136.

<sup>7</sup> WILLEMANN, Flávio de Araújo. Recusa a tratamento de saúde com fundamento em crença religiosa e o dever do Estado de proteger a vida humana. O caso da transfusão de sangue em testemunhas de Jeová. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 252, p. 67-95, abr. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7957>>. Acesso em: 4 jun. 2017.

<sup>8</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 13. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1. p. 169-170.

<sup>9</sup> TJRS, Sexta Câmara Cível. Apelação Cível nº 595.000.373. Rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira, j. 28.3.1995.

substituída pela manifestação judicial. Acrescenta-se que, conflitando, no caso concreto, dois princípios fundamentais consagrados em nosso ordenamento jurídico-constitucional (de um lado o direito à vida e de outro, a liberdade de crença religiosa), a restrição à liberdade encontra amparo no princípio da proporcionalidade, preponderando o direito à vida e a consequente autorização de transfusão de sangue compulsória.<sup>10</sup> Enfatiza-se que, em prol da liberdade religiosa, não se pode abrir mão do tratamento mais recomendado para salvar a vida do indivíduo (transfusão de sangue), substituindo-o por medicamento de eficácia não comprovada e de provável efeito mais moroso.<sup>11</sup> Considera-se, ainda, não haver necessidade de demanda no intuito de obter provimento jurisdicional, “pois o profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente, independentemente do consentimento dela ou de seus familiares”.<sup>12</sup>

Portanto, parte da jurisprudência determina a realização da transfusão de sangue em caso de risco de morte do paciente. Das decisões analisadas podemos verificar a prevalência dos seguintes critérios: (i) no caso de pessoa incapaz cabe ao Poder Judiciário substituir a vontade dos pais ou responsáveis e autorizar o tratamento médico necessário até que o paciente tenha capacidade de decidir por si; (ii) para paciente maior, lúcido, capaz, a jurisprudência diverge quanto à possibilidade da intromissão do Judiciário no tratamento escolhido pelo paciente – para uns deve prevalecer a vontade do paciente, para outros, se houver risco de morte, a transfusão deve ser efetivada; (iii) em casos de risco de morte de paciente maior e inconsciente, que antes da inconsciência manifestou a vontade por escrito quanto à opção de não fazer a transfusão de sangue, admitir-se-ia o suprimento de vontade do paciente pelo Estado-juiz de modo a preservar o direito à vida, pois ante a proximidade da morte a pessoa poderia recuar da decisão anteriormente tomada, poderia arrepender-se, inclusive em face da excitação do instinto de autopreservação e ante a aproximação

<sup>10</sup> TRF 4ª Região, T3. Ap. Cível nº RS 2003.71.02.000155-6. Rel. VâniaHack de Almeida, j. 24.10.2006. No mesmo sentido: TRF2. Processo nº 0014859-61.2014.4.02.5101, j. 1º.12.2014. *Caderno Judicial JFRJ*, 2 dez. 2014. O STJ, no RESp nº 1.391.469/RS (de relatoria do Min. Herman Benjamin, julgado em 5.11.2014, decisão monocrática), em recurso interposto contra referido acórdão proferido pelo TRF4, reportando-se a esse acórdão, com ele se alinha.

<sup>11</sup> TRF 4ª Região, T1 suplementar. AG nº 2005.04.01.047458-2. Rel. Luiz Carlos de Catro Lugon, j. 25.4.2006, votação unânime.

<sup>12</sup> TJRS, Quinta Câmara Cível. Apelação Cível nº 70020868162. Rel. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 22.8.2007.

do momento extremo, mas por conta da inconsciência tal hipótese não poderia ser exercida.

De outro, há um posicionamento mais recente valorando a liberdade de crença e a escolha do paciente, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse caso, deve ser feita a ponderação entre a liberdade de crença e a vida, não apenas a integridade física, mas, também, a intelectual e psíquica devem ser consideradas, ou seja, importa tutelar uma vida digna. Admite-se o direito das minorias de não realizar a transfusão de sangue, pois, embora se “pretenda a preservação da vida, dela retira a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido”. Afirma-se ser impossível submeter o paciente (pessoa lúcida, no caso concreto) “a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial”. Defende-se o livre arbítrio, protege-se o direito de escolha e reconhece-se a “inexistência do direito estatal de ‘salvar a pessoa dela própria’, quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros”.<sup>13</sup> Defende-se o direito de a pessoa escolher a modalidade e características do tratamento médico que lhe pareça mais conveniente, sob os aspectos biológico, científico, ético, religioso e moral, arrazoando que essa conduta “possui a natureza de direito fundamental, protegida pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Liberdade, na forma preconizada no art. 1º, inc. III, da Constituição Federal”. Considera-se ser lícito à pessoa enferma e no pleno exercício de sua capacidade de expressão e manifestação de vontade, de modo claro e indubitado, a recusa a determinada forma de tratamento que lhe seja dispensado, “não se evidenciando nesse caso lesão ao bem maior da vida, constitucionalmente tutelado, mas se configurando, de outro modo, o efetivo exercício de conduta que assegura o também constitucional direito à dignidade e à liberdade pessoal”.<sup>14</sup>

No que tange à normatização infralegal, o Código de Ética Médica, Resolução CFM nº 1.931, de 17.9.2009, em vigor a partir de 13.4.2010, em seus arts. 22, 24 e 31, determina a obtenção de consentimento do paciente ou seu representante legal acerca de medidas interventivas que venham a ser realizadas, porém ressalva o dever de agir em casos de risco de morte do paciente.

<sup>13</sup> TJRS, Décima Segunda Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70032799041. Rel. Des. Cláudio Baldino Maciel, j. 6.5.2010.

<sup>14</sup> TRF 1ª Região, T6. AG nº 0017343-82.2016.4.01.0000/MG. Rel. Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, j. 16.5.2016, unanimidade.

Pela regra de conduta médica, a vontade do paciente deve ser respeitada, cabendo ao médico esclarecer o paciente acerca de todas as opções e riscos, conduzindo-o até a tomada de decisão, legitimando, inclusive, a não escolha do tratamento como uma das alternativas. Observa, porém, que em caso de risco iminente de morte esse consentimento fica afastado.

Segundo Luís Roberto Barroso, o Código de Ética Médica, Resolução CFM nº 1.931, acima referida, permite a transfusão sem o consentimento do paciente apenas nos casos em que isso seja impossível, *v.g.*, em razão do estado de inconsciência. Aliás, enfatiza que tal leitura vai ao encontro da ressalva, feita de que a transfusão de sangue deve ser realizada:

nas situações em que não seja possível obter ou confirmar a recusa personalíssima, expressa e informada do paciente, mesmo contra a vontade de familiares ou amigos. Da mesma forma, a exigência de que sejam empregados todos os recursos disponíveis não autoriza que estes sejam impostos ao paciente. Em vez disso, o dispositivo parece impedir que meios disponíveis ao médico e consentidos pelo paciente deixem de ser utilizados por fatores externos, como os eventuais custos.<sup>15</sup>

Em suma, frente a impossibilidade de definição prévia de alguns direitos fundamentais como direitos absolutos, bem como da desarrazoada tentativa de aprioristicamente estabelecer limites à atuação conformadora de direitos fundamentais a ser realizada ora pelo Poder Judiciário, ora pelo Poder Executivo, ora pelo Poder Legislativo, impõe-se a necessidade de ponderação de valores<sup>16</sup> face o caso concreto. Ou seja, para chegar à melhor resposta, nem sempre contida no texto legal, deve o jurista, valendo-se da técnica da ponderação e balizando pelo princípio da proporcionalidade, considerar além da técnica

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas*. p. 30. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas\\_de\\_jeova.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf)>. Acesso em: 31 ago. 2017.

<sup>16</sup> A ponderação, explicam Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos, configura “uma técnica jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas” (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 116).

jurídica, dos estatutos e da doutrina, também as especificidades do caso concreto a fim de concretizar ao máximo os direitos constitucionalmente protegidos.

Finalmente, apenas a título de ilustração da dramaticidade da situação fática, vale mencionar o relato de um obstetra, descrito na obra de Miguel Kfourri Neto. O médico conta:

para salvar a vida de uma paciente, que se recusava terminantemente, por motivos religiosos, a consentir em transfusão, após difícil parto, praticou tal ato, contra a vontade da parturiente e de seu marido. A mulher, após obter alta, não foi aceita em seu lar, pelo cônjuge, nem pôde mais frequentar a Igreja, sendo repudiada por todos.<sup>17</sup>

Por esse relato, pode-se concluir que se trata de situação extremamente delicada, a qual requer um juízo de ponderação minucioso, que leve em consideração todos os valores envolvidos.

## 2 Arremesso de anões (na França), *peep shows* (na Alemanha), *realities shows* (Brasil)

Entre as decisões que são consideradas emblemáticas para a visão da dignidade como heteronomia, por variados fatores, tornou-se conhecido no Brasil o caso do arremesso de anões, decidido em 1995.

O prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge interditou a atração conhecida como *arremesso de anões*, apresentada em algumas casas noturnas da região metropolitana de Paris, invocando o poder de polícia, por considerar a atividade violadora da ordem pública, por contrariar a dignidade da pessoa humana.

Consistia ela em transformar um anão em projétil, sendo arremessado de um lado para outro de uma casa noturna, promovendo uma espécie de competição, consistente no arremesso de anões a distância. A casa noturna, tendo como litisconsorte o próprio anão (Sr. Wackenheim), impugnou o ato administrativo, sendo a decisão invalidada sob o argumento da ausência de ofensa à ordem, à segurança ou à liberdade.

Em grau de recurso, o Conselho de Estado, na qualidade de mais alta instância administrativa francesa, reformou a decisão e restabeleceu

<sup>17</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. rev. e atual. à luz do Novo Código Civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 176.

a proibição, afirmando que a liberdade de trabalho e a liberdade empresarial não poderiam se sobrepor à dignidade da pessoa humana.<sup>18</sup>

Observe-se que o interessado recorreu ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, alegando que o arremesso não trazia riscos à sua integridade física, que aderira “voluntariamente” ao programa mediante remuneração. Ressaltou que o efeito da decisão seria a perda do emprego e do respectivo salário, o que colocaria em risco a sua existência digna. No entanto, em setembro de 2002 a decisão do contencioso administrativo francês foi mantida.<sup>19</sup>

Da parte da empresa também eram relevantes os argumentos, na medida em que a atividade por ela patrocinada era lícita e conforme as normas de preservação da ordem pública, isto é, dela não resultava risco de ocorrência de distúrbios de ordem material, sobretudo porque realizada em recinto fechado. Ademais, tratava-se de atividade semelhante a várias outras legalmente admitidas (a exploração de anões em espetáculos circenses, na televisão etc.).

O aspecto inovador da decisão reside no fato de que ela ultrapassou as fronteiras da tradicional preservação da ordem pública, na sua trilogia (segurança, tranquilidade e salubridade). Embora a atividade não representasse qualquer perturbação à tranquilidade pública, o Conselho de Estado sustentou que a proteção da dignidade humana estaria englobada nas competências de polícia municipal voltadas à garantia da ordem pública.

Convém anotar que o jogo de “arremesso de anões” também ocorreu nos Estados Unidos, assumindo entendimento oposto ao adotado pelo Conselho de Estado francês e pelo Comitê dos Direitos Humanos da ONU, onde prevaleceu a argumentação de que se o anão quer e espontaneamente participa do evento, o Estado não tem o direito de impedir que ele exerça a sua vontade nesse sentido. A propósito, anota Gustavo Binbenbom:

as providências estatais em defesa de pessoas vulneráveis devem ser estruturadas para, na medida do possível, devolver ao indivíduo a capacidade de decidir autonomamente, não tolhê-la por completo. Assim, programas de qualificação profissional voltados à inclusão de pessoas com necessidades especiais no mercado de trabalho e medidas

<sup>18</sup> V. LONG, Marceau *et al.* *Le grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 11. ed. Paris: Dalloz, 1996. p. 790 e ss.

<sup>19</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 439, nota 3.

de incentivos a sua absorção por empresas são preferíveis àquelas que simplesmente lhes interditem o acesso a determinadas atividades pouco valorizadas socialmente.<sup>20</sup>

Outro caso típico de consideração da dignidade como heteronomia refere-se aos chamados *peep shows*. Na Alemanha se discutiu a possibilidade de concessão de licença de funcionamento para um estabelecimento onde se praticava o chamado *peep show*. Este se resume a apresentações em que mulheres, sob remuneração, dançam em cabines fechadas de casas noturnas, sob o olhar de expectadores que comandam seus movimentos e performance.

Tendo a licença de funcionamento sido negada pela Administração sob o fundamento de tratar-se de atividade aviltante para a mulher e atentatória à dignidade da pessoa humana, os envolvidos, alegando tratar-se de trabalho realizado com o livre consentimento da dançarina, ingressaram com ação judicial questionando o ato administrativo. Invocaram como precedente a concessão de licença de funcionamento para boates onde se praticava o *strip-tease*.

O Tribunal Federal Administrativo alemão considerou atentatória à dignidade humana a realização desse tipo de apresentação. A questão chegou ao Tribunal Constitucional alemão (TCF), que julgou acertada a negativa de licença por considerar que a mulher estaria se degradando ao ser tratada como mero objeto de interesse e desejo sexual daqueles que a observam e por entender, assim, violado o princípio da dignidade da pessoa humana. Ao argumento de que a dignidade da pessoa humana não estaria sendo infringida, pois se tratava de atividade praticada de forma livre e voluntária, o Tribunal contrapôs que a dignidade da pessoa humana é um objetivo e valor inalienável, cujo respeito não pode ficar ao arbítrio do indivíduo. O Tribunal ressaltou que as apresentações de *strip-tease* eram passíveis de obter a licença de funcionamento, pois a simples exibição do corpo feminino não viola a dignidade humana, na medida em que em tais apresentações existe uma performance artística, o mesmo não ocorrendo nas apresentações dos *peep shows*.

Os *realities shows* são programas de televisão que, apoiados na vida real, reúnem um grupo de pessoas confinadas em casas ou isoladas em ilhas ou barcos e submetidas à vigilância permanente, que, compe-

<sup>20</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 135.



tindo entre si e eliminando um participante por semana, submetem-se a determinadas situações ou provas, disputando o prêmio final.

O *reality show* aparece no Brasil em 1992, quando a emissora MTV Brasil apresentou o programa intitulado “Na real”. Contudo, somente em 2000, com o surgimento do programa global “No limite”, inspirado no *reality* norte-americano “Survivor”, e em 2001, com a “Casa dos artistas”, do SBT, que a modalidade começou a tomar grandes proporções na televisão brasileira.<sup>21</sup>

Esse tipo de programação incitou várias entidades, marcadamente a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) a protestarem e alertarem para a violação dos direitos concernentes à dignidade dos participantes dessa atração, tendo inclusive representado ao Ministério Público “para que, na condição de curador dos direitos individuais indisponíveis, tomasse as medidas necessárias para interromper a transmissão desses programas ou os parametrizasse em um padrão razoavelmente digno”.<sup>22</sup>

Em junho de 2017, o Ministério Público Federal de São Paulo, após denúncias de telespectadores por violação de direitos humanos, com supostos maus tratos e prática de tortura dentro do programa, abriu inquérito para investigar o *reality show* “A casa”, de uma emissora paulista. Ainda que tenha sido denunciado ao Ministério Público e Direitos Humanos logo na sua estreia, referido *reality show* continua a ser veiculado, mostrando os concorrentes restantes e as suas dificuldades em permanecer no programa.

Os três casos analisados são muito semelhantes e foram objeto de ações judiciais, tendo sido interpretados como ofensa à dignidade da pessoa humana que, “segundo entendeu-se, está abarcado pelo conceito de interesse público que legitima o manejo de poder de polícia”.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> GARCIA, Deomara Cristina Damasceno; VIEIRA, Antoniella Santos; PIRES, Cristiane Carneiro. *A explosão do fenômeno: reality show*. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/garcia-deomara-reality-show.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2017.

<sup>22</sup> RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *Ações estatais restritivas de direitos fundamentais em benefício dos próprios titulares*. 2014. 221 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 31.

<sup>23</sup> RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *Ações estatais restritivas de direitos fundamentais em benefício dos próprios titulares*. 2014. 221 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 202.

### 3 Internação compulsória de dependentes químicos

Grande é a polêmica que permeia o assunto. De um lado há os que, invocando os direitos fundamentais reconhecidos na Constituição brasileira e no contexto internacional, entendem que a política de internações forçadas “viola liberdades individuais e direitos dos usuários e constitui um sério retrocesso da política de saúde mental no Brasil”.<sup>24</sup> Pontuam que “a intervenção psiquiátrica deve guardar compatibilidade com a autonomia do sujeito, respeitando as dimensões de sua personalidade”, não se podendo, pois, impor-lhe um tratamento à sua revelia.<sup>25</sup> Acrescentam que “a utilização da Lei n. 10.216/01 de forma analógica, para promover a internação compulsória de dependentes químicos afronta o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, FC/88) e a liberdade do indivíduo”.<sup>26</sup>

Em posição contrária acham-se os que, favoráveis à medida, entendem que adictos não possuem uma independência moral ou intelectual:

pois integra o próprio quadro da doença a recusa ao tratamento, e curvar-se a esta resistência redundaria em afronta à mais basilar das prerrogativas constitucionais, o direito à vida, pois ainda que se alegue que a internação compulsória é infrutífera, tal medida radical, em muitos casos, é o último recurso para aquele que vê o seu ente querido caminhar a passos largos para a autodestruição.<sup>27</sup>

Argumentam, ainda, que o princípio da dignidade da pessoa humana se constitui no núcleo essencial do direito à vida e, assim, deve prevalecer no caso de tratamento de jovens e adultos quando as

<sup>24</sup> RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. Liberdades individuais, direitos humanos e a internação forçada em massa de usuários de drogas. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, jan./abr. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=96116>>. Acesso em: 1º set. 2017.

<sup>25</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de; BARRETO, Júlia d’Alge Mont’Alverne; MOTA, Maria Yannie Araújo. Autonomia existencial do paciente psiquiátrico usuário de drogas e a política de saúde mental brasileira. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=238168>>. Acesso em: 1º set. 2017.

<sup>26</sup> SOUZA, Stéfani Cristina de; SILVA, Cristian Kiefer da. A internação compulsória de dependentes químicos: a prática sob a ótica da nova ordem constitucional. *Letras Jurídicas – Centro Universitário Newton Paiva*. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=490>>. Acesso em: 2 set. 2017.

<sup>27</sup> REIS, Wanderlei José dos. A dignidade da pessoa humana e as internações compulsórias determinadas pelo judiciário. *Jus.com.br*, jan. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35275/a-dignidade-da-pessoa-humana-e-as-internacoes-compulsorias-determinadas-pelo-judiciario>>. Acesso em: 1º set. 2017.

circunstâncias exigirem a internação compulsória determinada pelo Poder Judiciário, atendendo ao verdadeiro espírito da Lei nº 10.216/01, que é a recuperação e reinserção do usuário no grupo social da forma menos danosa possível.<sup>28</sup> Sublinham ainda:

a internação involuntária do dependente que perdeu sua capacidade de autodeterminação está autorizada pelo art. 6º, inciso II, da Lei 10.216/2001, como meio de afastá-lo do ambiente nocivo e deletério em que convive. Tal internação é importante instrumento para sua reabilitação. Na rua, jamais se libertará da escravidão do vício. As alterações nos elementos cognitivo e volitivo retiram o livre arbítrio. O dependente necessita de socorro, não de uma consulta à sua opinião.<sup>29</sup>

Algumas questões podem ser levantadas.

*A internação compulsória de dependentes químicos pode ser interpretada como prisão ilegal ou medida de proteção?*

Se a Lei nº 11.343/06, lei específica de drogas, não estipulou pena de restrição de liberdade aos dependentes químicos que consomem/portam para consumo, cabe interpretar a Lei da Reforma Psiquiátrica extensivamente para abrangê-los?

A Constituição Federal, em seus arts. 6º, 196 e 227, garante a todos o direito à saúde. No que tange à saúde mental o cuidado deve ser ainda maior, pois os transtornos mentais inviabilizam o discernimento do indivíduo podendo, em casos mais graves, trazer consequências devastadoras para o próprio indivíduo ou para terceiros.

Nesse cenário foi editada a Lei nº 10.216/01, “Lei da Reforma Psiquiátrica”, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas com transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, prevendo, entre outras medidas, a internação compulsória, detalhada em seu art. 9º. No entanto, o seu art. 4º determina como regra a aplicação das políticas públicas de prevenção, restando a internação, em qualquer das modalidades previstas na lei, como exceção, devendo prevalecer o tratamento em regime aberto, sendo indicada somente “quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes”.

<sup>28</sup> REIS, Wanderlei José dos. A dignidade da pessoa humana e as internações compulsórias determinadas pelo judiciário. *Jus.com.br*, jan. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35275/a-dignidade-da-pessoa-humana-e-as-internacoes-compulsorias-determinadas-pelo-judiciario>>. Acesso em: 1º set. 2017.

<sup>29</sup> CAPEZ, Fernando. Drogas: internação compulsória e educação. *Folha de S.Paulo*, 19 jul. 2011. Disponível em: <[http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2011\\_drogas\\_internacao.pdf](http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2011_drogas_internacao.pdf)>. Acesso em: 2 set. 2017.

De conformidade com o parágrafo único do art. 6º da Lei nº 10.216/01, são considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica: 1) *voluntária*, que se dá com o consentimento do usuário; 2) *involuntária*, que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e 3) *compulsória*, emanada do Poder Judiciário.

A internação psiquiátrica involuntária deverá, no prazo de setenta e duas horas, ser comunicada ao Ministério Público Estadual pelo responsável técnico do estabelecimento no qual tenha ocorrido, devendo esse mesmo procedimento ser adotado quando da respectiva alta (§1º do art. 8º da Lei nº 10.216/01).

Como ponto comum entre as hipóteses de internação psiquiátrica figura a exigência da apresentação de laudo médico prévio circunstanciado, apontando os motivos da internação.

A Administração Pública vem adotando o procedimento de internação compulsória, previsto na Lei da Reforma Psiquiátrica, Lei nº 10.216/01, por analogia, já que na referida lei não há previsão expressa de aplicação para dependentes de tóxicos, mas, tão somente, para portadores de transtorno mental grave.

Tem-se uma norma que, de início, poderia ser considerada paternalista, pois fará incidir restrições e obrigações sobre o titular do direito em benefício dele próprio e, por via colateral, de terceiros.

Mas, em razão do dever constitucional de o Estado tutelar a vida e a saúde dos cidadãos, acaba por se afastar do paternalismo estatal, por incidir em circunstâncias em que o titular do direito – à liberdade, vida e saúde –, em consequência da dependência química ou outro transtorno mental, não possui capacidade cognitiva plena ou autodeterminação.

Nossos Tribunais, por sua vez, reconhecem a legalidade dos três tipos de internação.

O Tribunal de Justiça de São Paulo reiteradamente admite a internação não voluntária de toxicômanos sem prévia interdição, a fim de proceder a tratamento e reabilitação social. Para tanto fundamenta as decisões no princípio da dignidade humana, visando à proteção do direito à saúde e à integridade física e mental constitucionalmente previstos.<sup>30</sup>

O Superior Tribunal de Justiça,<sup>31</sup> no mesmo sentido, manteve a internação compulsória por dependência química decretada pelo TJRJ,

<sup>30</sup> TJSP, 9ª Câmara de Direito Público. Apelação nº 1002219-88.2016.8.26.0363, j. 1º.6.2017. Rel. Des. Moreira de Carvalho; TJSP, 9ª Câmara de Direito Público. Apelação nº 0003168-81.2014.8.26.0531. Rel. Des. Rebouças de Carvalho j. 3.6.2016.

<sup>31</sup> STJ. RHC nº 036374. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j 6.3.2014, decisão monocrática.

no qual foi firmado o entendimento de que tal medida de constrição da liberdade visa à proteção à própria vida. Referida decisão reconheceu o fato de o direito à liberdade de locomoção ter peso constitucional menor do que a vida e, dessa forma, pelo princípio da ponderação de interesses, se o princípio da proteção à liberdade de locomoção está em aparente conflito com o princípio à vida, este último deve prevalecer perante aquele, pois não há como se proteger a liberdade se a própria vida que a movimentação não está assegurada. Prevaleceu o entendimento de que o Estado tem o dever de agir em nome da proteção à vida das pessoas, podendo a liberdade de locomoção ser sacrificada em nome de um bem jurídico maior que é a vida.

A internação compulsória é medida excepcional e necessária quando as providências menos gravosas se mostrarem inócuas, “sempre tendo por objetivo a restituição do indivíduo ao convívio social e, na medida do possível, ao exercício livre e consciente de suas próprias escolhas”.<sup>32</sup>

#### 4 A questão da greve de fome de pessoas sob a tutela do Estado

Caracteriza-se pela recusa livre e consciente de uma pessoa, ou grupo de pessoas, a se alimentar, buscando, com isso, provocar um clamor público em favor de suas ideias, sensibilizando a opinião pública, pessoas e instituições, responsabilizando-as pelos danos físicos e mesmo pela morte do grevista, caso suas reivindicações não sejam atendidas.<sup>33</sup>

Tem sido um recurso muito utilizado com o intuito de atingir um objetivo político ou outro de manipulação social, aí incluso o protesto contra o sistema prisional visando obter, entre outros objetivos, a melhoria das condições de prisão e a denúncia de maus tratos e abusos de direitos humanos.

Nesse contexto, impõe-se indagar: “é possível ao Estado restringir a liberdade de expressão e a liberdade de manifestação de pensamento – e de protesto –, obrigando o preso a se alimentar, seja por via oral, seja por internação compulsória, para submetê-lo a

<sup>32</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 136-137.

<sup>33</sup> CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. *Resolução nº 4, de 23/1/2005*. Anexo. *Diário Oficial*, Brasília, n. 230, 1º dez. 2005.

alimentação intravenosa?”<sup>34</sup> Cabe ou não ao Estado “tutelar liberdades ou direitos mesmo contra a vontade do titular”, elegendo um princípio resguardado constitucionalmente em detrimento de outro igualmente constitucional, eleito pelo seu titular?

Frente à necessidade de se de estabelecer diretrizes para o enfrentamento das greves de fome ocorrentes nas unidades penais do país, “considerando não apenas aspectos puramente legais, como, igualmente, questões ligadas à ética médica”,<sup>35</sup> o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) editou a Resolução nº 4, de 23.11.2005.

Referida resolução, normatizando a questão, assentou que “os médicos ou outros profissionais de saúde não devem exercer pressão imprópria de qualquer tipo ao grevista de fome para suspender a greve” (item 2.3). Apoiada no Código Penal brasileiro, relembra ser crime “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda” (art. 416), excetuando tal conduta se a intervenção médica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, for justificada por iminente perigo de vida (art. 416, I) Nesse sentido pondera que na proteção de um bem maior, “a liberdade, [...] encontra limites no direito à vida”.

Seguindo essa diretriz, o Código de Ética Médica, Resolução CFM nº 1.931, de 17.9.2009, em vigor a partir de 13.4.2010, respeita o direito do paciente de decidir seu tratamento, ou mesmo de recusá-lo, até o momento em que a intervenção médica seja urgente, necessária e inadiável para a manutenção da vida. Nesse sentido, o seu art. 26 veda ao médico desrespeitar “a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la”.<sup>36</sup>

Nas diretrizes para atendimento de grevista de fome no sistema penitenciário brasileiro, a autonomia do preso deverá ser respeitada

<sup>34</sup> RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *Ações estatais restritivas de direitos fundamentais em benefício dos próprios titulares*. 2014. 221 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 35.

<sup>35</sup> RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *Ações estatais restritivas de direitos fundamentais em benefício dos próprios titulares*. 2014. 221 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 35.

<sup>36</sup> Vide também arts. 22, 24 e 31 da mesma resolução.

até que este, em função de precário estado físico resultante do jejum, se apresente confuso ou impossibilitado de tomar uma decisão consciente ou entrar em estado de coma, correndo risco iminente de morte, quando, então, o médico estará livre para tomar uma decisão a favor do tratamento adicional que considere ser do melhor interesse do paciente.

Aplica-se aqui a mesma *ratio* utilizada para os dependentes químicos.

## 5 Ingresso em residências para a contenção de doenças e vacinação compulsória

Divergências surgem sobre a autoexecutoriedade, no caso de adoção de medidas preventivas de proteção e defesa da saúde (como no caso da dengue), quando envolver o acesso dos agentes públicos aos ambientes privados, como habitações e estabelecimentos, em que as autoridades administrativas esbarram no direito fundamental do ser humano à inviolabilidade do domicílio, tal como previsto no art. 5º, XI, da Constituição:

XI - A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial.

A Constituição Federal qualificou a proteção e a defesa da saúde como interesse público, imputando à União, aos estados, aos municípios e ao Distrito Federal o dever de “cuidar da saúde”, conforme disposto em seu art. 23, inc. II; bem como estabeleceu competência legislativa concorrente da União e dos estados para legislar sobre “proteção e defesa da saúde” (art. 24, XII). Isso envolve, segundo a Lei Maior, entre outras atribuições do sistema único de saúde, a de “executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador” (art. 200, II).

A Lei Federal nº 8.080, de 19.9.1990 (Lei Orgânica da Saúde) entende por vigilância epidemiológica (art. 6º, §2º):

um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças e agravos.

Antes mesmo da edição da Lei Orgânica da Saúde, as ações de vigilância epidemiológica foram reguladas pela Lei Federal nº 6.259, de 30.10.75, especialmente em seus arts. 11, 12 e 13,<sup>37</sup> sendo certo que referidos artigos obrigam a autoridade sanitária a proceder à investigação epidemiológica pertinente para elucidação do diagnóstico e averiguação da disseminação da doença na população sob o risco, quando receber notificação compulsória de doenças. Autoriza, ainda, a exigência ou a execução de investigações, inquéritos e levantamentos epidemiológicos junto a indivíduos e a grupos populacionais determinados, sempre que julgar oportuno, visando à proteção da saúde pública. Dependendo dos resultados coletados das investigações, a autoridade sanitária fica obrigada a adotar, prontamente, as medidas indicadas para o controle da doença, no que concerne a indivíduos, grupos populacionais e ambiente, restando todos os envolvidos sujeitos ao controle determinado pela autoridade sanitária.

Em que pesem os dispositivos constitucionais e legais existentes em nosso ordenamento jurídico, deve-se ter em conta:

a mesma Constituição que consagra o direito à saúde, também assegura a inviolabilidade do domicílio e da vida privada, ensejando uma antinomia que exige a interpretação do mandamento constitucional de direito de liberdade frente à exigência, igualmente constitucional, de proteção da saúde pública.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> “Art. 11. Recebida a notificação, a autoridade sanitária é obrigada a proceder à investigação epidemiológica pertinente para elucidação do diagnóstico e averiguação da disseminação da doença na população sob o risco. Parágrafo único. A autoridade poderá exigir e executar investigações, inquéritos e levantamentos epidemiológicos junto a indivíduos e a grupos populacionais determinados, sempre que julgar oportuno visando à proteção da saúde pública. Art. 12. Em decorrência dos resultados, parciais ou finais, das investigações, dos inquéritos ou levantamentos epidemiológicos de que tratam o artigo 11 e seu parágrafo único, a autoridade sanitária fica obrigada a adotar, prontamente, as medidas indicadas para o controle da doença, no que concerne a indivíduos, grupos populacionais e ambiente. Art. 13. As pessoas físicas e as entidades públicas ou privadas, abrangidas pelas medidas referidas no artigo 12, ficam sujeitas ao controle determinado pela autoridade sanitária”. A seu turno, a *Lei nº 6.437, de 20.8.77* – que configura infrações à legislação sanitária federal, estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências – *estatui*: “Art. 10. São infrações sanitárias: [...] VII - impedir ou dificultar a aplicação de medidas sanitárias relativas às doenças transmissíveis e ao sacrifício de animais domésticos considerados perigosos pelas autoridades sanitárias: pena - advertência, e/ou multa; [...] X - obstar ou dificultar a ação fiscalizadora das autoridades sanitárias competentes no exercício de suas funções: pena - advertência, intervenção, interdição, cancelamento de licença e/ou multa; (Redação dada pela Lei nº 9.695 de 1998). [...] XXIV - inobservância das exigências sanitárias relativas a imóveis, pelos seus proprietários, ou por quem detenha legalmente a sua posse: pena - advertência, intervenção, interdição, cancelamento de licença e registro e/ou multa; (Redação dada pela Lei nº 9.695 de 1998) [...]”.

<sup>38</sup> FACUNDES, Lineu da Silva. *Ponderação de valores fundamentais contrapostos: o controle sanitário estatal e o direito à saúde frente o direito à liberdade individual*. 2008. 62 f.



Nesse contexto, cabe ao Estado executar medidas preventivas de proteção e defesa da saúde, que incluem a prevenção de epidemias de doenças transmitidas por vetores como o mosquito da dengue, que também transmite os vírus zika e chikv, este último da febre chikungunya. Para o exercício dessas ações, os agentes públicos por vezes necessitam acessar ambientes privados como casas e estabelecimentos comerciais, porém em alguns casos tais acessos são obstados sob alegação de violação ao direito à inviolabilidade do domicílio, previsto na Constituição Federal em seu art. 5º, inc. XI.

A Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde, através da Portaria nº 29, de 11.7.2006, definiu os parâmetros que caracterizam situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor da dengue. Seu art. 1º caracteriza “como situação de iminente perigo à saúde pública, quando a presença do mosquito transmissor da Dengue – o *Aedes aegypti* – for constatada em 1% (um por cento) ou mais dos imóveis do município, da localidade, do bairro ou do distrito”.

Em seu parágrafo único estabelece que essa constatação será feita “pela aferição do índice de infestação predial, realizada pelo agente de saúde por meio de levantamento amostral, pesquisa dos criadouros e coleta de larvas”. Para tanto, em seu art. 2º autoriza “a realização das visitas domiciliares para eliminação do mosquito e de seus criadouros em todos os imóveis da área aferida”.

A jurisprudência tem-se mostrado sensível à necessidade de se preservar a saúde pública face os interesses individuais. De forma abrangente, o STF se posicionou no sentido de que, “na composição entre o princípio da livre iniciativa e o direito à vida há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário”.<sup>39</sup>

Sob influxo das diretrizes constitucionais, o Código Civil brasileiro, no Título I, Capítulo II, ao tratar dos direitos da personalidade, fixa diretriz genérica em seu art. 21, ao estabelecer que “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”, fundindo as figuras previstas na Constituição relacionadas à violação da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem, da casa e das comunicações das pessoas, sob uma única denominação, “vida privada”, em sentido amplo.

---

Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia) – Centro de Ensino Superior do Amapá, Macapá, 2008. p. 44.

<sup>39</sup> STF, Pleno. ADI nº 3.512. Rel. Min. Eros Grau, j. 15.2.2006. *DJ*, 23 jun. 2006.

Mais recentemente, a Medida Provisória nº 712/2016, convertida na Lei Federal nº 13.301, de 27.6.2016, dispôs sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika, bem como alterou a Lei nº 6.437/77.<sup>40 41</sup>

Com a edição da referida norma de âmbito federal surge discussão quanto à constitucionalidade, ou não, do ingresso forçado em domicílio para fins de combate a epidemias e pandemias previsto no inc. IV do §1º do art. 1º em confronto com o disposto no art. 5º, XI, da CF. As hipóteses em que poderá haver a violação do domicílio não elencam, entre elas, o ingresso forçado para fins de combate a epidemias ou pandemias.

Para Márcio André Lopes Cavalcante,<sup>42</sup> não há conflito no caso suscitado, sendo necessária uma ponderação dos interesses envolvidos, já que a inviolabilidade do domicílio consiste em direito fundamental inerente à pessoa humana, mas não se trata de um direito absoluto

<sup>40</sup> A Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep) protocolou no Supremo Tribunal Federal ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 5.581), juntamente com arguição de descumprimento de preceito fundamental, questionando dispositivos da Lei nº 13.301/2016, que trata da adoção de medidas de vigilância em saúde relativas aos vírus da dengue, chikungunya e zika. O principal ponto questionado é o art. 18, que trata dos benefícios assistenciais e previdenciários para as crianças e mães vítimas de sequelas neurológicas. A associação pede ainda que se dê interpretação conforme a Constituição da República aos artigos do Código Penal que tratam das hipóteses de interrupção da gravidez. Aguardando julgamento de liminar. Dispositivo legal questionado: art. 1º, *caput* e §§1º, II e 3º e art. 18, *caput*, e §§2º e 3º, da Lei Federal nº 13.301, de 27.6.2016, de acordo com a interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7.12.1940 (Código Penal) (relatora Ministra Cármen Lúcia).

<sup>41</sup> “APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. MUNICÍPIO DE ALFENAS. LIMPEZA DE IMÓVEIS ABANDONADOS OU EM SITUAÇÃO DE ABANDONO. MEDIDAS DE COMBATE AO AEDES AEGYPTI. OMISSÃO. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. A administração pública deve realizar todas as medidas necessárias para o combate ao mosquito transmissor da dengue, chikungunya e zika, inclusive adentrar nos imóveis abandonados ou em situação de abandono, quando necessário, para a contenção da doença conforme previsto na Lei 13.301/2016. Omitindo-se o município quanto à sua obrigação legal, pode o Poder Judiciário, quando acionado, determinar que o ente público aja em benefício da população, assegurando o direito indisponível à saúde e à vida, tomando as medidas legais pertinentes para coibir os riscos de proliferação do mosquito. Recurso conhecido e não provido” (TJMG, 8ª Câmara Cível. AC nº 10016150062921001/MG. Rel. Gilson Soares Lemes, j. 26.4.2017, public. 25.5.2017).

<sup>42</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à Lei 13.301/2016, que prevê o ingresso forçado em imóveis para eliminar criadouros do mosquito *Aedes aegypti*. *Dizer Direito*, 28 jun. 2016 Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/06/comentarios-lei-133012016-que-preve-o.html>>. Acesso em: 6 maio 2017.

e pode ser restringido, desde que observado o princípio da proporcionalidade. Para ele, no caso, tem-se o conflito aparente entre dois valores protegidos pelo direito: de um lado, a liberdade individual dos moradores; e de outro, a vida e a saúde desses mesmos indivíduos e de toda a coletividade, que devem ser protegidas pelo Estado. Diante disso, deve haver uma ponderação dos interesses envolvidos: ou restringe-se a liberdade individual, ou então haverá um grave e real risco à saúde de toda a sociedade (incluindo os proprietários e/ou moradores do imóvel). Não há dúvidas de que, no presente contexto, deverá preponderar a proteção à vida e à saúde, havendo uma restrição à liberdade individual. Ressalta ainda que a restrição imposta pela Lei nº 13.301/2016 à inviolabilidade de domicílio é pontual, específica, temporária e mínima. De outro ponto indica que se fosse necessário buscar autorização judicial todas as vezes em que o imóvel estiver fechado o trabalho de fiscalização restaria inviabilizado, além de sobrecarregar o Poder Judiciário. Apresenta dados oficiais no sentido de que desde que a campanha de combate ao mosquito se iniciou, com os primeiros casos de zika vírus, as equipes de saúde já encontraram cerca 2,7 milhões de domicílios fechados no momento das visitas, portanto seria inimaginável ter que exigir uma ação judicial para cada uma dessas casas. Conclui no sentido de que a medida prevista na Lei nº 13.301/2016 é adequada, necessária e proporcional, sendo a solução que melhor atende à proteção da saúde pública, que é um dever constitucional do Estado (art. 196), havendo uma mínima intervenção na inviolabilidade do domicílio.

Oportuno registrar, como outro exemplo de atuação da polícia administrativa, a vacinação obrigatória, no qual a Administração através do seu poder de polícia atua na proteção de terceiros e do próprio indivíduo.

Tanto em caso de ingresso forçado em domicílios por razões sanitárias, como no de vacinação compulsória, “não obstante a aparência de restrição de direito em benefício do próprio titular, a restrição objetiva o benefício coletivo, o interesse público, legitimador, portanto, da restrição”.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *Ações estatais restritivas de direitos fundamentais em benefício dos próprios titulares*. 2014. 221 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 201

## 6 Imposição da utilização de cintos de segurança e capacetes

Diferentemente dos casos anteriores, a imposição em questão não chega a configurar uma restrição a direitos ou liberdades, mas apenas uma conformação do direito de conduzir.

No entanto, algumas questões devem ser postas à reflexão. A obrigatoriedade de uso de cinto de segurança e de capacete para condutores de motocicletas pode ser fundamentada na proteção do condutor de riscos por ele desconhecidos ou ignorados, às custas da restrição à sua liberdade de andar sem o equipamento? Trata-se de nova faceta do poder de polícia ou não passa de medida estatal com o fim – ainda que não declarado – de evitar os gastos com saúde e previdência social decorrentes das consequências dos acidentes?

No Brasil, a obrigatoriedade do uso de cintos de segurança para motoristas e passageiros de veículos automotores é prática adotada por vários estados e municípios, mesmo antes da edição do Código Nacional de Trânsito – Lei nº 9.503, de 23.9.1997.

Devido ao silêncio do Código Nacional de Trânsito vigente à época – Lei nº 5.108/1966, o Conselho Nacional de Trânsito – Contran regulou nacionalmente a matéria através da Resolução nº 720/88, o que gerou muita polêmica sobre a questão de a restrição de direitos e liberdades ser imposta por uma resolução.

O assunto foi objeto de divergência jurisprudencial. De um lado há decisões reconhecendo a legalidade da referida resolução em regulamentar a segurança do trânsito em geral, entendendo ser “o cinto de segurança uma proteção não apenas individual, mas a coletividade e como tal, pode ser determinada pelo Contran, fundada no poder de polícia”.<sup>44</sup> De outro, há julgados entendendo:

sem lei determinante da obrigação do uso do cinto de segurança pelos ocupantes de veículos automotores, afigura-se ilegal o estabelecimento desta exigência, via resolução do CONTRAN (Resolução 720/88),

<sup>44</sup> “Ementa: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. OBRIGATORIEDADE DO USO DO CINTO DE SEGURANÇA. PODER DE POLÍCIA. LEGALIDADE. LEGALIDADE DA RESOLUÇÃO DO CONTRAN QUE INSTITUIU A OBRIGATORIEDADE DO USO DO CINTO DE SEGURANÇA, FUNDADO NO PODER DE POLÍCIA. O PODER DE POLÍCIA ESTÁ FUNDADO NO BEM-ESTAR DA COLETIVIDADE, MESMO QUE EM DETRIMENTO” (TRF-5. Apelação em Mandado de Segurança (AMS) nº 52.034/PB 95.05.31010-2. Rel. Des. Fed. Manoel Erhardt (substituto), j. 27.11.1997, public. 13.3.1998).

e nulos os respectivos autos de infração lavrados com base no descumprimento de tais normas, bem como a aplicação das multas correspondentes.<sup>45</sup>

A edição do Código de Trânsito brasileiro – Lei nº 9.503, de 23.9.1997, veio pôr fim, do ponto de vista formal, a essa controvérsia, isso porque, embora objetivasse prevenir danos à saúde e à vida dos próprios sujeitos sobre os quais recaiu a imposição, persistiam protestos contra essa norma considerada por muitos violadora da liberdade de conduzir o veículo de acordo com os ditames da vontade individual, tendo sido muitas as formas encontradas pelos motoristas para burlar essa determinação.

Pelas mesmas razões alegadas, referido Código também impôs a obrigatoriedade de utilização de capacetes por parte de condutores e passageiros de motocicletas (arts. 54 e 55).<sup>46</sup>

Em ambos os casos a razão principal da restrição é a tutela, que faz o Estado interferir na liberdade de escolha do cidadão em prol do benefício deste, sem levar em conta a sua vontade e capacidade de discernimento. Nesse sentido são legítimas as ponderações no sentido de:

aferir se é legítimo ao Estado proteger o particular de si mesmo, no sentido de não lhe permitir dispor do seu direito fundamental perante outro particular. A ideia de defesa da pessoa contra si própria está intimamente ligada com o paternalismo estatal, na medida em que com o termo paternalismo se pretende designar a “privação ou redução da liberdade de escolha do indivíduo operada pelo ordenamento a fim de assegurar uma particular proteção da pessoa ou de uma categoria de pessoas de atos contrários ao seu próprio interesse”.<sup>47</sup>

Há que se ponderar que, paralelamente à tutela estatal visando proteger a pessoa dela própria, nos casos de acidentes com graves lesões, grandes são os custos para o sistema de saúde e, conseqüentemente,

<sup>45</sup> STJ, T1. RESp nº 164.161/MG. Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 27.4.1999. DJ, 7 jun. 1999. No mesmo sentido: TJSC, Primeira Câmara de Direito Civil. Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 99.015871-3. Rel. Trindade dos Santos, j. 4.11.1999.

<sup>46</sup> O capacete, exigido pela lei brasileira, não é obrigatório em todo o mundo. Há regiões dos Estados Unidos que exigem o seu uso, outras permitem rodar sem ele e ainda outras fazem essa exigência apenas para menores de 17 anos. Alguns locais adotam normas rígidas e até restrições, como nas zonas centrais da China, maior produtora mundial do veículo.

<sup>47</sup> Margaret Jane Radin defende que o paternalismo normalmente “significa substituir o julgamento da pessoa em causa pelo julgamento de um terceiro ou do Estado para o bem dessa mesma pessoa” (RADIN, Margaret Jane. Market inalienability. *Harvard LR*, v. 100, n. 8, 1986/1987. p. 1898-1899).

para a sociedade como um todo. Os danos não se restringem ao acidentado que deixou de se valer da proteção proporcionada pelo uso do cinto de segurança e pelo capacete, mas oneram a coletividade, pois o custo final desses tratamentos recai sobre a sociedade.

Em síntese, verifica-se que há “uma claríssima intenção de tutela de interesses coletivos para além, claro, do benefício individual, que será, em muito, superior às consequências da imposição ao cidadão”.<sup>48</sup>

## Observações finais

No constitucionalismo contemporâneo com frequência ocorrem conflitos entre direitos fundamentais porque em abstrato, tendo em conta a sua fundamentalidade, não é possível hierarquizá-los. Ainda sob a ótica dos conflitos, todos concordam, que “os direitos fundamentais integram um núcleo normativo” que deve ser especificamente consagrado, “seja porque constituem elementos valorativos essenciais, seja porque descrevem exigências indispensáveis para o funcionamento adequado de um procedimento de deliberação democrática”.<sup>49</sup>

Casos emblemáticos envolvendo direitos fundamentais, como os trazidos à colação no presente trabalho – dignidade da pessoa humana, autonomia da vontade, liberdade de profissão, liberdade religiosa e autonomia para dispor do seu próprio corpo –, são questões que envolvem uma discussão longe de alcançar um único entendimento ou uma única solução.

Tendo como certo que nem os direitos fundamentais são absolutos, porque em constante colisão com outros direitos fundamentais, a busca para a solução mais justa estará sempre no exame de cada caso concreto.

Assim, frente aos problemas apresentados, cada vez mais vem sendo utilizada pelo intérprete uma técnica, que se convencionou chamar de ponderação, expressamente consagrada pelo Novo Código de Processo Civil (art. 489, §2º), diante de situações nas quais as fórmulas hermenêuticas tradicionais são insuficientes para resolver esses conflitos.

<sup>48</sup> RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *Ações estatais restritivas de direitos fundamentais em benefício dos próprios titulares*. 2014. 221 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 201.

<sup>49</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007.

## Referências

- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas*. Disponível em: <[http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas\\_de\\_jeova.pdf](http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf)>. Acesso em: 31 ago. 2017.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- CAPEZ, Fernando. Drogas: internação compulsória e educação. *Folha de S.Paulo*, 19 jul. 2011. Disponível em: <[http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2011\\_drogas\\_internacao.pdf](http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2011_drogas_internacao.pdf)>. Acesso em: 2 set. 2017.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à Lei 13.301/2016, que prevê o ingresso forçado em imóveis para eliminar criadouros do mosquito *Aedes aegypti*. *Dizer Direito*, 28 jun. 2016 Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/06/comentarios-lei-133012016-que-preve-o.html>>. Acesso em: 6 maio 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- FACUNDES, Lineu da Silva. *Ponderação de valores fundamentais contrapostos: o controle sanitário estatal e o direito à saúde frente o direito à liberdade individual*. 2008. 62 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia) – Centro de Ensino Superior do Amapá, Macapá, 2008.
- GARCIA, Deomara Cristina Damasceno; VIEIRA, Antoniella Santos; PIRES, Cristiane Carneiro. *A explosão do fenômeno: reality show*. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/garcia-deomara-reality-show.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2017.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. rev. e atual. à luz do Novo Código Civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LONG, Marceau *et al.* *Le grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 11. ed. Paris: Dalloz, 1996.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de; BARRETO, Júlia d’Alge Mont’Alverne; MOTA, Maria Yannie Araújo. Autonomia existencial do paciente psiquiátrico usuário de drogas e a política de saúde mental brasileira. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=238168>>. Acesso em: 1º set. 2017.

RADIN, Margaret Jane. Market inalienability. *Harvard LR*, v. 100, n. 8, 1986/1987.

REIS, Wanderlei José dos. A dignidade da pessoa humana e as internações compulsórias determinadas pelo judiciário. *Jus.com.br*, jan. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35275/a-dignidade-da-pessoa-humana-e-as-internacoes-compulsorias-determinadas-pelo-judiciario>>. Acesso em: 1º set. 2017.

RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *Ações estatais restritivas de direitos fundamentais em benefício dos próprios titulares*. 2014. 221 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. Liberdades individuais, direitos humanos e a internação forçada em massa de usuários de drogas. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, jan./abr. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=96116>>. Acesso em: 1º set. 2017.

SOUZA, Stéfani Cristina de; SILVA, Cristian Kiefer da. A internação compulsória de dependentes químicos: a prática sob a ótica da nova ordem constitucional. *Letras Jurídicas – Centro Universitário Newton Paiva*. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=490>>. Acesso em: 2 set. 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 13. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. Recusa a tratamento de saúde com fundamento em crença religiosa e o dever do Estado de proteger a vida humana. O caso da transfusão de sangue em testemunhas de Jeová. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 252, p. 67-95, abr. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7957>>. Acesso em: 4 jun. 2017.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GROTTI, Dinorá A. M. O poder de polícia e a proteção dos direitos individuais contra a vontade dos próprios titulares. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 77-102. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---



# A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS ADQUIRIDOS DECORRENTES DE SITUAÇÕES QUE TRANSCORREM NO TEMPO

FLORIVALDO DUTRA DE ARAÚJO

## 1 Introdução

Quando se discutem alterações das normas legais ou constitucionais, é comum vir à tona a reivindicação da intocabilidade dos chamados *direitos adquiridos*.

Tema que tem feito aflorar repetidamente essa discussão é o dos direitos previdenciários, que já foram objeto de várias reformas, sendo as mais abrangentes as trazidas pelas emendas constitucionais nº 20, de 15.12.1998, e nº 41, de 19.12.2003.

O direito adquirido é figura que enseja várias controversas no pensamento jurídico, a começar pelo próprio conceito; passando pela sua prevalência, ou não, em face das emendas constitucionais e tocando o problema dos direitos que se formam no transcurso do tempo, para citar apenas algumas questões.

O presente texto visa a explorar esses três aspectos. Serão feitas referências às reformas previdenciárias,<sup>1</sup> mas as ideias aqui desenvolvidas são mais amplas e podem ser aplicadas a outros casos envolvendo a aquisição de direitos no curso do tempo.

---

<sup>1</sup> Este texto é versão ampliada de ideias que expusemos no painel “Reforma no regime de previdência do servidor público”, no XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo.

## 2 Direito adquirido na Constituição e na legislação ordinária

Tal como dispuseram outras cartas constitucionais brasileiras,<sup>2</sup> a Constituição de 1988 prevê, no art. 5º, XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Nenhum texto constitucional brasileiro definiu o que é o direito adquirido. O significado dessa expressão ficou afeta à doutrina e, posteriormente, à legislação infraconstitucional.

O Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º.1.1916), em sua redação original, continha uma “Introdução”, cujo art. 3º, §1º, trouxe a definição de direito adquirido. Essa parte introdutória do Código foi substituída pela *Lei de Introdução ao Código Civil* (LICC), veiculada pelo Decreto-Lei nº 4.657, de 4.9.1942. Porém, na redação original, a LICC não trazia a definição de direito adquirido, que veio a ser incluída pela Lei nº 3.238, de 1º.8.1957, com a mesma redação antes contida na referida *Introdução ao Código Civil*, a seguir reproduzida segundo as regras da ortografia atual: “Consideram-se adquiridos, assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem” (art. 6º, §2º). Cabe lembrar que a LICC teve sua denominação alterada para *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* (LINDB).<sup>3</sup>

Dessa forma de previsão surge certo paradoxo: caso se prestigie preponderantemente a definição expressa na norma ordinária – o que tem ocorrido no direito brasileiro –, a norma constitucional de proteção ao direito adquirido acaba, materialmente, subordinada à definição da regra infraconstitucional.

Os efeitos práticos, efetivos e potenciais, dessa perspectiva, não podem ser subestimados, como demonstra decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), sintetizada na ementa, da lavra do Ministro Celso de Mello, da qual destacamos a seguinte passagem:

O sistema constitucional brasileiro, em cláusula de salvaguarda, impõe que se respeite o direito adquirido (CF, art. 5º, XXXVI). A Constituição da República, no entanto, não apresenta qualquer definição de direito

<sup>2</sup> Referida previsão surge pela primeira vez na Constituição de 1934 e repete-se em todas as Cartas posteriores, exceto na de 1937. Considera-se, no entanto, que as Constituições de 1824 e 1891 protegiam o direito adquirido por meio de prescrições amplas. A Carta de 1824 dispunha no art. 179, III, que a lei “não terá efeito retroativo”. O texto de 1891, no art. 11, determinava: “É vedado aos Estados, como à União: [...] 3º) prescrever leis retroativas”.

<sup>3</sup> Alteração feita pela Lei nº 12.376, de 30.12.2010.

adquirido, pois, em nosso ordenamento positivo, o conceito de direito adquirido representa matéria de caráter meramente legal.

Não se pode confundir, desse modo, a noção conceitual de direito adquirido (tema da legislação ordinária) com o princípio inerente à proteção das situações definitivamente consolidadas (matéria de extração constitucional), pois é apenas a tutela do direito adquirido que ostenta natureza constitucional, a partir da norma de sobredireito inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política.

Tendo-se presente o contexto normativo que vigora no Brasil, é na lei – e nesta, somente – que repousa o delineamento dos requisitos concernentes à caracterização do significado da expressão direito adquirido.

É ao legislador comum, portanto – sempre a partir de uma livre opção doutrinária feita entre as diversas correntes teóricas que buscam determinar o sentido conceitual desse instituto – que compete definir os elementos essenciais à configuração do perfil e da noção mesma de direito adquirido.<sup>4</sup>

A argumentação de Celso de Mello explicita o paradoxo acima apontado, diante do qual entendemos que a solução deva ser outra, *data venia*, e não a apontada na referida decisão.<sup>5</sup> Nossa discordância origina-se de uma premissa que não se acha explicitada no voto de Celso de Mello e, embora não se possa afirmar que o ministro rejeite tal pressuposto, é certo que, no referido julgamento, ela não foi considerada.

Referimo-nos à premissa segundo a qual, admitida a prerrogativa do legislador, de estipular uma definição para qualquer figura constitucional, faz-se necessário indagar se essa definição encontra-se *em conformidade com todo o texto constitucional*. Ou, perante mais de uma interpretação possível da definição legal, qual delas melhor se harmoniza com a Constituição, em sua integralidade.

No caso da figura do direito adquirido, cabe indagar qual exegese da definição da LINDB melhor se harmoniza com o conjunto de regras e princípios da Constituição de 1988 – e não apenas com a previsão do inc. XXXVI do art. 5º, em perspectiva que se restringe a examinar a existência da expressão *direito adquirido* na Constituição, para concluir que esta contém “apenas a tutela do direito adquirido” como “princípio” cujo conteúdo encontra-se na dependência do legislador infraconstitucional.

<sup>4</sup> Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 135.632, 1ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello, j. 10.10.1995. DJ, 3 set. 1999.

<sup>5</sup> Em sentido semelhante ao que aqui defendemos, também Paulo Modesto discorda do raciocínio espelhado na referida decisão do STF (MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e direito adquirido. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 15, n. 12, p. 790-801, dez. 1999).

Deve-se, portanto, partir da supremacia da Constituição, para afirmar que o legislador até pode definir o direito adquirido em norma infraconstitucional, mas essa definição e sua exegese acham-se sujeitas ao controle de constitucionalidade, como qualquer outra prescrição legal. Nesse contexto, poderá haver interpretações *a priori* cabíveis diante da simples dicção legal, isoladamente considerada, mas não aceitáveis perante a Constituição vigente, que é o parâmetro a ser observado.

O que não se pode é fazer da opção do legislador uma decisão adrede validada pelo fato de que ele tenha escolhido qualquer uma entre diferentes visões doutrinárias disponíveis. Nesse sentido, a lição de Modesto nos parece irretocável:

Se o conceito de direito adquirido constituísse matéria de caráter ordinário, a garantia constitucional do direito adquirido estaria de modo indireto à disposição do legislador, subordinada aos seus humores, esvaziada enquanto norma de proteção individual. Além disso, teríamos de admitir o paradoxo de um limite ao legislador depender da atuação do próprio legislador.<sup>6</sup>

É nesse sentido que nos parece irretocável também a categórica afirmação de Pontes de Miranda, acerca das definições de direito adquirido, de ato jurídico perfeito e de coisa julgada na legislação infraconstitucional: “Não têm elas, portanto, significação no plano do direito constitucional”.<sup>7</sup>

Imbuídos da preocupação em evitar o apontado paradoxo, incursionaremos na definição legal, para empreender uma análise crítica da formulação legal e sua exegese predominante.

### 3 Aspectos problemáticos da definição legal de direito adquirido

A definição legal explicita uma bifurcação, de modo que são considerados adquiridos: 1) os direitos que alguém possa exercer, ou seja, acham-se integralmente incorporados ao patrimônio de uma pessoa, já não dependendo de qualquer outro evento; 2) os direitos cujo começo

<sup>6</sup> MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e direito adquirido. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 15, n. 12, p. 790-801, dez. 1999. p. 791.

<sup>7</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda n. 1, de 1969)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. V. p. 64.

do exercício dependa de superveniência de evento prefixado – termo ou condição – “inalterável a arbítrio de outrem”.

A funcionalidade da noção de direito adquirido reside em resguardar direitos quando ocorrer alteração nas normas legais que regem a sua formação, de modo a que o seu titular, ou “alguém por ele” – ou seja, representante ou substituto legal – possa gozar desses direitos mesmo depois que as respectivas regras legais tenham sido revogadas, total ou parcialmente.

Em vista desse propósito, é especialmente problemática a expressão final da definição legal, ao condicionar que os direitos dependentes de eventos futuros somente prevalecerão face à nova lei se o respectivo termo ou condição for “inalterável a arbítrio de outrem”. A doutrina busca delimitar quem seria esse “outrem”, sem consenso.

Em clássico estudo sobre o tema, Limongi França registra a aceitação ampla da tese de que “essa expressão teria por finalidade afastar do conceito de Direito Adquirido as condições potestativas, isto é, aquelas que *estejam subordinadas à vontade de uma das partes*”. Porém, no início do século XX, Philadelpho Azevedo já observava que o art. 115 do Código Civil de 1916 determinava a nulidade de tais condições,<sup>8</sup> o que tornaria supérflua e inútil a prescrição final da definição de direito adquirido.<sup>9</sup> Essa observação é reiterada por Limongi França, afirmando ainda que “o restritivo ‘de outrem’ se afigura inadequado, dando a entender que se o arbítrio for *das partes* (e não de outrem), não se insere na exclusão do preceito”.<sup>10</sup>

Philadelpho Azevedo conclui, então, que “em se tratando simplesmente de efeito temporal das leis, esse arbitrio só se podia referir ao Estado”.<sup>11</sup>

De todo modo, na definição legal, para dizer que o direito é adquirido e, portanto, não mais passível de alteração, a regra afirma que,

<sup>8</sup> “Art. 115. São lícitas, em geral, todas as condições, que a lei não vedar expressamente. Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes”. Corresponde ao art. 122 do Código Civil de 2002, que dispõe: “São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”.

<sup>9</sup> AZEVEDO, Philadelpho. Commentario (ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça do Ceará, de 28/09/1926). *Revista de Crítica Judiciária*, ano VII, v. XI, n. 1, p. 152-167, jan. 1930. p. 164.

<sup>10</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 227.

<sup>11</sup> AZEVEDO, Philadelpho. Commentario (ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça do Ceará, de 28/09/1926). *Revista de Crítica Judiciária*, ano VII, v. XI, n. 1, p. 152-167, jan. 1930. p. 164 (mantivemos a grafia da época).

se estiver sujeito a evento futuro, o direito é considerado adquirido se tal evento não for mais alterável a arbítrio de outrem. Consta-se tratar de uma definição tautológica, como observou Pontes de Miranda.<sup>12</sup> Ou, nas palavras de Philadelpho Azevedo, de “tortura dos textos”.<sup>13</sup>

Daí resulta que a chave para delimitação do direito adquirido dependente de evento futuro é saber *quando e em que medida* a respectiva condição ou termo já não mais podem ser alterados, especialmente pelo Estado. Para tanto, não basta a definição legal, sendo necessário ampliar a perspectiva, para tratar do tema sob o prisma constitucional. Nesse, como em outros vários temas sobre os quais a Constituição não estabelece regras detalhadas, a referência aos princípios é indeclinável, como adiante explanado.

A interferência do Estado legislador, *lato sensu*, é crucial nessa matéria, cabendo analisá-la sob os prismas da atividade legislativa complementar e ordinária e, particularmente – porque mais polêmica – da atuação do reformador constitucional.

#### 4 Direito adquirido perante as emendas constitucionais

É pacífico que nem a lei ordinária nem a lei complementar podem desconstituir o direito adquirido. A polêmica refere-se à possibilidade de alteração ou exclusão de direitos adquiridos por emenda constitucional.

Segundo parte dos juristas, o inc. XXXVI do art. 5º, CF, estabelece limites apenas ao legislador infraconstitucional. Como as emendas à Constituição têm força de norma constitucional, os direitos adquiridos não podem prevalecer sobre elas, sob pena de subversão do sistema jurídico-normativo e excessivo enrijecimento da Constituição, pelo elastecimento indevido do alcance das chamadas cláusulas pétreas.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda n. 1, de 1969)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. V. p. 72.

<sup>13</sup> AZEVEDO, Philadelpho. *Commentario* (ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça do Ceará, de 28/09/1926). *Revista de Crítica Judiciária*, ano VII, v. XI, n. 1, p. 152-167, jan. 1930. p. 164.

<sup>14</sup> Nesse sentido, afirma Modesto: “Os que defendem que a garantia do direito adquirido não é somente dirigida ao legislador ordinário e, sim, também ao poder de reforma constitucional, esquecem a lógica que rege este sistema. Se o direito adquirido, qualquer que seja a sua fonte, como situação jurídica individual, for oponível também em face da Constituição, ou de emenda que a modifique, o poder de reforma estará submetido a limites materiais semelhantes ao do legislador ordinário, contido segundo quase o mesmo grau de condicionamento, quando toda a lógica do sistema aponta para menores condicionamentos e maior liberdade de iniciativa quanto ao conteúdo possível de alteração. No siste-

Diante da regra do inc. IV do §4º do art. 60, CF, segundo a qual “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir [...] os direitos e garantias individuais”, essa corrente argumenta, a exemplo de Modesto:

Os direitos adquiridos não são cláusula pétrea da Constituição e, sim, a garantia dos direitos adquiridos, isto é, a norma enunciada no art. 5º, XXXVI, do texto constitucional, inscrita no Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Esta norma não pode ser suprimida do estatuto constitucional mediante o exercício do poder de emenda.<sup>15</sup>

Portanto, apenas a garantia da prevalência dos direitos adquiridos contra as normas infraconstitucionais consubstanciaria cláusula pétrea. Mas os direitos adquiridos que se inserem no patrimônio dos sujeitos de direito poderiam ser afastados pelas emendas constitucionais.

Para outra corrente de pensamento – com a qual concordamos – o termo “lei”, contido no referido inc. XXXVI, deve ser entendido em termos amplos, incluindo as emendas constitucionais. Embora estas possam alterar a Constituição, não possuem a mesma força jurídica das normas constitucionais originárias, pois se acham sujeitas a limites formais e materiais, estabelecidos pelo texto constitucional originário.<sup>16</sup>

Somente o poder constituinte originário – tal como o que produziu o texto inicial da Constituição de 1988 – detém a prerrogativa incontestável de alterar ou excluir direitos adquiridos. O poder constituinte reformador, atuando sempre por decorrência de uma autorização do constituinte originário, deve observância dos referidos limites, inclusive o respeito não apenas à garantia dos direitos adquiridos contra a lei

---

ma jurídico nacional, lei e emenda constitucional são entidades claramente distintas. [...] O poder de reforma constitucional, recorde-se, embora não se confunda com o poder constituinte originário (força político-social incondicionada em termos jurídicos e fixadora de uma nova ideia fundamental de direito), expressa também de forma especial ou incomum a soberania popular através do Parlamento, uma vez que opera apenas após quatro votações sucessivas de plenário, duas em cada casa legislativa, observado um quorum qualificado de três quintos na Câmara dos Deputados e no Senado da República” (MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e direito adquirido. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 15, n. 12, p. 790-801, dez. 1999. p. 794).

<sup>15</sup> MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e direito adquirido. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 15, n. 12, p. 790-801, dez. 1999. p. 793.

<sup>16</sup> Os limites formais dizem respeito ao processo legislativo, mais complexo, a ser observado para edição das emendas (CF, art. 60, *caput* e §§1º a 3º e 5º). Os limites materiais são as chamadas cláusulas pétreas, matérias que não podem ser objeto de deliberação: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, §4º).

ordinária ou complementar, mas também contra as próprias emendas à Constituição.<sup>17</sup>

É precisa, neste contexto, a observação de Maria Coeli Simões Pires: “o desrespeito ao direito constituído sob a égide do texto constitucional original ou por ele recepcionado equivale a mecanismo indireto de vulneração da garantia em si, que tem, no mínimo, sua eficácia suspensa, no momento pontual da revisão ou alteração”.<sup>18</sup>

O fato de o inc. XXXVI referir-se literalmente à “lei” não implica que o intérprete somente pode considerar como tal a lei complementar e a lei ordinária, pois se sabe que o vocábulo *lei*, tal como *legislação*, amiúde são empregados em acepções mais amplas. Apenas para ilustrar a ideia com outro exemplo, o inc. II do art. 5º, CF, prescreve: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Seria sensato interpretar que “lei”, nessa norma, exclui a emenda constitucional e que, portanto, as emendas não imporiam obrigação a ninguém?<sup>19</sup>

Isso não significa que todos os cenários jurídicos existentes à data da promulgação da Constituição ficaram isentos das suas novas determinações. Situações jurídicas em curso foram afetadas, seja por prescrições constitucionais diretamente incidentes, seja pela não recepção de normas infraconstitucionais no ordenamento jurídico inaugurado pela Carta de 1988. A respeito deste tema retornaremos no tópico seguinte. Por ora, cabe ainda tratar da problemática do direito adquirido perante emendas constitucionais.

Defensores da tese de que tais emendas poderiam afastar direitos adquiridos afirmam que esse pensamento encontra respaldo em decisões do STF. É fato que, antes da Constituição de 1988, esse Tribunal

<sup>17</sup> Neste sentido, cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 335-340, e BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 219-224.

<sup>18</sup> PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 304.

<sup>19</sup> Esse argumento é aventado por Carlos Ayres Britto e Valmir Pontes Filho: “Seria até o caso de se perguntar: só porque a Constituição apenas mencionou a lei como fonte de obrigação positiva ou negativa, as emendas estariam proibidas de obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa? Clarissimamente que não! A Constituição calou quanto às emendas, tão somente porque em nenhum momento delas falou (a não ser por implicitude) como veículo de concessão de direitos subjetivos, ou instrumentos de imposição de deveres. E também porque delas não fez – insistiu-se – mecanismo usual de regulação jurídica da vida coletiva, tanto que dificultou sobremodo o processo da respectiva gestação” (BRITTO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Valmir. *Direito adquirido contra as emendas constitucionais*. *Revista PGM – Procuradoria Geral do Município de Fortaleza*, v. 4, p. 87-93, nov. 1996. p. 91).



manifestou-se por vezes nesse sentido, tal como se registra na ementa do acórdão relativo ao Recurso Extraordinário (RE) nº 94.414, da lavra do relator, Ministro Moreira Alves: “Não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do poder constituinte originário, ou do poder constituinte derivado”.<sup>20</sup>

Porém, na vigência da Constituição de 1988, o STF ainda não consolidou posição nítida a respeito. Há várias decisões afirmando a prevalência de normas constitucionais sobre direitos adquiridos, mas relativas ao texto originário da Carta de 1988. No que toca a emendas constitucionais, ainda se aguarda um posicionamento mais firme daquele Tribunal.

Encontra-se pendente de julgamento, dentro da sistemática da repercussão geral, o RE nº 657.989, no qual se discute a existência de direito adquirido à percepção de salário-família em face da alteração promovida pela Emenda Constitucional (EC) nº 20/1998.<sup>21</sup> Mas o STF já se manifestou pela prevalência do direito adquirido ao salário-família nas condições anteriores à EC nº 20/1998, para aqueles que já o recebiam naqueles moldes mais favoráveis. No julgamento do Agravo Regimental no RE nº 379.199, o relator, Ministro Carlos Velloso, adotou como fundamentação de seu voto o parecer do Procurador-Geral da República, que afirma:

o impetrante ingressou no serviço público (1993) quando o texto constitucional não fixava quaisquer restrições ao direito de recebimento do salário-família, possuindo este, direito adquirido, haja vista ter o benefício se incorporado ao seu patrimônio, sendo de sua propriedade, constituindo um bem o qual deverá ser protegido contra qualquer ataque exterior, que ouse ofendê-lo ou turbá-lo.<sup>22</sup>

Outro caso no qual se reconheceu a prevalência do direito adquirido ante emenda constitucional foi o julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.356, na qual se questionam alterações no regime de precatórios, trazidas pela EC nº 30/2000. O STF suspendeu a eficácia de diversos dispositivos dessa

<sup>20</sup> RE nº 94.414, Tribunal Pleno. Rel. Min. Moreira Alves, j. 13.2.1985. *DJ*, 19 abr. 1985.

<sup>21</sup> A EC nº 20/1998 restringiu o direito à percepção do salário-família, determinando que ele dever ser “pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei”, ao passo que a redação original do art. 7º, XII, CF, referia-se ao pagamento desse valor a todos os trabalhadores.

<sup>22</sup> RE nº 379.199 AgR, Segunda Turma. Rel. Min. Carlos Velloso, j. 18.10.2005. *DJ*, 18 nov. 2005.

EC, por considerá-los ofensivos ao direito adquirido e à coisa julgada.<sup>23</sup> No mesmo sentido decidiu o STF ao julgar as ADIs nºs 4.357 e 4.425,<sup>24</sup> que trataram de outras alterações no regime de precatórios, objeto da EC nº 62/2009.

Também a discussão relativa ao chamado *teto remuneratório* dos servidores públicos já deu ensejo a pronunciamentos do STF favoráveis ao resguardo do direito adquirido ante emendas constitucionais.

A EC nº 41/2003 alterou a redação do art. 37, XI, CF, estabelecendo novos limites de remuneração no serviço público. No art. 8º, fixou transitoriamente os valores a serem observados como teto, até que os subsídios referidos no art. 37, XI, fossem fixados legalmente. O art. 9º da EC nº 41/2003 determinou que se aplicasse às remunerações dos agentes públicos e aos proventos de aposentadoria e pensões o disposto no art. 17 do ADCT, ou seja, esses deveriam ser imediatamente reduzidos aos limites constitucionais de remuneração decorrentes da EC nº 41/2003.

Editada essa emenda, abriu-se polêmica acerca da viabilidade jurídica de cumprimento do disposto no seu art. 9º, tendo em vista que esse dispositivo é fruto de reforma constitucional. Assim, para diversos

<sup>23</sup> Confira-se o seguinte trecho da ementa, da lavra do relator, Ministro Ayres Britto: “3. A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de ‘originário’) não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas. 4. O art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº 30/2000, ao admitir a liquidação ‘em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos’ dos ‘precatórios pendentes na data de promulgação’ da emenda, violou o direito adquirido do beneficiário do precatório, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Atentou ainda contra a independência do Poder Judiciário, cuja autoridade é insuscetível de ser negada, máxime no concernente ao exercício do poder de julgar os litígios que lhe são submetidos e fazer cumpridas as suas decisões, inclusive contra a Fazenda Pública, na forma prevista na Constituição e na lei. Pelo que a alteração constitucional pretendida encontra óbice nos incisos III e IV do §4º do art. 60 da Constituição, pois afronta ‘a separação dos Poderes’ e ‘os direitos e garantias individuais’” (ADI nº 2.356 MC, Tribunal Pleno. Rel. Min. Néri da Silveira, Rel. p/ acórdão Min. Ayres Britto, j. 25.11.2010. *DJe*-094, divulg. 18.5.2011, public. 19.5.2011).

<sup>24</sup> Nas ementas dessas ADIs registra-se: “8. O regime ‘especial’ de pagamento de precatórios para Estados e Municípios, criado pela EC nº 62/09, ao veicular nova moratória na quitação dos débitos judiciais da Fazenda Pública e ao impor o contingenciamento de recursos para esse fim, viola a cláusula constitucional do Estado de Direito (CF, art. 1º, caput), o princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), o postulado da isonomia (CF, art. 5º), a garantia do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), o direito adquirido e à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). 9. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente em parte” (ADI nº 4.425, Tribunal Pleno. Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 14.3.2013, *DJe*-251, divulg. 18.12.2013, public. 19.12.2013).

juristas, o art. 17 do ADCT poderia levar à redução de remunerações e proventos que fossem percebidos enquanto vigente a norma do art. 37, XI, em sua versão de regra constitucional *originária*. Mas diante de regra oriunda de poder constituinte *derivado*, o referido art. 17 já não poderia ter aplicação.<sup>25</sup>

No entanto, por decisão administrativa do STF, foi determinada a redução da remuneração dos ministros inativos, que percebiam montante superior à remuneração daqueles em atividade. Contra essa determinação, alguns ministros aposentados da Corte impetraram a ação de Mandado de Segurança (MS) nº 24.875, cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence.

O Plenário do STF, por maioria, deferiu, em parte, o pedido feito no MS nº 24.875, nos termos do voto do relator. Concluiu-se que os impetrantes deveriam continuar a receber o valor da remuneração a que tinham direito quando da publicação da EC nº 41/2003, para evitar a redução remuneratória. Mas, a partir dessa data, deveriam ter “congelado” o valor percebido além do teto, até que, por aumentos posteriores do valor do subsídio, as suas remunerações passem a se situar dentro do limite constitucional.

Afirmou-se que o art. 17 do ADCT, referido pelo art. 9º da EC nº 41/03, “é norma referida ao momento inicial de vigência da Constituição de 1988, no qual incidiu e, neste momento, pelo fato mesmo de incidir, teve extinta a sua eficácia”, conforme palavras do relator. Assim, perante a nova redação da matéria trazida pela EC nº 41/2003, não mais havendo fundamento para decote de remuneração com base

<sup>25</sup> Neste sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello: “[...] nem a Emenda 19, em 1998, nem a Emenda 41, agora em 2003, podiam rebaixar vencimentos, determinando que ficariam sujeitos a limites estatuídos primeiramente por uma e ao depois por outra, em novas redações que atribuíram ao art. 37, XI. Também não é de admitir – como, de resto, já se disse [...] – que este resultado seja alcançado pelo expediente, aparentemente astuto, adotado no art. 92 da Emenda 41. Nele se declara que o art. 17 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição aplicar-se-ia a todas as modalidades de retribuição dos servidores da Administração direta, autárquica e fundacional, bem assim aos agentes políticos em geral, tanto como a proventos de aposentadoria e pensões. A solução é juridicamente incabível, pois o art. 17 se remetia a um texto distinto do que viria a ser implantado pela Emenda 19 e do que foi recentemente implantado pela Emenda 41. Logo, não se lhe pode dar o alcance pretendido, pois isto implicaria pretender colher dele a força constituinte, mas com um alcance descoincidente com a que nele residia. Dito de outro modo: fazê-lo corresponderia a outorgar, hoje, com base em uma simples Emenda, força constituinte a uma norma que nela reside, e não na Constituição. Acresce que o art. 17 estava reportado a um texto que foi revogado pela Emenda 19 e que, de seu turno, também foi revogado pela Emenda 41, de tal sorte que não mais existe como termo de referência no universo jurídico” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 338-339).

no exaurido art. 17 do ADCT, a determinação do art. 9º significaria redução remuneratória por força desta própria norma da EC nº 41/2003. Mas, como decidiu o STF, a irredutibilidade de vencimentos é direito assegurado pela CF 1988 (art. 37, XV), *não podendo emenda constitucional afastar os direitos adquiridos daí decorrentes*, consubstanciados na garantia de redução de suas respectivas remunerações. Por isso o STF adotou a solução de “congelar” os valores percebidos acima do limite remuneratório, até que aumentos posteriores nas remunerações adotadas como parâmetro máximo viessem a garantir a observância do teto, sem ofensa a vantagens já incorporadas ao patrimônio dos agentes públicos e, por isso, caracterizadas como direitos adquiridos.<sup>26</sup>

Os mesmos fundamentos do MS nº 24.875 foram adotados no MS nº 27.565, cujo relator, Ministro Gilmar Mendes, assim registrou em seu voto:

Não se questiona a inexistência de direito adquirido a regime anterior de remuneração do servidor público. O que se discute é a intangibilidade do princípio de irredutibilidade dos vencimentos enquanto garantia constitucional. Na linha do entendimento delineado no julgamento do MS 24.875, a irredutibilidade de vencimentos é garantia fundamental e, enquanto tal, inelidível por emenda à Constituição.<sup>27</sup>

Os citados pronunciamentos do STF indicam tendência à proteção dos direitos adquiridos não apenas em face de leis ordinárias e complementares, mas também ante emendas constitucionais, o que nos parece a posição consentânea ao prestígio que a segurança jurídica recebe da Constituição vigente.

## 5 Situações jurídicas em curso e direitos adquiridos

A concepção amplamente predominante na doutrina e jurisprudência brasileiras é a de que somente se caracteriza o direito adquirido quando todos os pressupostos fáticos de sua formação se encontram realizados. Se qualquer acontecimento, por mínimo que seja, não se tiver realizado ao entrar em vigor as novas normas legais, não se poderá pretender a manutenção de qualquer vantagem com base nas regras anteriores.

<sup>26</sup> MS nº 24.875, Tribunal Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 11.5.2006. DJ, 6 out. 2006.

<sup>27</sup> MS nº 27.565, Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18.10.2011. DJe-221, divulg. 21.11.2011, public. 22.11.2011.

Exemplificando com a aposentadoria: se faltar a alguém apenas um dia para preencher o tempo de contribuição exigido para aquisição desse direito, mesmo satisfeitos os demais requisitos, sobrevindo regra que exija mais anos de contribuição, estará o trabalhador obrigado a cumprir as novas condições legais, sem que possa ter resguardado algum direito, ainda que parcial, tendo por base os eventos já transcorridos. Essa possibilidade somente se efetiva caso o legislador, ao reformar a Constituição ou a lei, discricionariamente optar por estabelecer o que se denomina *regra de transição*.

Por isso, sempre que se cogita alterar situações jurídicas em formação, verifica-se grande preocupação entre aqueles que se encontram regidos pelas normas a serem alteradas. Em anos recentes, constantes alterações dessa natureza têm despertado os juristas para a necessidade de encontrar soluções que prestigiem a *segurança jurídica*, princípio essencial do direito.

A Constituição de 1988 refere-se à segurança como valor jurídico, em termos amplos, no seu preâmbulo<sup>28</sup> e no *caput* do art. 5º.<sup>29</sup> Não cabe pretender restringir o significado do termo *segurança*, contido nessas normas, confundindo-o com “segurança pública, pois esta é apenas uma faceta da segurança,<sup>30</sup> sendo especificamente tratada no art. 144 CF.<sup>31</sup>

Já a segurança jurídica é um conceito mais amplo e, como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, decorre do fato de que:

a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”.

<sup>29</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

<sup>30</sup> FERRAZ, Sérgio. Servidor público e direito adquirido. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 11, n. 45, p. 39-53, jul./set. 2011. p. 44.

<sup>31</sup> “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”.

<sup>32</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 127.

Por isso, como registra o STF, em voto da relatoria de Celso de Mello:

O postulado da segurança jurídica, enquanto expressão do Estado Democrático de Direito, mostra-se impregnado de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público (RTJ 191/922), em ordem a viabilizar a incidência desse mesmo princípio sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado, para que se preservem, desse modo, sem prejuízo ou surpresa para o administrado, situações já consolidadas no passado. A essencialidade do postulado da segurança jurídica e a necessidade de se respeitarem situações consolidadas no tempo, especialmente quando amparadas pela boa-fé do cidadão, representam fatores a que o Poder Judiciário não pode ficar alheio.<sup>33</sup>

Também importantes diplomas legislativos infraconstitucionais consagram o princípio da segurança jurídica, a exemplo da Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784, de 29.1.1999)<sup>34</sup> e da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, que regula o processo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF.<sup>35</sup>

Na medida em que o princípio da segurança jurídica, outrora descurado, tornou-se pedra angular do ordenamento, surgiram relevantes vozes a apregoar a necessidade de ampliar a perspectiva do direito adquirido e sua proteção.

Trataremos inicialmente de dois textos da lavra de eminentes publicistas brasileiros, para os quais o direito adquirido deve ser reconhecido não apenas perante fatos ou atos concretos cujos efeitos já foram completamente produzidos, mas também quando alguém se encontra submetido a determinado *regime jurídico* que prevê determinados direitos ainda não totalmente incorporados ao patrimônio do beneficiário, mas que continuarão a incorporar-se, sob tal regime, dependendo apenas da continuidade das situações fáticas pressupostas legalmente. Exemplo disso são os direitos a que faz jus o servidor

<sup>33</sup> RE nº 646.313 AgR, Segunda Turma, j. 18.11.2014. *DJe*, 10 dez. 2014.

<sup>34</sup> “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

<sup>35</sup> “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

público, previstos na Constituição ou em leis, como contrapartida da prestação dos serviços. Outra hipótese é o regime previdenciário, que prevê a aquisição de certos direitos, a depender do preenchimento, pelo beneficiário, dos requisitos constitucionais e legais.

Para o caso da alteração do regime previdenciário do servidor público, Valmir Pontes Filho defende a “existência de direito adquirido a um dado regime de aposentação, fixados pelas normas (constitucionais e/ou legais) vigentes no exato instante em que o servidor ingressa no serviço público”. Pondera que essa tese se coaduna com a definição de direito adquirido, que inclui os direitos cujo exercício depende de prazo prefixado ou condição preestabelecida e não alterável ao arbítrio de outrem, bastando “que se entenda por ‘outrem’ também o Estado”. Segundo Pontes Filho, esse é o entendimento que prestigia a segurança jurídica “na medida em que dá a cada servidor a certeza de que pode projetar sua vida futura, afastando-se do cargo ou emprego público na época precisa que a lei (*lato sensu*) estipulou como suficiente para tanto”. E ainda: “Afinal, se o servidor fez, em dado momento, uma opção de vida profissional, é imperioso conferir-lhe, em homenagem à sua própria dignidade, a prerrogativa de traçar planos para o futuro, especialmente após a inativação almejada”.<sup>36</sup>

No entanto, Pontes Filho restringe a aplicabilidade de sua tese ao regime de aposentadoria, afirmando:

Não se está aqui defendendo – é bom esclarecer – a tese de que haja, de modo irrestrito, direito adquirido do servidor público a um dado regime jurídico.<sup>37</sup> [...] Referimo-nos, especificamente, ao regime jurídico previsto para a sua aposentadoria, essencial para que ele possa programar, com um mínimo de certeza e segurança, sua própria existência futura.<sup>38</sup>

Entendemos, *data venia*, que essa restrição não se justifica em face dos próprios termos da tese defendida por Pontes Filho. Afinal, o planejamento existencial dos indivíduos não se restringe à aposentadoria.

<sup>36</sup> PONTES FILHO, Valmir. Direito adquirido ao regime de aposentadoria. *Revista de Direito Administrativo*, v. 227, p. 31-38, jan./mar. 2002. p. 35-36.

<sup>37</sup> E explica na sequência: “Nada obsta, por exemplo, que a carreira a que pertença seja reestruturada, que seu horário de trabalho se modifique para atender ao interesse público ou mesmo que gratificações que perceba sejam modificadas ou extintas (desde que respeitada a irredutibilidade remuneratória que a Constituição lhe assegura)” (PONTES FILHO, Valmir. Direito adquirido ao regime de aposentadoria. *Revista de Direito Administrativo*, v. 227, p. 31-38, jan./mar. 2002. p. 36).

<sup>38</sup> PONTES FILHO, Valmir. Direito adquirido ao regime de aposentadoria. *Revista de Direito Administrativo*, v. 227, p. 31-38, jan./mar. 2002. p. 36.



Se o horário de trabalho, a forma de remuneração e outros aspectos da vida laboral de alguém são alterados, também assim se pode afetar a sua existência futura, e em tempo mais próximo do que o previsto para a inatividade. Assim, não divisamos nada que, ontologicamente, possa diferenciar, em termos de afetação do futuro, a alteração das regras de aposentadoria e a modificação de outros aspectos do regime jurídico do servidor público.

Por isso, embora também não concordando plenamente com a posição por ele defendida, entendemos mais coesa a tese de Sérgio Ferraz, que defende o direito adquirido do servidor ao regime jurídico sob o qual ingressou na Administração Pública, admitindo-se alterações com efeito imediato apenas se ocorrer “simplesmente a modificação parcial dos efeitos, sem substancial alteração ou ablação das faculdades e expectativas asseguradas pelo regime vigente à época da produção do direito” e desde que não venha “a causar dano concreto ao servidor”.<sup>39</sup>

As respeitáveis posições defendidas por Pontes Filho e Ferraz, entretanto, pecam por criar excessivo enrijecimento na ordem jurídica, que pode ser causa de outros problemas que afetarão toda a sociedade, ou parte significativa, atingindo mesmo, sob outros aspectos, aqueles que teriam seus benefícios mantidos a partir de tão generosa visão de direito adquirido.

Tomando o exemplo das reformas previdenciárias, é muito claro que o perfil demográfico da população se altera com o passar do tempo. Também as finanças públicas se encontram sujeitas a muitas vicissitudes. Estabelecer vedações tão rígidas a alterações em benefícios legalmente previstos implicaria manietar o legislador, representante político da sociedade, impedindo-o de buscar soluções para os problemas que surgem no curso dos tempos. Assim, pela inalterabilidade de previsões legais fixadas em gerações passadas, as novas gerações teriam de ver reduzido ou impossibilitado o gozo de direitos, quiçá, mais relevantes.

A inexorável mutabilidade dos fatos torna necessário que se possa alterar a legislação, com interferência, em alguma medida, nas relações jurídicas em curso, ou seja, aqueles que produzem efeitos duradouros, por tempo determinado ou indeterminado.

Tenha-se em vista o contrato entre particulares, normalmente considerado relação jurídica merecedora de especial resguardo, de modo que somente pela vontade das partes poderia sofrer alterações.

<sup>39</sup> FERRAZ, Sérgio. Servidor público e direito adquirido. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 11, n. 45, p. 39-53, jul./set. 2011. p. 50-52.



Já há muito que, por diferentes circunstâncias e com base em diversos princípios jurídicos, tais contratos também se acham sujeitos a alterações decorrentes de determinações heterônomas do Poder Público, na condição de legislador, juiz ou administrador. Exemplifique-se, respectivamente, com as leis que, estabelecendo planos econômicos, excluem certas cláusulas contratuais até então válidas (como as que estipulavam periodicidade e índices de reajuste de preços); com as decisões judiciais que determinam, em face de fatos supervenientes, a revisão contratual; e com resoluções e outros atos administrativos de entidades reguladoras, que obrigam à observância de novas condições em contratos já em curso.<sup>40</sup> Particularmente os contratos cuja execução prolongam-se no tempo estão sujeitos a alterações trazidas por normas superiores supervenientes, que surgem como resultado das mudanças na conjuntura social, política ou econômica.

Assim, não nos parece razoável pretender que situações decorrentes imediatamente de lei, como o regime previdenciário, possam ficar

<sup>40</sup> Pierre de Harven, citado por Orlando Gomes, utiliza-se das expressões “amputação” e “enxerto” para referir-se aos dois processos de alterações impostas a contratos em curso. Pelo primeiro, “retira-se do contrato uma de suas cláusulas, tendo-se por não escrita, ou substituindo-se imperativamente por outra, prevista na lei”. Gomes exemplifica com as normas que proibiram contratos com a cláusula ouro e a Lei da Usura (Decreto nº 22.626, de 7.4.1933) Pelo enxerto, “introduz-se no conteúdo de determinado contrato uma obrigação como se fora convencional, não podendo o devedor negar-se a seu cumprimento”. É citado o exemplo da norma legal que assegurou ao inquilino a preferência na compra do imóvel locado, observando que essa regra funciona como se houvesse uma “opção de compra aos locatários, no contrato de locação” (GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 24-25.) A política econômica brasileira, nas quatro últimas décadas do século XX, produziu diversas normas que impunham ou proibiam índices de correção monetária. Particularmente quanto à política salarial, diferentes padrões de reajustes foram excluídos ou impostos. No campo do direito do trabalho, é comum a alteração de contratos em curso por força de lei. Exemplifique-se com a criação da gratificação natalina, ou 13º salário, objeto da Lei nº 4.090, de 13.7.1962; com a alteração do regime de férias, trazido pelo Decreto-Lei nº 1.535, de 1º.4.1977; e, mais recentemente, com a Lei Complementar nº 150, de 1º.6.2015, que trouxe modificações no conteúdo dos contratos dos empregados domésticos. Há também as convenções e acordos coletivos, bem como as sentenças normativas, todas elas espécies regulamentares que criam, extinguem ou modificam direitos e obrigações inseridos em contratos trabalhistas em curso. Outros eloquentes exemplos de intervenção legal em contratos em curso encontram-se nas normas relativas a planos privados de assistência à saúde, que costumadamente incluem novas condições para prestação desses serviços. A Lei nº 9.656, de 3.6.1998, depois de impor diversas novas regras para os planos de saúde, assim dispõe no art. 35: “Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada ao consumidor com contrato já em curso a possibilidade de optar pelo sistema previsto nesta Lei”. Trata-se de típica norma “enxertada” nos contratos em curso. Também por atos normativos da Administração Pública alteram-se contratos em curso, tais como as portarias e resoluções que dispõem sobre condições de prestação de serviços, seja por entidades da administração indireta, seja por concessionários e permissionários de serviços públicos.

totalmente imunes a alterações supervenientes à formação originária do vínculo entre a seguridade social e o segurado.

Mas, o outro extremo, que se tornou concepção dominante, também é de ser rechaçado. Referimo-nos à aceitação de que, diante de novas condições normativas, as relações jurídicas em curso e respectivos fatos podem ser inteiramente desconsiderados, de tal modo a não gerar direito algum decorrente das normas antes em vigor. Ora, tais fatos ocorridos na vigência de normas revogadas devem ser considerados *na proporção em que regeram os fatos verificados e os direitos destes decorrentes*.

Assim, suponha-se que uma trabalhadora, do setor público ou privado, conte com vinte anos de contribuição, restando-lhe mais dez para completar os requisitos para aposentadoria. Sobrevindo nova norma, que exija trinta e seis anos de contribuição, entendemos que essa trabalhadora deve submeter-se à nova regra, porém, considerando-se *já adquirido parte do direito à aposentadoria, na proporção do tempo já laborado, em face das regras anteriormente vigentes*. Desse modo, como a trabalhadora já cumpriu dois terços do tempo necessário para aposentadoria em face da regra até então vigente, deve ser considerado adquirido o direito ao cômputo de tempo de contribuição nessa proporção de dois terços, de modo que se lhe será exigido, na vigência da nova norma, apenas mais doze anos, que é o terço de tempo faltante segundo a nova regra.

Assim se garantirá que os fatos já decorridos sejam considerados aptos à aquisição de direitos na proporção em que eles ocorreram enquanto vigoraram as respectivas regras. Do contrário, conforme a orientação hermenêutica hoje predominante, desconsidera-se a aptidão das situações que se prolongam no tempo para formar direitos paulatinamente, de modo que, sobrevindo novas regras, esses fatos jurídicos podem ser completamente ou parcialmente desprezados como aptos à aquisição de direitos. Isso propicia ofensa aos princípios da proporcionalidade e, conseqüentemente, da isonomia, sabendo-se que esta implica tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Como pode haver proporcionalidade e isonomia de tratamento se um trabalhador com apenas um dia de serviço e outro, ao qual falte apenas um dia para se aposentar, passarem a ser submetidos às mesmas condições por uma nova regra previdenciária, que hoje entrou em vigor?

Felizmente, o pensamento jurídico brasileiro já conta com valiosas contribuições no sentido aqui propugnado, que nos parecem representar a esperança de revisão da teoria dos direitos adquiridos, a bem de uma nova exegese, consentânea com os referidos princípios constitucionais da proporcionalidade, da isonomia e da segurança jurídica.

Conforme pesquisa na bibliografia nacional, formulação pioneira, em sentido próximo ao que aqui se defende, parece-nos dever-se a Paulo Emílio de Vilhena, em texto publicado há quase meio século, no qual pondera:

A lei do menor esforço, que estratifica em soluções apressadas o conteúdo jurídico do asseguração de efeitos na formação e perfeição dos direitos, retém ponderável área da doutrina e da jurisprudência na consideração clássica da matéria, e segundo a qual a incorporação de bens jurídicos no patrimônio da pessoa não comporta uma gradativa escalada de apresamento e de fixação.<sup>41</sup>

Esse “exame simplista de temas de tal natureza” – prossegue Vilhena – “esmaece toda a sua virtualidade eficaz na figura da simples expectativa e daí salta, como a um pólo oposto, para os chamados direitos adquiridos”.<sup>42</sup>

Vilhena chama atenção para o fato de que esse tratamento da matéria em extremos – ou mera expectativa, ou direito inteiramente performado – foi elaborado classicamente com vistas a relações negociais “em que o escoamento e a comunicação de direitos se permite fiquem muito no domínio daqueles que voluntariamente os possam ou venham a transmitir”, mas que não corresponde “a realidades jurídicas mais complexas, sobretudo as que se agrupam nos regimes jurídicos estatutariamente disciplinados”.<sup>43</sup>

Nestas situações, “a alusão à expectativa de direito, propriamente dita, não atende ao fluxo da carga jurídica protetora que a regra responsável pela criação de bens parcelados contém para o futuro”. E mais adiante:

A potencialidade patrimonial, que se resguarda debaixo de sucessivas e gradativamente mais nítidas posições jurídicas do legitimado, é tão real

<sup>41</sup> VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. As expectativas de direito, a tutela jurídica e o regime estatutário. *Revista de Informação Legislativa*, v. 8, n. 29, p. 11-18, jan./mar. 1971. p. 11-12.

<sup>42</sup> VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. As expectativas de direito, a tutela jurídica e o regime estatutário. *Revista de Informação Legislativa*, v. 8, n. 29, p. 11-18, jan./mar. 1971. p. 11-12.

<sup>43</sup> O regime estatutário, como leciona Vilhena, deriva do *status*, “verdadeira *qualitas juris* em atuação no tráfico jurídico e que se compõe em conteúdos autônomos e homogêneos de relações jurídicas agrupadas”. E prossegue: “Extrai-se sua configuração de uma posição da pessoa, em face da incidência de um feixe de normas jurídicas gerais e previamente dispostas. [...] Assim, *v.g.*, o casamento, a condição de funcionário público, de eleitor, de sindicalizado etc.” (VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. As expectativas de direito, a tutela jurídica e o regime estatutário. *Revista de Informação Legislativa*, v. 8, n. 29, p. 11-18, jan./mar. 1971. p. 12-13).

em sua tutela e em seus elementos formativos quanto aqueles direitos que lhe servem de base à projeção futura, pois o implemento de parcela expectada só depende do exercício da atividade jurídica empreendida pelo respectivo titular das garantias estatutariamente concedidas.<sup>44</sup>

No entanto, a tese essencial aqui defendida, embora concordando com várias premissas, afasta-se – nos termos já explicados – da conclusão de Vilhena, na medida em que esse autor considera que a figura dos chamados “direitos expectados” implica o resguardo pleno dos efeitos jurídicos que forem decorrentes das normas que vigoravam no início da relação estatutária, com exceção da admissibilidade da retroação de norma mais favorável ao beneficiário dessas normas. “Exemplifica-se com a preservação das condições de ingresso do funcionário público, que, mais benéficas àquela época, não mais poderiam ser modificadas restritivamente”.<sup>45</sup>

A nosso ver, melhor equacionamento dá à matéria Celso Antônio Bandeira de Mello, ao defender o que chama de direito adquirido proporcional, expressão que intitula o texto em que desenvolve a tese. O autor inicia chamando a atenção para a circunstância de que as possíveis formas de disciplinamento de eventos que perduram no tempo “não se exaurem em extremos antinômicos substanciados no radicalismo de ignorar a significação jurídica do que já ocorreu ou, pelo contrário, de contestar a aplicação imediata dos preceptivos em vigor”.<sup>46</sup>

Para evitar esses extremos, Bandeira de Mello sintetiza assim a solução que nos parece melhor corresponder à preservação dos direitos adquiridos em situações que transcorrem ao longo do tempo:

[...] fatos pretéritos, mas que se encartam em situações ainda em curso, podem e devem ser tratados de maneira a se lhes reconhecer a significação jurídica que tiveram em face da regra precedente, sem com isto afrontar-se a regra nova ou negar-lhe imediata vigência. *Basta compatibilizá-la de sorte a atribuir a tudo que passou o valor jurídico que lhe correspondeu até o tempo da sobrevinda da nova lei e atribuir a tudo que transcorrerá a partir desta última os efeitos que resultam de seu tempo de império.*<sup>47</sup>

<sup>44</sup> VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. As expectativas de direito, a tutela jurídica e o regime estatutário. *Revista de Informação Legislativa*, v. 8, n. 29, p. 11-18, jan./mar. 1971. p. 114-115.

<sup>45</sup> VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. As expectativas de direito, a tutela jurídica e o regime estatutário. *Revista de Informação Legislativa*, v. 8, n. 29, p. 11-18, jan./mar. 1971. p. 18.

<sup>46</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Direito adquirido proporcional. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 36, p. 18-23, 2001. p. 18.

<sup>47</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Direito adquirido proporcional. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 36, p. 18-23, 2001. p. 18.

Trata-se, portanto, de reconhecer que os direitos que se formam no decurso do tempo são paulatinamente incorporados à medida que transcorrem os fatos juridicamente pressupostos para produção de efeitos jurídicos sob a legislação vigente ao tempo em que ocorrem. Se a lei aplicável altera-se, então os direitos devem ser considerados proporcionalmente adquiridos na medida do tempo em que vigoraram as diferentes normas. Cabe, pois, reconhecer aos fatos passados o valor que possuíam na vigência das normas revogadas, pois, como afirma Bandeira de Mello: “negar o valor que então possuíam é pura e simplesmente fazer retroagir a nova regra, sem o que seria impossível infirmar o alcance que dantes possuíam”.<sup>48</sup>

Também no sentido aqui defendido é o pensamento de Zélia Pierdonà. Em trabalho voltado predominantemente para alterações no regime previdenciário, chama de *direito acumulado* aquele fundado em fatos ocorridos no passado, sob regência de lei que lhes atribuía a qualidade de geradores de benefícios legais. Em face do regime constitucional vigente, considera obrigatória a proteção dos direitos acumulados por ocasião de alterações nas normas previdenciárias, inclusive por emendas constitucionais.

Afirma que, no tocante aos direitos previdenciários, dois aspectos reforçam a necessidade dessa proteção: 1) tais direitos exigem a *contribuição* para que o segurado faça jus aos benefícios respectivos, o que caracteriza a previdência como “direito de seguridade com características de seguro social”,<sup>49</sup> e 2) “através da previdência social [...] busca-se justamente a segurança para o futuro”.<sup>50</sup>

Assim, segundo Pierdonà: “Às relações em andamento, o novo ordenamento deverá ser aplicado proporcionalmente ao tempo que

<sup>48</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Direito adquirido proporcional. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 36, p. 18-23, 2001. p. 20.

<sup>49</sup> Disso resulta que “por se tratar de um direito que exige contrapartida, não pode o segurado contribuir para obter determinados benefícios e, quando está diante, ou próximo, ao evento a ser protegido, não poder usufruir o benefício, em razão de mudanças no ordenamento jurídico” (PIERDONÀ, Zélia Luíza. Direito adquirido e direito acumulado. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 3, n. 10, p. 99-104, abr./jun. 2003. p. 99).

<sup>50</sup> A propósito dessas particularidades, observa a autora: “O segurado contribui para no futuro usufruir o benefício, ele precisa ter a garantia de que as mudanças respeitarão, proporcionalmente, o que já ocorreu na relação jurídica previdenciária, mais precisamente, o tempo que ele já contribuiu. Do contrário, a previdência, na qual o trabalhador vislumbra a segurança, que é uma das mais profundas aspirações do homem, transforma-se em insegurança” (PIERDONÀ, Zélia Luíza. Direito adquirido e direito acumulado. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 3, n. 10, p. 99-104, abr./jun. 2003. p. 101).

ainda falta para usufruir o benefício, devendo, portanto, ser criadas regras de transição”.<sup>51</sup>

Efetivamente, a edição de normas de transição é um dado positivo, desde que, como defende Pierdonà, elas não sejam consideradas meras decorrências da discricionariedade do legislador, ou seja, benevolência. Trata-se de *direito* dos beneficiários das normas alteradas e, conseqüentemente: 1) ainda que não expedidas, devem ser consideradas sob proteção jurídico-constitucional as situações transcorridas sob o império das normas revogadas, proporcionalmente ao tempo de vigência destas; 2) as regras de transição editadas poderão ser impugnadas, caso não observem a referida proporcionalidade.

Citem-se ainda, como defensores da tese da aquisição paulatina de direitos no transcurso do tempo, José Adércio Sampaio<sup>52</sup> e Maria Coeli Simões Pires.<sup>53</sup>

## 6 Conclusão

Em síntese, são as seguintes as soluções decorrentes das considerações do presente ensaio.

- 1) Ao legislador é cabível formular uma definição de figura constitucional, como a LINDB fez em relação ao *direito adquirido*. Mas é necessário indagar se essa definição encontra-se em conformidade com todo o texto constitucional, ou, como no caso do direito adquirido, perante mais de uma interpretação possível da definição legal e suas conseqüências, *qual delas melhor se harmoniza com a Constituição, em sua integralidade*.
- 2) A questão crucial para delimitação do direito adquirido dependente de evento futuro é saber *quando e em que medida* a respectiva condição ou termo já não mais podem ser alterados, especialmente pelo Estado. Para se chegar a uma conclusão a respeito, não basta a definição legal, sendo necessário ampliar a perspectiva, para tratar do tema sob o prisma constitucional. Neste, como em outros vários temas sobre os

<sup>51</sup> PIERDONÀ, Zélia Luíza. Direito adquirido e direito acumulado. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 3, n. 10, p. 99-104, abr./jun. 2003. p. 100.

<sup>52</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito adquirido e expectativa de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 89-90.

<sup>53</sup> PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 493-494.

- quais a Constituição não estabelece regras detalhadas, faz-se necessária a referência aos princípios.
- 3) O termo “lei”, contido no referido inc. XXXVI do art. 5º CF, deve ser entendido em termos amplos, incluindo as emendas constitucionais. Embora estas possam alterar a Constituição, não possuem a mesma força jurídica das normas constitucionais originárias, pois se acham sujeitas a limites formais e materiais, estabelecidos pelo texto constitucional originário. Essa tese encontra respaldo em diversas decisões do STF posteriores à Constituição de 1988.
  - 4) A orientação hermenêutica hoje predominante desconsidera a aptidão das situações que se prolongam no tempo para formar direitos paulatinamente, de modo que, sobrevivendo novas regras, esses fatos jurídicos podem ser desprezados como aptos à aquisição de direitos. Isso propicia ofensa aos princípios da proporcionalidade e, conseqüentemente, da isonomia, pois implica tratar igualmente sujeitos em situações desiguais.
  - 5) Para evitar-se tais ofensas à Constituição, deve-se reconhecer que os direitos que se formam no decurso do tempo são paulatinamente incorporados à medida que transcorrem os fatos juridicamente pressupostos para produção de efeitos jurídicos sob a legislação vigente ao tempo em que ocorrem. Se a lei aplicável altera-se, então, os direitos devem ser considerados proporcionalmente adquiridos na medida do tempo em que vigoraram as diferentes normas.

## Referências

- AZEVEDO, Philadelpho. *Commentario* (ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça do Ceará, de 28/09/1926). *Revista de Crítica Judiciária*, ano VII, v. XI, n. 1, p. 152-167, jan. 1930.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Direito adquirido proporcional. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 36, p. 18-23, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRITTO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Valmir. Direito adquirido contra as emendas constitucionais. *Revista PGM – Procuradoria Geral do Município de Fortaleza*, v. 4, p. 87-93, nov. 1996.
- FERRAZ, Sérgio. Servidor público e direito adquirido. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 11, n. 45, p. 39-53, jul./set. 2011.

FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda n. 1, de 1969)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. V.

MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e direito adquirido. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 15, n. 12, p. 790-801, dez. 1999.

PIERDONÀ, Zélia Luíza. Direito adquirido e direito acumulado. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 3, n. 10, p. 99-104, abr./jun. 2003.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PONTES FILHO, Valmir. Direito adquirido ao regime de aposentadoria. *Revista de Direito Administrativo*, v. 227, p. 31-38, jan./mar. 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito adquirido e expectativa de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. As expectativas de direito, a tutela jurídica e o regime estatutário. *Revista de Informação Legislativa*, v. 8, n. 29, p. 11-18, jan./mar. 1971.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. A proteção constitucional dos direitos adquiridos decorrentes de situações que transcorrem no tempo. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 103-126. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---



# CARGO PÚBLICO EM EXTINÇÃO, AUSÊNCIA DE REGRA DE TRANSIÇÃO E O DEVER DE REESTRUTURAÇÃO DA CARREIRA: ANÁLISE DE CASOS, TESE E PRECEDENTES

GEORGES LOUIS HAGE HUMBERT

## 1 Introdução

Desde a promulgação da Constituição de 1998, uma série de carreiras na Administração Pública passaram por mudanças, seja por força do novo regime jurídico constitucional, seja por decorrência das mudanças sociais e da tecnologia. Assim, é possível se verificar uma série de hipóteses em que o cargo então instituído, sua respectiva carreira e plexo de atribuições iniciais traz, em si, distorções descabidas (não mais suportáveis), muitas das quais, reconheça-se, fruto de pretéritas decisões legislativas e mesmo administrativas.

O presente estudo versa, em tese, sobre quando a atividade inerente ao cargo, o nível de formação e o grau de complexidade efetivamente desempenhados não mais se coadunam conforme o originariamente desenhado no modelo orgânico de determinado órgão ou entidade da Administração.

Com efeito, é realidade de vários casos concretos que, na prática, para o exercício de atividades entre diferentes cargos – do passado e do presente – não mais se observam (no desempenho das atividades laborais) distinções entre determinados cargos atuais e outros extintos ou em extinção. Ao revés, mesclam-se mutuamente, revezando-se na apresentação de soluções e respostas às demandas levadas pela Administração.

Havia carreiras, inicialmente, previstas para servidores qualificados com o nível médio, na meia metade do século passado, por força mesmo da necessidade passada e da escassez de mão de obra qualificada de então, mas que hoje exigem um elevado o grau de especialização e preparo (em sua mais ampla acepção) desses servidores, que continuam no serviço público, mesmo com o cargo extinto ou em extinção, e identidade de funções que desempenham com relação a outros agentes, sem a devida contrapartida e regulamentação.

A saber, na prática, verifica-se que determinados agentes apenas suportam o ônus da equivalência de funções quanto às responsabilidades, às competências, mesmo que em isonomia – não mera equiparação – de atribuições e responsabilidades, o que, se não for corrigido, na forma e conteúdo, poderá, em tese, gerar danos aos interesses individuais, assim como também ao da coletividade.

Essas questões de ordem pragmática, concreta, afetam o debate e não podem passar ao largo do operador do direito e da Administração Pública, o que se tentará fazer, nas próximas linhas.

## 2 Da inconstitucionalidade e ilegalidade da não transição e reestruturação de carreiras: teses e precedentes

Consoante suscitado preambularmente, há, na Administração Pública brasileira, carreiras que, nos dias atuais, já mais não encontram consonância com a forma e a delimitação material de sua instituição originária. De fato, na análise dos quadros de agentes públicos, verifica-se que inúmeros ocupam funções de confiança, gozam de competências, atribuições e responsabilidades iguais às de ocupantes de outros cargos de diversas carreiras da instituição, ou mesmo não se submetem mais simplesmente ao plexo de competências e finalidades inicialmente determinadas pelo seu regime jurídico originário.

Como se se sabe, é patente a afinidade de atribuições existentes entre uma e outras carreiras, notadamente nos municípios dos mais diversos grotões do país, sem uma solução jurídica adequada, com insegurança legal e desvios, prejudicando agentes, a administração e administrados. Muitas vezes, a solução para essas irregularidades de fato e de direito esbarra em questões meramente formais ou que não se atentam à realidade e aos princípios jurídicos da eficiência, razoabilidade e planejamento, não podendo ser impeditivos à escorreita atualização da administração organizacional do Estado.

Analisando diversos casos concretos, similares a esta problemática levantada enquanto motivação para elaborar este estudo, é possível identificar que há ilegalidade e inconstitucionalidade na manutenção de uma organização administrativa e de carreiras que perpetuam distorções evidentes, sendo, quando constatada em estudos e pareceres técnicos e de direito, juridicamente válida, necessária e útil a sua reestruturação, mediante o devido processo legal administrativo e legislativo, desde que, na lição da Ministra Ellen Gracie, aposentada do Supremo Tribunal Federal, leve-se em consideração a equivalência de carreiras, a identidade de requisitos para ingresso, o nível de remuneração, bem como e fundamentalmente “legítimo propósito da Administração Pública em racionalizar duas atividades que possuíam o mesmo universo de atuação”.

Nesse sentido, acerta o Ministro Octavio Gallotti, aposentado do Supremo Tribunal Federal, ao asseverar (ADIn nº 1.591-5):

que não se deva levar ao, paroxismo, o princípio do concurso para acesso aos cargos públicos, a ponto de que uma reestruturação convergente de carreiras similares venha a cobrar (em custos e descontinuidade), o preço da extinção de todos os antigos cargos, com a disponibilidade de cada um dos ocupantes, seguida da abertura de processo seletivo, ou, então, do aproveitamento dos disponíveis, hipótese esta última que redundaria, na prática, justamente na situação que a propositura da ação visa conjurar.

Esta deve ser a primeira premissa basilar a nortear a resposta ao problema posto e a ação a ser adotada pelas autoridades competentes: a de que a letra fria de algumas regras ou mesmo a alteração de cargos e seu regime jurídico não podem engessar a Administração. A questão em apreço não deve ser vista de modo excessivamente formal e vinculado à literalidade de determinadas regras inerentes, desatrelado da realidade fática e do conteúdo jurídico de princípios da administração incidentes na espécie. Deve-se evidenciar a racionalidade, derivada do princípio da eficiência, bem como a potencialização do interesse público, por meio da legalidade, como medida que se impõe ao moderno direito administrativo e suas novas demandas.

Outro ponto que se destaca é que quem exercer a competência (para decidir o conflito como este destacado) também não poderá olvidar que identidade de atribuições entre os diversos cargos hoje existentes nos quadros da carreira pública decorre da própria evolução e mudança da sociedade e do Estado, o que requer da Administração

Pública a consequente readequação de sua organização interna, a fim de evitar paroxismos, ineficiência, desvios de função e lesão a direito líquido, certo e indenizável dos agentes e da própria coletividade.

Essa situação fica mais patente quando, em alguns casos, há dados estatísticos que demonstram, qualitativa e quantitativamente, o desempenho de funções de chefia e diversas outras a mais do que aquelas originariamente previstas para a função por agentes que integram carreiras extintas ou em extinção, quase sempre sem as devidas regras de transição. A adoção de providências, nesses casos, se impõe, pois que a transformação e o aproveitamento informal desses agentes para um cargo, já sendo uma realidade que vem ocorrendo por força da aproximação gradativa das atribuições dos cargos que foram transformados, derivam daquilo que Sepúlveda Pertence, ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, já identificou como “um processo de gradativa simbiose dessas careiras que a lei veio apenas racionalizar”.<sup>1</sup>

E esse processo de aproximação e exercício das atribuições não pode ser desconsiderado numa verdadeira organização de uma instituição de direito público, a fim de evitar que se perpetue anômala, decorrente da vontade incontornável e imponderável da evolução da sociedade, mas que hoje requer seja juridicamente regularizada e racionalizada, caso contrário, perenizar-se-ão desvios funcionais, ilegalidade e ineficiência, tão rechaçados e combatidos pela sociedade e pelos poderes constituídos, com grave risco da formação de um passivo intangível e não contingenciado em desfavor do erário.

Com efeito, reiteradas vezes, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu que o servidor público desviado de sua função tem direito a receber os vencimentos correspondentes à função desempenhada, pois, caso contrário, ocorreria inaceitável enriquecimento ilícito da Administração. Sobre a matéria, há, inclusive, a Súmula nº 378 e precedente concreto.<sup>2</sup>

Há um exemplo concreto atual, decorrente de impugnação judicial a modificações na estrutura orgânica do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte. No caso, de acordo com a Lei Complementar Estadual nº 372/08, o cargo de técnico judiciário passou a exigir nível

<sup>1</sup> STF, ADI 1591-EI/RS, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, publicado no DJ de 12/9/2003, pág. 29

<sup>2</sup> “ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. DIFERENÇAS SALARIAIS. RECURSO ESPECIAL. 1. A remuneração recebida pelo servidor é a contra-prestação pelos serviços prestados; não se pode desconsiderar o desvio do mesmo para uma função técnica, distinta da qual foi originalmente investido, e que exige certas atribuições e conhecimentos, devendo ser equilibrado com o pagamento das diferenças salariais, sob pena de locupletamento indevido do Estado. 2. Recurso conhecido e provido” (REsp nº 205.021/RS. Rel. Min. Edson Vidigal. DJ, 28 jun. 1999).

superior para os concursos futuros. Tal norma alterou dispositivos da Lei de Organização Judiciária (Lei Complementar Estadual nº 242/2002) e equiparou a remuneração dos servidores do Tribunal de Justiça estadual (técnicos e analistas).

Houve questionamento no Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade dessa norma, formalizando-se a ADI nº 4303. Em julgamento recente, o STF decidiu na linha do voto da Relatora Min. Cármen Lúcia, afastando a inconstitucionalidade da Lei Complementar Estadual nº 372/08. Ademais, a recente decisão do STF, publicada em 5.2.2014, afastou a inconstitucionalidade do art. 1º, *caput*, §1º, da Lei Complementar Estadual nº 372/2008, autorizou a equiparação da remuneração dos servidores do Tribunal de Justiça estadual e o cálculo e o pagamento a servidores ocupantes de cargo de nível médio.

O argumento que predominou na votação do Plenário foi o de que tal medida “não criou cargos, nem os transformou, nem deixou estas pessoas que já estavam concursadas em outros cargos; são os mesmos cargos”. Reconheceu-se, então, de forma clara e expressa a compatibilidade do dispositivo questionado com o inc. II do art. 37 da Constituição Federal.

No seu Relatório, a Min. Cármen Lúcia confirmou a validade constitucional da norma questionada em sede de ADI, pois, segundo ela, quando a lei complementar estadual, em vez de extinguir ou colocar em extinção os cargos de ingresso de nível médio ocupados no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, equiparou a remuneração entre os cargos existentes que desempenhavam as mesmas atribuições, e passou a exigir, a partir dali, nível superior nos próximos concursos para os cargos de auxiliar técnico e assistente, mantidas as atribuições do grupo ocupacional, sem qualquer alteração. Não houve, pois, para a Corte Suprema do país, o provimento derivado de cargo público, reenquadramento ou burla ao concurso público.

E é exatamente isso que este artigo pretende demonstrar, a saber, que a modificação e a correção de distorções de determinada carreira, como consequências de mutações da própria função típicas de Estado, e a evolução social, econômica e tecnológica são as juridicamente adequadas e necessárias, com fundamento, portanto, constitucional e legal, ao revés de uma alocação do seus cargos em extinção, sem nenhuma reorganização e reestruturação da carreira, e que apenas traz prejuízos individuais e possível riscos à atuação do Poder Público, seja em razão de forma/competência, seja em razão de inviabilidade orçamentária em razão de indenizações ou de múltiplas ações.

No mesmo sentido, há outra decisão do STF, em voto conduzido pelo Ministro Gilmar Mendes, na qual, ressalte-se, consta parecer do jurista Almiro Couto advogando tese favorável a que aqui se sustenta, por conta de um processo de aproximação e interpenetração de carreiras até então distintas, e mesmo que o acesso tenha, *a priori*, tido a exigibilidade de escolaridade diversa, o que, em tese, não pode ser impeditivo para uma necessária adequação da nova situação de fato dos servidores à ordem jurídica.<sup>3</sup>

Como se pretende sustentar, a realidade fática e as normas principiológicas aplicáveis ao caso impõem a adoção de medidas pela Administração Pública, seja para criar um novo cargo e incluir os servidores em transição nesta nova carreira, seja para enquadrá-los em outra já existente, desde que, apenas nesta hipótese, comprovada a compatibilidade.

Ora, sabe-se que os processos de reestruturação da organização dos poderes e da Administração Pública (direta e indireta) são inexoráveis, inclusive já levados a efeito por força de emendas constitucionais que se pautaram, entre outros pressupostos, pelo princípio da eficiência, de modo a atender às necessidades sempre cambiantes do serviço público.

Sobre o tema, destacam-se as palavras de Cristiana Fortini:

não há como ignorar que a estrutura da administração pública não é estanque. O aumento de velhas demandas e o surgimento de novas fazem com que o interesse público seja volátil. Cabe ao agente público atentar para tais circunstâncias, adotando as medidas imperiosas, sob pena de destruir a baliza sobre a qual se assenta o direito administrativo, qual seja, o princípio da indisponibilidade do interesse público. Impõe-se ao administrador, com apoio do legislador, atentar para as alterações que se fazem imperiosas, ajustando o aparelho estatal de forma a extrair o máximo proveito da mão de obra ali situada.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> “No caso em exame, do memorial trazido pelo professor Almiro Couto e Silva, colho que, em verdade, as carreiras que foram extintas pela lei impugnada e substituídas pela Carreira de Auditor Fiscal da Receita Estadual, vêm sofrendo um processo de aproximação e de interpenetração. E, está demonstrado, é que há correspondência e pertinência temática entre aquelas carreiras. Eventualmente surgem. distinções de grau; algum grupo está incumbido de fiscalizar microempresas, mas não há qualquer diferença que se possa substancializar. De modo que, peço vênia a V. Excia. Para, invocando o precedente da ADI nº 1.591, e, também, o da ADI nº 2.713, julgar improcedente a presente ação” (ADIn nº 2.335/SC).

<sup>4</sup> FORTINI, Cristiana. Criação, alteração e extinção de cargo público. In: FORTINI, Cristiana (Org.). *Servidor público na jurisprudência: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Com efeito, visando adequar essa ilegalidade e o exercício de função com desvio, mister se faz uma reforma administrativa, a qual pode ser realizada pela via do instituto da transformação, sem afrontar o texto constitucional, porque não importa em investidura em novo cargo público e porque no caso objetiva disciplinar a situação jurídica de cargos aleatoriamente colocados em extinção.

Como se vislumbra, quando agente público for servidor efetivo no ente e respectivo órgão em que se dará a sua relocação, tendo se submetido a concurso público, com tarefas, remuneração e obrigações similares, em dificuldades e exigências, àquelas inerentes ao cargo a que se dará, pela transformação, o novo provimento, a jurisprudência tem sedimentado a viabilidade, inclusive, mas não somente, mediante o agrupamento de todos em um cargo novo na carreira, para realocar os servidores e extirpar os desvios de função.

Outra não é a lição de Meirelles:

a transformação de cargo público pressupõe a existência de lei, e se dá pela extinção do cargo anterior e criação do novo. Podem ser providos por concurso ou por simples enquadramento dos servidores já integrantes da Administração, mediante apostila de seus títulos de nomeação. Assim, a investidura nos novos cargos poderá ser originária (para os estranhos ao serviço público) ou derivada (para os servidores que forem enquadrados), desde que preencham os requisitos da lei.<sup>5</sup>

Assim, não há que se falar em preterição à exigência de concurso público porque presente afinidade de atribuições e equivalência de vencimentos, isto é, identidade substancial entre os cargos. Ademais, não podem ser desconsiderados os legítimos fins da Administração Pública de reorganização. Mais do que isso, racionalização visando à eficiência, razoabilidade, proteção ao erário e segurança jurídica na sua atuação.

Como já pontuado, a estruturação de cargos em carreira deve estar voltada, em primeiro lugar, ao cumprimento de um objetivo público, que estaria consubstanciado, por exemplo, na melhoria dos serviços que aquele órgão público presta à população, e no cumprimento do princípio constitucional da *eficiência administrativa*, contexto no qual questões como incentivos de qualificação, mudanças de atribuições e requisitos de escolaridade, e até mesmo a definição de uma base salarial mais justa, acabam por se constituir, em última análise, em partes de um grande objetivo final, qual seja, o atendimento do *interesse público*.

<sup>5</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 383.

Nesse contexto, careceria de *razoabilidade* – afrontando a um só tempo também o princípio constitucional da *eficiência administrativa* –, a adoção de iniciativas legislativas que venham promover a estruturação ou a reestruturação de carreiras, sem que, ao mesmo tempo, demonstrem a preocupação – e proponham medidas concretas –, no sentido da necessária adaptação dos cargos (e suas originais e arcaicas “atribuições”) às novas necessidades do órgão público respectivo, sobretudo quando se verifica que os cargos públicos atuais ainda possuem “atribuições” a eles conferidas em décadas pretéritas.

A prevalecer o ponto de vista que nega a possibilidade de alterações nas atribuições dos cargos originários, de sorte apenas a adequá-las às novas realidades do serviço público (ainda mais quando respeitada a escolaridade exigida para o provimento originário), ter-se-ia o completo “engessamento” de boa parte da Administração Pública, condenando-se os respectivos servidores, a um só tempo, a uma limitação absurda em sua capacidade de adaptar-se às novas exigências do cargo.

Destarte, parece absolutamente desprovida de qualquer fundamento – seja político ou jurídico –, a adoção de interpretação que implique o “aprisionamento” dos servidores em suas antigas e defasadas “atribuições” (vigentes à data das respectivas posses no cargo público), até porque semelhante procedimento prejudicaria não só o próprio serviço público, ferindo um *interesse público*, como também os servidores diretamente envolvidos, gerando um sentimento de insatisfação profissional e desestímulo funcional, os quais, por sua vez, conduzirão à queda na produtividade desses servidores e, em última análise, à perda da *eficiência administrativa*, mais uma vez ferindo o *interesse público*.

Essa viabilidade jurídica da transformação de cargos públicos e posteriores enquadramentos tem respaldo nos princípios já mencionados e na própria lógica do razoável, ou seja, na norma garantida constitucional fundamental do devido processo legal em seu aspecto substantivo, porque a própria Constituição prevê a possibilidade de se criar e extinguir, sempre por lei, cargos públicos ocupados.

Não por outra razão que, no sistema jurídico vigente, positiva-se o instituto de direito administrativo da disponibilidade, que se trata justamente da inatividade remunerada, a fim de equacionar valores jurídicos como estabilidade, irredutibilidade de vencimentos, isonomia, entre outros que incidem sob a relação jurídica entre o Estado e seus agentes, visando, em última instância, a tutela da sociedade e do seu bem-estar.



Com isso, a ordem jurídica determina que, uma vez extinto o cargo público, se o titular for estável, ele deverá ser colocado em disponibilidade até o seu adequado aproveitamento em outro cargo que seja compatível com o anterior ocupado. O servidor estável ficará recebendo (proporcionalmente) sem trabalhar até que o Estado o aproveite em outro cargo público. Essa, em síntese, é a regra constitucional do art. 41, §3º da Carta Federal, que revela algo fundamental: a possibilidade de mutações nas carreiras públicas e de compatibilização recíproca.

Ou seja: a disponibilidade é um instituto absolutamente provisório, e impõe à Administração Pública a extinção de cargos com o aproveitamento dos servidores estáveis, sendo imperativo, por razoabilidade e eficiência, que isto ocorra, via de regra, concomitantemente, ou seja, no mesmo ato legislativo, extinga, crie ou transforme os cargos públicos.

Daí porque o Poder Público, no caso, o Poder Público e os agentes que exercem funções exteriorizando a vontade deste, estão obrigados, por princípios e regras jurídicas, em certas circunstâncias, a adotar medidas para reorganizar sua estrutura funcional para fins de transformar cargos ou carreiras em extinção, com vistas a zelar pela eficiência administrativa.

É de conhecimento público e notório que diversas outras carreiras no âmbito da Administração Pública brasileira (nas suas três esferas) foram estruturadas ou transformadas nos últimos anos, inclusive se utilizando dos institutos da aglutinação, racionalização e transformação de cargos. E, em muitos casos, não houve o mínimo questionamento administrativo ou judicial ou ele não prosperou quando ocorreu.

No caso específico do aproveitamento de cargo extinto, o STF já teve a oportunidade de se manifestar e o resultado foi pela constitucionalidade dessa possibilidade (conforme ADI nº 2.335-7/SC3). A Lei Complementar nº 189/2000 do estado de Santa Catarina, que reestruturou a carreira do fisco estadual, extinguiu os cargos de fiscal de tributos estaduais, fiscal de mercadorias em trânsito, exator e escrivão de exatoria e criou, em substituição, o cargo e a carreira de auditor fiscal da Receita estadual.

De acordo com o Supremo, o aproveitamento dos ocupantes dos cargos extintos nos recém-criados é constitucional, por inexistir violação ao princípio do concurso público, em face da patente similitude das atribuições desempenhadas pelos ocupantes dos cargos extintos. Portanto, o STF já se manifestou expressamente no sentido de que é possível o aproveitamento dos titulares dos cargos extintos nos cargos novos criados por lei.

Situação análoga ocorreu no Distrito Federal, que também alterou, por lei, a sua carreira tributária. Em 2012, a Federação Brasileira de Associações Fiscais de Tributos Estaduais (Febrafite) ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 4.730), questionando a lei aprovada pela Câmara Legislativa do Distrito Federal e sancionada pelo governador. A Febrafite arguiu que o texto não poderia extinguir os cargos de auditor tributário, agente fiscal tributário e fiscal tributário e aproveitá-los no cargo de auditor fiscal da Receita do Distrito Federal. Mantendo os precedentes, o STF negou a liminar, sendo que o Ministério Público Federal e a Advocacia Geral da União também emitiram pareceres contrários à concessão da liminar, por entender que o método utilizado na lei distrital estava correto.

Ora, se o titular de um cargo extinto (desnecessário) pode ser beneficiado com o instituto do aproveitamento em outro cargo com atribuições, responsabilidades e nível de escolaridade distintos, por que não seria possível um reenquadramento, ou melhor, a transformação, para beneficiar o titular de um cargo em extinção? A resposta nos parece positiva.

Como se pode verificar, em geral, a reestruturação administrativa, organizacional e de carreiras públicas, inclusive no âmbito de Tribunal de Contas e com a transformação de cargos, não é uma novidade, uma aventura jurídica ou uma pretensão despropositada. As alternativas legais, conforme a Constituição, já foram levadas a efeito há alguns anos e em inúmeras oportunidades em todo o Estado brasileiro, seja na União, seja em outros estados federados e no próprio estado da Bahia.

Isso, além de demonstrar a plausibilidade da tese que aqui se sustenta, apresenta um componente pragmático que não podem o operador do direito e a autoridade pública descartar: reduz-se o nível de risco de judicialização e insegurança jurídica no caso, bem como os possíveis questionamentos ou quaisquer eventuais prejuízos ao exercício das atividades administrativas, na hipótese de transformações e enquadramentos que venham a ocorrer no cargo de agente de controle externo do estado da Bahia, são mitigadas e mesmo remotas as chances de declaração de inconstitucionalidade da norma, se produzida na forma e conteúdo ora delineados.

### 3 Da forma de correção da distorção identificadas nas carreiras da Administração Pública

Inicialmente, cumpre registrar que apelos a rótulos devem ser desconsiderados, dedicando-se, prementemente, ao conteúdo final daquilo que restar posto, mesmo porque a natureza dos fatos juridicamente relevantes, assim considerados aqueles mercedores de disciplina jurídica normativa, desponta-se do regime jurídico a que são submetidos, logo do conjunto de prescrições que sobre ela recaem e não pela designação recebida.<sup>6</sup> Por isso não se olvida, a respeito, a lição de Pontes de Miranda segundo a qual “na exposição científica do Direito não podemos deixar que a terminologia perturbe o sistema jurídico ou a visão dele”.<sup>7</sup>

Como se pode observar, ora o legislador faz uso da expressão *transposição*, ora utiliza-se da expressão *transformação*, em ambas as hipóteses para designar a mudança de determinada situação (preexistente) para uma nova condição, para a qual foram guindados servidores e seus respectivos cargos, com ou sem mudança nas denominações destes últimos e com ou sem alterações em suas atribuições.

De logo, advirta-se que essas alterações legislativas na *denominação* ou mesmo nas *atribuições* do cargo originalmente ocupado pelo servidor (para o qual foi ele nomeado em face de aprovação em concurso público), no mais das vezes, têm se mostrado até mesmo indispensáveis ao atendimento do *interesse público*.

Impõe-se, em conteúdo, como base para solução, em tese, de questões como as aqui apresentadas, a transformação de um cargo e não a sua consideração como cargo “em extinção”, não importando qual o *nomem juris* do novo cargo, mas que, mudando sua denominação, altere e corrija distorções, atribuições e exigência de nível escolar para ingresso, além daquilo que mais se fizer necessário, inclusive quanto a vencimentos e à progressão na carreira.

Como cediço, a transformação de cargo público pressupõe a existência de lei, e se dá pela extinção do cargo anterior e criação do novo, que será provido por concurso ou por simples enquadramento dos servidores já integrantes da Administração, mediante apostila de

<sup>6</sup> “A incidência da regra jurídica é que torna jurídicos os bens da vida” (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsóí, 1970. v. 1. p. xvii).

<sup>7</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsóí, 1958. v. 22. p. 13.

seus títulos de nomeação. Assim, com base no escólio de Hely Lopes Meireles “a investidura nos novos cargos poderá ser originária (para os estranhos ao serviço público) ou derivada (para os servidores que forem enquadrados), desde que preencham os requisitos da lei”.<sup>8</sup>

Inevitavelmente, o instituto da transformação pressupõe, na maioria das vezes, uma reformulação do quadro funcional do órgão ou entidade, com a mutação das funções inerentes ao cargo extinto, uma nova estrutura organizacional, um novo nome e alterações nas simbologias determinadoras dos vencimentos. Implica, pois, no deslocamento de um cargo e sua relocação em outro, com a investidura do servidor beneficiário no novo cargo de uma nova carreira.

Constata-se, porém, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência enxergam com certa ressalva o instituto da transformação de cargos públicos, pois, em muitos casos, utilizam-se dessa figura para burlar o princípio do concurso público. Contudo, é plenamente possível a utilização deste, ou uma “aglutinação” de cargos, na espécie, sem afrontar o texto constitucional. Como é o caso dos servidores titulares de cargos efetivos (que ingressaram via concurso) e quando houver similaridade nas atribuições do cargo, respeitados o devido processo e a legalidade, e fundado em ato administrativo interno devidamente motivado e com motivo na efetiva e comprovada mutação do cargo até então existente ou em extinção.

Não é demasiado externar que, na hipótese, a suposta “recriação” ou mesmo a manutenção desses cargos pela via da transformação ou aproveitamento não importará ou esbarrará, necessariamente, em nova e imprevisível despesa pública, na medida em que se está diante de cargos já titularizados e funções já exercidas, ainda que em desvio, por servidores ativos, razão pela qual não haveria, a princípio, diga-se, despesa pública nova, salvo aquelas necessárias a conferir isonomia entre aqueles que exercem as mesmas funções.

Despesa essas que, vale dizer, por força da reestruturação formal ou de decisão judicial indenizatória, são prováveis e, em vez de postergadas e desconhecidas, deverão ser contingenciadas e orçadas, ainda mais quando esses cargos, os servidores e as funções por estes exercidas, mais que necessários, são mesmo essenciais, fundamentais para a regular prestação do relevante serviço público.

Conseqüentemente, o fato é: não há, no caso, nenhum óbice jurídico à transformação de cargos por meio de nova lei.

<sup>8</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 383.

## 4 Considerações finais

Por tudo que foi exposto, da tese levantada, casos hipotéticos e práticos ventilados, assim como dos precedentes colhidos, conclui-se que careceria de razoabilidade constitucional – afrontando a um só tempo também o princípio constitucional da eficiência administrativa – a adoção de iniciativas legislativas que venham promover a estruturação ou a reestruturação de carreiras, sem que, ao mesmo tempo, demonstrem a preocupação – e proponham medidas concretas –, no sentido da necessária adaptação dos cargos (e suas originais e arcaicas “atribuições”) às novas necessidades do órgão público respectivo, sobretudo quando se verifica que os cargos públicos atuais ainda possuem “atribuições” a eles conferidas em décadas pretéritas.

Consequentemente, quando identificadas distorções e desvios funcionais, é desiderato da Administração Pública a reorganização e racionalização, visando ao aperfeiçoamento da gestão e uma maior eficiência dos serviços prestados, sendo certo que, dentro da reforma administrativa encarta-se a reorganização de cargos e carreiras, que tem como objetivo final a racionalização e o aprimoramento das atividades administrativas.

Para corrigir eventual ilegalidade identificada por mutação e transformações nas carreiras, é de rigor a elaboração de estudos e pareceres técnicos e jurídicos a subsidiar ato administrativo determinando a produção de sugestões e medidas corretivas, as quais apenas poderão ser ultimadas, no caso de necessidade de transformação do cargo, mediante o devido processo legislativo.

Finalmente, identificada e conhecida a situação jurídica, de ofício ou mediante provocação, as autoridades competentes e a pessoa jurídica de direito público que se quedar inerte, que não adotem as medidas cabíveis ou ao menos justifiquem a não adoção, poderão, em tese, responder, todos, pelos danos causados aos servidores e ao erário, solidariamente ou em regresso, bem como administrativamente, nos termos do código de ética e postura, além de possível responsabilidade por improbidade administrativa.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

HUMBERT, Georges Louis Hage. Cargo público em extinção, ausência de regra de transição e o dever de reestruturação da carreira: análise de casos, tese e precedentes. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 127-140. ISBN 978-85-450-0552-0.

---



# AINDA HÁ SENTIDO EM SE FALAR EM REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO?

MÁRCIO CAMMAROSANO

## 1 Introdução

A essa questão, nosso primeiro impulso seria responder com outra pergunta: por que não haveria sentido? E assim ficaríamos no aguardo de duas possíveis ordens de considerações do nosso interlocutor, quais sejam: a) não há sentido, por variadas razões, entre as quais as mais recentes transformações no direito em geral, minimizando ou esmaecendo os limites conceituais dos diversos ramos do direito, a cada dia mais intercomunicantes, assim como certas categorias fundamentais, mercê de importantíssimas inovações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais; b) há mais de uma década vêm sendo questionados paradigmas até então tradicionais do direito administrativo, alguns de natureza principiológica mesmo, assim como a denominada crise das noções de serviço público e interesse público, e novos temas como o da atividade regulatória do Estado. Há, pois, fundadas dúvidas quando se fala ou se invoca o denominado regime jurídico administrativo.

Assim, vamos à questão proposta, conquanto para muitos possa parecer óbvia a resposta. É que vivemos numa época em que o óbvio precisa ser demonstrado, como se tem dito, mesmo porque – acrescentamos nós – o que é óbvio para uns, para outros pode não ser.

Sugestivo, a propósito, o título de uma obra famosa do festejado Duncan J. Watts, “Tudo é óbvio, desde que você saiba a resposta”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> WATTS, Duncan. *Tudo é óbvio* – Desde que você saiba a resposta. São Paulo: Paz & Terra, 2011.

Por outro lado, devemos estar sempre alertados de que, como dito por Genaro Carrió, a maioria das discussões jurídicas estariam resolvidas se os contendores se pusessem previamente de acordo quanto ao sentido com que empregam as palavras. Afinal, do que estamos a falar quando nos referimos a regime jurídico administrativo?

Na medida em que nosso interlocutor não está identificado, mas sim oculto pela forma impessoal com que a questão está posta, só nos resta expor o que consideramos ser o sentido da expressão *regime jurídico administrativo*, e tecer considerações a respeito de algumas das críticas que se têm levantado ao seu conteúdo semântico, ainda que a voo de pássaro.

## 2 Noção de sistema ou regime jurídico

Confessamos que a primeira vez que ouvimos, pelo menos com atenção, a expressão *regime jurídico administrativo*, foi nos idos de 1977, durante o primeiro semestre do curso de mestrado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, em aulas de direito administrativo ministradas por Celso Antônio Bandeira de Mello. Embora tenhamos feito o curso de graduação em direito na Universidade de São Paulo, no Largo de São Francisco, somos da Escola de Direito Administrativo da PUC-SP, na qual exercemos o magistério há exatos 40 (quarenta) anos.

Destarte, ao menos na construção de Celso Antônio Bandeira de Mello, entende-se por regime jurídico administrativo o conjunto sistematizado de princípios e regras que dão identidade a esse ramo do direito público, diferenciando-o dos demais, guardando assim, entre si, “uma relação lógica de concorrência e unidade compondo um sistema ou regime”. Esse regime configura-se, portanto, como “ponto nuclear de convergência e articulação de todos os princípios e normas de direito administrativo”.<sup>2</sup>

Segue-se que regime jurídico ou sistema jurídico são expressões sinônimas, e que por sistema se entende, na síntese admirável de Geraldo Ataliba, “composição de elementos sob perspectiva unitária”.<sup>3</sup>

Questão subsequente é a de identificar quais são os princípios jurídicos cardeais, e subprincípios, em função dos quais se obtém referida perspectiva unitária.

<sup>2</sup> BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 53.

<sup>3</sup> *Apud* BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 55.



Antes porém faz-se necessário uma pequena digressão que diz respeito à filosofia e à teoria geral do direito, que a muitos costuma passar despercebida, até porque aparentemente não teria maior importância do ponto de vista pragmático, para operadores do direito. Ledo engano.

Trata-se de, por imperativo metodológico, precisar o que é o direito como objeto de estudo, e qual o método que se pode considerar o mais adequado para o conhecimento desse mesmo objeto.

Não cabendo aqui tertúlias acadêmicas maiores, temos nos dedicado ao estudo, designando-o *direito*, da ordem normativa do comportamento humano, dotada de coercibilidade, vigente em dado território. Ordem jurídica, portanto, na medida em que enseja, se e quando necessário, até mesmo o uso da coerção para assegurar a sua observância, pelo Estado, isto é, de forma institucionalizada.

No Brasil, é direito a ordem normativa consubstanciada positivamente na Constituição de República, nas leis em geral e demais atos de produção jurídica com aquelas conformes ou compatíveis. Em outras palavras, o direito como posto pelos órgãos e autoridades competentes, compreensivo de princípios e regras como espécies reconhecidas de normas jurídicas, com seus variados graus de generalidade, abstração e incidência, isto é, de abertura denotativa.

O direito, assim concebido e delimitado como objeto de estudo, apresenta-se como técnica de organização da vida em sociedade, sem a qual instaura-se a desordem.

Sem prescrições quanto ao que seja proibido, obrigatório ou permitido, acabaria por prevalecer a lei do mais forte, numa luta infindável pelo poder. Haveria possivelmente um estado de beligerância permanente, convulsão social, ausência de paz. Ou então submissão de todos à vontade ilimitada de uma só pessoa, ou de um grupo, privadas as demais de liberdade, igualdade, segurança, por falta inclusive de previsibilidade das consequências do comportamento de cada qual.

Em ambas as situações extremas – inexistência absoluta de ordem normativa dotada de coercibilidade, ou totalitarismo opressivo pela vontade caprichosa de uma só pessoa ou grupo, que tudo possa, ilimitadamente, em face de qualquer outra pessoa e a qualquer momento, de forma absolutamente imprevisível para a comunidade – não haverá *direito*, mas apenas um vácuo normativo, ou um voluntarismo elevado à enésima potência, qual buraco negro que nada deixa escapar de sua força gravitacional, nem mesmo luz alguma, deformando a própria noção de Estado, como o nazista, em que, na sua fase mais aguda, a lei se confundia com o desejo do Führer!

O direito, justo ou injusto, só existe como ordem normativa estabelecida de forma minimamente predeterminada, duradoura e eficaz, em que seja possível às pessoas a ela submetidas prever, com um mínimo de segurança, as possíveis consequências do seu comportamento.

Diante desse objeto de estudo, que corresponde a uma das concepções possíveis de direito – questão eminentemente filosófica –, há de haver adoção de algum método que se considere adequado ao conhecimento daquele, mesmo porque sem método não se pode falar em conhecimento organizado, vale dizer, em ciência.

Em rigor, todo conhecimento, a atividade de conhecer, de estudar organizadamente, reclama a definição, pelo sujeito cognoscente, do objeto que se pretende conhecer e do método, que se correlacionam indeclinavelmente.

Definido o que designamos como o direito como nosso objeto de estudo – o direito posto – estamos, inquestionavelmente, diante de uma criação histórico-cultural; não um dado da natureza, do mundo fenomênico, mas do mundo da cultura, do dever ser. E esse objeto de estudo, assim eleito como tal, comporta, fundamentalmente, duas técnicas de pensamento: o pensamento sistemático e o pensamento problemático, vale dizer, a tópica.<sup>4</sup>

Ambas as espécies de pensamento, sejam elas designadas métodos ou técnicas, constituem instrumentos de que se valem os que estudam e ou se apresentam como operadores do direito.

No pensamento sistemático avulta a importância dos princípios, indispensáveis para a composição de elementos – as prescrições jurídico-normativas – sob uma perspectiva unitária. O pensamento sistemático permite a recondução da multiplicidade normativa a alguns poucos princípios como denominadores comuns que ensejam perspectiva unitária àquela pluralidade de prescrições jurídicas.<sup>5</sup>

As normas que compõem dada ordem jurídico-positiva, como a brasileira, não constituem prescrições isoladas, desconectadas umas das

<sup>4</sup> Ver CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. Quanto ao ordenamento jurídico como sistema, ver, entre outros, BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2011. p. 79 e seguintes. E, quanto ao pensamento problemático, quanto à tópica, a referência é Theodor Viehweg, com sua obra *Tópica e jurisprudência*. Com essa obra, Viehweg propõe um novo padrão de racionalidade para o discurso jurídico para decisões de casos e fundamentação destas, em oposição ao padrão lógico-sistemático. Propugna por raciocínio jurídico a partir do problema dado a enfrentar, dialeticamente, recorrendo-se aos topói (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008).

<sup>5</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 76.

outras, mesmo porque é na Constituição da República que encontram, todas as demais normas jurídicas, o seu fundamento último de validade. É inegável a estrutura escalonada do nosso ordenamento jurídico, com a distribuição das normas gerais e abstratas, até as individuais e concretas, em variados níveis hierárquicos.

Ademais, a Constituição vem permeada de normas principiológicas, assim expressamente elencando princípios, sem embargo de outros não designados como tais.

Outros princípios ainda se afiguram implícitos, detectáveis mediante comparação de diversas normas, seguindo-se um processo de abstração que permita identificar a racionalidade comum que as justifica e permeia como projeções mais compartimentalizadas de uma ideia ou valor matriz, de amplo especto.

Tais princípios, expressos ou resultantes de processos mentais de abstração, reveladores de denominadores comuns axiológicos/teleológicos que permeiam variadas outras normas dotadas de campo de incidência menos aberto, ensejam a perspectiva unitária do universo normativo, ou de setores dele, sob a qual se procede à composição jurídica de caráter sistemático. É sempre um ir e vir das partes ao todo, tendo como resultado uma ordem dotada, a final, de consistência e completude, pelo menos do ponto de vista do positivismo jurídico, lógico e inclusivo.<sup>6</sup>

O que acabamos de dizer corresponde a uma concepção de sistema jurídico, que se insere no campo de denotação de um conceito mais amplo de sistema e, portanto, compreensivo, como categoria ou gênero, de variadas concepções mais restritas.

Mas nosso propósito aqui não é enveredar por essa discussão. Limita-se apenas a afirmar que o pensamento sistemático é apropriado, metodologicamente, para o estudo do direito, como objeto da ciência do direito. Que o pensamento sistemático implica especial consideração dos princípios – para nós, os princípios jurídicos – positivos – considerados normas de elevadíssimo grau de generalidade, abstração e abertura denotativa, que permeiam, de forma explícita ou implícita, dado repertório de prescrições vigentes no tempo e espaço.

Essa composição de elementos sob perspectiva unitária, denominada sistema jurídico, pode ser designada igualmente regime jurídico. Sistema jurídico e regime jurídico são expressões sinônimas.

<sup>6</sup> Ver MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico: lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

O direito brasileiro, globalmente considerado, compõem um sistema. Este sistema maior compreende subsistemas. Aquele, informado por princípios cardeais, como os da soberania nacional e da supremacia da Constituição. Os subsistemas, por princípios outros que podem desdobrar-se em subprincípios, como o da legalidade, da estrita legalidade em matéria tributária e penal. Como o da igualdade, que se desdobra na igual acessibilidade de todos aos cargos públicos, e da igual oportunidade de disputar contratos de interesse da Administração.

Sistemas e subsistemas jurídicos, regimes jurídicos, enfim, prestam-se indeclinavelmente ao conhecimento do direito como um todo, dos ramos em que se desdobra, um deles o direito administrativo. O pensamento sistemático instrumentaliza o estudioso do direito para melhor conhecê-lo, assim como cada um dos seus ramos, na busca de princípios “que lhe dão especificidade em relação ao regime de outras disciplinas”.<sup>7</sup>

Para o estudo do direito administrativo, entre nós não codificado, e com a pluralidade das fontes normativas que decorrem da adoção da forma federativa do Estado brasileiro, com o modelo instituído de discriminação constitucional de competências, a identificação do nosso regime jurídico administrativo, ou sistema, elencando os princípios jurídicos que o consubstanciam, é de importância capital.

Esse esforço intelectual é que nos possibilita construir, por assim dizer, a parte geral de um ramo do direito não codificado, o direito administrativo, em face mesmo das finalidades dos princípios que assim costumamos sistematicamente apresentar: têm caráter prescritivo, constituindo espécies de normas jurídicas; orientam o intérprete, conduzindo este a fixar-se na interpretação de outras normas, na que mais prestigie o princípio que se considere prevalente, isolada ou conjuntamente com outros; condicionam o exercício de competências discricionárias; prestam-se, se e quando cabível, à colmatação de lacunas.

E assim como toda e qualquer norma jurídica, os princípios constitucionais são hierarquicamente superiores às normas de escalões inferiores. Não por serem princípios, mas por serem, quando o forem, de *status* constitucional, comportando as exceções que estiverem prescritas em disposições de igual nível hierárquico.

Constitucionais ou infraconstitucionais, princípios jurídico-positivos, explícitos ou implícitos, são categorias fundamentais na construção dos sistemas jurídicos. Sistema como categoria gnoseológica,

<sup>7</sup> BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2016.

cuja função se traduz num método de síntese e ordenação em face de dado plexo jurídico normativo, sem embargo da possibilidade de uso da palavra *sistema* para designar também o próprio plexo jurídico normativo, como objeto de estudo da ciência do direito, como propõe Lourival Vilanova, isto é, o sistema prescritivo.<sup>8</sup>

### 3 Regime jurídico administrativo

Incabível, nestes anais do XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, do IBDA, discorrer a respeito do regime jurídico administrativo, explicitando os princípios nos quais se consubstancia, manifestando concordância ou não, total ou parcial, com a teoria referencial desenvolvida entre nós por Celso Antônio Bandeira de Mello, há décadas.

Cuidemos apenas de algumas brevíssimas observações em face, quer do tema provocativo que nos foi confiado, quer de algumas observações críticas que, no nosso entender, merecem algum acolhimento ou reparo.

Falar em pensamento sistemático, em regime jurídico administrativo, é falar a respeito de princípios jurídicos, embora não só.

Mas o próprio conceito de princípio, e até de princípio jurídico, é polêmico, em virtude mesmo do seu caráter polissêmico.

Seja como for, considerando-se ou não fraco ou forte, para efeito da distinção, entre princípios e regras, o critério do maior ou menor grau de generalidade e abstração de dada prescrição jurídica não pode deixar de ser tido como relevante.

Com efeito, generalidade, abstração – e, acrescentamos nós, grau de abertura denotativa – são notas características intrínsecas de certas normas jurídicas, características nelas mesmas residentes, e que se projetam para fins de definição do seu sentido, alcance e aplicação.

Exatamente porque certas normas ostentam aquelas características, em maior ou menor grau, é que se pode, consequentemente, falar em mandamentos de otimização, ponderação,<sup>9</sup> dimensão de peso,<sup>10</sup> ideais ou “diretrizes valorativas a serem atingidas”.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 113 e seguintes.

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90 e seguintes.

<sup>10</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 42.

<sup>11</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 77.

Reconhecida a existência e a normatividade jurídico-positiva de princípios, e das discussões que se desenvolvem quanto à sua definição e outras, permitimo-nos recordar uma antiga advertência de Antônio Carlos Cintra do Amaral, que lançou de viva voz: não confundamos principiologia com princípio mania.

Com efeito, legisladores, doutrinadores, professores, administradores e julgadores têm, não raro, abusado dos princípios para legislar, estudar, ensinar, administrar e decidir causas. Basta ver o disposto no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, e como tem sido muitas vezes interpretado e aplicado, com gravíssimas distorções. Mas este já seria outro tema a merecer alentado exame.

Voltando assim à noção de regime jurídico administrativo, consideramos o decantado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Se tomarmos a expressão *interesse* no sentido de desejo, vontade, aspiração, verificamos que interesses há que são pertinentes às pessoas individualmente consideradas. Têm cada qual interesse no que lhes convém nas mais variadas situações e circunstâncias. Trata-se de interesse pessoal, individual, privado. Os interesses dessa categoria que sejam juridicamente protegidos qualificam-se como *direitos* individuais.

Interesses privados há que, pela sua natureza, são comuns a um universo de pessoas. Desde um grupo ou categoria de pessoas, até todas as pessoas que compõem coletividades, de dimensões variadas, como a população de dado Estado, com seu próprio ordenamento jurídico.

Entre os interesses metaindividuais, há aqueles que, pela sua dimensão coletiva, transcendem o que, em cada caso ou situação, possa ser de interesse destas ou daquelas pessoas individualmente consideradas. Interesses considerados relevantes para a sociedade em geral e que, incidentalmente, só possam ser atendidos com a eventual postergação dos interesses de particulares, passíveis de serem, em tese, contrapostos àqueles. Interesses dessa categoria, juridicamente protegidos, qualificam-se como direitos inconfundíveis com aqueles que só ostentem uma dimensão de natureza individual, privada, ainda que titularizados por cada integrante da sociedade considerada.

Há, portanto, interesses privados e públicos, juridicamente protegidos ou não.

Saber quais são os interesses, privados ou públicos, juridicamente protegidos, demanda estudo do ordenamento jurídico em vigor. Ao fazê-lo, observamos que o direito brasileiro contempla direitos e garantias fundamentais, individuais, coletivos, sociais, e se vale das

expressões *interesse pessoal, interesse coletivo, interesse social, interesse público, interesse nacional*, em variadas disposições da Constituição da República e de muitas leis.

Por outro lado, a própria noção de Estado implica a noção de interesse público no sentido amplo da expressão, sem prejuízo da proclamação e proteção de interesses privados que se traduzem em direitos.

Mas para a consecução do que seja de interesse do todo, do que seja qualificado juridicamente como público, o Estado dispõe, nos termos da ordem jurídica em vigor, de competências, de deveres-poderes de estabelecer limitações à liberdade e propriedade, ajustando-as àqueles interesses de maior dimensão. Tem competência para intervir no domínio econômico e social, até sacrificando direitos individuais, como na hipótese de desapropriação.

Essa constatação nada tem de apriorística. Resulta do prescrito na Constituição da República e nas leis, a conformar a atuação do Estado no exercício de suas variadas funções jurídicas, em especial no exercício da função administrativa, à qual diz respeito o direito administrativo.

É nisso que se traduz, fundamentalmente, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, e não o inverso. Mas essa supremacia não é absoluta ou ilimitada, mesmo porque é de interesse público, obviamente, o respeito à ordem jurídica em vigor, pelo próprio Estado, ordem essa consagrada de direitos fundamentais dos particulares, individualmente considerados.

É obvio que o princípio em questão não autoriza o Estado a, em nome do interesse público, e invocando-o como uma expressão mágica, desconsiderar interesses privados nos termos em que juridicamente protegidos, isto é, direitos dos particulares, dos administrados.

O Brasil está constituído como Estado Democrático de Direito (Constituição da República, art. 1º, *caput*), e os meios de atendimento do que seja de interesse público, aferível abstratamente ou em face dos casos concretos, são aqueles juridicamente estabelecidos, o que só confirma a vigência do referido princípio, contra o qual há investidas sim, mas fundadas, todavia, em distorções que não encontram guarida no pensamento da Escola de Direito Administrativo da PUC-SP, espreado pelas mais prestigiosas instituições de ensino jurídico do país.

Tratar-se, a expressão *interesse público*, de formulação verbal dotada de polissemia, expressiva de um conceito – representação intelectual de um objeto – considerado vago, impreciso, de grande abertura semântica, de difícil operacionalidade, não justifica descartá-lo, já que consta de preceitos jurídico-positivos que não podem ser ignorados.



De resto, normas jurídicas estão consubstanciadas em textos que se valem de inúmeras outras palavras expressivas de conceitos vagos, como dignidade da pessoa humana, justiça, solidariedade, fontes permanentes de perplexidades diante da infinitude de comportamentos humanos e situações que podem subsumir-se a prescrições legais que dessas palavras ou termos se valem.

Mas já é hora de encerrar este texto, que apenas tangencia algumas questões às quais nos propusemos. Não vamos ceder à tentação de ir mais longe, mesmo porque, ainda que se possa divergir quanto ao conteúdo principiológico do denominado regime jurídico administrativo, trata-se de tema de superlativa relevância para os que têm o direito como objeto de estudo, à luz do pensamento sistemático, como se impõe.

Conclusão: não há como fazer ciência do direito a não ser mediante utilização do pensamento sistemático, sem desprezar, todavia, algumas contribuições do pensamento problemático, não necessariamente excludentes daquele. E pensar sistematicamente nos conduz à identificação de princípios jurídicos, fundamentais para a constatação e explicitação de regimes jurídicos, como o denominado regime jurídico administrativo, com as notas características que nos permitem apartar o direito administrativo de outros ramos do direito, mas sem perder de vista que se trata de um subsistema prescritivo que se comunica com outros subsistemas, compondo todos o direito brasileiro, cujo denominador comum reside na Constituição da República.

## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2011.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico: lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.



VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

WATTS, Duncan. *Tudo é óbvio* – Desde que você saiba a resposta. São Paulo: Paz & Terra, 2011.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CAMMAROSANO, Márcio. Ainda há sentindo em se falar em regime jurídico administrativo?. In: MOTTA, Fabricio; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 141-151. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---



# O FUTURO DO CONCURSO PÚBLICO

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

## 1 Seleção de pessoal: concurso público e escolha política

O concurso público tem sido, no Brasil e em outros países do mundo, um dos meios de seleção de pessoal para a Administração Pública. No Brasil, constitui exigência constitucional desde a Constituição de 1934.

No entanto, a história mostra que têm convivido, como regra geral, a *seleção por mérito* (por meio do concurso público) e a *escolha política*.

Nos Estados Unidos, embora considerado o país mais democrático do mundo, o sistema utilizado durante muito tempo, foi o *Spoils System* (sistema dos despojos), “que exprime o laço entre o partido político que se encontra no poder e os funcionários. Em virtude desse sistema o partido que ganha a eleição coloca nas funções públicas pessoas que lhe são favoráveis e o ajudaram a conquistar o poder”. É o que expõe Charles Debasch,<sup>1</sup> esclarecendo:

“Spoils System” recebe sua denominação oficial em 1832, mas desde 1800, a prática se estabeleceu no momento em que o Presidente Adam, devendo ceder seu lugar a Jefferson, nomeia, antes de sua partida, seus amigos na administração e na magistratura. Os presidentes posteriores perseveraram nesse caminho, de maneira particularmente espantosa com Jackson, sob a presidência do qual foi empregada a fórmula: “Aos vencedores os despojos”.

---

<sup>1</sup> DEBBASCH, Charles. *Science administrativo*. 5. ed. Paris: Dalloz, 1989. p. 509.

No entanto, destaca Debbasch<sup>2</sup> que o sistema foi viável enquanto o governante dispunha de um pequeno número de pessoas (mais homens políticos do que funcionários) necessárias ao funcionamento da máquina estatal. Na medida em que se fortaleceu o Poder Executivo e a população cresceu, começaram os abusos, que se multiplicavam e se tornavam insuportáveis. As eleições ficavam nas mãos de políticos profissionais, que dispunham de poderosas máquinas eleitorais.

Por isso, houve uma reação contra o *Spoils System*, que acabou sendo parcialmente substituído pelo *Merit System* (sistema de mérito), em que os funcionários selecionados ficam pouco sujeitos às pressões eleitorais.

Hoje os dois sistemas convivem na esfera federal, na qual apenas os postos mais elevados são preenchidos pelo *Spoils Sytem*, enquanto os demais são selecionados pelo critério do mérito. Nos governos locais ainda é bastante utilizado o *Spoil System*.

No Brasil, apesar de existir a exigência constitucional de concurso público para a investidura em cargos e empregos públicos (art. 37, II), sempre conviveram os servidores nomeados por concurso público (com direito à estabilidade após o estágio probatório) com os servidores de diferentes categorias, escolhidos sem qualquer tipo de processo seletivo e, em grande parte, por critérios políticos.

## 2 Dos modelos de organização administrativa no Brasil

Na Administração Pública brasileira foram sendo adotados, sucessivamente, os modelos do *patrimonialismo*, da *burocracia* e da *Administração Pública gerencial*, sem que a adoção de um implicasse o abandono total do modelo anterior.

O *patrimonialismo* foi adotado no período das monarquias absolutas. A forma usual de escolha dos funcionários era a nomeação feita pelo rei. Nas palavras de Fábio Lins de Lessa Carvalho:<sup>3</sup>

nesse momento histórico, o monarca tinha em suas mãos o poder de escolher aqueles que ocupariam as funções públicas, e, conseqüentemente, era o responsável por definição dos critérios de seleção, que costumavam não ter qualquer relação com a capacidade dos escolhidos. Pelo contrário, o monarca outorgava os cargos, como se fossem favores, àqueles afortunados e dóceis súditos que o rodeavam.

<sup>2</sup> DEBBASCH, Charles. *Science administrativo*. 5. ed. Paris: Dalloz, 1989. p. 510.

<sup>3</sup> CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Aceso igualitario a la función pública*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 72. Sobre o assunto, v. também NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 13 e seguintes.

Segundo o autor, outros meios de acesso às funções públicas eram ainda a herança, a compra e venda (que privilegiava os mais ricos), o arrendamento, que se fazia por determinado prazo e mediante o pagamento de determinada quantia, o sorteio, a eleição.

Nesse sistema, os funcionários são admitidos sem base contratual; são verdadeiros escravos daqueles que detêm o poder; são recompensados com benefícios em dinheiro ou em espécie.

Esse modelo, que foi sendo utilizado no Brasil até a década de 30, correspondeu à época dos “coronéis”, que usavam o patrimônio público, inclusive os cargos públicos, como se fosse de sua propriedade privada.

A *Administração Pública burocrática* foi concebida com o objetivo de combater o patrimonialismo, por meio da utilização de técnicas burocráticas, especialmente pela instituição do *sistema de mérito* para seleção de servidores. O sistema exige a especialização e a profissionalização do servidor; exige certo grau de permanência do funcionário (daí o instituto da *estabilidade*), organizados em carreiras; exige a criação de procedimentos de seleção, baseados em critérios objetivos (daí a ideia de *impressoalidade*). Esse sistema garante o acesso a cargos públicos em condições de *igualdade*, já que todos os candidatos se submetem ao mesmo procedimento.

Note-se que o anseio pela igualdade de acesso aos postos públicos existe desde longa data. Já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, no art. 6º, a previsão desse direito, nos seguintes termos:

Todos os cidadãos, sendo iguais perante a lei, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, postos e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outra distinção senão aquela das suas virtudes e dos seus talentos.

Estão contidas nesse preceito as duas ideias básicas dos concursos públicos: a *igualdade* de acesso e a exigência de capacitação, de *mérito*.

Apesar da adoção do modelo burocrático para a Administração Pública brasileira, *o patrimonialismo nunca foi inteiramente abandonado*, ainda que se apresente sob outras vestes. Sempre existiram e continuam a existir os *quadros paralelos de servidores* não concursados, constituído por servidores interinos, extranumerários, temporários, além dos ocupantes dos cargos em comissão ou funções de confiança, entre outras denominações. Até o Judiciário, no exercício de sua função típica de dizer o direito (função jurisdicional), conta com número expressivo de

cargos em comissão, constituído por assessores dos magistrados, que acabam, em grande parte dos casos, sendo os verdadeiros redatores dos acórdãos dos tribunais, embora sejam livremente selecionados para ocupar os seus postos. Isso em contraste com as exigências de capacitação e competição para seleção dos cargos iniciais das carreiras da magistratura, e com o notório saber jurídico exigido dos que ingressam nos tribunais por escolha política.

Os inconvenientes da Administração burocrática começaram a ser apontados no Brasil desde longa data, mas se intensificaram a partir da década de noventa, quando se começou a falar na instituição da *Administração Pública gerencial*, em grande escala preocupada com a *eficiência* na prestação das atividades administrativas do Estado. Daí a inclusão, no art. 37, *caput*, da Constituição, do princípio da eficiência, pela Emenda Constitucional nº 19/98.

A ideia era dar à Administração Pública as vestes de grande empresa, e aproximar a figura do servidor estatutário da figura do trabalhador privado. Defende-se a flexibilização do regime jurídico do servidor. Várias normas inseridas na Constituição de 1988 e em emendas posteriores dão bem a mostra da tentativa de aproximação entre o regime estatutário, próprio do servidor público, e o regime trabalhista do empregado do setor privado:

- (i) vários dispositivos constitucionais referem-se a *emprego público* (sujeito ao regime da CLT), ao lado dos cargos e funções, como é o caso dos incs. I, II, VIII, XI, XV e XVII do art. 37;
- (ii) o art. 39, §3º, manda aplicar aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, incs. IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, estendendo, portanto, aos ocupantes de cargos públicos, em regime estatutário, vários direitos garantidos aos trabalhadores do setor privado pelo art. 7º da Constituição;
- (iii) o art. 114, em sua redação original, previu a competência da Justiça do Trabalho para:

conciliar e julgar os *dissídios individuais e coletivos* entre os trabalhadores e empregadores, *abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta* dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças [...].

Vale dizer que, no que diz respeito à solução judicial de litígios individuais e coletivos, o dispositivo concentrou a competência em mãos da Justiça do Trabalho; porém, o STF, interpretando o art. 114, decidiu que a competência da Justiça do Trabalho somente abrangia as ações oriundas da relação de trabalho; a consequência foi a alteração do art. 114 para atribuir à Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar: “I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”; de qualquer forma, houve uma tentativa de unificar os dois regimes (público e privado) no que diz respeito à competência judicial para julgamento dos litígios;

- (iv) o art. 37, inc. VI, assegura ao servidor o direito à livre associação sindical, o que não era permitido na legislação anterior;
- (v) o art. 37, inc. VII, garante “o direito de greve, que será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica” (redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98); na ausência de lei, o STF entendeu possível uma regulamentação provisória pelo próprio Judiciário, decidindo pela aplicação da Lei nº 7.783/89 aos servidores públicos, até que seja suprida a omissão legislativa;<sup>4</sup> mais um passo, portanto, no sentido da aproximação entre o regime do servidor público e o do trabalhador privado;
- (vi) também no que diz respeito ao regime previdenciário, houve uma aproximação com a Emenda Constitucional nº 20/98, que instituiu o regime previdenciário de natureza contributiva para os servidores, com características muito semelhantes ao regime geral de previdência social; essa aproximação acentuou-se com a Emenda Constitucional nº 41/03, com a possibilidade de limitação do valor dos proventos ao montante estabelecido para o regime geral de previdência social de que trata o art. 201, desde que instituída a previdência complementar; aproximação maior ocorrerá se for aprovada a nova reforma da previdência social proposta por Michel Temer.

Embora a Constituição fale em regime jurídico único, previu cargos, empregos e funções; e, embora exija concurso público para

<sup>4</sup> *Boletim Informativo do STF*, n. 485, 31 out. 2007.

a investidura em cargos e empregos, deixou as portas abertas para a nomeação sem concurso para os *cargos em comissão* e *para as funções de confiança* (art. 37, II e V), além de outras hipóteses de *nomeação para cargos vitalícios*, também sem concurso, como ocorre com determinado número de cargos dos Tribunais, inclusive dos Tribunais de Contas. E previu a *contratação temporária*, no inc. IX do art. 37, sem concurso público.

Veja-se que a Lei nº 8.745, de 9.12.93, que define a contratação temporária na esfera federal, prevê, no art. 2º, onze incisos, que contemplam casos de “necessidade temporária de excepcional interesse público”. Com a divisão em alíneas, estão previstas cerca de 23 hipóteses, muitas delas acrescentadas posteriormente, de forma aleatória e casuística.

Isso significa que a contratação temporária, que seria exceção à regra do concurso público, praticamente vem se transformando em regra. Isso sem falar nos abusos em que a contratação não é *nem necessária, nem de excepcional interesse público, nem temporária*.

Quando se idealizou a Administração Pública gerencial, a ideia não era abandonar inteiramente a burocracia. O objetivo era conservar alguns princípios da administração burocrática (como a seleção segundo critérios de mérito), a existência de um sistema estruturado de remuneração, a organização em carreira, a avaliação de desempenho (nunca concretizada, embora prevista a partir da Emenda nº 19/98), o treinamento sistemático.

### 3 Fatores que contribuíram para o desprestígio do concurso público

A chamada Administração Pública gerencial, muito pregada e defendida por Bresser Pereira, quando ministro do Mare (Ministério da Administração e Reforma do Estado), incentivou a privatização, as parcerias com entidades privadas (tanto na área econômica como na área social), a terceirização.

Com isso, o concurso público foi perdendo espaço, já que muitas das atividades antes prestadas diretamente pela Administração Pública, por meio de seus próprios servidores, passaram a ter a sua execução colocada em mãos de particulares.

Há que se levar em conta também que a classe política não gosta de concurso público, porque se trata de procedimento que impede ou dificulta o apadrinhamento e o nepotismo. Por isso mesmo, ela prefe-



re as formas de livre seleção dos servidores. De certa forma, a classe política ainda se apega ao patrimonialismo e (por que não dizer?) ao *Spoils System*, em detrimento do sistema de mérito.

Além desse aspecto, alguns fatores ou instrumentos vêm sendo reiteradamente utilizados e contribuindo para a preferência pelas formas políticas de seleção, em detrimento do concurso público:

- 1º) Aos poucos foram sendo inseridos nos concursos públicos, ao lado do critério do mérito, outros critérios que garantem certo *subjetivismo* na seleção: provas orais, exame de *curriculum*, entrevistas, testes psicotécnicos (todos difíceis de serem apreciados pelos órgãos de controle).
- 2º) A norma constitucional que limita a nomeação para *cargos em comissão e funções de confiança* para os cargos de direção, chefia e assessoramento (art. 37, V) é frequentemente desrespeitada, às vezes descaradamente, outras vezes com o recurso a simulações: “faz de conta” que o cargo ou a função é de direção, chefia ou assessoramento.
- 3º) Cresceu desmesuradamente a quantidade de cargos em comissão e funções de confiança, em número muito superior às reais necessidades da Administração Pública.
- 4º) A situação é agravada pelas *terceirizações* realizadas sob a forma de fornecimento de mão de obra, ainda que sob o nome de contrato de prestação de serviços; a indicação dos trabalhadores é feita pela empresa fornecedora, sem observância dos critérios da igualdade e do mérito, que praticamente deixam de existir. Até nos Tribunais de Contas se encontram inúmeros empregados terceirizados por essa forma ilícita.

O crescimento da terceirização foi facilitado pelo Decreto nº 2.271, de 7.7.97, cujo art. 1º, §2º, determina:

não poderão ser objeto de execução indireta atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro de pessoal.

Basta o Poder Executivo ir extinguindo cargos ou planos de cargos (já que a Constituição não exige lei para esse fim). Embora o decreto só permita a *terceirização sob a forma de prestação de serviço* (art. 3º), essa regra é frequentemente descumprida, já que os chamados

contratos de prestação de serviços (em que a terceirização seria lícita, porque fundamentada no art. 37, XXI, da Constituição e na Lei nº 8.666, de 2.6.93), mascaram verdadeiros contratos de fornecimento de mão de obra, em que a seleção é feita livremente pela empresa terceirizada, sem qualquer exigência de qualificação técnica dos trabalhadores e sem observância de qualquer critério que garanta a igualdade entre os possíveis interessados.

Em decorrência disso, encontram-se dentro da Administração Pública, trabalhando lado a lado, servidores concursados e devidamente habilitados, e trabalhadores terceirizados, em regra com salários diferenciados e sem as restrições que o regime constitucional impõe aos servidores públicos.

5º) Outro fator que contribuiu para o desprestígio do concurso público foram as *parcerias com o terceiro setor*. Entidades como organizações sociais (OS), organizações da sociedade civil de interesse público (Oscip), organizações da sociedade civil (OSC), fundações de apoio, entre outras, são contratadas para prestar serviço público delegado pelo Estado. Prestam as mesmas atividades que deveriam ser prestadas por servidores concursados, selecionados em procedimento em que seriam observados os critérios da igualdade e do mérito.

Ao invés de o Estado *fomentar* tais entidades, ele substitui entidades públicas por entidades do terceiro setor, na prestação de serviços públicos essenciais.

Sendo atendido em hospital público administrado por OS, por exemplo, não se sabe se o médico está devidamente habilitado, se o enfermeiro é realmente formado em enfermagem, se os técnicos dos laboratórios estão efetivamente capacitados para exercer a função.

6º) O servidor público estatutário, concursado, estável, é hoje apontado como o grande responsável pela ineficiência da Administração Pública. A imprensa mal informada afirma que o trabalhador privado carrega nas costas a aposentadoria do servidor público, desconhecendo que os regimes previdenciários são diversos e que a contribuição do servidor estatutário se dá em níveis muito maiores do que a dos filiados ao regime geral de previdência social, o que justifica os proventos em valores mais elevados.

7º) A *crise financeira* que assola o país, em todos os setores, contribui para a preferência pela terceirização e pelas parcerias com entidades privadas (que não deixam de ser também uma forma de terceirização). Tais expedientes contribuem para

reduzir a folha de pagamento de pessoal e para a redução dos encargos previdenciários do Poder Público. O tamanho da crise sugere que tendem a crescer as parcerias com o terceiro setor e as terceirizações sob a forma de fornecimento de mão de obra, em detrimento da seleção por mérito, mediante concurso público.

#### 4 Conclusões sobre o futuro dos concursos públicos

Os fatores apontados no item anterior como responsáveis para o desprestígio dos concursos públicos continuam presentes, em grande medida, com ressalva para algumas promessas de redução de cargos em comissão e funções de confiança.

O que salva o concurso público é, de um lado, o entendimento doutrinário e jurisprudencial, também acolhido em algumas leis, no sentido de que as funções exclusivas do Estado só podem ser exercidas por servidores concursados, dotados de estabilidade e/ou vitaliciedade.

Além disso, existem cargos que são estatutários por força de normas constitucionais e que só podem ser preenchidos por concurso público de provas e títulos. É o caso dos cargos ocupados por membros da Magistratura (art. 93, I), do Ministério Público (art. 129, §3º), da Advocacia Geral da União (art. 131, §2º), das procuradorias dos estados e do Distrito Federal (art. 132), da Defensoria Pública (art. 134, §1º), além dos cargos necessários à administração da justiça (art. 96, I, “e”).

No âmbito da legislação infraconstitucional, a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079, de 30.12.2004), por exemplo, expressamente veda a delegação, por meio de contratos de concessão patrocinada ou concessão administrativa, das “funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado” (art. 4º, III). Note-se que a indicação é meramente exemplificativa, deixando dúvidas quanto às atividades incluídas na expressão “outras atividades exclusivas do Estado”.

Também a chamada Lei das Parcerias Voluntárias (Lei nº 13.019, de 31.7.14, com alterações posteriores) contém proibição no mesmo sentido, no art. 40, ao vedar as “parcerias que envolvam, direta ou indiretamente, a delegação das funções de regulação, de fiscalização, do exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas do Estado”.

Parece haver consenso no sentido de que as atividades de regulação, fiscalização e exercício do poder de polícia são exclusivas do Estado.

No entanto, a própria redação dos dois dispositivos citados revela a incerteza do legislador quanto à extensão do conceito de atividades exclusivas do Estado. Essa definição seria importante para estabelecer os limites à prestação de atividades estatais por particulares.

Já tivemos oportunidade de escrever a respeito da “atividade exclusiva de Estado como limite à atuação do particular”.<sup>5</sup> Naquela oportunidade, salientamos:

normalmente, são consideradas atividades exclusivas de Estado a defesa do país contra o inimigo externo, a segurança interna, a polícia, a intervenção, a justiça a atividade jurídica do Estado, a diplomacia, a regulação. Trata-se de atividades que, por sua própria natureza, são típicas do Estado, por envolverem exercício de autoridade, de prerrogativas de Poder Público, de repressão, de regime jurídico essencialmente publicístico, invadindo, no mais das vezes, a esfera de direitos do cidadão. Tais atividades, por serem exclusivas de Estado, somente podem ser exercidas por servidores públicos que, ocupando cargos efetivos, integram as chamadas carreiras típicas de Estado.

Na mesma obra, realçamos:

o instrumento fundamental para identificação das atividades exclusivas que incumbem às carreiras típicas de Estado é o exame da própria Constituição. Ela estabelece normas aplicáveis para os servidores públicos em geral (especialmente nos arts. 37 a 41), porém dedica normas especiais a determinadas categorias de agentes públicos; é o caso dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, de que trata o art. 42; dos integrantes das Forças Armadas, a que se refere o art. 142; dos encarregados da segurança pública, compreendendo polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias, polícias militares e corpos de bombeiros militares, guarda municipal, todos eles referidos no art. 144. Também é o caso da função jurisdicional, exercida com exclusividade pelos integrantes da magistratura (art. 93 da Constituição) e das funções essenciais à Justiça, previstas nos arts. 127 a 135, abrangendo o Ministério Público, a Advocacia-Geral da União, as Procuradorias dos Estados e a Defensoria Pública. Ainda é o caso da função reguladora, inserida no conceito de Estado como agente normativo e regulador da economia, contido no art. 174 da Constituição, e que abrange a fiscalização, o incentivo e o planejamento. Também é o caso da função de controle exercida pelo Tribunal de Contas.

<sup>5</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de direito administrativo: Administração Pública e servidores públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2. p. 503-507.

O STF também tem adotado algumas decisões a respeito do assunto, mais especificamente a respeito do poder de polícia, entendendo que se trata de atividade exclusiva do Estado. Na ADIn nº 2.310, considerou inconstitucionais dispositivos da Lei nº 9.986, de 18.7.2000, que admitiam o regime da legislação trabalhista para os servidores das agências reguladoras. Ficou decidido que as agências desempenham atividade que se insere no poder de polícia e, portanto, seus servidores só podem ser estatutários, porque a eles é que se garantia a estabilidade prevista no art. 41 da Constituição.

Do mesmo modo, o STF, na ADIn nº 1.717-6/DF, declarou inconstitucionais dispositivos da Lei nº 9.649, de 27.6.98 (que dispunha sobre a organização da Presidência da República), que previam que os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas seriam exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, mediante autorização legislativa. Nesse caso, o STF também entendeu ser indelegável, para entidade privada, atividade típica de Estado, que abrange poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas.

Como se verifica, os limites que existem atualmente ao exercício de atividades públicas por particulares ou por servidores não ocupantes de cargos efetivos, nomeados por concurso público, são muito frágeis, porque representados quase que exclusivamente pelo conceito de atividade exclusiva de Estado, não definido no direito positivo.

O futuro do concurso público depende, em grande parte, da atuação dos órgãos de controle, especialmente Tribunais de Contas e Ministério Público, na fiscalização do quadro de pessoal que presta serviços à Administração Pública, especialmente quanto à: (i) existência de cargos em comissão e funções de confiança em desobediência à limitação estabelecida pelo art. 37, V, da Constituição; (ii) licitude das terceirizações, que assumem a forma de fornecimento de mão de obra; (iii) licitude das contratações temporárias previstas no art. 37, IX, da Constituição, para verificação da observância dos requisitos constitucionais; (iv) validade das parcerias com o terceiro setor, para verificar a ocorrência de possível desvirtuamento do instituto.

Caso contrário, os concursos públicos acabarão limitados às funções institucionais previstas na Constituição.

## Referências

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Aceso igualitario a la función pública*. Curitiba: Juruá, 2011.

DEBBASCH, Charles. *Science administrativo*. 5. ed. Paris: Dalloz, 1989.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de direito administrativo: Administração Pública e servidores públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia*. São Paulo: Atlas, 2013.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O futuro do concurso público. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 153-164. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS NA REFORMA DA PREVIDÊNCIA: PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E PROPORCIONALIDADE\*

PAULO MODESTO

*O tempo vinga-se das coisas que se fazem sem a sua colaboração.*  
(Eduardo Couture)

*O legislador que deseja operar grandes mudanças deve aliar-se ao tempo, este verdadeiro auxiliar de todas as mudanças úteis, o químico que amalgama os contrários dissolve os obstáculos e cola as partes desunidas.*

(J. Bertham)

*El ordenamento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, porque poder confiar, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres u, por tanto, de la paz jurídica.*

(Karl Larenz)

---

\* Salvo ajustes de redação, pequenos acréscimos decorrentes do processo legislativo na terceira parte do trabalho e referência aos novos valores e limites da tabela de contribuição, atualizada em janeiro de 2018, o texto ora publicado reproduz essencialmente a versão original divulgada em *Revista Brasileira de Direito Público (RBDP)*, n. 56, p. 9-54, jan./mar. 2017, e utilizada na exposição feita pelo autor na trigésima primeira edição do Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, em 26.10.2017, razão pela qual foi preservado o título do trabalho anteriormente publicado na presente versão revisada.

## Introdução: a previdência é *mobile*

Em *Rigolletto*, na conhecida ópera de Giuseppe Verdi, o Duque de Mântua explica que as mulheres são inconstantes e imprevisíveis, tal qual uma pluma que flutua ao vento (“*La donna è mobile, qual piuma al vento*”). O relato do duque segue de forma cruel: a mulher, afirma, muda sempre seu discurso e seu pensamento e, apesar de ter um rosto amável e gentil, no choro ou no riso, é apenas uma dissimulação (“*muta d’accento e di pensiero, sempre un’ amabile leggiadro viso, in pianto o in riso, è menzognero*”). A narrativa do Duque de Mântua, velho sedutor, é completamente injusta ao tratar das mulheres, por sua generalização e cinismo, mas talvez sintetize bem a avaliação que qualquer observador atento faria da previdência dos agentes públicos nos últimos vinte anos no Brasil.

Desde 1998, a previdência dos agentes titulares de cargo público foi alterada por sucessivas emendas constitucionais (EC nº 20/1998, EC nº 41/2003, EC nº 47/2005, EC nº 70/2012, EC nº 88/2015), normas infraconstitucionais e um número expressivo de atos regulamentares. Essas modificações foram acompanhadas por proclamações oficiais de insustentabilidade do modelo de proteção social vigente e da premente necessidade de reformá-lo. Essa cadeia de emendas constitucionais promoveu a ampliação do esforço contributivo dos futuros e atuais agentes (dilatação da carreira contributiva) e alterações na forma de cálculo e nos parâmetros de acesso e gozo dos benefícios. As emendas constitucionais aprovadas se autoproclamavam reformas paramétricas, voltadas supostamente apenas a ajustar o financiamento e os benefícios em bases mais equitativas, solidárias e sustentáveis. Mas essa descrição não é completamente exata, pois as sucessivas emendas constitucionais também propiciaram a parcial ruptura do regime de repartição simples e do vínculo de solidariedade intergeracional que, ao menos desde 1993 (EC nº 3), é estrutural na previdência dos agentes públicos. De qualquer sorte, ao lado dessas mudanças, para atenuar a extinção de direitos e a quebra de expectativas, foram aprovadas também diversas regras de transição.

A nova proposta de reforma da previdência social – sintetizada na PEC nº 287/2016, destinada tanto a agentes públicos quanto a empregados em geral – segue programa normativo semelhante. Desde o início, o debate em torno da nova proposta de reforma do sistema previdenciário tem se concentrado na dimensão econômica e na discussão sobre a existência ou não do alardeado déficit do regime geral de previdência social e dos regimes próprios de previdência social.



Limitado a esse aspecto, trata-se de debate improdutivo porque cada uma das vozes em confronto emprega parâmetros de cálculo próprios, incluindo ou excluindo receitas ou despesas passadas ou a consideração de parte do valor presente de despesas futuras para fundamentar a sua orientação. É também uma abordagem binária e simplificadora, pois há problemas de equidade e equilíbrio atuarial – equilíbrio de longo prazo – do sistema previdenciário que não encontram resposta em uma simples análise da receita-despesa ou de financiamento atual dos regimes.

O presente texto é uma tentativa de contribuir para ampliar o debate para além da dimensão fiscal, sem qualquer pretensão de negá-la, e propõe uma alternativa ao discurso meramente descritivo das mudanças propostas no regime de previdência próprio dos titulares de cargo efetivo, tratando apenas incidentalmente das alterações no regime geral da previdência e nos benefícios da assistência social. Pretende destacar o relevo jurídico do princípio da proteção da confiança, da proporcionalidade e da equidade como exigências impositivas a serem levadas à sério pelo reformador constitucional, nomeadamente através da previsão de disposições transitórias razoáveis, equitativas e sustentáveis.

Para estruturar essa trilha argumentativa, com a objetividade possível, esquematizei o trabalho em quatro partes:

- (a) uma primeira, voltada a analisar o papel e o alcance das disposições transitórias para o princípio da segurança jurídica, percebido à luz da dinâmica das sucessões normativas, em particular nas relações jurídicas de formação complexa e de longa duração, abordagem aplicável a todos os regimes de previdência social, relevante à presente proposta e para alterações futuras;
- (b) uma segunda parte, ainda predominantemente conceitual, dedicada a considerações sobre a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da proteção da confiança em reformas previdenciárias, destaca peculiaridades da matriz constitucional do sistema previdenciário brasileiro e do regime próprio de previdência dos titulares de cargo público efetivo;
- (c) uma terceira parte, voltada à aplicação dos conceitos anteriores à proposta de emenda constitucional em debate no Congresso Nacional (PEC nº 287/2016), sob olhar crítico e propositivo;

- (d) uma quarta e última parte, dedicada a apresentar alternativas às disposições transitórias da PEC nº 287/2016, com foco na sustentabilidade financeira, social e jurídica da relação previdenciária, respeitosa às exigências de proporcionalidade, proteção à confiança e equidade inerentes à dimensão material do Estado de Direito.

## 1 Segurança jurídica e disposições transitórias

### 1.1 Relevância das disposições transitórias para a segurança jurídica

A moderna doutrina do direito constitucional tem ressaltado a importância das disposições de transição, que disciplinam situações de passagem, ora para ressaltar a importância de ser estabelecido “modelo de transição racional e razoável”,<sup>1</sup> ora para entender inconstitucional a modificação pelo poder reformador de normas transitórias, considerando-se o ato das disposições constitucionais transitórias “axaurível em sua aplicação mesma”, “insuscetível de se perpetuar no tempo” e insuscetível de mudança.<sup>2</sup>

O direito transitório é a tradução técnica do propósito de conciliar o passado com o futuro. Transitório é o passageiro, no sentido de provisório, mas é também o excepcional, porque distingue-se da regulação que se pretende comum ou permanente. O direito transitório dedica-se a atenuar os efeitos da sucessão normativa e a disciplinar o tempo jurídico, não o tempo natural, servindo para conciliar o tempo jurídico com o tempo natural, protegendo a confiança do cidadão na

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência (ascensão e queda de um regime de erros e privilégios). In: MODESTO, Paulo (Org.). *Reforma da Previdência: análise e crítica da Emenda Constitucional n. 41/2003*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 108.

<sup>2</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Natureza e eficácia das disposições constitucionais transitórias. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 405. A censura da autora salienta a reforma das normas de transição aprovadas pelo poder constituinte originário pela competência reformadora, sempre poder derivado. Porém, na sequência, também destaca a instabilidade derivada de “sobremodificação dispositiva”, isto é, “emendas que vieram para mudar o que já tinha sido objeto de mudanças anteriores (hipótese, por exemplo, da prescrição do art. 71), transformando-se, enfim, aquele ato constitucional transitório em permanente, mutante, instabilizador jurídico e sem qualquer concatenação de matérias ou adequação aos princípios e propostas que o processo constituinte de 1987-1988 formulara” (p. 406).

previsibilidade da ordem jurídica.<sup>3</sup> Preordena-se a reger, em caráter provisório, preventivo e excepcional, problemas relativos à intertemporalidade, com emprego de técnicas como a fixação de cláusulas de vigência, retroatividade, ultratividade, efeito imediato, recepção, prazos temporários, proteção dos direitos adquiridos e proteção das situações jurídicas implementadas pelo cidadão.<sup>4</sup> Cabem também nas disposições transitórias normas de organização de efeitos instantâneos.<sup>5</sup>

No domínio temporal, o direito persegue duas finalidades tendencialmente conflitantes: por um lado, a estabilização das expectativas, a garantia da segurança no planejamento pessoal, social e econômico e, por outro, a inovação e adaptação da sociedade à evolução histórica e às circunstâncias. Se o cidadão, a administração ou as empresas não puderem calcular as consequências no futuro de suas decisões e comportamentos no presente, a autoridade será negada e a coesão social será impossível. Se o bloqueio à adaptação normativa for absoluto, por igual, a sociedade duvidará de sua própria capacidade de responder aos desafios do futuro. Nesse domínio conflitivo, as disposições transitórias permitem a criação de pontes temporais, critérios de decisão ou

<sup>3</sup> Sobre as formas do tempo jurídico, por todos, OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. São Paulo: Edusc, 2005. Segundo Ost, “em um regime de *Rule of Law* prevalece um contrato tácito, no fim do qual os governados só obedecerão enquanto as autoridades respeitem, elas mesmas, as regras que adotaram (princípio ‘patere legem quam ipse fecisti’). Este contrato gera de uma parte e de outra ‘expectativas legítimas’, expectativas normativas: estamos, doravante, no direito de esperar das autoridades que respeitem sua palavra, do mesmo modo que elas mesmas podem contar com a nossa colaboração cívica. Uma ordem jurídica não é analisada, então, como a projeção da vontade unilateral e instantânea do soberano; deve ser compreendida, antes, como um sistema durável de interações e de compromissos recíprocos baseados na confiança” (p. 205).

<sup>4</sup> O tempo natural é irreversível; o tempo jurídico é manipulável, pois o direito pode calibrar tanto a contagem do tempo quanto os efeitos do tempo transcorrido para fins jurídicos. É dizer: o direito não faz voltar o tempo natural, mas pode alterar as suas consequências ou a forma de reconhecimento do valor relativo do tempo transcorrido para o próprio direito. Nada impede que normas revogadas permaneçam regendo os efeitos no futuro de situações jurídicas implementadas durante o tempo em que essas normas estavam em vigor, a preservar no futuro uma vigência material, embora tenham perdido a vigência formal. Exemplo: a conversão, pelas normas transitórias da Emenda Constitucional nº 20/98, do tempo de serviço ficto implementado até a data de sua promulgação como tempo de contribuição no novo regime previdenciário, obrigou, após a entrada em vigor da EC nº 20/98, a consideração, pelo aplicador, das normas de reconhecimento de tempo ficto preexistentes.

<sup>5</sup> Luís Roberto Barroso classifica, de forma percuciente, as disposições transitórias em três espécies distintas: (i) disposições transitórias propriamente ditas (regulam provisoriamente relações, com vigência temporária, muitas vezes com expressa previsão de condição resolutiva ou termo); (ii) *disposições de efeitos instantâneos e definitivos* (em regra, normas de caráter organizatório que se exaurem ao surtirem efeito); (iii) *disposições de efeitos diferidores* (“regras que sustam a operatividade da norma constitucional por prazo determinado ou até a ocorrência de um determinado evento”) (BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 411 e ss.).

normas especiais de passagem, assegurando a consideração dos fatos passados (com seus efeitos), sem recusar a nova disciplina normativa. Essas disposições podem ter caráter formal ou material. Podem cuidar apenas de precisar a norma aplicável, a antiga ou a nova, a determinado conjunto de situações jurídicas. Podem, porém, estabelecer também uma disciplina material própria, distinta tanto da disciplina anterior quanto da nova disciplina normativa geral. No primeiro caso, por óbvio, teremos disposições transitórias formais; no segundo, disposições transitórias materiais.

Em qualquer caso, as disposições transitórias, por serem excepcionais, inadmitem interpretação ampliativa ou extensiva. Produzidas, disciplinam situações destinadas ao exaurimento, cuja interpretação deve evitar a frustração da boa-fé de seus beneficiários e das expectativas legitimamente protegidas. É fundamental, nessa matéria, a ponderação de interesses, valores e bens jurídicos e a formulação de juízos sobre eventuais situações de ultratividade da norma revogada. Para além dessa consideração isolada, as disposições transitórias também devem ser compreendidas à luz da cadeia normativa a que se vinculam e devem considerar a sucessão no tempo de alterações acumuladas no regime normativo em foco, especialmente quando gravosas, pois restrições excessivas podem ser ministradas em gotas, ocultando a violação do princípio da proporcionalidade.

Deve também frisar-se que as disposições transitórias submetem-se a testes de coerência, equidade e completude. Haverá lacuna normativa em eventual emenda aprovada se houver ausência de disposições transitórias necessárias (parece plausível cogitar aqui de eventual inconstitucionalidade por omissão parcial ofensiva a direito fundamental) e, sem embargo disso, eventual presença de disposições transitórias insatisfatórias (eventual inconstitucionalidade por omissão parcial de natureza axiológica).<sup>6</sup> A contradição e a incompletude de normas transitórias ou a identificação de situações de iniquidade manifesta podem ensejar censura jurisdicional. Nada disso é resolvido no simples debate econômico ou fiscal.

<sup>6</sup> O cabimento da aplicação do conceito de inconstitucionalidade por omissão parcial para emendas constitucionais é aqui sugerido, mas não pode ser explorado nos limites da economia do texto. Sobre os conceitos de lacuna normativa, ontológica e axiológica, consulte-se DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 85-97; ITURRALDE SESMA, Victoria. *Lenguaje legal y sistema jurídico*. Madrid: Tecnos, 1989. p. 147-212; e ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Tradução de Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 275-361; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Tradução de Jose Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 447 e ss.

A necessidade de disposições transitórias em mudanças normativas de largo alcance é expressão do princípio da segurança jurídica, indicador relevante da prevalência da substância sobre a forma no Estado material de direito.

A relevância das disposições de transição – e o cabimento da análise sobre a sua omissão em sede de controle de constitucionalidade – não escapou a J. J. Gomes Canotilho:

No plano do direito constitucional, o princípio da proteção da confiança justificará que o Tribunal Constitucional controle a conformidade constitucional de uma lei, analisando se era ou não *necessária e indispensável* uma disciplina transitória, ou se esta regulou, de forma *justa, adequada e proporcionada*, os problemas resultantes da conexão de efeitos jurídicos da lei nova a pressupostos – posições, relações, situações – anteriores e subsistentes no momento da sua entrada em vigor.<sup>7</sup>

A Constituição – como destacou Rogério Ehrhardt Soares – pretende ser “a ordem legítima da comunidade política”, a garantir “uma ordem que não vale pela ordem, mas pelo que contém dum ideal de justiça”. A Constituição é convocada – em uma sociedade plural – a servir como “fator de integração, uma força motivadora social, uma bandeira de aglutinação do corpo coletivo”.<sup>8</sup>

De outra parte, a relevância das disposições transitórias para a proteção da confiança legítima evidencia a fragilidade teórica de circunscrever os domínios da aplicação do direito intertemporal apenas ao binômio direito adquirido/expectativa de direito.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos” e a interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 106 e ss.

<sup>8</sup> SOARES, Rogério Ehrhardt. O conceito ocidental de Constituição. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, ano 119, 1986. p. 36 e ss. Essa compreensão não obriga a aceitação de uma leitura dirigente, programático-estatal da Constituição, “caminho de ferro social e espiritual através do qual vai peregrinar a subjectividade projectante” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *‘Brançosos’ e a interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 106 e ss.). A Constituição consagra uma ordem mínima e dialógica de valores, aberta à história e ao pluralismo, de patente vocação libertária e intertemporal, refratária tanto ao essencialismo estático de qualquer ideologia passageira quanto a uma compreensão exclusivamente procedimental de seu programa.

<sup>9</sup> Sobre o tema da segurança jurídica na doutrina brasileira, em suas múltiplas dimensões, ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016; SILVA, Almiro do Couto e. *Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015; RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003; SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito adquirido e expectativa de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005; FRANÇA, R. Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994;

É de rejeitar, no estágio atual do saber jurídico, a lógica redutora do tudo ou nada.

Em diversas matérias, com destaque para a previdência social, não basta proteger quem alcançou todos os requisitos para a fruição de um direito subjetivo de aquisição progressiva (direito adquirido), sendo devido resguardar, com adequado grau de proporcionalidade, agentes em processo de formação do direito almejado. Não se trata de tutelar simples expectativa de direito, mas de reconhecer valor jurídico ponderado para situações jurídicas que se encadeiam no curso do tempo, à semelhança de degraus de aquisição paulatina de requisitos para obtenção da situação subjetiva final, e que não podem ser equiparadas à situação dos novos entrantes do regime, sob pena de fraudar expectativas legítimas. Numa palavra: a relação previdenciária é um processo, comportando situações jurídicas intermediárias, cujo valor jurídico não se mede sem consideração do princípio da proporcionalidade e da equidade.

A retroatividade é conceito sutil. Em geral, as normas possuem eficácia imediata e efeitos prospectivos, projetando-se a colher fatos futuros (realizados integralmente após o início de sua vigência formal) ou parcelas dos fatos pendentes que tenham lugar a partir de sua entrada em vigor. Em decorrência, a retroatividade (*lato sensu*) é percebida como efeito jurídico anormal e classificada em graus conforme a intensidade de interferência das novas regras no curso ordinário do tempo jurídico (retroatividade máxima, média e mínima).<sup>10</sup>

---

CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995; PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004; TOLEDO, Claudia. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003; TOLOMEI, Carlos Young. *A proteção do direito adquirido sob o prisma civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POSSO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

<sup>10</sup> Não há consenso na doutrina brasileira quanto à extensão dos conceitos de retroatividade máxima, média e mínima, e sequer acordo sobre a validade da divisão tricotômica. Para José Eduardo Martins Cardozo deve-se reconhecer dois graus de retroatividade: a) “retroatividade máxima, ou de segundo grau, sempre que uma norma apresentar tanto sua hipótese, como seu preceito, voltado a uma ação retroativa”; b) “retroatividade mínima, ou de primeiro grau, quando só a sua hipótese, ou apenas o seu preceito, sejam isoladamente responsáveis pela projeção de seus efeitos pretéritos” (CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995 p. 276-7). Fez sucesso a classificação tricotômica de Matos Peixoto: a) retroatividade máxima (grave ou restituitória), é aquela que “devolve as partes ao statu quo ante”, pois ataca a coisa julgada, atos jurídicos perfeitos e fatos consumados (ex.: “decreto de Alexandre III que,

É preciso especial cautela na análise de sucessões normativas. O caráter retroativo e o retrospectivo de uma nova norma pode ser expresso ou não. Em matéria previdenciária essa questão assume feições sensíveis. Uma nova condição de elegibilidade de benefício em razão da idade, por exemplo, pode importar uma ressignificação de todo o tempo contributivo transcorrido. Noutra dizer: a nova norma pode alterar, de forma desproporcional, o significado relativo do tempo contributivo acumulado se for realizada como simples operação aritmética. Pode afigurar-se eventual retrospectividade ilegítima.<sup>11</sup>

---

em ódio à usura, mandou os credores restituírem os juros recebidos"); b) retroatividade média: "quando lei nova atinge os efeitos pendentes de ato jurídico verificados antes dela" (ex.: Decreto nº 22.626, de 7.4.1933 (Lei da Usura), o qual limitou a taxa de juros e se aplicou aos contratos existentes, inclusive os ajuizados; c) retroatividade mínima (temperada ou mitigada), "quando lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor" (ex.: "no Direito Romano, a lei de Justiniano (c. 4,32, 27 pr.), que, corroborando disposições legislativas anteriores, reduziu a taxa dos juros vencidos após a data de sua obrigatoriedade" (*apud* RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003 p. 35-36). No Supremo Tribunal Federal, a distinção tricotômica de Matos Peixoto foi adotada explicitamente em diversos julgados, inicialmente pelo Min. Moreira Alves: "EMENTA: Pensões especiais vinculadas a salário mínimo. Aplicação imediata a elas da vedação da parte final do inciso IV do art. 7º da Constituição de 1988. Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que os dispositivos constitucionais têm vigência imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima). Salvo disposição expressa em contrário – e a Constituição pode fazê-lo –, eles não alcançam os fatos consumados no passado nem as prestações anteriormente vencidas e não pagas (retroatividade máxima e média). Recurso extraordinário conhecido e provido" (RE nº 140.499/GO. Rel. Min. Moreira Alves. DJ, 9 set. 1994. p. 23444). Cf., também: "EMENTA: Foro especial. Prefeito que não o tinha na época do fato que lhe é imputado como crime, estando em curso a ação penal quando da promulgação da atual Constituição que outorgou aos Prefeitos foro especial (art. 29, X, da Constituição Federal). A Constituição tem eficácia imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima). Para alcançar, porém, hipótese em que, no passado, não havia foro especial que só foi outorgado quando o réu não mais era Prefeito – hipótese que configura retroatividade média, por estar tramitando o processo penal –, seria mister que a Constituição o determinasse expressamente, o que não ocorre no caso. Por outro lado, não é de aplicar-se sequer o princípio que inspirou a Súmula 394. Recurso extraordinário não conhecido" (RE nº 168.618/PR. Rel. Min. Moreira Alves, j. 6.9.1994, 1ª T. DJ, 9 jun. 1995. p. 17260).

<sup>11</sup> Sobre o conceito de retrospectividade, conferir HÉRON, Jacques. *Principes du droit transitoire*. Paris: Dalloz, 1996. p. 107 e ss. No direito brasileiro, TOLOMEI, Carlos Young. *A proteção do direito adquirido sob o prisma civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 54-66; RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003 p. 37-47. A retrospectividade é a antítese da ultratividade. Em princípio, a retrospectividade identifica espécie de efeito imediato da regra nova, vocacionado a instalar modificação na repercussão jurídica de fatos anteriores à vigência da nova regra e cujos efeitos se prolongam ou projetam em período posterior à sucessão normativa. Quando há ultratividade, a nova regra autoriza a regra antiga a prolongar a sua vigência material para reger efeitos posteriores ao início da vigência formal da regra nova, que assim inibe, total ou parcialmente, a incidência imediata da nova regulação sobre determinada situação jurídica. Ao contrário da opinião comum, a



A falta de manutenção em disposições transitórias do valor relativo do tempo transcorrido pode ser considerada ofensiva à segurança jurídica, por seu caráter abrupto e desarrazoado, uma vez que norma anterior, que estabelecia um “arco temporal” com início e fim delimitados, assegurava uma previsibilidade para o acesso a benefícios que não deve ser desconsiderada.

Celso Antônio Bandeira de Mello, com vigor e clareza, destaca a necessidade de atribuir-se valor jurídico ponderado ou proporcional a fatos passados:

[...] Os fatos pretéritos, mas que se encartam em situações ainda em curso, podem e devem ser tratados de maneira a se lhes reconhecer a significação jurídica que tiveram em face da regra precedente, sem com isso afrontar-se a regra nova ou negar-lhe imediata vigência. Basta compatibilizá-los de sorte a atribuir a tudo que passou o valor jurídico que lhe correspondeu até o tempo da sobrevinda da nova lei e atribuir a tudo que transcorrerá a partir desta última os efeitos que resultam de seu tempo de império. Vale dizer: reconhece-se – o que é incontestável – a força modificadora da regra nova em relação ao regime anterior, sem, com isto, fazer-se “tabula rasa” da disciplina pretérita [...].

Afinal: aplica-se sempre a lei do tempo. Aos fatos transcorridos, deferem-se a significação e expressão que possuíam ao lume da regra sob cujo império se efetivaram. Por não se terem exaurido, entende-se que os eventos remanescentes, em continuação, hão de se consumir e definir segundo os critérios do novo diploma. A dizer: fica a globalidade da situação disciplinada pelos paradigmas decorrentes da norma atual, que, entretanto, recebe os fatos pretéritos segundo a qualificação, o valor relativo, que lhes emprestava a norma antiga [...].

Em razão disto, recursar aos fatos passados o relevo que um dia tiveram perante uma norma equivale a recusar-lhes a única densidade que possuíam perante o Direito. Em uma palavra equivale a desconstituir a juridicidade, a expressão “de jure”, que fazia deles um elemento do universo jurídico. Em outros termos, negar o valor que então possuíam é pura e simplesmente fazer retroagir a nova regra, sem o que seria impossível infirmar o alcance que dantes possuíam.<sup>12</sup>

---

garantia dos direitos adquiridos não protege a situação jurídica tutelada da retroatividade, mas da retrospectividade, isto é, da aplicação imediata da regra nova mais gravosa a consequências jurídicas de fatos passados ainda não exauridos ou que se destinam a produzir efeito no futuro.

<sup>12</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Parecer. In: MODESTO, Paulo (Org.). *Reforma da Previdência: análise e crítica da Emenda Constitucional n. 41/2003*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 438-439; 441. Ver, também, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Direito adquirido e o direito administrativo: uma nova perspectiva. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 26 e ss.



É certo que a segurança jurídica não imuniza apriorística e completamente agentes das reformas constitucionais. Mesmo o direito adquirido, que pode ser resultante da incidência de normas infraconstitucionais variadas, não impede transformações no regime jurídico constitucional e alterações no modo de fruição de vantagens anteriores. Porém, o princípio da segurança jurídica é mais abrangente do que a garantia dos direitos adquiridos e pode servir de parâmetro autônomo de controle de inconstitucionalidade, inclusive em face de emendas constitucionais, quando afetado o seu núcleo essencial.

Sobre a inadequação da lógica do “tudo ou nada” da garantia dos direitos adquiridos em face das emendas constitucionais, escrevi há mais de uma década trabalhos empregando argumentos de natureza sistemática. Em especial, o fato incontestado, percebido pela doutrina universal, segundo o qual ao ascender os escalões da ordem jurídica, das normas individuais e concretas às normas de maior hierarquia, o processo de produção normativo torna-se progressivamente mais exigente e as limitações materiais impostas às normas produzidas progressivamente menos exigentes. Essa lógica de funcionamento do sistema jurídico seria subvertida se normas produzidas com maior dificuldade processual do que as leis (as emendas constitucionais) estivessem submetidas a restrições materiais equivalentes às aplicadas às normas legais. Ademais, a imutabilidade de direitos subjetivos de qualquer origem (e não simplesmente da norma constitucional de garantia), imunizaria situações subjetivas derivadas de atos concretos e normas infraconstitucionais, tornando incerta a extensão das cláusulas de eternidade, a cristalizar eventualmente gravíssimas injustiças sociais. É óbvio que esse argumento não autoriza que normas distintas das leis, produzidas com menores exigências de ordem processual, sejam consideradas imunes à cláusula de garantia dos direitos adquiridos simplesmente por não serem leis. O argumento sugerido, de natureza sistemática, informa exatamente o contrário. Por outro lado, o fato de elementos sistemáticos indicarem que a voz “lei” no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, não se dirige às emendas constitucionais não autoriza a compreensão de que em outras disposições, referentes a outros campos temáticos da lei fundamental, a voz “lei” também não alcance as emendas à Constituição. Emprestar a compreensão do art. 5º, XXXVI, para outras disposições é subscrever *argumento analógico*

---

Trata-se de orientação sagaz e criativa, cuja repercussão prática em sede de disposições transitórias exploro na terceira parte deste trabalho.

(analogia), o que somente é legítimo realizar perante situações de idêntica *ratio legis*.<sup>13 14</sup>

Sem embargo disso, também destaquei há mais de dois lustros que essa compreensão sistemática da garantia dos direitos adquiridos, que muitos consideram restritiva, não afastava a possibilidade de censura às emendas constitucionais com fundamento no princípio da segurança jurídica.<sup>15</sup>

Associava-me nesse aspecto à trilha aberta por Daniel Sarmento, que ressaltava os riscos para o princípio democrático da “maximização das cláusulas pétreas”, empregando instrumental da teoria da argumentação, em especial a ponderação de valores, aplicada no Brasil inclusive para a relativização da coisa julgada. Para Sarmento:

[...] os direitos adquiridos não são, nem aqui nem em nenhum outro país do mundo inteiro, um limite para o constituinte derivado. Sujeitar as emendas à Constituição ao acatamento incondicionado de todos os direitos adquiridos no passado é, na nossa opinião, fazer pouco do direito de cada geração de construir seu próprio caminho, mas é também, e acima de tudo, eternizar no tempo um status quo rebelde às dimensões transformadoras que, por imperativo constitucional, devem estar presentes no direito brasileiro.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> MODESTO, Paulo. Reforma da Previdência e regime jurídico da aposentadoria dos titulares de cargo público. In: MODESTO, Paulo (Org.). *Reforma da Previdência: análise e crítica da Emenda Constitucional n. 41/2003*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 89-90, nota de rodapé. Conferir ainda, de minha autoria, Reforma administrativa e direito adquirido. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, n. 211, p. 79-94, jan./mar. 1998; *Revista Trimestral de Direito Público (RTDP)*, n. 18, p. 165-178, 1997.

<sup>14</sup> Interpretação alternativa e inteligente foi assumida pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no voto-condutor do MS nº 24.875 (j. 11.5.2006, Tribunal Pleno. *DJ*, 6 out. 2006. p. 00033. *RTJ*, 00200-03. p. 01198), decidido por seis votos a cinco, a partir da distinção entre “direito adquirido de envergadura constitucional” (modalidade qualificada de direito adquirido) e “direitos adquiridos sem estatura constitucional”. Somente os primeiros, extraídos diretamente do texto constitucional (*v.g.*, a garantia da irredutibilidade), poderiam ser oponíveis às emendas constitucionais. Sobre essa decisão, com considerações divergentes, *v. BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 326-330. *Cf.*, ainda, PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. O controle de constitucionalidade das emendas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: crônica de jurisprudência. In: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (Coord.). *Direito do Estado: novos rumos*. São Paulo: Max Limonad, 2001. t. 1. p. 23-44.

<sup>15</sup> MODESTO, Paulo. Reforma da Previdência e regime jurídico da aposentadoria dos titulares de cargo público. In: MODESTO, Paulo (Org.). *Reforma da Previdência: análise e crítica da Emenda Constitucional n. 41/2003*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 90, nota de rodapé.

<sup>16</sup> SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e a Reforma da Previdência. In: TAVARES, Marcelo (Org.). *A Reforma da Previdência Social: temas polêmicos e aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 42.

Essa mesma orientação não impede, como destacou também Sarmiento, a utilização do princípio da segurança jurídica, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição, como:

parâmetro material para a aferição da validade das emendas à Constituição. Mas não se tratará, aqui, de uma análise de lógica formal, pautada pela lógica do “tudo ou nada”, à moda das subsunções. Para afastar uma emenda, por ofensa à segurança jurídica, será necessário demonstrar não apenas que se trata de um atentado gravíssimo contra o núcleo essencial deste princípio, mas também que, numa argumentação jurídica aberta aos valores, esta restrição não tem como ser racionalmente justificada por uma necessidade impostergável de proteção ou promoção de algum interesse constitucional digno de tutela.<sup>17</sup>

É exatamente essa compreensão material do princípio da segurança jurídica que justifica o relevo das disposições transitórias e revela ao mesmo tempo a insuficiência e a inadequação da garantia dos direitos adquiridos quando aplicada às emendas constitucionais. A segurança jurídica convoca o subprincípio da proteção à confiança<sup>18</sup> e a exigência de proporcionalidade e razoabilidade em sucessões normativas,<sup>19</sup> sobretudo quando em causa relações jurídicas de longa duração, assegurando a transição equitativa e racional do sistema jurídico e social, a valorização da democracia e da justiça intergeracional, sem sucumbir à “petrificação do direito”, a sedução absoluta pela “medusa

<sup>17</sup> SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e a Reforma da Previdência. In: TAVARES, Marcelo (Org.). *A Reforma da Previdência Social: temas polêmicos e aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 43.

<sup>18</sup> “Há essencialmente duas grandes correntes que procuram explicar o fundamento do princípio da proteção da confiança: a corrente dos civilistas e a dos constitucionalistas. A primeira tenta situá-lo no Direito Privado, mais especificamente no princípio oriundo do Direito Civil da boa-fé objetiva. A segunda busca revelar as raízes do princípio da proteção da confiança em algum instituto específico do Direito Público (princípio do Estado Social de Direito, direitos fundamentais, Estado de Direito etc.). Embora haja divergências entre os adeptos desta última corrente quanto ao mais adequado fundamento do princípio da proteção da confiança no Direito Público, tem predominado a ideia de que ele seria derivado do princípio do Estado de Direito e da segurança jurídica” (ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009. p. 33 e ss.).

<sup>19</sup> “O movimento, por mais paradoxal que isso possa ser, é condição da estabilidade, tal qual um passeio de bicicleta: o ciclista que para, cai. O patinador que desliza sobre a fina camada de gelo, se parar, afunda. Portanto, o que o Direito não pode é ser modificado de maneira frequente, brusca e drástica; ele deve, porém, adaptar-se à nova realidade, sob pena de ser um freio à própria atividade econômica. Busca-se, na verdade, a segurança do movimento” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 142-143).

dos direitos adquiridos”,<sup>20</sup> álibi para a manutenção indisfarçada e sem limite do *status quo*.

## 1.2 Disposições transitórias e relações complexas de longa duração

Nas relações jurídicas complexas de longa duração, quer no direito público, quer no direito privado, a aplicação do princípio da proteção da confiança é reforçada.

No direito privado, os contratos relacionais, a exemplo dos contratos de aposentadoria complementar, seguro-saúde privados e contratos bancários, por serem de execução longa e intrinsecamente incompletos, inclusive sem prazo final estipulado, podem colocar o consumidor em estado de dependência ou catividade, a ponto de considerar-se ilegítima a ruptura unilateral imotivada, o que não ocorre nos contratos de execução imediata. Alteradas as circunstâncias, as partes devem procurar meios para, de boa-fé, assegurar o equilíbrio durante todo o contrato, com mínima intervenção de terceiros, inibindo-se condutas oportunistas e a assimetria de informação.<sup>21</sup>

No direito público não é diferente. O transcurso do tempo produz consequências estabilizadoras quando associado à boa-fé dos interessados e deve ser considerado, mesmo quando houver irregularidade jurídica no ato público originário. Escrevi há doze anos sobre o tema e recorde aqui o essencial.

Em direito, e em especial no direito administrativo, é equivocado identificar ilegalidade e invalidez. A ilegalidade (no sentido amplo de irregularidade normativa) encerra um juízo de constatação, verificação ou conhecimento sobre uma específica relação entre normas (*relação sintática*): diz respeito à desconformidade de uma norma inferior em face de uma norma superior de observância obrigatória. Traduz *juízo descritivo*, segundo o qual norma inferior contraria norma superior, ou invade esfera própria de aplicação de norma especial, segundo o

<sup>20</sup> LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa dos 'direitos adquiridos'*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 15; 117-138; 272-274.

<sup>21</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2007; MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo Regime das Relações Contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Sobre a teoria dos contratos incompletos, por todos, cf. ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 147 e ss.

disposto em norma superior. A ilegalidade, a inconstitucionalidade, ou qualquer outra espécie de irregularidade jurídica, considerada neste sentido descritivo, encerra asserção presumidamente lógica (embora, por óbvio, também inevitavelmente axiológica). Mas a invalidez, reversamente, decorre de uma decisão jurídica, traduz um *juízo normativo*, adotado apenas a partir de uma ponderação entre o valor da legalidade/irregularidade e o valor da estabilidade das relações jurídicas, ou o valor de outro princípio jurídico reconhecido pelo sistema. A invalidez de um ato somente é decretada após uma *avaliação de sua necessidade* (isto é, decorre de um juízo sobre uma relação sintático-semântico-pragmática: norma-realidade normada-utente da norma).

O juízo de invalidez normativa pressupõe o juízo de irregularidade da norma, mas nem toda irregularidade jurídica importa em invalidez. Há irregularidades não invalidantes, ou, no mesmo dizer, ilegalidades não invalidantes. São inúmeras as situações em que o ordenamento preserva a norma editada irregularmente como válida (irregularidades formais sem prejuízo, normas referentes a situações consolidadas, atos de funcionários de fato ou atos cuja decretação de invalidez importaria grave dano a princípios relevantes do ordenamento). Mais do que isso: o ordenamento encarrega-se de prever diversos mecanismos de preservação e correção de normas ilegais, ou irregulares: a convalidação, a conversão e a estabilização de normas ilegais. Nesse diapasão, pode-se afirmar que a *invalidez é uma forma de sanção da ilegalidade e não um efeito lógico necessário da irregularidade normativa*.

A validade é uma qualidade contrafática. *As normas valem até que sejam invalidadas*. Não há invalidez (ausência de obrigatoriedade de norma jurídica) automática. *Toda invalidez reclama decretação*. É impróprio, portanto, tratar da invalidez como consequência normativa em sentido semelhante à consequência presente nas relações fáticas. Não há causalidade entre a irregularidade na composição do suposto normativo e a invalidade como consequência. A relação é de imputação, não de causalidade. Trata-se de consequência que exige valoração e decisão; não se contenta com o simples conhecimento. Não há invalidez como dado original e ontológico de qualquer norma. A invalidez é qualidade atribuída, derivada de um juízo de ponderação que excede a mera apreciação da norma de forma isolada.

No direito administrativo, a decretação de nulidade ou de invalidez de qualquer ato administrativo é cada vez mais percebida como último remédio, medida excepcional, que não deve ser empregada senão em situações limites, dado que os atos administrativos produzem consequências que alcançam um número significativo de sujeitos e não

apenas um ou dois litigantes, como ainda é comum em demandas na área cível. A decretação da nulidade de um concurso para professor, por exemplo, importa grave incerteza quanto à própria viabilidade da matrícula de dezenas de alunos em semestres sucessivos, enquanto se arrastam os litígios sobre a demanda.

Como bem destacou Almiro do Couto e Silva há alguns lustros:

A invariável aplicação do princípio da legalidade da Administração Pública deixaria os administrados, em numerosíssimas situações, atônitos, intranqüilos e até mesmo indignados pela conduta do Estado, se a este fosse dado, sempre, invalidar seus próprios atos – qual Penélope, fazendo e desmanchando sua teia, para tornar a fazê-la e tornar a desmanchá-la – *sob o argumento de ter adotado uma nova interpretação e de haver finalmente percebido, após o transcurso de certo lapso de tempo, que eles eram ilegais, não podendo, portanto, como atos nulos, dar causa a qualquer conseqüência jurídica para os destinatários.*

Se há relativamente pouco tempo é que passou a considerar-se que o princípio da legalidade da Administração Pública, até então tido como incontestável, encontrava limites na sua aplicação, precisamente porque se mostrava indispensável resguardar, em certas hipóteses, como interesse público prevalecente, a confiança dos indivíduos em que os atos do Poder Público, que lhes dizem respeito e outorgam vantagens, são atos regulares, praticados com a observância das leis.<sup>22</sup>

Por isso, em direito administrativo, em que os conflitos afetam amplamente terceiros e podem romper com a presunção de validade dos atos emanados do Poder Público, a validade não deve ser percebida como um dado intrínseco da norma, mas como uma propriedade sistêmica, um atributo reconhecido à norma enquanto for compatível com os valores tutelados pelo ordenamento. Essa compatibilidade pode não se romper mesmo diante situações de ilegalidade. A questão, frise-se novamente, não é apenas lógica ou sintática. Por essa razão, com rigor e elegância, escreveu Margarita Baladiez Rojo:

la invalidez es la calificación que debe otorgarse no ya cuando exista un desajuste estructural entre el acto y la norma, sino cuando el Derecho considera que ese desajuste estructural no debe ser protegido. Literalmente, un acto inválido es aquel que no vale, y no todos los actos en los que existe un desjuste estructural son actos que carezcan de valor

<sup>22</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, n. 84. out./dez. 1987. p. 47.

para el Derecho. Siempre se ha aceptado que existen ilegalidades que no son más que meras irregularidades sen efecto invalidante alguno.<sup>23</sup>

No direito brasileiro, encarecendo o princípio da boa-fé e da segurança jurídica, Weida Zancaner identificava autênticas “barreiras ou limites ao dever de invalidar”.<sup>24</sup>

Esse efeito estabilizador do transcorrer do tempo associado à boa-fé dos interessados não vale apenas para resguardar os efeitos jurídicos de atos jurídicos irregulares, com fundamento no princípio da confiança legítima, mas também deve iluminar a compreensão dos efeitos jurídicos de atos e fatos jurídicos válidos, resguardando-os – ao menos no seu valor relativo – contra investidas radicais do legislador ou da administração, ainda que não conformem propriamente um direito adquirido.<sup>25</sup>

É relevante destacar que o princípio da proteção da confiança – como vertente subjetiva da segurança jurídica – recebeu desenvolvimento inicial na Alemanha exatamente em decisão do Superior Tribunal Administrativo de Berlim, de 14.11.1956, acompanhada em seguida por acórdão do Tribunal Administrativo Federal (BverwGE), de 15.10.1957, sobre a anulação de vantagem prometida à viúva de um funcionário, caso se transferisse de Berlim Oriental para Berlim Ocidental, o que ocorreu. Segundo narra Almiro do Couto e Silva, a viúva

percebeu a vantagem durante um ano, ao cabo do qual o benefício lhe foi retirado, ao argumento de que era ilegal, por vício de competência, como efetivamente ocorria. O Tribunal, entretanto, comparando o princípio da legalidade com o da proteção à confiança, entendeu que este incidia com mais força ou mais peso no caso, afastando a aplicação do outro.<sup>26</sup>

É certo que não há direito adquirido a regime jurídico para os titulares de cargo público. Nenhum agente tem direito à imutabilidade do quadro normativo abstrato regente da relação estatutária.

<sup>23</sup> BALADIEZ ROJO, Margarida. *Validez e eficacia de los actos administrativos*. Madrid: Marcial Pons, 1994. p. 54.

<sup>24</sup> ZANCANER, Weida. *Da convalidação e invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 57 e ss.

<sup>25</sup> Javier García Luengo denomina a invocação do princípio em causa como limite à liberdade de configuração do legislador de “proteção da confiança em abstrato” (GARCIA LUENGO, Javier. *El principio de la protección de la confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2002).

<sup>26</sup> SILVA, Almiro do Couto e. *Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 50.



A mudança, entretanto, não deve ser violenta ou surpreendente. Em matéria previdenciária, por exemplo, o próprio legislador tem previsto transições progressivas: quando da alteração do benefício de aposentadoria por idade, cuja carência era de 60 contribuições antes da Lei nº 8.213/91 e passou a ser 180 contribuições mensais, o art. 142 da nova lei previu uma tabela progressiva de carência, evitando penalizar quem já estava inscrito no RGPS – Regime Geral de Previdência Social antes da mudança normativa.

O mesmo caráter paulatino, gradual, da norma de transição foi assegurado pela EC nº 20/98, no seu art. 5º, concedendo o prazo de dois anos, a contar da sua entrada em vigor, para que a nova exigência de paridade entre a contribuição da patrocinadora, no regime de previdência privada, e a contribuição do segurado começasse a valer. O mesmo prazo de dois anos foi concedido também, pelo art. 6º, para que as entidades fechadas de previdência privada patrocinadas por entidades públicas revisassem seus planos de benefícios.

Noutro dizer: o Poder Público não pode legitimamente surpreender o cidadão de forma abrupta, adotar comportamentos contraditórios que frustrem legítimas expectativas decorrentes de comportamentos e decisões dos próprios agentes estatais, subverter a previsibilidade objetiva do cidadão quanto ao conjunto de seus direitos e deveres, sem adotar regras de transição razoáveis, progressivas e equitativas. Essa confiança é reforçada quando o Poder Público exige obrigações do cidadão, fixa prazos e programas temporais, induzindo a crença na seriedade de compromissos normativos de transição, e merece proteção acrescida quanto maior for a gravidade das alterações propostas. São exigências do princípio da segurança jurídica, fundamento subjacente ao Estado de Direito, enunciado no art. 1º da Lei Fundamental.

A ausência ou inadequação grave de normas de transição pode caracterizar, à luz do caso concreto, uma autêntica patologia normativa, a exigir atuação da jurisdição constitucional para preservar a confiabilidade da ordem jurídica.

### 1.3 O princípio da proteção da confiança no Supremo Tribunal Federal

O princípio da confiança tem sido invocado pelo Supremo Tribunal Federal em múltiplas situações.

À semelhança de outros países, também no Brasil, o princípio da confiança ora assume o papel de suporte para a tutela de pretensões



individuais, sua dimensão subjetiva, ora de norma diretriz para a proteção de valores transindividuais, sua dimensão objetiva. Na dimensão subjetiva, o princípio da confiança funciona como suporte para estabilizar situações irregulares longamente toleradas,<sup>27</sup> impedir decisões públicas em contradição com atos anteriores,<sup>28</sup> ampliar a atuação de interessado no processo administrativo de controle<sup>29</sup>

<sup>27</sup> “EMENTA: ATO ADMINISTRATIVO. Terras públicas estaduais. Concessão de domínio para fins de colonização. Área superiores a dez mil hectares. Falta de autorização prévia do Senado Federal. Ofensa ao art. 156, §2º, da Constituição Federal de 1946, incidente à data dos negócios jurídicos translativos de domínio. Inconstitucionalidade reconhecida. Nulidade não pronunciada. Atos celebrados há 53 anos. Boa-fé e confiança legítima dos adquirentes de lotes. Colonização que implicou, ao longo do tempo, criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc.. Situação factual consolidada. Impossibilidade jurídica de anulação dos negócios, diante das consequências desastrosas que, do ponto de vista pessoal e socioeconômico, acarretaria. Aplicação dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, como resultado da ponderação de valores constitucionais. Ação julgada improcedente, perante a singularidade do caso. Votos vencidos. Sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, não podem ser anuladas, meio século depois, por falta de necessária autorização prévia do Legislativo, concessões de domínio de terras públicas, celebradas para fins de colonização, quando esta, sob absoluta boa-fé e convicção de validade dos negócios por parte dos adquirentes e sucessores, se consolidou, ao longo do tempo, com criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc.” (STF. ACO nº 79. Rel. Min. Cezar Peluso, j. 15.3.2012. *DJe*, 28 maio 2012. *RTJ*, 110-02-PP448).

<sup>28</sup> “EMENTA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. [...] O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos. [...]” (STF, Tribunal Pleno. RE nº 598.099. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10.8.2011, com Repercussão Geral. *DJe*-189, 3 out. 2011).

<sup>29</sup> “EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NEGATIVA DE REGISTRO A APOSENTADORIA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. [...] A inércia da Corte de Contas, por mais de cinco anos, a contar da aposentadoria, consolidou afirmativamente a expectativa do ex-servidor quanto ao recebimento de verba de caráter alimentar. Esse aspecto temporal diz intimamente com: a) o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e

ou recusar a anulação extemporânea de ato jurídico favorável ao particular.<sup>30</sup>

Em sua dimensão objetiva, também chamada abstrata, o princípio da confiança oferece suporte à vedação da aplicação imediata da lei nova a situações pendentes (retroatividade mínima, inautêntica ou, mais precisamente, retrospectividade),<sup>31 32</sup>

---

elemento conceitual do Estado de Direito; b) a lealdade, um dos conteúdos do princípio constitucional da moralidade administrativa (caput do art. 37). São de se reconhecer, portanto, certas situações jurídicas subjetivas ante o Poder Público, mormente quando tais situações se formalizam por ato de qualquer das instâncias administrativas desse Poder, como se dá com o ato formal de aposentadoria. 4. A manifestação do órgão constitucional de controle externo há de se formalizar em tempo que não desborde das pautas elementares da razoabilidade. Todo o Direito Positivo é permeado por essa preocupação com o tempo enquanto figura jurídica, para que sua prolongada passagem em aberto não opere como fator de séria instabilidade inter-subjetiva ou mesmo intergrupala. A própria Constituição Federal de 1988 dá conta de institutos que têm no perfazimento de um certo lapso temporal a sua própria razão de ser. Pelo que existe uma espécie de tempo constitucional médio que resume em si, objetivamente, o desejado critério da razoabilidade. Tempo que é de cinco anos (inciso XXIX do art. 7º e arts. 183 e 191 da CF; bem como art. 19 do ADCT). 5. O prazo de cinco anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Transcorrido in albis o interregno quinquenal, a contar da aposentadoria, é de se convocar os particulares para participarem do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º). 6. Segurança concedida” (STF, Tribunal Pleno. MS nº 25.116. Rel. Min. Ayres Britto, j. 8.9.2010. *DJe*-027, 10 fev. 2011).

<sup>30</sup> “Servidor público. Funcionário. Aposentadoria. Cumulação de gratificações. Anulação pelo Tribunal de Contas da União – TCU. Inadmissibilidade. Ato julgado legal pelo TCU há mais de cinco anos. Anulação do julgamento. Inadmissibilidade. Decadência administrativa. Consumação reconhecida. Ofensa a direito líquido e certo. Respeito ao princípio da confiança e segurança jurídica. Cassação do acórdão. Segurança concedida para esse fim. Aplicação do art. 5º, LV, da CF e art. 54 da Lei federal 9.784/1999. Não pode o TCU, sob fundamento ou pretexto algum, anular aposentadoria que julgou legal há mais de cinco anos” (STF. MS nº 25.963. Rel. Min. Cezar Peluso, j. 23.10.2008. *DJe*, 21 nov. 2008).

<sup>31</sup> “Quando do advento da LC 118/2005, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de dez anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, §4º; 156, VII; e 168, I, do CTN. A LC 118/2005, embora tenha se autoproclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de dez anos contados do fato gerador para cinco anos contados do pagamento indevido. [...] A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. [...] Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de cinco anos tão somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9-6-2005” (STF. RE nº 566.621. Rel. min. Ellen Gracie, j. 4.8.2011. *DJe*, 11 out. 2011, com repercussão geral. RE nº 732.370 AgR. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 22.4.2014, 2ª T. *DJe*, 6 maio 2014).

viabiliza a ultratividade da norma revogada,<sup>33</sup> a manutenção de responsabilidade pública por instituições criadas cuja extinção enseja quebra de expectativas,<sup>34</sup> a sustação de efeitos de mudança interpretativa de órgãos públicos, inclusive da própria jurisdição<sup>35</sup> e, por fim, impõe a

<sup>32</sup> “O art. 3º da Portaria Normativa MEC 21/2014 alterou a redação do art. 19 da Portaria Normativa MEC 10/2010, passando a exigir média superior a 450 pontos e nota superior a zero nas redações do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), como condição para a obtenção de financiamento de curso superior junto ao Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior (FIES). O art. 12 da Portaria Normativa MEC 21/2014 previu que as novas exigências entrariam em vigor apenas em 30-3-2015, muito embora as inscrições para o FIES tenham se iniciado em 23-2-2015, conforme Portaria Normativa 2/2015. Previu-se, portanto, uma norma de transição entre o antigo e o novo regime jurídico aplicável ao FIES, possibilitando-se que, durante o prazo da *vacatio legis*, os estudantes se inscrevessem no sistema com base nas normas antigas. Plausibilidade jurídica da alegação de violação à segurança jurídica configurada pela possibilidade de ter ocorrido aplicação retroativa da norma nova, no que respeita aos estudantes que: (i) já dispunham de contratos celebrados com o FIES e pretendiam renová-los; (ii) requereram e não obtiveram sua inscrição no FIES, durante o prazo da *vacatio legis*, com base nas regras antigas. Perigo na demora configurado, tendo em vista o transcurso do prazo para renovação dos contratos, bem como em razão do avanço do semestre letivo. Cautelar referendada para determinar a não aplicação da exigência de desempenho mínimo no ENEM em caso de: (i) renovações de contratos de financiamento; (ii) novas inscrições requeridas até 29-3-2015” (STF. ADPF nº 341 MC-REF. Rel. Min. Roberto Barroso, j. 27 maio 2015. *DJe*, 10 ago. 2015).

<sup>33</sup> “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais, no regime de substituição tributária para a frente, se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida. Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário e reconheceu o direito da recorrente de lançar em sua escrita fiscal os créditos de ICMS pagos a maior, nos termos da legislação tributária do Estado de Minas Gerais, respeitado o lapso prescricional de cinco anos previsto na Lei Complementar 118/2005. [...] O Plenário observou, ainda, não haver autorização constitucional para cobrar mais do que resultaria da aplicação direta da alíquota sobre a base de cálculo existente na ocorrência do fato gerador. Assim, uma interpretação restritiva do §7º do art. 150 da Constituição, com o objetivo de legitimar a não restituição do excesso, representaria injustiça fiscal inaceitável em um Estado Democrático de Direito, fundado em legítimas expectativas emanadas de uma relação de confiança e justa entre fisco e contribuinte. Desse modo, a restituição do excesso atende ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, haja vista a não ocorrência da materialidade presumida do tributo.[...] Por fim, o Plenário, por maioria, modulou os efeitos do julgamento. Dessa forma, esse precedente poderá orientar todos os litígios judiciais pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral e os casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador presumido, tendo em conta o necessário realinhamento das administrações fazendárias dos Estados-membros e de todo o sistema judicial. No entanto, em vista do interesse social e da segurança jurídica, decidiu que se preservem as situações passadas que transitaram em julgado ou que nem sequer foram judicializadas” (STF. RE nº 593.849. Rel. Min. Edson Fachin, j. 19.10.2016, com repercussão geral. *Informativo*, 844).

<sup>34</sup> “ESTADO – RESPONSABILIDADE – QUEBRA DA CONFIANÇA. A quebra da confiança sinalizada pelo Estado, ao criar, mediante lei, carteira previdenciária, vindo a administrá-la, gera a respectiva responsabilidade” (STF, Tribunal Pleno. ADI nº 4.429, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 14.12.2011. *DJe*-053, 14 mar. 2012. *RT*, v. 101, n. 920, 2012. p. 630-655).

<sup>35</sup> “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. REELEIÇÃO. PREFEITO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 14, §5º, DA CONSTITUIÇÃO. MUDANÇA DA JURISPRU-

previsão de disposições transitórias razoáveis em processos de sucessão normativa ou de mutação jurisdicional.<sup>36</sup>

DÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. [...]. Mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral devem adotar tais cautelas por ocasião das chamadas viragens jurisprudenciais na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. Não se pode deixar de considerar o peculiar caráter normativo dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, que regem todo o processo eleitoral. Mudanças na jurisprudência eleitoral, portanto, têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos. No âmbito eleitoral, a segurança jurídica assume a sua face de princípio da confiança para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no princípio da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição. O Supremo Tribunal Federal fixou a interpretação desse artigo 16, entendendo-o como uma garantia constitucional (1) do devido processo legal eleitoral, (2) da igualdade de chances e (3) das minorias (RE nº 633.703). Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. Assim, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior. [...]” (STF, Tribunal Pleno. RE nº 637.485. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 1º.8.2012, com repercussão geral. *DJe*, 21 maio 2013).

<sup>36</sup> “EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA – [...] COMPETÊNCIA NORMATIVA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – O INSTITUTO DA “CONSULTA” NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL: NATUREZA E EFEITOS JURÍDICOS – [...] FIDELIDADE PARTIDÁRIA – A ESSENCIALIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO PROCESSO DE PODER – MANDATO ELETIVO – VÍNCULO PARTIDÁRIO E VÍNCULO POPULAR – [...] REVISÃO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: A INDICAÇÃO DE MARCO TEMPORAL DEFINIDOR DO MOMENTO INICIAL DE EFICÁCIA DA NOVA ORIENTAÇÃO PRETORIANA. [...] Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado. – Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal. Doutrina. Precedentes. – A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com o reconhecimento do caráter partidário do mandato eletivo proporcional, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos

Esta última aplicação é a que mais interessa no momento. Não para ampliar essa sumária resenha jurisprudencial, mas para destacar observações relevantes – feitas a modo de *obiter dictum* – contidas em julgado da Corte Maior sobre a Emenda Constitucional nº 41/2003, na ADI nº 3.105, impetrada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp).

Nesse importantíssimo julgamento, questionava-se o art. 4º, da EC nº 41/03, referente à cobrança de contribuição previdenciária dos agentes inativos e dos agentes que, embora em atividade, possuíam os requisitos para requerer a aposentadoria. A controvérsia central envolvia a aplicação da garantia dos direitos adquiridos (CF, art. 5º, XXXVI) para assegurar aos agentes referidos o direito ao não pagamento da contribuição previdenciária autorizada por emenda à Constituição. Ao final, por sete votos a quatro, prevaleceu o voto-divergente do Min. Cezar Peluso, que sustentou a natureza tributária da contribuição previdenciária, a inexistência de direito adquirido oponível à tributação estatal, a inexistência de bitributação e a presença do dever, em regime de solidariedade, de assegurar o equilíbrio atuarial do sistema previdenciário.<sup>37</sup>

Não pretendo analisar em detalhe o tema da contribuição dos inativos aqui, pois dele tratei em trabalho anterior, no qual apresentei entendimento divergente tanto da posição assumida pelo STF na ADI nº 3.105 quanto da corrente radical da garantia dos direitos adquiridos, que advogava a não incidência tributária para os servidores aposentados ou com direito à aposentação e a possibilidade de exigência do tributo para os demais servidores ativos. Em sentido diametralmente oposto, sustentei a possibilidade de instituição da contribuição, mas excluí do dever de contribuir na inatividade os novos servidores que, por ingressarem após a EC nº 41/03, no momento da aposentadoria não poderão usufruir do direito à paridade, “causa suficiente” (ou razão legitimante) para a contribuição na inatividade.<sup>38</sup>

---

cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica. – Marco temporal que o Supremo Tribunal Federal definiu na matéria ora em julgamento: data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta nº 1.398/DF (27/03/2007) e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida. [...]” (STF, Tribunal Pleno. MS nº 26.603. Rel. Min. Celso de Mello, j. 4.10.2007. DJe-241, 19 dez. 2008).

<sup>37</sup> STF, Tribunal Pleno. ADI nº 3.105. Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ acórdão Min. Cezar Peluso, j. 18.8.2004).

<sup>38</sup> MODESTO, Paulo. Reforma da Previdência e regime jurídico da aposentadoria dos titulares de cargo público. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Org.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antonio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 612 e ss. Em fórmula de síntese, sustentei na ocasião: “Desvinculada do

Fixado o objeto da controvérsia, destaco breve trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI nº 3.105, pronunciado após a recusa da aplicação da gramática dos direitos adquiridos ao caso, fecundo em sugerir parâmetros de controle de constitucionalidade mais abrangentes, cabíveis inclusive para a proteção de direitos em processo de formação, calçado na existência ou não de adequadas cláusulas transitória em emendas constitucionais:

É bem verdade que, em face da insuficiência do princípio do direito adquirido para proteger tais situações, a própria ordem constitucional tem-se valido de uma ideia menos precisa e, por isso mesmo mais abrangente, que é o princípio da segurança jurídica enquanto postulado do Estado de Direito.

Embora de aplicação mais genérica, o princípio da segurança jurídica traduz a proteção da confiança que se deposita na subsistência de um dado modelo legal (*Schutz des Vertrauens*).<sup>39</sup> A ideia de segurança jurídica tornaria imperativa a adoção de cláusulas de transição nos casos de mudança radical de um dado instituto ou estatuto jurídico. Daí porque se considera, em muitos sistemas jurídicos, que, em casos de mudança de regime jurídico, a ausência de cláusulas de transição configura uma omissão inconstitucional.

Nessa linha, afirma Canotilho que “o princípio da proteção da confiança justificará que o Tribunal Constitucional controle a conformidade constitucional de uma lei, analisando se era ou não necessária e indispensável uma disciplina transitória, ou se esta regulou, de forma justa, adequada e proporcionada, os problemas resultantes da conexão de efeitos jurídicos da lei nova a pressupostos – posições, relações,

---

direito à paridade, a contribuição previdenciária do servidor aposentado ou do pensionista deve ser considerada inconstitucional, por falta da causa suficiente que a legitimaria e, conseqüentemente, por ausência plena de razoabilidade. Não é, portanto, qualquer aposentado ou pensionista que pode ter o seu benefício tributado por contribuição previdenciária, mas exclusivamente aquele que goza de provento ou pensão variável segundo o direito à paridade e, conseqüentemente, pode usufruir de benefício mutável em termos reais ao longo do tempo acima do valor limite do RGPS. Nesta hipótese, somente nesta hipótese, será legítima a instituição de contribuição sobre proventos e pensões, com vistas a manter *equitativa a participação do agente no custeio do sistema* (Art. 194, Súnico, V, da CF), *solidário o regime de repartição simples* (Art. 40, CF) e *sustentável a mutação real do benefício assegurado pelo direito à paridade* (Art. 195, 5º, da CF). Essa interpretação é que melhor se harmoniza com o sistema constitucional, pois explica porque a lei fundamental veda expressamente a incidência de contribuição sobre os proventos do regime geral de previdência (Art. 195, II), cujos benefícios não são mutáveis e, uma vez definidos, sofrem apenas atualização monetária (Art. 201, §4º)”. Sobre a exigência de “causa suficiente” para legitimar a contribuição previdenciária, espécie tributária de caráter vinculado, cf. STF, Tribunal Pleno. ADI nº 2.010 MC. Rel. Min. Celso de Mello, j. 30.9.1999. *DJ*, 12 abr. 2002.

<sup>39</sup> DEGENHART, Christoph. *Staatsrecht I*. 14. ed. Heidelberg: Mueller, 1998. p. 128 e ss. (referência constante do voto).

situações anteriores e subsistentes no momento da sua entrada em vigor”.<sup>40</sup>

É certo que não há, aqui, uma omissão quanto ao estabelecimento de cláusulas de transição, o que certamente não impede o exame da constitucionalidade dessas mesmas cláusulas sob uma outra perspectiva.

Trata-se de orientação com a qual concordo integralmente e que substituí, com maior latitude, a inadequada conversão de situações jurídicas individuais infraconstitucionais em cláusulas de eternidade constitucional, irreversíveis e imodificáveis. O controle jurisdicional fundado na segurança jurídica como princípio geral, refratário a qualquer pretensão de aplicação binária, convoca o subprincípio da proteção da confiança e autoriza a realização ponderada e equitativa dos direitos fundamentais para um conjunto muito mais abrangente de situações dignas de tutela. Resguarda-se um amplo conjunto de situações jurídicas, a partir de uma metódica estruturada e aberta a valores, extirpando-se a província dos desprotegidos constitucionais, dos que apenas expectam, porque não cumpriram completamente as exigências de um processo de múltiplas etapas.

A Constituição, percebida diacronicamente, é essencialmente um compromisso intergeracional. É diploma normativo concebido para proteger direitos e interesses das atuais e futuras gerações. E suas cláusulas, por isso mesmo, devem ser interpretadas sob o prisma da sustentabilidade da própria comunidade intergeracional.<sup>41</sup>

Seria absurdo conceber a existência de ordens jurídicas indiferentes à sobrevivência do próprio homem e de si mesmas, vocacionadas apenas a valorizar uma “ética de proximidade” ou a convivência de contemporâneos, alheias à preservação da vida, da natureza e das próprias instituições constitucionais.<sup>42</sup> Normas constitucionais que tutelam a democracia, promovem a dignidade da pessoa humana, a cidadania, o desenvolvimento nacional não são dirigidas apenas aos contemporâneos e podem ser compreendidas à luz da *justiça intergeracional*. Em uma perspectiva abrangente, à luz da comunidade intertemporal, não pode ser qualificada de democrática uma decisão tomada hoje que não seja reversível democraticamente pelas futuras gerações. A política

<sup>40</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 384.

<sup>41</sup> Ver, por exemplo, STF, Tribunal Pleno. ADPF nº 101. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 24.6.2009. RTJ, 224-01, PP-00011.

<sup>42</sup> BIFULCO, Raffaele. *Diritto e generazioni future: problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*. Milano: FrancoAngeli, 2008. p. 69-70.



ultrapassa (ou deve ultrapassar) a dimensão de mero diálogo entre representantes e representados imediatos, para internalizar a consideração dos interesses das futuras gerações. Não se trata de leitura moral de textos constitucionais, mas de compreensão alargada de direitos e deveres constitucionais.<sup>43</sup>

Para usar uma metáfora proposta por Eduardo Giannetti, pode-se afirmar que o direito e as instituições públicas devem superar a *miopia temporal* (atribuição de valor demasiado ao que está perto de nós no tempo) sem recair na *hipermetropia temporal* (atribuição de um valor excessivo ao amanhã, em prejuízo das demandas e interesses correntes).<sup>44</sup> Essa moderação pode e deve ser realizada por normas e instituições públicas, inclusive pela justiça constitucional, a quem cumpre avaliar a razoabilidade das disposições de transição e o grau de frustração de expectativas legítimas.

## 2 Princípios do regime previdenciário – Proteção da confiança e proporcionalidade

### 2.1 Contributividade e equidade no financiamento da previdência

Encarecer a proteção da confiança não é sacar do coldre um princípio retórico. Previdência é essencialmente projeção do futuro e sua preparação paulatina através da transferência de parte da renda atual para assegurar uma reposição de renda no futuro. O direito à segurança social é o único direito fundamental exigente de contribuição individual específica. Há nele evidente caráter patrimonial, sendo cabível inclusive invocar o instituto da proibição do enriquecimento sem causa, quando desrespeitado o princípio constitucional da equidade no financiamento do custeio (CF/88, art. 194, V) e da contrapartida (CF/88, art. 195, §5º). O caráter contributivo do sistema previdenciário é hoje evidente, pois o critério para acesso à aposentadoria e pensão é o tempo de contribuição e não mais o tempo de serviço. O cálculo dos benefícios – salvo incapacidade ou regra de transição asseguradora de paridade – é a média das bases de contribuição.

<sup>43</sup> MODESTO, Paulo. Uma introdução à teoria da justiça intergeracional e o direito. *Revista Columistas de Direito do Estado*, n. 281, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/8n8TGg>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

<sup>44</sup> GIANNETTI, Eduardo. *O valor do amanhã: ensaio sobre a natureza dos juros*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 12-13.



É certo que o sistema previdenciário dos titulares de cargo efetivo, antes e depois das emendas constitucionais nºs 20/1998, 41/2003, 47/2005, 70/2012 e 88/2015, caracteriza-se ainda predominantemente pelo regime de financiamento baseado na repartição simples, acréscido de aportes orçamentários. Por esse modelo não há formação de uma poupança individual ou coletiva, pois os recursos apurados com a contribuição dos agentes ativos e a carga dos respectivos entes estatais são imediatamente transferidos para o pagamento dos benefícios atuais dos aposentados e pensionistas. O sistema funciona como uma complexa cadeia de financiamento, que enlaça gerações diferentes, segundo o princípio da solidariedade intergeracional. A atual geração em atividade financia os proventos da geração anterior e guarda a expectativa de ter os seus proventos financiados pelas futuras gerações. No regime de repartição simples há transferência de renda entre gerações e inescusável responsabilidade intergeracional.

Por isso, a todo rigor, no regime de repartição simples, os agentes públicos em atividade não contribuem para a própria aposentadoria ou para a correspondente pensão, mas para a solvabilidade do sistema previdenciário próprio. Nesse regime, a contribuição individual atual não mantém correlação imediata ou precisa com o correspondente benefício futuro e financia apenas o pagamento dos benefícios previdenciários atuais do sistema. A constatação desse vínculo intergeracional explicita a primeira grande dificuldade de reformar o regime previdenciário dos agentes públicos titulares de cargo efetivo. É necessário reformar a previdência própria sem perder de vista a garantia de alguma equidade entre gerações (equidade intergeracional), sem soluções simplistas e rupturas que atribuam a uma única geração o encargo de manter o sistema em funcionamento. Nesse contexto, reformar a previdência obrigatória dos titulares de cargo efetivo significa alterar um pacto de gerações e redistribuir benefícios e encargos entre gerações distintas, com equidade e proporcionalidade, sem soluções simples, binárias ou populistas.<sup>45</sup>

<sup>45</sup> "As culpas pelo déficit do sistema previdenciário são, na sua maior porção, invisíveis e diluídas ao longo do tempo. Não é fácil distribuí-las adequadamente, nem haveria grande proveito em fazê-lo. É certo que os servidores públicos, chamados a pagar a maior parcela da conta que não fechou, não são os responsáveis. São vítimas. O Estado, portanto, não deve ser indiferente nem arrogante em relação às suas legítimas expectativas. É preciso fazer uma transição civilizada, ainda que dura. Mas há uma dificuldade adicional, no Brasil, em qualquer debate que afete o status quo, vale dizer, as distribuições de poder e de riqueza na sociedade. Uma certa retórica vazia, demagógica, torna-se aliada da inércia, e tudo permanece como sempre foi, mantendo-se a apropriação privada do espaço público.

É próprio do regime de repartição simples constituir modelo de financiamento solidário, pois somente ele oferece garantia na inatividade a agentes que, em regime de capitalização individual, não conseguiriam acumular o suficiente para adquirir o direito a uma aposentadoria digna. Esse fato não significa, no entanto, ao contrário do que se difunde, que a lógica do sistema de repartição simples importe na geração de constantes desajustes. No regime de repartição simples, que desconhece contas ou reservas individuais, a solidariedade inerente ao regime permite que os participantes do sistema se beneficiem das contribuições dos que o integravam, mas que por qualquer motivo deixaram de nele se aposentar, ou faleceram antes de alcançar as condições de aposentadoria, sem assegurar a terceiros benefícios previdenciários, ou fizeram gozo de benefícios por pouco tempo. A solidariedade do sistema, no entanto, encontra limites. Não é equitativo admitir a repartição de sacrifícios excessivamente diferenciada, sem causa justificante, ou o enriquecimento sem causa do Estado com a simples invocação do princípio da solidariedade e do caráter não estritamente sinalagmático do sistema.

O regime de repartição rege-se pelo princípio da solidariedade (CF/88, art. 40, *caput*) e da equidade (CF/88, art. 194, V), mas dentro de uma mesma geração deve haver equidade no financiamento e contrapartida entre benefícios e encargos securitários (CF/88, art. 195, §5º).

Equidade no financiamento não é apenas proporcionalidade da contribuição por faixas salariais ou consideração especial da capacidade contributiva. É certo que significa, em uma primeira dimensão, equidade de cargas em face dos demais indivíduos em situação equivalente, mas em uma segunda dimensão pode ser percebido também em termos intertemporais ou intergeracionais. Na primeira dimensão, ninguém deve ser obrigado a ser mais solidário do que os demais integrantes do sistema em situação equivalente. Na segunda, no tocante à solidariedade intergeracional, uma geração não deve transferir para futuras gerações encargos desproporcionais ou assumir encargos desproporcionais em relação a gerações passadas. Tampouco pode desresponsabilizar-se em relações a gerações passadas ou futuras. O complexo equilíbrio dessa equação é dado pelas disposições transitórias.

---

A criação de um país decente, fundado em pressupostos igualitários, tem de enfrentar as seduções do populismo, escuto sob o qual se protege, pelos séculos afora, a classe dominante brasileira e seus aliados no estamento burocrático. Diante de qualquer ameaça aos seus privilégios, organizam-se bravamente e fazem discurso de esquerda. Assim é porque sempre foi" (BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. III. p. 549-550).

No regime de repartição simples da previdência específica dos titulares de cargo efetivo não é prevista a possibilidade de resgate de valores de contribuição individual por aquele que se desliga do cargo antes de completar o período de aquisição, nem direito a benefício proporcional diferido (*vesting*) ou autopatrocínio, bem como inexistência de possibilidade de transferência de valores depositados para outro plano de benefícios (portabilidade). As contribuições realizadas pelos agentes ativos financiam imediatamente o pagamento de proventos e benefícios dos que já se encontram aposentados ou são seus beneficiários, independentemente da incerteza sobre se algum benefício futuro será pago ao atual contribuinte do sistema, o valor nominal desse benefício ou a duração no gozo do eventual benefício. No sistema de repartição do setor público brasileiro, há imediata apropriação das contribuições individuais por parte do grupo social e eventual dispêndio com benefícios futuros dos atuais filiados ao sistema. De qualquer modo, a variável crucial para a solvabilidade de qualquer regime de repartição simples é que a taxa de crescimento de sua base de filiados ativos, ou de sua base de financiamento, seja mantida equilibrada em relação à taxa de crescimento de seus beneficiários ou da despesa requerida pelos respectivos benefícios. Se a taxa de crescimento da base for mantida constante, não há desequilíbrio; caso contrário, o desequilíbrio será crescente. O que os economistas afirmam é que a base de filiados ativos é hoje decrescente e permanecerá decrescente, causando grave desequilíbrio, o que imporia nova calibração nas regras do sistema.

O que se oculta do debate é que, além do componente demográfico e da situação de crise no mercado de trabalho, a base de financiamento dos regimes de previdência social tem sido reduzida nos últimos anos também por decisões unilaterais do próprio Poder Público. Não trato aqui do gravíssimo problema da substituição da base de cálculo da contribuição previdenciária patronal (chamada impropriamente de desoneração), que retirou centenas de bilhões de reais dos cofres da União desde 2011.<sup>46</sup> Não trato da incorporação inconstitucional de

<sup>46</sup> A denominada “desoneração” no Programa “Brasil Maior” (Governo Dilma) não significou a liberação ou isenção do pagamento da contribuição patronal, mas uma redução brutal dos valores a recolher, pois as contribuições deixaram de incidir sobre a folha salarial para incidir sobre a receita bruta das empresas, com redução da alíquota de 20% para 2% ou 1%, conforme a atividade. Essa renúncia fiscal foi intensificada a partir de 2011, mediante a edição da Medida Provisória nº 540, de 2.8.2011, convertida na Lei nº 12.546, de 14.12.2011, e ampliada por alterações posteriores (Lei nº 12.715/2012, Lei nº 12.794/2013 e Lei nº 12.844/2013). Na prática, deu-se a criação de um novo tributo, a Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB) e aplicação de uma alíquota *ad valorem* de 1%

grande contingente de empregados originalmente filiados ao regime geral para o regime previdenciário próprio dos titulares de cargo público durante o Governo Collor, seguido de abrangentes pareceres internos da administração e comportamento semelhante em vários estados.<sup>47</sup> Esses temas já foram bastante explorados na literatura crítica

---

ou 2%, a depender da atividade, do setor econômico e do produto fabricado, sobre a receita bruta mensal. Posteriormente, em 2015, a Lei nº 13.161/2015 alterou alíquotas e autorizou a “desoneração facultativa”, assegurando às empresas a possibilidade de escolher a melhor base de cálculo para a incidência da contribuição (sobre a folha de pagamento ou sobre a receita bruta). Centenas de bilhões de reais deixaram de ser recolhidos pelo Governo Federal ano após ano, tendo o Tesouro a partir de dezembro de 2012 iniciado a compensação do RGPS, ampliando o gasto primário. Os valores de renúncia fiscal, segundo estudo da ANFIP, que incluem as contribuições previdenciárias e outras, apenas em 2015 totalizaram o montante de 4,9% do PIB ou R\$282,4 bilhões, “quantia maior do que a soma de tudo o que foi gasto, na esfera federal, com Saúde (R\$93 bilhões), Educação (R\$93,9 bilhões), Assistência Social (R\$71 bilhões), Transporte (R\$13,8 bilhões) e Ciência e Tecnologia (R\$6,1 bilhões)” (PUTY, Claudio Alberto Castelo Branco; GENTIL, Denise Lobato (Org.). *A Previdência Social em 2060: as inconsistências do modelo de projeção atuarial do governo brasileiro*. Brasília: Anfip/Dieese; Plataforma Política Social, 2017. p. 48. Disponível em: <[http://plataformapoliticassocial.com.br/wp-content/uploads/2017/03/Doc-3\\_final-redes.pdf](http://plataformapoliticassocial.com.br/wp-content/uploads/2017/03/Doc-3_final-redes.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2017).

<sup>47</sup> Na Administração federal, em virtude do Parecer GM nº 30, de 4.4.2002, publicado no *DOU* (n. 65, de 3.4.2003), do advogado-geral da União, aprovado pelo presidente da República e *dotado de força vinculante para a Administração Federal*, estão incluídos no regime previdenciário específico dos titulares de cargos públicos não apenas os servidores efetivos, mas também os servidores que não ingressaram por concurso público, estabilizados pela disposição transitória do art. 19 do ADCT, bem como todos os demais servidores não efetivos, transferidos do regime de emprego para o regime de cargo pela lei instituidora do regime jurídico único na União (Lei nº 8.112/1990). Segundo o parecer, estão excluídos do regime próprio unicamente os servidores indicados no art. 40, §13, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998, isto é, o “servidor, ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação, bem como de outro cargo temporário ou emprego público”. O parecer, que resolveu conflito de interpretação entre o Ministério da Previdência e o Ministério do Planejamento, recebeu a seguinte ementa: “Direito Previdenciário. Regime próprio de previdência social. Servidores Públicos. Vinculação de servidores beneficiados pela estabilidade especial conferida pela Constituição de 1988 ao regime próprio de previdência social. Vinculação que independe da condição de efetividade. Conflito de competência e de interpretação entre o Ministério de Assistência e Previdência Social e o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão”. Guardo reservas em relação às conclusões do parecer. Na prática, o entendimento adotado esvaziou completamente a utilidade do disposto no §1º, do art. 19, do ADCT, que reza: “O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação”. A aprovação do parecer, por igual, consolidou no tempo os efeitos do inconstitucional art. 243 da Lei nº 8.112/90, que converteu unilateralmente todos os ocupantes de emprego da administração centralizada e autárquica em titulares de cargos públicos na data da promulgação da Lei nº 8.112/90, independentemente do campo próprio de aplicação do art. 19 do ADCT. Registro o fato e a divergência, com o máximo respeito, impressionado que o parecer vinculante tenha passado sem registro até aqui na doutrina jurídica especializada e entre economistas que estudam o funcionamento do regime próprio de previdência social. Sobre a inconstitucionalidade do art. 243, *caput*, da Lei nº 8.112/1990, conferir, por todos, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo:

até aqui produzida. Destaco algo mais duradouro e estrutural, que tem passado despercebido. Recordo que a EC nº 41/2004, explorando trilha aberta pela EC nº 20/1998, facilitou a instituição de planos de previdência complementar dos servidores públicos efetivos, que permitem ao Poder Público conter no valor do teto de benefícios do regime geral da previdência (R\$5.645,80, limite atualizado em janeiro 2018) o valor da aposentadoria dos novos titulares de cargo efetivo, da nova geração de servidores, que ingressou no serviço público após a instituição dos planos de previdência complementar.

Esses planos já foram instituídos na União Federal (Lei nº 12.618, de 30.4.2012 – Funpresp-EXE, Funpresp-LEG, Funpresp-JUD) e em diversos estados da Federação, a saber:

1. São Paulo (Lei nº 14.653, 23.12.2011 – SP-Prevcom)
2. Rio de Janeiro (Lei nº 6.243, de 21.5.2012 – RJPREV)
3. Espírito Santo (LC nº 711, de 2.9.2013 – Preves)
4. Rondônia (Lei nº 3.270, de 5.12.2013 – PREVRO)
5. Pernambuco (LC nº 258, de 13.12.2013 – Funaprev)
6. Minas Gerais (LC nº 132, de 7.1.2014 – Prevcom-MG)
7. Bahia (Lei nº 13.222, de 12.1.2015 – Prevbahia)
8. Rio Grande do Sul (LC nº 14.750, de 15.10.2015 – RS-PREV)
9. Santa Catarina (LC nº 661, de 2.12.2015 – SCPREV)
10. Goiás (Lei nº 19.179, de 29.12.2015 – Prevcom-GO)

Há também a lei aprovada para o estado do Ceará (LC nº 123, de 16.9.2013), mas sem plano instituído até o momento. O município de São Paulo também debate projeto de instituição da previdência complementar municipal, projeto apresentado pelo atual gestor, João Dória, depois de duas tentativas frustradas de aprovação do mesmo projeto na gestão do Ex-Prefeito Fernando Haddad.

Somente na União, estudos informam que 186.512 servidores públicos efetivos federais ingressaram entre 1º.1.2004 até 31.12.2011 e são candidatos diretos a compor a base do plano de previdência complementar instituído, pois não gozam da garantia da integralidade e paridade na fixação dos proventos de inatividade. E os números estão defasados e subestimados.

---

Malheiros, 2016. p. 261; 276. Saliento, porém, que a questão não tem contornos unicamente acadêmicos. Em agosto de 2003, o procurador-geral da República ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal a ADIn nº 2.968-1-DF, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, cujo pedido é exatamente a declaração de inconstitucionalidade do art. 243, *caput*, da Lei nº 8.112/1990. O processo aguarda julgamento até hoje.

Há nesse movimento de instituição dos planos de previdência complementar para os titulares de cargo público uma ruptura do regime de financiamento solidário e das bases vigentes do regime de repartição simples. Onde foram instituídos os planos de previdência complementar os servidores novos deixaram de contribuir com alíquotas incidentes sobre a totalidade da respectiva remuneração e passaram a contribuir para os respectivos regimes próprios tendo a alíquota da contribuição aplicada sobre o valor limite fixado como teto de benefícios do regime geral da previdência social. O que deixa de ser arrecadado com os novos servidores agrava o desequilíbrio dos regimes próprios e deixa sem financiamento equivalente os benefícios da geração anterior, sem que essa diferença seja reconhecida ou compensada pelo Poder Público ou mesmo calculada. O Poder Público – adiante – terá reduzido o valor da despesa com a aposentadoria dos seus agentes, mas enquanto o momento de jubilação não ocorre, o regime próprio sofre agravamento contínuo de seu financiamento.

Em termos exemplificativos, para dar número e visibilidade a essa transformação silenciosa das bases de financiamento do regime próprio, pondere-se a seguinte situação: servidor efetivo que percebe o teto de retribuição (R\$33.763,00) contribuirá para o RPPS pela aplicação de alíquota de 11% (como regra) incidente sobre a totalidade da retribuição, o que importará em R\$3.713,93 mensais. Se receber em atividade a mesma retribuição, mas for vinculado ao plano de previdência complementar dos servidores, contribuirá para o RPPS no montante de 11% sobre R\$5.645,80, referência equivalente ao atual teto de benefícios do INSS, totalizando contribuição mensal de R\$621,038. A diferença mensal apurada será de R\$3.092,89, que deixará de financiar os proventos da geração anterior. Além disso, quando este mesmo agente efetivo requerer a inatividade, por estar limitado ao teto do RGPS, não contribuirá para o RPPS, o que ocorreria caso mantivesse vínculo exclusivo com o regime próprio, embora na inatividade a contribuição incida sobre os valores que excedem ao teto de benefícios do INSS (R\$28.117,20), o que se traduziria em contribuição de inatividade para o RPPS equivalente a R\$3.092,89. Portanto, seja na atividade, seja na inatividade, o servidor público que perceba mais do que R\$5.645,80, ao aderir ao plano de previdência complementar, automaticamente estará em alguma medida a romper a cadeia de financiamento solidário inerente ao regime próprio instituído desde 1993 na União, com a EC nº 3, de 17.3.1993.

Trata-se de uma alteração estrutural no modo de financiamento do regime próprio decorrente de decisões políticas do Poder Público que desfalcam de recursos os regimes próprios – sem nexos com

riscos demográficos – e afetam a sua sustentabilidade pelo estoque de aposentadorias já concedidas e de benefícios futuros a serem concedidos. Trata-se de desequilíbrio que não é correto deixar de contabilizar para o Poder Público e simplesmente contabilizar como déficit do sistema, sobrecarregando de responsabilidades os servidores vinculados. Trata-se do efeito da transição ou custo de transição de um regime de previdência exclusivamente fundado na repartição simples para um regime de dois pilares, sendo o segundo pilar representado pelo regime de capitalização, com contas individualizadas, mantidas pelos segurados nos planos de previdência complementar ofertados pelo Poder Público.

Segundo Flavio Martins Rodrigues:

a maior dificuldade da passagem do regime de repartição para o regime de capitalização está no custo da transição, pois pode significar que uma determinada geração pague duas vezes pelo regime previdenciário: uma vez por força do custeio dos benefícios devidos à geração já aposentada e uma segunda vez para a acumulação com vistas a seu próprio benefício futuro.<sup>48</sup>

Já advertia para esse risco desde 2004:<sup>49</sup>

Nos termos da EC 41/2003 os novos ocupantes de cargo efetivo, bem como os titulares de cargo efetivo empossados antes da Emenda que optarem pelo novo regime permanente de aposentadoria, deixarão de contribuir para o regime de repartição simples sobre os valores de remuneração que excedam aos limites do RGPS. Trata-se de uma ruptura no regime de *solidariedade intergeracional* que fundamenta o sistema vigente, o que sujeitará os atuais ocupantes de cargo público a responderem por alíquotas de contribuição maiores e a benefícios menores em futuro não

<sup>48</sup> RODRIGUES, Flavio Martins. *Fundos de pensão dos servidores públicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 12. É equivocado também atribuir ao regime de repartição simples o papel de redistribuidor regressivo de renda. Como bem assinalam estudiosos da matéria, “Não deve prosperar a pecha imposta ao regime de repartição simples de que ele, inevitavelmente, ensejará redistribuição regressiva de renda, em prol de determinado grupo. Na verdade, não é necessariamente o instrumento de financiamento que vai determinar a regressividade ou não do sistema, mas sim, as variáveis do modelo. No caso de um sistema de capitalização, por exemplo, é possível, por meio de isenções ou subsídios para beneficiar um grupo em detrimento de outro, ensejar uma redistribuição às avessas” (FIGUEIREDO, Carlos Mauricio *et al.* *Previdência própria dos municípios: gestão, desafios e perspectivas*. Recife: Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, 2002. p. 24).

<sup>49</sup> MODESTO, Paulo. Regime da Previdência e regime jurídico da aposentadoria dos titulares de cargo público. In: MODESTO, Paulo (Org.). *Reforma da Previdência: análise e crítica da Emenda Constitucional n. 41/2003*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 104-105.



muito distante. A dualidade de regimes permitirá, inclusive, eventual *competição* entre regimes de financiamento, com adoção de alíquotas menores no regime de capitalização e maiores no regime de repartição simples como instrumento de estímulo à migração de financiadores de um para outro regime. *A EC 41/2003 não estabeleceu alíquota mínima de contribuição no regime de capitalização, de natureza complementar, diversamente do que estabeleceu para o regime de repartição simples próprio dos titulares de cargo efetivos no âmbito da Federação.*

A exigência de equidade no financiamento do custeio e de contrapartida convoca abertamente o princípio da proporcionalidade e impõe, nesse contexto, um tratamento diferenciado nas regras de transição para todos os servidores dos regimes previdenciários próprios anteriores à instituição dos planos de previdência complementar, colhidos pelas modificações estruturais do regime de financiamento do sistema próprio, sendo discriminatório e violador do princípio da proteção da confiança e da proporcionalidade a equiparação da situação jurídica desse grupo àquela dos novos entrantes do regime próprio, pelo singelo critério de se encontrarem abaixo de determinada faixa etária. Esse tratamento diferencial deve considerar as contribuições feitas em seu valor relativo (proporcional ou referenciado em face do total contributivo exigido quando de seu recolhimento) e ainda analisar formas de transição também quanto à pensão, pois se esses agentes forem enquadrados em regra de limitação do valor da pensão de aplicação imediata, serão igualmente induzidos a migrar em massa para os planos de previdência complementar, pois os aderentes desses planos estarão cobertos contra a redução do valor da pensão no tocante ao montante que exceda ao teto de benefícios do INSS.

## 2.2 Duas sucessões normativas, duas necessárias transições

Carmelo Mesa-Lago<sup>50</sup> classifica as reformas previdenciárias em dois tipos:

- a) reformas não estruturais ou paramétricas;
- b) reformas estruturais.

<sup>50</sup> MESA-LAGO, Carmelo. A reforma estrutural dos benefícios de seguridade social na América Latina: modelos, características, resultados e lições. Tradução de Carmen Cacciaccaro. In: COELHO, Vera Schattan P. (Org.). *A Reforma da Previdência na América Latina*. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 229.



As reformas estruturais são aquelas que “modificam radicalmente o sistema público, seja substituindo-o completamente por um sistema privado, seja introduzindo um componente privado como complemento ao público, seja criando um sistema privado que concorra com o público”.<sup>51</sup>

As reformas paramétricas são aquelas que apenas incrementam a idade de aposentadoria ou atualizam as condições de elegibilidade dos benefícios ou sua forma de cálculo. Cuidam de atualizar o sistema público, de repartição simples e benefício definido, visando ao seu fortalecimento no longo prazo, sem incrementar o sistema privado, de capitalização individual, adesão voluntária e contribuição definida e benefício não definido.

A classificação é tecnicamente correta, porém é estática. Talvez não seja equívoco considerar que, por força de sucessivas emendas constitucionais no sistema público de previdência social, reformas paramétricas podem adquirir um efeito de ruptura, por acumulação. É que penso encontra-se em vias de ocorrer no Brasil.

A Emenda nº 20/98 permitiu como faculdade a instituição de regimes fechados de previdência complementar pelas unidades da federação para os titulares de cargo efetivo, planos sob gestão de entidade constituídas pela Administração Pública, tendo o efeito prático imediato de promover a equiparação do valor limite de benefícios do RPPS ao teto de benefícios do RGPS para todos os novos entrantes. Mas a efetiva implantação dependia da publicação de lei complementar federal, cujo projeto foi apresentado em março de 1999 (PLP nº 9/99), mas nunca foi votado. A EC nº 41/03 afastou a necessidade de lei complementar federal, ficando a cargo de cada ente federativo, por lei ordinária de iniciativa do respectivo Poder Executivo, instituir o regime de previdência complementar, que permaneceu facultativa. Somente então, como vimos, diversos regimes fechados de previdência complementar foram instituídos. Na nova proposta de emenda constitucional da previdência (EC nº 287/2016), cessa a facultatividade, sendo imposta – ao arrepio da autonomia federativa – a todos os entes da federação a instituição de regimes fechados, de gestão própria ou a partir da adesão a planos multipatrocinados.

<sup>51</sup> MESA-LAGO, Carmelo. A reforma estrutural dos benefícios de seguridade social na América Latina: modelos, características, resultados e lições. Tradução de Carmen Cacciaccaro. In: COELHO, Vera Schattan P. (Org.). *A Reforma da Previdência na América Latina*. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 229.

Ao lado disso, promove-se a flexibilização do direito ao abono de permanência, amplia-se a quebra do direito à aposentadoria integral e paritária para um maior segmento dos servidores ativos, incrementa-se o percentual de perda do valor da pensão por morte e proíbe-se o acúmulo de aposentadoria e pensão: todas medidas que incentivam fortemente a migração em massa dos atuais servidores ativos para os plenos de previdência complementar, com vistas a reduzir o efeito dessas medidas restritivas à faixa contida no valor do limite teto do RGPS. Algumas dessas alterações supostamente “paramétricas” reforçam a transformação estrutural do sistema previdenciário, acelerando a migração de agentes do regime de repartição simples público para um regime misto, em parte público e solidário e em parte de adesão facultativa para o beneficiário, de capitalização, caráter privado e contribuição definida.<sup>52</sup>

As considerações anteriores devem servir de advertência para a necessidade de distinguir, diante do caráter estrutural da presente reforma, seja percebida de forma isolada ou em conjunto com as emendas anteriores, dois conjuntos de normas de transição:

- a) normas de transição referentes a situações jurídicas subjetivas;
- b) normas de transição referentes a alterações objetivas do regime de previdência.

As normas de transição atinentes a situações jurídico-subjetivas, ou simplesmente normas de transição jurídico-subjetivas, que podem ser formais ou materiais, devem definir a norma aplicável ou estabelecer norma provisória especial para cobrir a situação subjetiva dos indivíduos com vínculo em trânsito entre a vigência da norma anterior e a vigência da nova norma mais gravosa.

As normas de transição referentes às alterações objetivas, ou normas de transição jurídico-institucionais, promovem a alteração progressiva de normas permanentes (em intervalos temporais) e tratar das repercussões das novas regras no funcionamento e organização do sistema, realizando uma ponte entre o direito objetivo anterior e posterior. No caso das reformas previdenciárias é frequente que

---

<sup>52</sup> Não desconheço que o impacto dessa transformação será desigual na Federação. Nos municípios será quase nula, pois a baixa remuneração média da maioria dos municípios inviabiliza, na prática, a instituição da previdência complementar ou não significará qualquer redução significativa da base de contribuições do regime próprio municipal (se ele existir). Reconheci essa diferença prática no prefácio que escrevi para o livro resultante da tese de doutoramento de Marcos Nóbrega, publicada em 2006, com ampla análise sobre esse aspecto da previdência dos agentes públicos após EC nº 41/2003. Cf. NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. *Previdência dos servidores públicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

seja disciplinado o agravamento em escalas no tempo de exigências ou condições de elegibilidade de benefícios e a disciplina dos efeitos sistêmicos das novas normas no financiamento e cobertura de direitos assegurados e em via de extinção no novo regime.

As normas de transição jurídico-subjetivas têm recebido atenção e suscitado polêmica; as normas de transição jurídico-institucionais permanecem ausentes do debate nacional.

As normas de transição jurídico-subjetivas cuidam de disciplinar a situação de grupos de servidores, esclarecendo o regime jurídico aplicável para cada situação individual; as normas de transição objetivas devem zelar pelas regras de compensação entre regimes, o antigo e o novo, contabilização de passivos, e outros aspectos institucionais de relevância.

Essas noções e os conceitos operacionais servirão de parâmetros para a análise e uma primeira avaliação das medidas contempladas na Proposta de Emenda Constitucional nº 287/2016. É o que se propõe fazer a seguir.

### 3 Análise crítica das disposições transitórias na PEC nº 287/2016

#### 3.1 Principais disposições transitórias da PEC nº 287/2016

##### 3.1.1 Principais variáveis

O núcleo de reformas previdenciárias do regime próprio dos titulares de cargo público, quanto à situação jurídica dos participantes, é sempre a calibragem de duas variáveis:

- a) condições de elegibilidade dos benefícios (idade mínima, tempo de contribuição, valor da contribuição, entre outros);
- b) regime de fruição dos benefícios (valor do benefício, tempo do benefício, extinção do benefício).

Ao lado disso, são também editadas regras para assegurar outras fontes de financiamento adicionais à contribuição dos participantes, a compensação entre regimes ou sistemas previdenciários e a forma de administração e regulação do sistema.

As regras de transição dizem respeito sempre a algumas variáveis. É interessante avaliar ao menos o critério reitor que norteou a concepção das regras principais. Não é possível avaliar todas, mas apenas talvez aquelas que dizem mais de perto com alterações relevantes da proposta.

### 3.1.2 Idade mínima

A PEC nº 287/2016 previa como regra permanente para a aposentadoria voluntária a idade mínima de 65 (sessenta e cinco) anos, com 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, tanto para homens quanto para mulheres, desde que cumprido tempo mínimo de 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público e 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, tendo como benefício máximo o limite do RGPS (R\$5.645,80). Posteriormente, depois de muitas alterações e debates, o substitutivo apresentado com o Parecer da Comissão Especial PEC nº 287/16, em avulso e no DCD de 11.5.2017, p. 551, col. 1, letra D, reduziu a idade mínima das mulheres em três anos.

Atualmente, no regime próprio de previdência social dos titulares de cargo público civil vigente, a regra permanente estabelece 60 (sessenta) anos para homens ou 55 (cinquenta) anos de idade para mulheres, para proventos integrais, ou 65 (sessenta e cinco) anos para homens e 60 (sessenta) anos para mulheres, para aquisição do direito à aposentadoria com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. De qualquer sorte, além da idade, exige-se, nos dois casos, 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria. Exige-se também 35 anos de contribuição, para o homem, e 30 anos de *contribuição* para mulheres, para viabilizar a aposentadoria integral.

(continua)

<b>Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) – Titulares de cargo efetivo civil</b>	
<b>Regra permanente – art. 40, §1º, CF</b>	<b>Regra permanente da PEC nº 287/2016</b>
<p>Aposentadoria voluntária:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– 35 anos contribuição, homem; 30 anos contribuição, mulher.</li> <li>– 10 anos de efetivo exercício, 5 anos cargo.</li> <li>– 60 anos, homem; 55 anos, mulher.</li> <li>– Forma de cálculo: aplicação da média aritmética simples das 80% maiores remunerações/bases de contribuição a partir de julho/1994.</li> <li>– Teto do benefício: limitado ao valor da remuneração do último cargo efetivo.</li> <li>– Redução de 5 anos idade mínima e tempo de contribuição para professor(a) que comprove exclusivo tempo em ensino infantil, fundamental e médio (art. 40, §5º).</li> </ul>	<p>Aposentadoria voluntária:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– 25 anos de contribuição.</li> <li>– 10 anos de efetivo serviço, 5 anos cargo.</li> <li>– 65 anos de idade, homem; 62 anos, mulher.</li> <li>– Forma de cálculo: correspondente a 51% da média das remunerações/bases de contribuição, acrescido de 1 (um) ponto percentual para cada ano de contribuição, até o limite de 100% (ex.: 51% + 25 anos = 76%).</li> <li>– Teto do benefício: limite do RGPS – R\$5.645,80 (valor atual).</li> </ul>

(conclusão)

<b>Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) – Titulares de cargo efetivo civil</b>	
<b>Regra permanente – art. 40, §1º, CF</b>	<b>Regra permanente da PEC nº 287/2016</b>
<p>Aposentadoria proporcional:                      – 10 anos de efetivo exercício, 5 anos cargo.                      – 65 anos, homem; 60 anos, mulher.                      – Forma de cálculo: proventos proporcionais ao tempo de contribuição calculados com base na média aritmética simples das 80% maiores remunerações/bases de contribuição a partir de julho/1994.</p>	<p>Revogado.</p>

No entanto, também no regime próprio dos agentes civis, atualmente ao lado da regra permanente existem normas gerais de caráter transitório, provenientes das emendas constitucionais nºs 41 e 47, ensejando a divisão dos agentes em diversos grupos distintos. Nesse conjunto não considerarei a situação dos agentes que adquiriram o direito à aposentadoria antes da EC nº 20/1998 ou da EC nº 41/2003. Para facilitar a compreensão, esquematizarei a situação dos servidores civis da União, a partir dos seguintes marcos temporais:

- a) data da promulgação da EC nº 20/1998 (15.12.1998);
- b) data da promulgação da EC nº 41/2003 (19.12.2003);
- c) data da promulgação da EC nº 47/2005 (05.07.2005);
- d) data da publicação da Lei nº 12.618, de 30.4.2012, que criou três planos de previdência complementar, aqui simplificados pela sigla RPC.

Assim, teremos o seguinte quadro geral para as aposentadorias civis no RPPS da União:

- 1) Ingressantes antes da EC nº 20/1998 (antes de 16.12.1998):
  - Aposentadoria antecipada com redução no valor do provento e sem direito à integralidade e paridade (art. 2º, EC nº 41/2003)
    - homens: idade mínima: 53 anos; 5 anos no cargo; 35 anos de contribuição; período adicional de contribuição (pedágio) equivalente a, no mínimo, 20% do tempo que, em 16.12.1998, faltava para atingir o tempo de contribuição estabelecido nessa regra de transição; 5% de redução do valor do provento para cada ano antecipado em relação à regra permanente do art. 40 (redução máxima atual: 35%);

- mulheres: idade mínima: 48 anos; 5 anos no cargo; 30 anos de contribuição; período adicional de contribuição (pedágio) equivalente a, no mínimo, 20% do tempo que, em 16.12.1998, faltava para atingir o tempo de contribuição estabelecido nesta regra de transição; 5% de redução do valor do provento por cada ano antecipado em relação à regra permanente do art. 40 (redução máxima atual: 35%);
- situação especial: acréscimo de 17% no tempo efetivo anterior para fins de cálculo do pedágio para magistrado, membro do Ministério Público, do Tribunal de Contas, ou professor, e 20%, se professora, nesses últimos dois casos desde que servidor se aposente exclusivamente com o tempo de efetivo exercício de magistério;
- forma de cálculo: aplicação da média aritmética simples das 80% maiores remunerações/bases de contribuição a partir de julho/1994.
- Aposentadoria com idade mínima móvel, direito à integralidade e à paridade (art. 3º, EC nº 47/2005)
  - homens: idade mínima: 60 anos, com possibilidade de redução de um ano inteiro para cada ano que exceda o tempo mínimo de contribuição estabelecido nessa regra de transição; 25 anos de efetivo serviço público; 15 anos de carreira; 5 anos no cargo; idade mínima resultante de redução, relativamente aos limites do art. 40, §1º, inc. III, “a”, da CF, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceda a condição mínima exigida nesta hipótese (*vide* art. 3º, EC nº 47/2005);
  - mulheres: idade mínima: 55 anos, com possibilidade de redução de um ano inteiro para cada ano que exceda o tempo mínimo de contribuição estabelecido nessa regra de transição; 5 anos no cargo; 30 anos de contribuição; período adicional de contribuição (pedágio) equivalente a, no mínimo, 20% do tempo que, em 16.12.1998, faltava para atingir o tempo de contribuição estabelecido nesta regra de transição; 5% de redução do valor do provento para cada ano antecipado em relação à regra permanente do art. 40 (redução máxima atual: 35%);
  - situação especial: acréscimo de 17% no tempo efetivo anterior para fins de cálculo do pedágio para magistrado, membro do Ministério Público, do Tribunal de Contas, ou professor, e 20%, se professora, nesses últimos dois

casos desde que servidor se aposente exclusivamente com o tempo de efetivo exercício de magistério.

2) Ingressantes antes da EC nº 41/03, mas após EC nº 20/1998 (art. 6º, EC nº 41/2003):

- Aposentadoria integral e com direito à paridade
  - idade mínima: 60 anos, homem; 55 anos, mulher; 35 de contribuição, homem; 30 anos de contribuição, mulher; 20 anos de efetivo serviço público; 10 anos de carreira; 5 anos no cargo.

3) Ingressantes após a EC nº 41/03 e antes da instituição do regime de previdência complementar, que não manifestaram opção por ingressar no regime complementar:

- Aposentadoria calculada sobre as médias das bases de contribuição; 60 anos, homem; 55 anos, mulher; 35 anos contribuição, homem; 30 anos contribuição, mulher; 10 anos de efetivo exercício, 5 anos cargo
  - forma de cálculo: aplicação da média aritmética simples das 80% maiores remunerações/bases de contribuição a partir de julho/1994, não sujeita ao limite de benefícios do RGPS.

4) Ingressantes após a EC nº 41/03, após a instituição do regime de previdência complementar ou que manifestaram opção por ingressar no regime de previdência complementar:

- Aposentadoria calculada sobre as médias das bases de contribuição; 60 anos, homem; 55 anos, mulher; 35 anos contribuição, homem; 30 anos contribuição, mulher; 10 anos de efetivo exercício, 5 anos cargo
  - forma de cálculo: aplicação da média aritmética simples das 80% maiores remunerações/bases de contribuição a partir de julho/1994, limitada ao valor do teto de benefícios do RGPS.

Outras situações de transição poderiam ser registradas, porém algumas perderam vigência (*v.g.* o art. 8º, da EC nº 20/1998 foi revogado pela EC nº 41/2003 e seu conteúdo transposto, com várias alterações, para o art. 2º da EC nº 41) e outras são muito específicas, comprometendo a economia do texto (*v.g.* acréscimo do art. 6-A na EC nº 41/2003 pela EC nº 70/2012, alterando a forma de cálculo dos servidores aposentados por invalidez ou que venham a se aposentar por invalidez, consoante os marcos temporais da emenda).

O que preocupa é a falta de técnica do legislador reformador, que altera e suprime regras de transição através de novas regras de



transição posteriores, ou adiciona retroativamente regras de transição no texto de emendas anteriores, rompendo sem cerimônia com garantias mínimas de previsibilidade do direito positivo, elemento inerente à segurança jurídica, especialmente relevante no direito transitório. As disposições transitórias – como normas excepcionais e provisórias – cumprem o papel de pacificar e conciliar expectativas em sucessões normativas, assentando em marcos temporais precisos o planejamento de indivíduos, agentes públicos e econômicos. Se não há certeza sobre a vigência no tempo de normas constitucionais transitórias, como é possível projetar o futuro? Por isso, caracteriza forma qualificada de deslealdade normativa a alteração retroativa (aditiva, modificativa ou revogadora) ou retrospectiva (sobretudo em relações de longa duração) de norma constitucional transitória.

Na nova Proposta de Emenda Constitucional nº 287/2016, a deslealdade normativa foi novamente praticada e de modo agravado. Os agentes públicos que ingressaram antes de 16.12.1998 e, por isso, atualmente estão resguardados pelas disposições transitórias dos arts. 2º e 6º, da Emenda nº 41/2003, e art. 3º, da Emenda Constitucional nº 47/2005, seriam – pela proposta original – divididos em dois grupos radicalmente distintos: a) grupo com 50 anos completos, homem, e 45 anos completos, mulher, na data da promulgação da emenda; b) grupo de indivíduos que, embora tenham ingressado antes da EC nº 20/1998, há vinte anos, não atendem ao requisito etário de corte de 50 anos, homem, ou 45 anos, mulher, na data da promulgação da nova emenda. Todas as normas transitórias anteriores são revogadas expressamente (*vide* art. 23 da PEC nº 287, que revoga os arts. 9º e 15, da EC nº 20/1998, os arts. 2º, 6º e 6º-A, da EC nº 41/2003 e o art. 3º, da EC nº 47/2005).

Para o primeiro grupo uma nova norma transitória era prevista, com requisitos semelhantes aos previstos no art. 6º, da Emenda Constitucional nº 41/2003 e do art. 3º, da Emenda Constitucional nº 47/2005, acrescido de nova exigência: período adicional de contribuição de 50% (cinquenta por cento) do tempo que, na data de promulgação da nova emenda, faltaria para atingir os limites de tempo de contribuição atualmente estabelecidos nas normas de transição do art. 6º, da EC nº 41/2003 e do art. 3º, da EC nº 47, isto é, 35 anos de contribuição para homem, ou 30 anos de contribuição, para as mulheres, assegurado para este primeiro grupo o direito à integralidade e paridade (art. 2º, *caput* e incisos, da PEC nº 287/2016). É também assegurado aos servidores que ingressaram em cargo efetivo antes da EC nº 20/1998, desde que tenha acontecido até 16.12.1998, a possibilidade de redução da idade mínima estabelecida na nova regra de transição (60 anos, homem; 55



anos, mulher) em um dia de idade para cada dia de contribuição que exceda o tempo mínimo de contribuição exigido (35 anos, homem; 30 anos, mulher) (art. 2º, §1º, da PEC nº 287/2016). É dizer: altera-se situação transitória de implementação iniciada ou em curso com nova exigência, ampliando a carreira contributiva e, com isso, ressignificando o tempo de contribuição anterior, em moldura normativa que revoga as disposições transitórias anteriores.

Mas o segundo grupo de agentes públicos em situação de transição sofreria ainda maior quebra de expectativas: mesmo tendo ingressado há mais de vinte anos atrás, confiado em normas de transição da EC nº 20/1998, EC nº 41/2003, EC nº 47/2005, por não atender ao *novo critério etário* seria praticamente equiparado aos novos entrantes do sistema previdenciário dos titulares de cargo efetivos, isto é, tem todas as situações transitórias anteriores desconsideradas, salvo a não sujeição, no cálculo do benefício, ao valor-teto do regime geral de previdência social, na hipótese de ter ingressado em cargo efetivo antes da EC nº 41/2003 ou antes da instituição do correspondente regime de previdência complementar e não ter feito a opção por este último regime (art. 3º, *caput* e §1º, da PEC nº 287). Aqui a ruptura com o passado é frontal e radical, pois esses agentes, em alguns casos, poderiam ser obrigados a ampliar a carreira contributiva em percentual muito superior ao percentual de 50% de aumento do tempo contributivo faltante, previsto na própria PEC nº 287. É fácil demonstrar.

Figure-se o exemplo de duas mulheres nascidas no mesmo dia, mas em anos diferentes, que coincidentemente tenham ingressado na magistratura federal no mesmo concurso e tomado posse no dia 15.12.1992, sem tempo contributivo anterior ao ingresso no serviço público. A primeira magistrada, que podemos chamar de Joana, na data da posse, possuía 20 anos (nascimento em 14.12.1972). A segunda magistrada, que designaremos por Maria, na mesma data possuía 19 anos de idade (nascimento em 14.12.1973). Em 15.12.1998, data da promulgação da EC nº 20, as duas contavam 6 anos de tempo de serviço público (2.190 dias), mas receberam o acréscimo de 17% do tempo previamente computado, conforme previsto no art. 8º, §3º, da EC nº 20, acrescendo 372,3 dias ao tempo anterior, convertido em tempo de contribuição (total: 2562,3 dias). Se a PEC nº 287 – na sua redação original – fosse aprovada e promulgada como emenda constitucional em 15.12.2017, a situação de ambas seria a seguinte: Joana contaria 45 anos de idade e 9.497,3 dias de tempo de contribuição (26,02 anos); Maria contaria 44 anos de idade e os mesmos 9.497,3 dias de tempo de contribuição (26,02 anos). Como o critério de elegibilidade da regra de

transição proposta originalmente era exclusivamente etário (50 anos, homem, 45 anos, mulher), a primeira magistrada seria enquadrada no art. 2º da nova emenda e a segunda seria enquadrada no art. 3º da eventual emenda.

No primeiro caso, para Joana, a regra transitória estabeleceria o acréscimo de 50% do tempo contributivo faltante para a aposentadoria. Na data figurada, em 15.12.2017, a magistrada deveria observar a idade mínima estabelecida e computar o limite etário em escala móvel, optando ou não por reduzir um dia de idade mínima para cada dia de contribuição que excedesse ao período da carreira contributiva exigido. Portanto, seriam duas hipotéticas operações simples. Verificar o tempo faltante puro, na suposta data da promulgação da nova emenda, que nada mais é do que a aplicação da regra de transição do art. 6º, da EC nº 41/2003, incorporada e modificada pela nova regra de transição, aplicar a escala de idade mínima móvel (anteriormente prevista na EC nº 47/2005) e, ao final, realizar a segunda operação: o acréscimo de 50% do tempo contributivo previsto no art. 2º da PEC nº 287/2016. Embora a nova regra discipline esse cálculo em dias, o que favorece o participante, para fins didáticos e maior clareza empregarei, na tabela a seguir, a contagem do tempo contributivo em anos:

#### 1ª Operação – Cálculo do tempo faltante sem acréscimo

Data	Idade real no momento	Tempo de contribuição	Idade mínima móvel
2017	45 anos	26,2	55
2018	46 anos	27,2	55
2019	47 anos	28,2	55
2020	48 anos	29,2	55
2021	49 anos	30,2	54,8
2022	50 anos	31,2	53,8
2023	51 anos	32,2	52,8
<b>2024</b>	<b>52 anos</b>	<b>33,2</b>	<b>51,8</b>

Mantidas as normas de transição da EC nº 41/2003 e EC nº 47/2005, e aplicada a escala móvel pura, Joana precisaria permanecer contribuindo até 2024, acrescentando 7 anos, aproximadamente, ao tempo contributivo reunido até 15.12.2017. Aplicando-se o percentual de 50% sobre esse tempo faltante, serão acrescidos 3,5 anos ao seu tempo contributivo, totalizando 10,5 anos, ou 3.832,5 dias, para viabilizar a sua aposentadoria.

**2ª operação – Acréscimo de 50% do tempo contributivo**

<b>Data</b>	<b>Idade</b>	<b>Período adicional faltante decrescente</b>	<b>Tempo contributivo total</b>
2024	52 anos	3,5	33,2
2025	53 anos	2,5	34,2
2026	54 anos	1,5	35,2
<b>2027</b>	<b>55 anos</b>	<b>0,5</b>	<b>36,2</b>
<b>2028</b>	<b>56 anos</b>	<b>0</b>	<b>37,2</b>

Se a PEC nº 287/2016 fosse convertida em emenda em 15.12.2017, o que não ocorreu, Joana completaria todos os requisitos de aposentadoria somente em 2028, com 56 anos de idade e mais de 37 anos de contribuição. Essas datas seriam calculadas na data da eventual promulgação da emenda. A sua aposentadoria seria ainda composta com direito à integralidade e paridade.

Para a segunda magistrada, Maria, com todas as condições de elegibilidade idênticas, salvo um ano de idade, a situação seria completamente diferente: ela precisaria alcançar 65 anos (o que ocorreria no ano de 2038), após carreira contributiva de 47,2 anos contínuos e na aposentadoria não gozaria da integralidade ou paridade. Ao invés de acrescentar 3,5 anos e totalizar exigência de 10,5 anos ao tempo contributivo faltante em 2017, como Joana, Maria teria de contribuir mais 21 anos a partir do final de 2017, tendo um acréscimo imprevisto de 10,5 anos à carreira contributiva. Trata-se de estimativa otimista, pois a partir do quinto ano de vigência da emenda (art. 22 da PEC nº 287/2016), a idade mínima estabelecida para a aposentadoria voluntária seria atualizada em um ano para cada ano inteiro de acréscimo na média nacional única de expectativa de sobrevida (§22, do art. 40, da Constituição, previsto na PEC nº 287/2016), o que teoricamente deveria agravar ainda mais a situação de Maria, que poderia ter ao longo do tempo a idade mínima deslocada para 67, 68, 69 ou 70 anos de idade. O cálculo de sua aposentadoria seria proporcional ao tempo contributivo final, a partir da aplicação do percentual de 51% (cinquenta e um por cento) sobre a média de sua base de contribuição, acrescido de 1 (um) ponto percentual para cada ano constante de sua carreira contributiva, até o limite de 100% (cem por cento) da média (PEC nº 287/2016, art. 1º). Isso na prática significa que, se não for elevada a idade mínima nos próximos vinte e um anos, algo de baixa probabilidade, Maria faria jus à aposentadoria equivalente a 98,2% da média de sua retribuição

(51% + 47,2% = 98,2%), teria o reajuste do valor final obtido atualizado segundo os índices oficiais de inflação e, se ultrapassasse o teto do regime geral de previdência, permaneceria contribuindo na inatividade sobre a parcela que exceder ao valor de referência (CF/88, art. 40, §18).

O exemplo concreto de aplicação é eloquente para demonstrar:

- a) a desproporcionalidade do esforço contributivo adicional exigido em situações de tempo contributivo idêntico (violação do princípio da igualdade e da proporcionalidade em sentido estrito, na vertente da proibição do excesso);
- b) a arbitrariedade do corte etário simples como critério reitor único da regra de transição (violação da proporcionalidade, sob a vertente da adequação ou idoneidade);
- c) a inadequação das regras transitórias estabelecidas para promover a necessária consideração da carreira contributiva anterior e reforçar a confiança no sistema de forma menos onerosa (violação da proporcionalidade, na vertente necessidade ou indispensabilidade).

O critério de idade como critério único de corte em norma de transição é critério manifestamente inadequado quando realizado de forma abrupta e sem consideração proporcional da carreira contributiva cumprida. Maria Gema Quintero Lima, autora do mais profundo e abrangente estudo sobre o direito transitório da seguridade social realizado na Espanha, escreveu sobre o requisito de idade:

Así como el requisito de carencia respondia a una obligación del sujeto protegido del nivel contributivo, el ostentar una determinada edad no responde a ninguna obligación con el sistema de seguridad social; es una característica personal, irreversible e invariable del sujeto protegido.<sup>53</sup>

E arrematou:

Cuando el legislador introduzca ex novo um requisito positivo o negativo de edad, tanto respecto de prestaciones ya existentes, cuanto como consecuencia natural del diseño de un nuevo tipo de prestación, debería considerar que es posible que haya sujetos que aún no han alcanzado esa edad, en el primer caso, o que la han alcanzado em el segundo, pero respecto de los que se há podido actualizar la situación de necesidad.

<sup>53</sup> LIMA, Maria Gema Quintero. *Derecho transitorio de seguridad social*. Madrid: La Ley, 2006. p. 490.

Em estos casos, de nuevo, cabría emplear algún género de fórmula transitoria de aplicación paulatina del requisito de edad; acompanhada o no de alguna de las manifestaciones del mecanismo de la contraprestación. Y al margen, em todo caso de que, cuando se trate de nuevas prestaciones que incluyen un requisito positivo de edad, el legislador haya de valorar la posibilidad de aplicar com efecto inmediato las nuevas previsiones. Há de hacerlo em el sentido de homologar las situaciones anteriores, e incorporar al supuesto de hecho de esas nuevas normas a aquellos sujetos que huvieran alcanzado esa edad antes del punto cero.<sup>54</sup>

A elevação da idade mínima é uma necessidade em todos os regimes de previdência social no mundo, devido à confluência de dois fenômenos aparentemente irreversíveis de nosso tempo: a elevação da longevidade média dos indivíduos e o decréscimo das taxas de natalidade. Essa confluência obriga a calibragem periódica dos sistemas previdenciários, independentemente da existência de déficits ou superávits financeiros momentâneos da seguridade, cuja fixação a cada período segue também variáveis instáveis (taxa de desemprego, urbanização, imigração, emigração, informalidade, entre outras) e apresenta margens de erro de projeção. Porém, a elevação do parâmetro etário deve ocorrer de modo progressivo, sem transições abruptas, como em quase todas as reformas previdenciárias realizadas nos últimos trinta anos. Em Portugal, por exemplo, houve alteração da idade mínima para a aposentadoria das mulheres em 1993, passando a aposentadoria dos 62 para os 65 anos, mas o salto de três anos não foi imediato: fixou-se período de transição iniciado em 1994, começando em 62 anos e 6 meses, acrescentando-se em seguida a cada ano civil mais 6 meses ao limite mínimo do ano anterior (cf. n. 2 do art. 103 do DL nº 329/93, de 25.9).

A PEC nº 287/2016 – na versão original – não disciplina para a aposentadoria voluntária nos regimes próprios de previdência social uma rampa etária, mas um salto etário abrupto, um agravamento repentino e surpreendente de 5 anos para os homens e de 10 anos para as mulheres, sem crescimento anual progressivo. Anote-se, porém, que a própria PEC estabeleceu o que denomino rampa etária na elevação da idade mínima necessária para o acesso ao benefício previsto no inc. V do *caput* do art. 203 da Constituição, cujo incremento será “gradual de um ano a cada dois anos, até alcançar a idade de setenta anos” (art. 19 da PEC nº 287/2016).

<sup>54</sup> LIMA, Maria Gema Quintero. *Derecho transitorio de seguridad social*. Madrid: La Ley, 2006. p. 490-491.

Na última versão do substitutivo, aprovada na Comissão Especial da Câmara dos Deputados em maio de 2017, mas não analisada em Plenário, esboça-se rampa etária para a transição no regime geral de previdência social. No entanto, no regime próprio dos servidores públicos efetivos – núcleo do presente texto – a rampa é desconsiderada, exigindo-se dos servidores que ingressaram em cargo efetivo até 31.12.2013 a idade mínima de 65 (sessenta e cinco anos), homens, e 62 (sessenta e dois anos), mulheres, como requisito indispensável para preservar o direito à aposentadoria com paridade e integralidade, desconsiderando-se a extensão da carreira contributiva efetiva desses agentes e exigindo-se período contributivo mínimo de trinta e cinco anos, homens, e trinta anos, mulheres, e período de atividade de vinte anos no serviço público e cinco anos no cargo efetivo. É oferecida ainda “opção” para servidores efetivos que tenham ingressado no serviço público antes da eventual nova emenda, por aposentadoria com a idade mínima de 60 anos, homens, e 55 anos, mulheres, cumpridos também trinta e cinco anos de contribuição, homens, ou trinta anos, mulheres, além de período adicional de contribuição de 30% (trinta por cento) do tempo que, na data de publicação da nova emenda, faltaria para atingir o tempo de contribuição mínimo exigido. Nessa segunda hipótese, a aposentadoria “antecipada” ocorreria sem direito à paridade e integralidade, independentemente da data de ingresso do agente no serviço público.

Paralelamente, norma de transição mais generosa (e progressiva), foi prevista no substitutivo para os titulares de mandato eletivo. Estes podem manifestar “opção” por “permanecer nos regimes previdenciários aos quais se encontrem vinculados, aplicando-se as regras neles contidas em caso de descontinuidade dos mandatos” (art. 8º, do substitutivo). Os agentes que optarem por preservar o atual regime deverão “cumprir período adicional de 30% (trinta por cento) do tempo de contribuição que faltaria para aquisição do direito à aposentadoria”, considerada a data de publicação da eventual emenda. Mas nada se diz quanto à perda, nesse caso, do direito à integralidade ou paridade no regime “preservado”, que atualmente assegura a integralidade e a paridade (*ex vi* art. 2º, §2º, e art. 9º, da Lei nº 9.506, de 30.10.1997). Para preservar o regime de transição atualmente vigente, como visto, os demais servidores efetivos precisarão atender no substitutivo à idade mínima de 65 anos, homens, e 62 anos, mulheres, mesmo que possuam longas carreiras contributivas e o acréscimo de contribuição ultrapasse os trinta por cento de tempo de contribuição que faltaria para a aquisição do direito à aposentadoria na data da eventual emenda.

No regime geral de previdência, de outra parte, adota-se transição progressiva, aplicando-se a idade mínima de 53 anos para as mulheres e 55 anos para os homens, com aumento em escala de um ano a cada dois anos de idade mínima, contados e calculados a partir do terceiro ano de publicação da eventual emenda, até ser atingido o patamar previsto no texto permanente. Também aqui é exigido período adicional de 30% (trinta por cento) do tempo de contribuição que faltaria para aquisição do direito à aposentadoria na data de publicação da emenda.

É manifesto que a idade mínima deve ser calibrada periodicamente, inclusive para acompanhar o aumento da longevidade dos indivíduos, mas sua elevação deve ser progressiva, acomodando as expectativas dos segurados, sem sobressaltos, e sem desigualdade no ajuste. Trata-se aqui de transição objetiva, ou jurídico-institucional, transição do próprio referencial etário permanente, sem dispor sobre a situação dos servidores atualmente em atividade e que ainda não completaram os requisitos para a aposentação.

No domínio das regras de transição jurídico-subjetivas, regra de transição para os atuais servidores, permito-me sugerir como disposição transitória a universalização do pedágio contributivo para todos os agentes públicos, civis e militares, políticos ou administrativos, pois nada há de impróprio na exigência de acréscimo do tempo contributivo que infirme a especificidade dos respectivos regimes próprios de previdência ou inatividade. Essa elevação pode ser de 30%, como negociado durante a tramitação da PEC, mas deve ser uma única, uniforme, capaz de apreender as situações individuais (as peculiares carreiras contributivas) sem desequilibrados inadmissíveis, pois não é razoável e legítimo exigir de categorias de agentes que sejam menos ou mais solidários com o sistema previdenciário do que é exigido de outras categorias de agentes.

Se o aumento da longevidade beneficia todos, e sobretudo os mais jovens, o pedágio contributivo também dever colher todos, sem exceções, sem corte etário discriminatório, mas também sem preventiva exclusão de funções ou carreiras profissionais no serviço público. O critério deve ser previdenciário – o ingresso em regime de capitalização e a retirada parcial desses agentes da contribuição ao regime de repartição simples – e não relacionado a elementos de natureza pessoal ou profissional, sem nexos com o aporte contributivo.

A aplicação uniforme do pedágio para todos os servidores e agentes, sem exclusões, preserva a equidade do sistema e premia a proporcionalidade do esforço contributivo – favorecendo os que con-

tribuíram por mais tempo para manter a solvabilidade do sistema –, sem desconstituir situações específicas, preservando o nexo de proporcionalidade de que também gozam hoje os servidores que aderem ao regime de previdência complementar. Explico-me utilizando o exemplo do Funpresp (Lei nº 12.618, de 30.4.2012).

O §1º do art. 3º, da Lei nº 12.618/2012, assegurou aos servidores que optaram por aderir ao regime da previdência complementar, após certo período de vinculação ao regime próprio de previdência social:

o direito a um benefício especial calculado com base nas contribuições recolhidas ao regime de previdência da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios de que trata o art. 40 da Constituição Federal, observada a sistemática estabelecida nos §§2º a 3º, deste artigo e o direito à compensação financeira de que trata o §9º do art. 201 da Constituição Federal, nos termos da lei.

Esse benefício especial – inconfundível com o provento assegurado pelo regime próprio de previdência social até o valor-teto do regime geral e também com a renda mensal do regime de previdência complementar resultante dos valores aportados – consiste em valor atualizado (art. 3º, §2º, da Lei nº 12.618/2012):

equivalente à diferença entre a média aritmética simples das maiores remunerações anteriores à data de mudança do regime, utilizadas como base para as contribuições do servidor ao regime de previdência da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, atualizadas pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou outro índice que venha a substituí-lo, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência, e o limite máximo a que se refere o caput deste artigo, na forma regulamentada pelo Poder Executivo, multiplicada pelo fator de conversão.

Sem entrar em maiores detalhes técnicos, cumpre observar que esse benefício especial nada mais faz do que reconhecer a diferença existente entre a forma de contribuição prevista no regime geral (sobre faixas limitadas ao teto máximo) e a forma de contribuição ao regime próprio de previdência dos agentes públicos (incidente sobre a totalidade da retribuição). Na medida em que a opção ao regime de previdência reduzirá o valor do benefício ao teto do regime geral no regime próprio,



o legislador da União deliberou devolver, corrigido monetariamente e a partir de fórmula de cálculo que fixou, o valor de diferença, cobrado a maior, do servidor em consideração à redução do valor do benefício futuro. Evita assim o legislador incidir em enriquecimento sem causa, pois, como dissemos, segurado algum deve ser mais solidário do que outro em equivalente situação. Para a mesma situação na cadeia contributiva, deve ser assegurado o mesmo benefício; para o mesmo benefício, o mesmo esforço contributivo; para benefícios diversos, esforço contributivo proporcional. Essa consequência é também uma aplicação prática do caráter bifronte do art. 195, §5º, da Constituição Federal. Se o agente, por opção, encarta-se em regime que lhe subtrai benefício para o qual contribuiu, o sistema previdenciário disso não se aproveita, pois equaliza as diferenças, devolvendo ao servidor o esforço contributivo adicional, sem o qual ele ficaria desigualado, reconhecendo-lhe um benefício especial específico.

A mesma diretriz de igualdade na solidariedade deve ser reconhecida no regime próprio de previdência social. Exigir de duas titulares de cargo público que ingressaram na mesma carreira, no mesmo dia, com período contributivo idêntico ao sistema, que tenham regimes radicalmente distintos de transição e esforço contributivo radicalmente distinto, benefícios distintos, após sujeição idêntica a sucessivas regras de transição, é violar claramente o princípio da igualdade e da proporcionalidade, prestigiado pelo sistema previdenciário, inclusive no regime de previdência complementar. É desatender, às avessas, o princípio da contrapartida, previsto no art. 195, §5º, da CF, pois se suprime benefício, sem redução da correspondente fonte de custeio, e sem observar a proporcionalidade e igualdade da restrição. Por outro lado, excluir desde logo da transição qualquer agente público, civil ou militar, da simples incidência de pedágio contributivo, elemento de calibração neutro em relação à especificidade de qualquer subdomínio do regime próprio, é reduzir o impacto do ajuste contributivo e sobrecarregar alguns em favor de segmentos sem fundamento constitucional convincente, violando também o princípio da solidariedade e a repartição equitativa das cargas públicas.

### 3.1.3 Cálculo do benefício

A mesma orientação deve nortear as regras de transição quanto ao cálculo do benefício. Quem no sistema previdenciário contribuiu para financiar a aposentadoria integral deve ainda poder atingi-la,

ainda que seja em um horizonte dilatado, em razão das sucessivas emendas constitucionais e da contínua calibração do sistema. Quem já ingressou sem contribuir sobre a totalidade da remuneração, mas apenas sobre fração dos seus vencimentos, rompendo com a solidariedade abrangente do regime de repartição, deve ser colhido em regra de transição distinta.

A contribuição obrigatória institui a bilateralidade e convoca o sistema previdenciário a resguardar uma equilibrada contrapartida ao valor pago ao longo de toda a carreira contributiva do filiado. O tempo de efetiva contribuição é critério adequado de isolamento de grupos de transição, não a simples faixa etária, embora este elemento também possa ser teoricamente considerado. Reformas devem intensificar a relação entre contribuição e prestação e reforçar o princípio da contributividade. Reformas apenas de redução de gasto social com prestações não são reformas previdenciárias, mas apenas ajustes fiscais.

Por isso, valem aqui também as críticas formuladas ao critério etário, empregado como divisor de águas único na versão original da PEC nº 287/2016, para as regras de transição jurídico-subjetivas também quanto ao cálculo do benefício previdenciário. Não é preciso repeti-las aqui, para economia do texto, pois quanto foi dito já expressa o essencial para esta primeira abordagem sobre o critério reitor adotado nas regras de transição da PEC nº 287/2016.

## Conclusão

A previdência é hoje um direito fundamental sob ataque. Vítima de profecias demográficas catastróficas, cujas margens de erro são omitidas, da ausência de reservas constituídas pelo Poder Público, de evasão tributária e de egoísmos geracionais, de fraudes de contribuintes, empresas e governos, de retiradas indevidas de recursos, é manipulada sem constrangimentos pelo poder reformador a cada novo governo. É preciso reformá-la? Não tenho dúvida. O aumento da despesa previdenciária é real em face do PIB, o envelhecimento da população é fato, a produtividade do trabalhador ativo é baixa, a natalidade decresce, os benefícios de alguns regimes são de valor elevado para padrões internacionais, o incentivo para o aumento do número de contribuintes ativos é pouco e tudo isso conspira contra a sustentabilidade do regime de repartição simples e solidariedade intergeracional em que atualmente ainda se baseia tanto o regime geral quanto o regime próprio de previdência social. Mas nada disso autoriza a ausência de disposições

transitórias progressivas, equilibradas, razoáveis e sustentáveis. Tampouco autoriza que reformas estruturais sejam feitas sem adequada análise de impacto normativo.<sup>55</sup>

Na verdade, a reforma previdenciária proposta pela PEC nº 287/2016 tem foco exclusivo no gasto, na despesa previdenciária e em sua redução. Omite-se de estabelecer normas sobre a gestão previdenciária, o incremento da efetividade da cobrança das contribuições previdenciárias (receita), a recuperação dos créditos e dívidas previdenciárias, aperfeiçoamentos na transparência das projeções atuariais e na compensação entre os sistemas previdenciários, inclusive o reconhecimento expresso da repercussão no custeio do início de transformação estrutural do regime próprio, de simples regime de repartição em regime misto, com amplo conjunto de servidores estimulado a aderir à previdência complementar. É uma proposta incompleta, desequilibrada, a exigir amplos aperfeiçoamentos no Congresso Nacional. Em matéria de disposições transitórias, como visto, cuida de estabelecer severas disposições de transição referentes a situações jurídico-subjetivas, mas padece, ao mesmo tempo, de lacuna normativa inconstitucional, omitindo-se de prever as necessárias disposições de transição referentes a alterações jurídico-objetivas do regime de previdência. Falta-lhe uma previsão adequada de rampa etária para o próprio regime permanente dos servidores efetivos e regras de reconhecimento dos custos de transição do regime unitário de repartição simples para o regime misto, que combina repartição e capitalização com intensidade crescente, reduzindo as receitas do regime próprio. Falta-lhe equilíbrio, proporcionalidade no ajuste das regras de transição de situações jurídico-subjetivas, sem corte arbitrários, desproporcionais, que quebram a confiança dos filiados ao sistema em situação equivalente.

A consideração atenta da PEC nº 287/2016, ou a sua avaliação na cadeia de alterações constitucionais recentes (EC nº 20/1998, EC nº 41/2003, EC nº 47/2005, EC nº 70/2012 e EC nº 88/2015), revela que os sistemas de previdência social, tanto o próprio quanto o geral, passam por transformações estruturais e não apenas por ajustes paramétricos. Quando essas mudanças ocorrem, e um novo paradigma progressivamente se estabelece, é preciso explicitar as transferências intergeracionais: transformar a dívida previdenciária implícita decorrente da transição em dívida explícita, reconhecida e contabilizada, e de algum

<sup>55</sup> Sobre avaliação de impacto normativo, consulte-se MORAIS, Carlos Blanco de. *Guia de avaliação de impacto normativo*. Coimbra: Almedina, 2010.

modo disciplinar o seu financiamento. É omissão inconstitucional a ausência de disposições transitórias atinente à gestão objetiva da própria sucessão de regime. A ausência de clareza sobre o custo da transição aumenta a percepção de risco do país e de insegurança das atuais e futuras gerações na viabilidade e previsibilidade do sistema de proteção social. A chamada dívida previdenciária implícita (DPI), o valor atual das obrigações de longo prazo, incluindo os benefícios que estão sendo pagos e os futuros, deve ser explicitada em transições normativas de maior extensão. Nos países em que o sistema público de repartição é substituído pelo regime privado, toda a DPI torna-se explícita de forma imediata; se o regime misto é implantado de forma progressiva, a DPI torna-se explícita para o sistema privado no momento da adesão do participante, que inclusive compensa o antigo filiado ao regime próprio com benefício especial, mas é postergado no sistema público. Porém, diante da torrente de mudanças, e a insegurança dos filiados que permanecem exclusivamente no regime próprio, é fundamental explicitar a DPI de todo o sistema público, para que em poucos anos não tenhamos nova reforma da previdência, sob o argumento de novo crescimento da despesa, natural consequência da redução do montante da contribuição dos novos servidores.

A demografia não explica tudo, inclusive porque há diversos benefícios previdenciários de risco, que não estão diretamente associados a fatores demográficos e sim a insuficiências do próprio Poder Público ou do mercado (acidentes nas estradas, retração econômica, fraudes administrativas, desonerações sem reposição etc.). Mas o problema tampouco é apenas contábil. A impressionante judicialização brasileira no tema da desaposentação mostra que o brasileiro se aposenta em idade ativa, de forma ainda precoce, em especial nas aposentadorias urbanas por tempo de contribuição, de valor mais elevado e maior tempo de sobrevivência.

Previdência exige previsibilidade e segurança jurídica, tutela reforçada da confiança, sob pena de incentivar a informalidade e a desfiliação. A blindagem jurídica não pode ser frágil, sectária, submetida à lógica do “tudo ou nada”, e normas fundamentais não devem ser alteradas por um debate parlamentar abstrato e retórico realizado em poucos meses.

A previdência social é um seguro coletivo, que reclama financiamento equitativo e racionalidade na sua gestão. Debatê-la com ânimo sereno, sem maniqueísmos, pode ser um passo decisivo para compreender a complexa lógica social e jurídica que a sustenta e a forma mais simples de dificultar a tomada de decisões precipitadas pelo

legislador, contrárias aos valores sociais e éticos que ele mesmo proclama defender e fundamentais para construção de um efetivo Estado Democrático de Direito. Reformas previdenciárias devem apresentar sustentabilidade financeira, jurídica, ética e social, nunca visar apenas ao corte de despesas, como se a previdência não cumprisse papel destacado de redistribuição da riqueza e não atendesse a um compromisso intergeracional.

As disposições transitórias são um lugar de concertação e de temperança. A temperança como a sabedoria do tempo, de que nos fala poeticamente François Ost, como “a justa medida de seu desenrolar, a mistura harmoniosa de seus componentes e, do mesmo modo que a alternância das estações (as Horas) torna os climas temperados, a temperança na cidade – a justa dosagem da continuidade e da mudança – garante o equilíbrio das relações sociais”.<sup>56</sup> Deve ser assim também – com boa dose de sabedoria do tempo – o debate sobre a previdência social.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MODESTO, Paulo. Disposições constitucionais transitórias na reforma da previdência: proteção da confiança e proporcionalidade. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 165-219. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

<sup>56</sup> OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. São Paulo: Edusc, 2005. p. 17.



# RAZÕES DE IMPORTÂNCIA DO CONTROLE INTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ROGÉRIO GESTA LEAL

## 1 Notas introdutórias

As relações entre Estado, Administração Pública e sociedade tem sido objeto de preocupação e estudos de número cada vez maior de campos do conhecimento, como a ciência política, a ciência administrativa, a ciência contábil, a sociologia, a ciência jurídica, a ciência econômica, entre tantas outras. Isso ocorre porque os interesses que esses espaços englobam são, para além de diversos, complexos e multifacetados, exigindo a integração de saberes para que se opere com maior eficiência o atendimento de demandas sociais.

As ferramentas técnicas e políticas mais importantes para a gestão responsável desses espaços públicos são os mecanismos de controles institucionais e sociais, tanto internos como externos, mas queremos enfrentar, neste trabalho, os controles internos desenvolvidos principalmente pela e para Administração Pública em geral, pois possuem méritos qualitativos importantes na quadra histórica em que vivemos.

Queremos sustentar, como problema a ser discutido, que o Brasil não tem declinado a devida atenção, modo geral, aos benefícios dos controles internos dos atos e contratos administrativos, como meios procedimentais de monitoramento preventivo e curativo dos fenômenos corruptivos, de abuso de autoridade e desvio de finalidade pública.

Como hipótese de superação desse déficit omissivo da Administração Pública brasileira, defenderemos que o aprimoramento da

parca discussão conceitual e operacional dos seus controles internos pode nos ajudar em muito, principalmente na evitação de danos de difícil reparação provocados por atuações irresponsáveis dos poderes públicos e seus agentes.

Para cumprir com esta pretensão, vamos analisar os contextos em que se encontram as Administrações Públicas contemporâneas, e a brasileira em particular, para então avançar na análise de que controles internos estamos a demandar e como eles podem se efetivar.

## 2 Fundamentos políticos do controle da Administração Pública

O tema do controle da Administração Pública tem, desde a Idade Moderna, no mínimo, duas formas de abordagem ou significação: (1) a perspectiva do Estado e da sociedade liberal clássica, coincidente com a saída do Medievo; (2) a perspectiva contemporânea do Estado Democrático de Direito, do final do século XX e início do século XXI.

Sobre a primeira abordagem, temos referido que, em âmbito global e internacional, o projeto do nominado Estado Liberal sempre esteve associado à imposição de limites e estreitos campos de mobilidade pela nova categoria social emergente na modernidade (a burguesia), cujo mote justificativo principal era o de que o poder político deveria ser muito bem vigiado e mantido restrito em áreas não alcançadas significativamente pelo mercado, para que não mais atravancasse a emancipação e liberdade do *homo faber*.<sup>1</sup>

Nesse modelo de Estado Liberal há vários dispositivos normativos de controle administrativo e jurisdicional, aptos para, a qualquer tempo, restabelecer a ordem das coisas (compreendida como ausência de interferências ao projeto de desenvolvimento das forças produtivas e de seus controladores). Não raro as cortes americanas e europeias, ao longo da primeira e segunda revoluções industriais, determinavam que o Estado não interviesse em matéria de ordem econômica e tributária,

<sup>1</sup> Ver o texto de FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Druma, 1994. v. II. p. 85. Para isso, cumpre destacar, com Habermas, que o “público pensante dos ‘homens’ constitui-se em público dos ‘cidadãos’, no qual ficam se entendendo sobre as questões da res publica. Essa esfera pública politicamente em funcionamento torna-se, sob a ‘constituição republicana’, um princípio de organização do Estado liberal de Direito. Em seu âmbito está estabelecida a sociedade civil burguesa como esfera da autonomia privada (cada qual deve poder procurar a sua ‘felicidade’ por aquele caminho que lhe pareça útil)” (HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 119).



principalmente quando isso implicasse intromissão/invasão na ceara empresarial.<sup>2</sup>

Diante de tal conjuntura, a ideia de controles da Administração Pública centrava-se principalmente na subordinação das ações estatais à pauta desenvolvimentista estabelecida, regrada por leitura estreita e gramatical do princípio de subordinação do poder político aos termos da lei. Não contente o modelo societário vigente em reduzir substancialmente as atribuições do Estado, ainda se preocupou em estabelecer instrumentos e mecanismos de contenção e responsabilização de suas ações.<sup>3</sup>

Outra realidade é a do Estado Democrático de Direito, compreendido aqui como Estado promovedor dos direitos e garantias fundamentais de sua cidadania (elementos objetivos de densificação dos valores<sup>4</sup> e princípios que caracterizam esse novo modelo), comprometido com toda a coletividade e não apenas parte dela. Aqui, o Estado tem feições e atribuições distintas – grande parte já construídas no início do século XX, com o advento do Estado Social.<sup>5</sup>

Se o mercado das relações econômicas contemporâneas não tem como prioridade preocupar-se com as condições materiais de vida digna da cidadania e de sua força de trabalho, e tampouco grande parte da sociedade não se encontra mobilizada/organizada suficientemente para opor resistência e mesmo demandar mudanças e ações que visem à proteção de suas prerrogativas fundamentais, resta tão somente ao

<sup>2</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, P. T. *La intervención administrativa en la industria: Seguridad y control*. Granada: Civitas, 2000. p. 51.

<sup>3</sup> Ver nosso texto LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>4</sup> Cumpre destacar aqui, enfrentando o tema dos valores jurídicos, a reflexão de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1985. p. 97: “La constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de un orden de valores materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de norma. La unidade del ordenamiento és, sobre todo, una unidad material de sentido expresada en unos principios generales de Derecho, que al intérprete toca investigar y descubrir (sobre todo, naturalmente, al intérprete jurídico, a la jurisprudencia)”.

<sup>5</sup> Ver nesse sentido o texto de LOLLI, Augusto. *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico*. Studio sulla qualificazione giuridica. Milano: Giuffrè, 2000. p. 47. Importa referir que na experiência do Estado Social as atribuições dos poderes estatais instituídos aumentaram demasiadamente, principalmente as do Poder Executivo, eis que gestor dos interesses comunitários mais cotidianos e emergentes. Por certo que, nessa fase, houve abusos e mesmo intervenções públicas em atividades privadas desproporcionais – conforme nos indica o texto de Fernando Wagner –, porém, importantes no sentido de proteção dos interesses das maiorias (WAGNER, Fernando. *La construcción del Estado y del derecho administrativo*. Madrid: Gedisa, 2001. p. 74-92).

Estado (Social e Democrático) responder como poder político representativo que é aos níveis cada vez mais complexos de exclusão, tensão e conflituosidade gerados pelo modelo societal operante.

Guardião e promovedor dos direitos e garantias fundamentais, o Estado constitucional contemporâneo passa a – normativa e concretamente – ser demandado por políticas legislativas, jurisdicionais e executivas de implementação das promessas constitucionais (aqui figuradas como conquistas sociais no processo do poder constituinte). Tais fatos geram imediata reação das novas castas/corporações hegemônicas em sede de poder real/econômico vigentes, a saber, a tentativa de conter o Estado Democrático de Direito nas suas iniciativas e políticas públicas de gestor dos reclames públicos da coletividade – na ordem econômica, tributária, urbana, rural etc. –, criando formas de controle dessas investidas.

Se de um lado o Estado Democrático de Direito agrega poderes e atribuições deferidas pelo constitucionalismo contemporâneo para dar conta das demandas comunitárias complexas, por outro, tais poderes são servientes dos prévios compromissos normativos e políticos desenhados pelo mesmo texto normativo fundamental, o que o impede de desviá-los para outras finalidades ou projetos. Assim, pela simples existência de tamanhos poderes desse novo Leviathã, impõe-se pensar se é importante/necessário ter-se mecanismos e instrumentos capazes de fiscalizá-lo, para garantir o cumprimento fiel de suas obrigações (muito mais que normativas), e mais, a quem cabe o exercício dessa fiscalização.

A questão a ser demarcada aqui diz respeito ao objeto de controle dos atos do Poder Público, e à existência de mecanismos jurídico-administrativos que deem conta do controle dos atos da Administração Pública.

### 3 O objeto de controle do Poder Público

Não raro há uma percepção apressada por parte da doutrina tradicional do direito administrativo ao tratar o tema do controle dos atos do Poder Público sob as formas clássicas interventivas do controle interno exercido pela administração (homologação, aprovação, invalidação, revogação de procedimentos); controle por provocação do administrado (recursos administrativos, procedimentos disciplinares etc.); controle externo pelos Tribunais de Contas; controle externo pelo Poder Judiciário (ações constitucionais e infraconstitucionais); controle externo pelo Poder Legislativo (Comissões Especiais – de Inquérito).

Muitas vezes, tais abordagens deixam de definir, previamente, que matéria pode ser objeto do controle e com que dimensão.

Nesse sentido, é comum que o primeiro parâmetro a ser demarcado pelo âmbito do controle do Poder Público seja o da legalidade, isto é, avalia-se o enquadramento normativo do comportamento estatal, aferindo-se sua validade positiva (campo da autorização legislativa) e sua pertinência jurídica (campo da licitude). Cumpre referir que os permissivos de ação do Estado Administrador dentro do sistema jurídico se estipulam tanto a partir dos comandos regratórios explícitos (regras jurídicas), como dos principiológicos como vetores da ação político-institucional dos órgãos públicos.

Para além disso, queremos sustentar que toda e qualquer ação ou omissão do Estado em termos de gestão pública, regulada por norma cogente, é passível de controle formativo, executivo e finalístico, sempre, razão pela qual devem ser transparentes, visíveis a todos, oportunizando o exercício da aferição da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, legitimidade e economicidade – arts. 37 e 70, *caput*, da CF/88 – dos comportamentos públicos. Por tal perspectiva, não há que se falar em necessária consolidação de afronta a direito subjetivo como condição do controle das ações públicas, mas o simples risco ou perigo de que isso ocorra já o autoriza e reclama.<sup>6</sup>

Em caráter exemplificativo, para esboçarmos tentativa de demarcação sobre o que importa controlar em sede de Administração Pública, é didática e esclarecedora a proposição de Sérgio Ferraz, quando assevera que, para controlar o desenvolvimento e a execução das funções administrativas, que se explicitam e objetivam através de atos administrativos, os seus controladores devem verificar se: (a) na origem (acrescentamos, no seus processos constitutivos) e no resultado, foram respeitados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, razoabilidade, proporcionalidade e publicidade (CF, art. 37, *caput*); (b) houve ou não ocorrência de dano a terceiros, impondo-se, se for o caso, a respectiva indenização; (c) se foi correta e efetivamente motivada a atuação estatal, observando-se aqui o dever de motivação inculcado do art. 93, X, da Constituição, o qual não se dirige tão somente ao Poder Judiciário, mas a qualquer ação estatal.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Veja-se que, inclusive na esfera judicial, temos mecanismos de controle prévio, em sede de cautelares específicas e inominadas, antecipações de tutela, concessões de liminares as mais diversas, no seio da própria ação popular ou ação civil pública etc. Nesse sentido ver a obra de CORREIA, Fernando Alves. *Alguns conceitos de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 82 e seguintes.

<sup>7</sup> FERRAZ, Sérgio. Controle da Administração Pública na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 4, 1993. p. 241.

Mas como poderíamos pensar as formas operacionais desse controle? É o que passamos a enfrentar.

## 4 Possibilidades do controle interno da Administração Pública no Brasil

Ao longo do tempo tem-se sustentado que, no cumprimento de suas tarefas constitucionais, pertinentes à concretização dos objetivos, finalidades e princípios demarcados à sociedade, os poderes públicos praticam atos que podem ser distinguidos em políticos (ou de governo) e administrativos propriamente ditos (que têm a ver com as funções administrativas de gestão operacional das competências normativas específicas, em regra estabelecidas de forma discriminada pela norma jurídica infraconstitucional).<sup>8</sup>

Em especial o Poder Executivo, como responsável maior pela concretização cotidiana de políticas públicas, vem desempenhando atividades de gestão político-governamental contando, para tanto, com certa (por vezes, ampla) margem de discricção, haurida dos permissivos constitucionais e infraconstitucionais. A lógica que anima esta competência discricionária está sustentada pelo pressuposto de que se afigura como de difícil viabilização a hipótese de o legislador conseguir prever todas as situações de decisões político-administrativas necessárias à gestão dos interesses públicos hodiernos, a ponto de eliminar qualquer possibilidade/necessidade de ações urgentes e específicas para demandas inusitadas.<sup>9</sup>

É equivocado dizer, todavia, que as nominadas ações políticas – muitas delas fundadas por critérios de conveniência e oportunidade –, de um lado, apresentam dificuldades de serem controladas;<sup>10</sup> de outro, reclamam maior controle do que as ações administrativas (porque já monitoradas por rígidas e detalhadas disposições jurídicas), pois ambas

<sup>8</sup> Conforme CAUPERS, João. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 39.

<sup>9</sup> Por outro lado, a morosidade e eventual letargia do processo legislativo poderia implicar certa acefalia administrativa em face de situações imprevisíveis, que exigem a tomada de decisões ágeis e eficazes. Como exemplo de ações dessa natureza, podemos citar as seguintes: medidas de política econômica, declaração de guerra e de paz, decretar intervenção nos preços e na moeda, além, é claro, daquelas que dizem respeito a situações da calamidade pública, casos fortuitos e força maior. Nesse sentido ver o texto de PETERS, Giordanno. *La pubblica amministrazione*. Bologna: Daltricc, 1999.

<sup>10</sup> José Cretella Jr. sustenta que “ato de governo ou ato político é toda a manifestação de vontade do poder público que, por sua condição toda especial, escapa à revisão do Poder Judiciário, constituindo este tipo” (CRETILLA JR., José. Ato político. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 95, 1973. p. 87).

precisam se dar vinculadas ao sistema jurídico e, por tais razões, se sujeitam a todos os tipos de controle.

Não bastasse isso, temos que ter em conta ainda a necessária leitura sistemática do ordenamento jurídico pátrio à espécie. Nesse sentido, o texto constitucional vigente está a confortar nossa proposta de viabilidade do controle ampliado das ações públicas, haja vista as disposições do art. 5º, XXXV, tratando do princípio da inafastabilidade do controle judicial; do art. 102, I, “a”, II, “a” e “b”, III, “a”, “b” e “c”, e art. 103, §2º, que versam sobre o princípio da constitucionalidade dos atos estatais, ao dispor sobre os mecanismos assecuratórios da ordem constitucional e seus remédios/instrumentos protetivos.

Insistimos no fato de que, com a nova dicção constitucional brasileira de 1988, não é necessário que exista a lesão consumada, basta apenas se vislumbrar a ameaça para que o Poder Público (Judiciário, Executivo ou Legislativo) esteja autorizado a apreciar a matéria colocada sob sua apreciação.

É de se ver que o poder-dever que reina na atividade pública envolve a vinculação da Administração pautar seus atos para obter a consecução dos fins em prol dos quais lhe é dada uma competência.<sup>11</sup> Quando ocorre desvios ou inobservância dos preceitos jurídicos que deveriam nortear a ação pública, ou até mesmo quando decisão administrativa não respeita a razoabilidade e a proporcionalidade atinente à espécie, em nome da segurança e da liberdade (contidas no preâmbulo da Constituição Federal), o dever de autocontrole e controle externo deve estar apto a garantir a inviolabilidade dos direitos e garantias acima elencados, que se constituem em direitos fundamentais individuais e sociais.<sup>12</sup>

A despeito dessas disposições normativas de garantias, as irregularidades e patologias corruptivas que afetam a Administração Pública em todo o Ocidente – em especial no Brasil – só crescem nos últimos anos, evidenciando certa ineficácia dos poderes instituídos nacionais que se destinam a enfrentá-las.

Em face de tantas ocorrências e tamanha impunidade, não raro as pessoas comuns das ruas têm se perguntado ou mesmo duvidado da

<sup>11</sup> FERREIRA, Sérgio D’Andréa. *O controle da Administração Pública pelo Judiciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 377. Assevera o autor que o exercício do poder se traduz no desenvolvimento de uma função, que consiste na relação, no vínculo entre o poder exercido e um fim, correspondente ao atendimento de um interesse, de uma necessidade, de um valor, de um bem da vida, a ter sua consecução obrigatoriamente obtida.

<sup>12</sup> Abordamos esse tema em nosso livro LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

existência de controles e de responsabilidade dos poderes instituídos e de seus agentes oficiais. Todavia, ao nosso sentir, tais mecanismos e instrumentos de controles existem no cenário brasileiro e, como estão configurados, podem ofertar amplo leque de possibilidades de responsabilização e fiscalização das ações estatais.

A partir da Constituição brasileira de 1988, o sistema jurídico local passa a contar com ordenação normativa que informa a existência de modalidade interna de controle dos poderes estatais instituídos, consoante as disposições do art. 70, e seguintes, do Texto Político, em especial o art. 74.<sup>13</sup>

Esse comando constitucional deixa muito claro, preliminarmente, que: (a) o controle interno não é faculdade oportunizada aos poderes estatais, mas imposição cogente e inafastável, que inclusive atinge as autarquias, fundações e empresas estatais, dada a ampla abertura do texto referido; (b) o controle interno se estende a todos os poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Ao lado disso temos, na dicção do art. 70, a demarcação mais pontual do objeto daquele controle, envolvendo a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas.

O parágrafo único desse art. 70 avança ainda mais, pois exige a prestação de contas – e, por sua vez, o controle interno – de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

O mesmo texto constitucional, ao tratar da organização do Estado, no capítulo das atribuições dos municípios (em seu art. 31),

---

<sup>13</sup> Dispõe o art. 74 da Constituição Federal que “os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno”, com a finalidade de: (I) avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; (II) comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da Administração Federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; (III) exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; (IV) apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. Advertem os §§1º e 2º do mesmo artigo que: (1º) os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária; (2º) qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidade ou ilegalidade perante o Tribunal de Contas da União.

estabelece que a fiscalização dos municípios será exercida por seu Poder Legislativo – pela via do controle externo –, e pelo próprio Poder Executivo municipal, através de seus sistemas de controle interno.

A Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, por exemplo, no seu art. 70, é mais específica nesse particular, eis que amplia textualmente o âmbito do controle referido, ao exigir que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta, e de quaisquer entidades constituídas e mantidas pelo Estado, quanto à legalidade, legitimidade, moralidade, publicidade, eficiência, eficácia, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, deverá ser exercida pela Assembleia Legislativa mediante controle externo, e pelo *sistema de controle interno* de cada um dos poderes, observado o disposto nos arts. 70 a 75, da Constituição Federal.

Veja-se que em todas estas normas há referência expressa de que os poderes de Estado devem constituir sistema de controle interno! Mas o que vem a ser este sistema? Há requisitos e/ou caracteres normativos mínimos que se exigem dele? Infelizmente nem normas constitucionais, tampouco infraconstitucionais, criaram, no Brasil, parâmetros ou diretrizes pontuais à constituição desse sistema de controle interno, deixando para cada órgão público o fazer a seu talante. Daí decorreu, em termos históricos, a ausência de matrizes paradigmáticas e de orientação para tal mister, o que tem autorizado o reconhecimento de qualquer iniciativa – por mais precária que seja – como controle interno.

Como no setor privado, o controle interno da atividade pública deve procurar estabelecer planos de organização e um conjunto de métodos e medidas voltadas para salvaguardar seus recursos, verificar a exatidão e veracidade das informações que possui, promover a eficiência nas operações, fomentar a observância da política prescrita e alcançar o cumprimento das metas e objetivos programados, por óbvio que levando em conta a natureza privilegiada dos interesses que lhe são afetos.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Ver o texto de VIDAL, Heloisa Garcia Pinto. Controle interno: um enfoque metodológico na gestão pública. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 24, 1996. p. 122. Ainda podemos referir que esse sistema de controle interno deve se ocupar do planejamento geral da organização e todas as medidas e métodos que, de uma maneira coordenada, adotam-se no interior das organizações para oferecer segurança aos seus ativos, exercer controle sobre a exatidão e confiabilidade das informações de natureza contábeis, estimular a eficácia operacional e motivar a adesão às políticas de direção que são estabelecidas. Para dar conta disso, os poderes públicos precisam instituir estrutura organizacional adequada, com normas internas que definam responsabilidades pelas tarefas, refinam de trabalho e procedimentos para revisão, aprovação e registro das operações.



Aliás, a Instrução Normativa Conjunta nº 1/16 MP-CGU, que dispõe sobre controles internos, gestão de riscos e governança no âmbito do Poder Executivo Federal, avança nessa preocupação na medida em que sugere à Administração Pública a adoção de conceitos e práticas contemporâneas de bom governo e que estão hoje sendo aplicados também pela iniciativa privada, entre os quais: (a) governança, como combinação de processos e estruturas implantadas pela alta administração, para informar, dirigir, administrar e monitorar as atividades da organização, com o intuito de alcançar os seus objetivos; (b) governança no setor público, constituída por mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade; (c) gerenciamento de riscos (e o controle interno aqui é de suma relevância), definido como processo para identificar, avaliar, administrar e controlar potenciais eventos ou situações, para fornecer razoável certeza quanto ao alcance dos objetivos da organização.<sup>15</sup>

Da mesma forma o Decreto Federal nº 8.420/2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção no âmbito da União, define em seu art. 41 o denominado Programa de Integridade, a *compliance* das empresas privadas, identificando-o como

conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

<sup>15</sup> MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO; CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Instrução Normativa Conjunta MP/CGU nº 01*. 2016. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in\\_cgu\\_mpeg\\_01\\_2016.pdf](http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in_cgu_mpeg_01_2016.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2017. Diz de forma clara o documento, em seu art. 3º, que: “Os órgãos e entidades do Poder Executivo federal deverão implementar, manter, monitorar e revisar os controles internos da gestão, tendo por base a identificação, a avaliação e o gerenciamento de riscos que possam impactar a consecução dos objetivos estabelecidos pelo Poder Público. Os controles internos da gestão se constituem na primeira linha (ou camada) de defesa das organizações públicas para propiciar o alcance de seus objetivos. Esses controles são operados por todos os agentes públicos responsáveis pela condução de atividades e tarefas, no âmbito dos macroprocessos finalísticos e de apoio dos órgãos e entidades do Poder Executivo federal. A definição e a operacionalização dos controles internos devem levar em conta os riscos que se pretende mitigar, tendo em vista os objetivos das organizações públicas”.



A despeito de tais disposições, a verdade é que não se tem dado de forma muito eficaz o controle interno em nível nacional, estadual e municipal, ora em razão da inexistência de cultura de controle dos atos da Administração Pública, o que difere de se afirmar não existirem condições objetivas de se fazê-lo, haja vista os comandos jurídicos assinalados; ora em face de serem escassos os paradigmas de instituição e gestão, notadamente do controle interno.<sup>16</sup>

Se formos avaliar, num primeiro momento, o que significa o referido controle interno, podemos trazer a ideia de que se trata da criação, dentro da própria organização, de mecanismos visando aumentar a probabilidade de que os objetivos e metas estabelecidos sejam atingidos, e através de procedimentos e processos legítimos e democráticos (igualmente controlados). Tal conceito preliminar é complexo, eis que envolve tanto os deveres impostos por regras jurídicas como por princípios jurídicos, tornando a tarefa de monitoramento e fiscalização permanente algo imprescindível à consecução dos referidos fins colimados pela ação pública.

A perspectiva de autocontrole implica a preparação/articulação de elementos (humanos e materiais) da própria administração, adequando sua estrutura administrativa para tal fim e preparando servidores capazes de dar conta da natureza diferenciada e pertinente da tarefa. Ao lado disso, há também que se ampliar as formas efetivas desse controle, indo além dos mecanismos tradicionais em que foram concebidos, a saber:

- (1) Invalidação: mecanismo utilizado pela Administração para rever os atos que estejam viciados por violações de disposições jurídicas cogentes – direta ou indiretamente.
- (2) Homologação: decorrente de competência hierárquica ou outorgada para fim especial, configurando procedimento administrativo que visa declarar a legalidade e lisura de comportamento público com efeitos concretos, avaliando o Poder Público seus elementos constitutivos e operacionais,<sup>17</sup> em todos os momentos que conformam determinada conduta/deliberação pública (qualquer), para só então reconhecê-la

<sup>16</sup> Ver o texto de FORTINI, Cristiana; SILVEIRA, Raquel Dias da. Perspectiva constitucional do controle interno. In: FORTINI, Cristiana; IVANEGA, Miriam Mabel (Coord.). *Mecanismos de controle interno e sua matriz constitucional: um diálogo entre Brasil e Argentina*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

<sup>17</sup> E não somente a legalidade, como quer FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 18.

como perfeita e acabada – matéria que explicita a homologação.<sup>18</sup>

- (3) Revogação: oportunidade de a Administração exercer juízos mais específicos de valoração no âmbito da conveniência e oportunidade de determinadas ações públicas pontuais, tendo como parâmetros permanentes os mesmos princípios que a informam. Nesse momento, o Poder Público lança sobre seus comportamentos uma avaliação (constante) sobre a pertinência material daquelas ações, se elas são realmente importantes e atendem a demandas de ordem pública prioritárias (conjuntural e estrategicamente), o que novamente implica estar atento tanto aos projetos e políticas públicas consolidadas como aos novos desafios apresentados pelo cotidiano da gestão e de sua cidadania. Ou seja, a Administração, a cada instante, pode/deve perquirir sobre a vinculação dos atos com as finalidades que os informam, explicitando em suas conclusões os motivos que a levaram a deliberar de uma ou outra forma.<sup>19</sup>

Ocorre que as obrigações que se impuseram ao Estado Democrático de Direito contemporâneo brasileiro são tantas e tão complexas que isso tem sobrecarregado as administrações públicas com demandas prestacionais cada vez maiores e, para atendê-las (quanto possível), os poderes públicos necessitam constituir programas de ação (políticas públicas) coordenados por prévias diretrizes e prioridades, estas estabelecidas através de fatores que influenciam a construção da agenda governamental, como: os participantes ativos, constituídos pelos atores governamentais – chamados de visíveis (presidente, *staff* do Executivo, políticos nomeados para cargos estratégicos, e a própria burocracia,

<sup>18</sup> Só para citarmos uma situação comum em que a homologação tem as funções acima expostas, podemos fazer referência à homologação dos procedimentos licitatórios, consoante os termos do inc. VI, do art. 43, da Lei de Licitações (nº 8.666/93). Também isso ocorre no processo de concurso público para ocupação de cargos da Administração, pois, ao final, todo o procedimento precisa ser homologado pela autoridade competente.

<sup>19</sup> Importa lembrar que as possibilidades de controle interno exercido pelo instrumento da revogação, eis que mecanismo de desconstituição de ato administrativo próprio, sofrem algumas limitações jurídicas consolidadas pelo tempo, tais como a do *direito adquirido*, o *ato jurídico perfeito* e a *coisa julgada* (art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal de 1988). Diante desses institutos, a revogação pode sofrer limitações ou mesmo se inviabilizar, a despeito da complexidade que envolve tais conceitos, daí a importância do controle interno ser processual, dando-se ao longo da formatação e execução dos atos administrativos, e não somente após estes atos terem já provocado danos. Ver sobre o assunto o trabalho de WERNER, Alain. *Contribution à l'étude de l'application de la loi dans le temps en droit public*. Paris: Dalloz, 1990. p. 721.

parlamentares etc.); atores não governamentais – chamados de invisíveis (grupos de pressão ou interesse, acadêmicos, pesquisadores e consultores, mídia, partidos políticos, opinião pública e mercado).<sup>20</sup>

Essas relações de governabilidade, todavia, são tensas e sempre marcadas por disputas de hegemonia de grupos e interesses nem sempre públicos, legítimos e lícitos, notadamente num modelo de presidencialismo de coalizão como o brasileiro em que, como adverte Robert Gay, as relações clientelísticas em geral sempre foram marcadas pela (in)capacidade dos gestores, maior ou menor, de resolver os conflitos dentro da sociedade na qual os recursos são escassos, alocando os benefícios de forma a gerar um mínimo de aceitação entre os participantes.<sup>21</sup> Isso tem amortecido determinadas reações de indignação e resistência social a tais tipologias governamentais, mas por outro lado mantém a sociedade civil em letargia política, agudizando sua ausência nos processos de tomada de decisão, formatação, execução e avaliação de políticas públicas.<sup>22</sup> Esses ambientes sem controle são nocivos à democracia e propícios à corrupção que vemos em todos os cantos do mundo, mais aguda ainda no Brasil.

Agrega-se a isso o fato de que o Estado e a sociedade brasileira se encontram em situação de ter que decidir cotidianamente questões difíceis (sociedade de riscos) sob o plano ético, técnico, institucional e político, inclusive envolvendo temas até pouco tempo não abordados, como os relacionados à biotecnologia, à manipulação genética, a nanotecnologias, aos casos de degradação ambiental, à eutanásia, à produção e ao consumo de transgênicos etc. O próprio sistema político, em face desses elementos, passa por crises de identidade e eficácia significativas, pois tem de gestar níveis de conflituosidades muito diversos (econômicos, morais, religiosos, entre outros), para os quais não possui respostas imediatas ou prontas, ou que sequer possam ser gestadas a partir da lógica de posições bipolares de esquerda e direita.

<sup>20</sup> Conforme VIANNA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, 1996, p. 8. Ver também o texto de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ato administrativo e direito dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

<sup>21</sup> GAY, Robert. Rethinking clientelism: demands, discourses and practices in contemporary Brazil. *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe/European Review Of Latin American And Caribbean Studies*, v. 65, p. 7-24, 1998.

<sup>22</sup> Robert Putnam lembra que, por esse tipo de troca dar-se vertical e assimetricamente, não há ambiente para o desenvolvimento de organização grupal e de solidariedade horizontal, que impede, dessa forma, a eficácia das instituições (PUTNAM, Robert D. *Bowling alone*. The collapse and revival of American community. New York: Simon Schuster, 2000).

Por tais razões, conforme advertem Cialdini e Nascimento:

O Controle Interno ganha importância na área Estatal em virtude dessa esfera não dispor de mecanismos naturais de correção de desvios, processo que ocorre nas atividades privadas, onde a “competição” e o “lucro” funcionam como potentes instrumentos para reduzir desperdícios, melhorar o desempenho e alocar recursos de forma mais e ciente. O direito de propriedade estatal é dúbio, não existindo a vigilância do “olho do dono”, como na empresa. Por ser dúbio dá margem ao surgimento de grupos de pressão, internos e externos ao aparelho estatal, que procuram explorar o interesse e o patrimônio públicos em proveito próprio. Essa regra geral assume importância peculiar no nosso país, onde as pessoas estão mais preocupadas com seus próprios interesses pessoais que os coletivos e a Justiça ainda é lenta e suave para quem atua à revelia da lei.<sup>23</sup>

Daí porque sustentarmos que o controle interno deve atuar, para além da formatação e execução de políticas públicas, também na avaliação de resultados da gestão pública, principalmente no que tange à eficácia e eficiência da gestão financeira, orçamentária e patrimonial do interesse público, assim como na verificação da eficácia e eficiência da aplicação de recursos por entidades de direito privado, quando aqueles decorrem de convênios ou outras avenças com entes públicos, haja vista o contingente significativo de improbidades administrativas, crimes contra a Administração Pública e outras irregularidades que são cometidas nesse campo.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> CIALDINI, Alexandre Sobreira; NASCIMENTO, Roberto Sérgio. *Controle da execução orçamentária*. Orçamento público: planejamento, execução e controle. Teresina: Universidade Aberta do Nordeste/Fundação Demócrito Rocha. Fascículo 12. 2003. p. 196. Ver também o texto de CELY, Martha Lucia; RAMÍREZ, Fabio Hernández. *El control interno en las entidades estatales*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2010.

<sup>24</sup> Ver o interessante relato que Matteson Ellis faz no artigo *A anatomia da corrupção nos contratos públicos*, mostrando como tem sido fácil fraudar o interesse público: (a) às vezes, as autoridades adjudicantes exigem que os licitantes contratem “consultores” como uma maneira de canalizar o dinheiro de volta para as autoridades. Essa foi a base de uma ação da Baker Hughes e várias ações da Siemens; (b) às vezes, as empresas vão disfarçar pagamentos diretos às autoridades adjudicantes como algo diferente. No caso da Johnson & Johnson, a empresa canalizou dinheiro para entidades adjudicantes em hospitais estatais por meio de agentes de vendas para atribuir “contratos públicos” a médicos, supostamente para realizar treinamentos para a empresa que nunca realmente aconteceram; (c) às vezes, as empresas contratam “especialistas” que, com ou sem o conhecimento da empresa, trabalharam anteriormente para a própria agência adjudicante. Esses indivíduos ainda têm contatos nos gabinetes adjudicantes. Talvez eles até tenham mesmo criado as próprias especificações do concurso em questão. Como ex-autoridades, eles sabem como burlar o sistema; (d) às vezes, pagamentos indevidos, se forem feitos durante a fase de criação do projeto, vão influenciar as autoridades adjudicantes para criar estritamente as especificações de um projeto para beneficiar a empresa que faz os pagamentos; (e) às vezes,

Na mesma linha vai o International Organization of Supreme Audit Institutions – Intosai, ao sustentar que o sistema de controle interno de qualquer organização deve se constituir de processos integrados efetuados pela direção e corpo de funcionários, devendo estar estruturado para enfrentar riscos e fornecer razoável segurança de que na consecução da missão da entidade os seguintes objetivos gerais serão alcançados: execução ordenada, ética econômica eficiente e eficaz das operações; cumprimento das obrigações de *accountability*; cumprimento das leis e regulamento aplicáveis; e salvaguarda dos recursos para evitar perdas, mau uso e danos a terceiros.<sup>25</sup>

Igualmente importante é trabalharmos constantemente à maturação do controle interno, principalmente atentando para alguns princípios e diretrizes que o informam como sistema, entre os quais: (a) instituir plano de organização com apropriada repartição de responsabilidades; (b) contar com regime de autorização e de registros contábeis que assegurem controle sobre as fontes das receitas, dos investimentos, financiamentos e sistema de resultados obtidos (positivos e negativos), bem como mecanismos de avaliação permanente de cada fase dos atos administrativos, ou de metas das instituições; (c) demarcar de forma precisa a responsabilidade dos colaboradores na execução das funções que lhe foram atribuídas buscando qualidade e comprometimento em nível adequado; (d) operar de forma constante e em tempo real diante dos atos administrativos praticados pelos órgãos e agentes públicos, justamente para evitar a consolidação de irregularidades e ilicitudes.<sup>26</sup>

Tal sistema vem sendo forjado com a edição de várias normas e regulamentos para o cumprimento de seu desiderato, bem antes da Constituição de 1988, basta lembrarmos que, em 1936, fora criado o Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP, surgindo o que podemos chamar de as primeiras práticas de controle no Brasil.

---

projetistas procuram ativamente incluir características técnicas complicadas na proposta. Quanto mais técnica, mais espaço uma autoridade tem para usar de discricão no processo de seleção para favorecer um licitante em detrimento de outro (ELLIS, Matteson. A anatomia da corrupção nos contratos públicos. *FCPA Américas*, 7 nov. 2014. Disponível em: <<http://fcpamericas.com/portuguese/anatomia-da-corrupcao-nos-contratos-publicos/#>>. Acesso em: 18 out. 2017).

<sup>25</sup> INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS – INTOSAI. Guia para normas de controle interno. Tradução de Heloísa Garcia Vidal Pinto. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, Brasília, 1993. p. 19.

<sup>26</sup> Ver o texto de SÁ, Antônio Lopes de. *Curso de auditoria*. São Paulo: Atlas, 2000. Ver também, como marcos normativos exemplificativos, no âmbito do controle contábil, a Lei nº 4.320/64, em especial seus arts. 75 a 80, atualizada e consolidada pelo Decreto nº 93.872/86 e, ainda, pelas portarias da Secretaria do Tesouro Nacional (STN), de nº 163, de 4.5.2001.

Buscava-se racionalizar a administração mediante simplificações, padronizações e aquisição racional de materiais, revisão de estruturas e aplicações de métodos na definição de procedimentos.<sup>27</sup> Importante normativa nessa direção foi também a Lei Federal nº 4.320/64, quando determina que o Poder Executivo – e isso serve de referência para os demais poderes – exercerá três tipos de controle da execução orçamentária: a legalidade dos atos de que resultem a arrecadação da receita ou a realização da despesa, o nascimento ou extinção de direitos e obrigações; a fidelidade funcional dos agentes da administração responsáveis por bens e valores públicos; e o cumprimento do programa de trabalho expresso em termos monetários e em termos de realização de obras e prestações de serviços.

Da mesma forma a Lei Complementar nº 101, de 4.5.2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, passou a exigir a instituição de um sistema de controle interno da Administração, assegurando transparência aos atos administrativos e permitindo à sociedade acesso às informações acerca da gestão dos recursos públicos.<sup>28</sup>

Mas para que o acesso às informações públicas possa ser confiável é preciso que elas próprias sejam constituídas de maneira legítima e controlável através de procedimentos formais passíveis de monitoramento e fiscalização.

O sistema de controle interno de que estamos falando em regra está estruturado em monitoramento de regularidade e operacional, tendo o primeiro alguns objetivos recorrentes, a saber: (a) certificar-se de que as entidades responsáveis cumpriram sua obrigação de prestar contas, o que inclui o exame e a avaliação dos registros orçamentários, financeiros, contábeis e patrimoniais e a emissão de relatório sobre as demonstrações contábeis; (b) emitir parecer sobre as contas do governo; (c) verificar a probidade e a adequação das decisões administrativas adotadas pelos órgãos e entidades da Administração Pública, assim como pelos demais responsáveis por bens, valores e dinheiros públicos.

Já o monitoramento operacional costuma atentar para a eficiência, eficácia, efetividade, economicidade, equidade e questões ambientais

<sup>27</sup> Ver o texto de FERRAZ, Luciano de Araújo. *Controle da Administração Pública: elementos para a compreensão dos tribunais de contas*. Belo Horizonte: Andamentos, 1999. Ver também o texto de GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externos e internos da Administração Pública e os Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

<sup>28</sup> Veja-se que a essas normas se associam outras que igualmente visam ampliar o controle dos atos dos administradores públicos, entre as quais: (a) a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 1º.8.2013, e Decreto nº 8.420, de 18.3.2015); (b) a Lei do Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 18.11.2011); (c) a Lei de Conflito de Interesses (Lei nº 12.813, de 16.5.2013).

de organizações, políticas, programas e projetos públicos, e tem como principais objetivos avaliar se: (a) a Administração está desempenhando suas atividades com economicidade, de acordo com princípios, práticas e políticas administrativas corretas; (b) o pessoal e os recursos materiais, financeiros, tecnológicos e de qualquer outra natureza estão sendo utilizados com eficiência, inclusive os sistemas de informação; (c) se os procedimentos de mensuração, controle e avaliação de desempenho e de resultados estão adequados e aplicados de forma sistemática pelos órgãos e entidades da Administração; (d) se foram adotadas pelos entes auditados as providências para sanar as deficiências detectadas em auditorias anteriores; (e) se os programas, projetos, atividades, operações e ações governamentais estão atingindo a efetividade e a equidade pretendidas em relação ao alcance de seus objetivos; (f) se estão sendo alcançados os objetivos e os resultados pretendidos.<sup>29</sup>

Esses monitoramentos em nível de controle interno podem e devem ser realizados concomitantemente, porquanto constituem ferramentas do sistema de controle: a auditoria de regularidade sendo preparatória para a operacional, e esta última levando à correção de situações causadoras de não conformidades.<sup>30</sup>

## 5 Considerações finais

A importância de permanente inovação no que tange ao controle da Administração Pública – destacando-se aqui o controle interno – é tão somente refração da atual conjuntura por que passam os próprios poderes públicos nacionais, vez que estão no centro dos problemas – particularmente os de corrupção – que atingem em cheio e de forma violenta a sociedade como um todo.

É de se ver que a propalada e real crise política, ética e moral que assola a história do país, associada ao desemprego e empobrecimento de

<sup>29</sup> Há autores inclusive que defendem a tese de que: “É indispensável ampliar o instrumental de controle democrático, indo muito além dos institutos do direito de informação e do direito de petição. É imperioso instituir autoridades políticas e administrativas independentes que sejam investidas de garantias contra os ocupantes do poder e que disponham de competência para fiscalizar a conduta de qualquer exercente de poder estatal” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 734). Talvez a auditoria interna de profissionais do setor privado também possa auxiliar nesse processo.

<sup>30</sup> Conforme as políticas do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCU/RS. *Normas de Auditoria Governamental – NAGs: aplicáveis ao controle externo*. Curitiba: Instituto Rui Barbosa, 2010. Disponível em: <[http://www.controlepublico.org.br/files/Proposta-de-Anteprojeto-NAGs\\_24-11.pdf](http://www.controlepublico.org.br/files/Proposta-de-Anteprojeto-NAGs_24-11.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2017). Ver também nessa direção o trabalho de IVÁNEGA, Miriam Mabel. *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000.



sua gente, mais o fracasso da maioria das políticas destinadas a enfrentá-la, exigindo sacrifícios significativos da população, têm fomentado sentimentos de insegurança e impotência face o futuro, bem como o crescimento da descrença nas normas e nas instituições públicas como matriz de valores e paradigma de conduta.<sup>31</sup>

Nas palavras de Frederico Costa, a erosão da cultura cívica e do próprio tecido social também favorece a impunidade, a intensificação do uso do jeitinho ou da simples violação da lei e as estratégias da dissimulação, da violência e do enclausuramento individual e familiar. “É esse estado de coisas, a esse mundo do vale tudo, que Wanderlei Guilherme dos Santos chama de sociedade hobbesiana”.<sup>32</sup>

Tudo isso está a exigir da Administração Pública ações efetivas e contínuas de controle de suas ações, pena de agravar ainda mais o quadro de descrença em que se encontra diante de sua cidadania. Para tanto, importa incrementar/innovar em instrumentos e mecanismos de autocontrole, visando o maior grau e amplitude de aparecimento e visibilidade de seus andares.

Para além disto, queremos realçar neste trabalho a dimensão temporal do controle interno, pois temos que a sua modalidade de prévio ou preventivo, enquanto o que antecede a execução de determinada ação ou ato administrativo, sempre resultará em maiores benefícios à Administração Pública como um todo, pois a chance de se desviar de suas finalidades será menor.<sup>33</sup>

De igual sorte, o controle interno concomitante ou sucessivo, que acompanha a realização do ato para verificar a regularidade no momento em que este ocorre, evita em muito o cometimento de falhas, desvios ou fraudes muito comuns na fase executiva dos atos e contratos administrativos.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Ver nossos livros: (1) LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013; (2) Responsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade. *FMP*, Porto Alegre, 2017. Disponível em: <<https://www.fmp.edu.br/2responsabilidade-penal-do-patrimonio-ilicito-como-ferramenta-de-enfrentamento-da-criminalidade/>>.

<sup>32</sup> COSTA, Frederico Lustosa da. Estado, reforma do Estado e democracia no Brasil da nova república. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 4, 1998. p. 75.

<sup>33</sup> Como nos lembra Ivanega: “Existe acuerdo en que el control no puede constituir una parte o sector independiente o escindible de una organización, ya que debe estar presente y aplicarse en cada una de las tareas asignadas a aquella” (IVÁNEGA, Miriam Mabel. *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000. p. 68).

<sup>34</sup> Ver o trabalho de PEREIRA, Ricardo Martins; FERNANDES, Maria Luciene Cartaxo. *Controle interno – Enfoque municipal*. Recife: Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, 2000.



O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul tem aprimorado os debates e mesmo as orientações que prestam aos municípios gaúchos sobre o tema do controle dos atos da Administração Pública, sustentando que este deve se dar observando a especificação de alguns elementos que podem auxiliar na profundidade qualitativa de tal atividade, entre os quais: (a) a identificação detalhada dos fatos ocorridos e eventualmente das irregularidades demarcadas; (b) a individualização das razões e motivos que levaram ao descumprimento de normas legais, isso porque a delimitação adequada das causas do ocorrido, com precisão, permite a elaboração de recomendações adequadas e construtivas; (c) a insistência do Tribunal de Contas de que qualquer sistema de controle (inclusive o interno) deve levar em conta a opinião do auditado acerca dos achados constatados e das recomendações propostas pela auditoria, para então proceder à conclusão sobre o assunto; (d) as ações de controle devem gerar sugestões de providências concretas para equacionar os problemas identificados na gestão pública.<sup>35</sup>

Veja-se que, operando-se o controle interno da maneira como estamos referindo aqui, mesmo que não consiga enfrentar satisfatoriamente os atos de corrupção, desvio de finalidade pública e abuso de poder, ao menos estará gerando elementos subsistentes para que o controle jurisdicional possa agir em tempo e modo oportunos para tentar evitar – de forma inclusive preventiva e cautelarmente – que danos sejam perpetrados ao patrimônio e interesses públicos, os quais, uma vez consolidados, trazem muitas dificuldades de serem plenamente recuperados.

Todavia, de nada adianta a previsão jurídica possibilitadora de maximizar a eficácia social das instituições oficiais através de formas e fórmulas de autocontrole, se tais normas são esvaziadas pela interpretação ou omissão irresponsável de gestores descomprometidos com a natureza comunitária que informa a própria existência daquelas.

<sup>35</sup> Ver o documento no *site* do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul: TCU/RS. *Normas de Auditoria Governamental – NAGs*: aplicáveis ao controle externo. Curitiba: Instituto Rui Barbosa, 2010. Disponível em: <[http://www.controlepublico.org.br/files/Proposta-de-Anteprojeto-NAGs\\_24-11.pdf](http://www.controlepublico.org.br/files/Proposta-de-Anteprojeto-NAGs_24-11.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2017.

## Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ato administrativo e direito dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CASTRO, Alba Tereza Barroso de. Espaço público e cidadania: uma introdução ao pensamento de Hanna Arendt. *Revista Serviço Social & Sociedade*, São Paulo, v. 59, 1999.
- CAUPERS, João. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1998.
- CELY, Martha Lucia; RAMÍREZ, Fabio Hernández. *El control interno en las entidades estatales*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2010.
- CIALDINI, Alexandre Sobreira; NASCIMENTO, Roberto Sérgio. *Controle da execução orçamentária*. Orçamento público: planejamento, execução e controle. Teresina: Universidade Aberta do Nordeste/Fundação Demócrito Rocha. Fascículo 12. 2003.
- CORREIA, Fernando Alves. *Alguns conceitos de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1999.
- COSTA, Frederico Lustosa da. Estado, reforma do Estado e democracia no Brasil da nova república. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 4, 1998.
- CRETELLA JR., José. Ato político. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 95, 1973.
- ELLIS, Matteson. A anatomia da corrupção nos contratos públicos. *FCPA Américas*, 7 nov. 2014. Disponível em: <<http://fcpamericas.com/portuguese/anatomia-da-corrupcao-nos-contratos-publicos/#>>. Acesso em: 18 out. 2017.
- FERRAZ, Luciano de Araújo. *Controle da Administração Pública: elementos para a compreensão dos tribunais de contas*. Belo Horizonte: Andamentos, 1999.
- FERRAZ, Sérgio. Controle da Administração Pública na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 4, 1993.
- FERREIRA, Sérgio D'Andréa. *O controle da Administração Pública pelo Judiciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Druma, 1994.
- FORTINI, Cristiana; SILVEIRA, Raquel Dias da. Perspectiva constitucional do controle interno. In: FORTINI, Cristiana; IVANEGA, Miriam Mabel (Coord.). *Mecanismos de controle interno e sua matriz constitucional: um diálogo entre Brasil e Argentina*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.
- GAY, Robert. Rethinking clientelism: demands, discourses and practices in contemporary Brazil. *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe/European Review Of Latin American And Caribbean Studies*, v. 65, p. 7-24, 1998.
- GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externos e internos da Administração Pública e os Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS – INTOSAI. *Guia para normas de controle interno*. Tradução de Heloisa Garcia Vidal Pinto. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, Brasília, 1993.

IVANECA, Miriam Mabel. *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. *Responsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade*. FMP, Porto Alegre, 2017. Disponível em: <<https://www.fmp.edu.br/2responsabilidade-penal-do-patrimonio-ilicito-como-ferramenta-de-enfrentamento-da-criminalidade/>>.

LOLLI, Augusto. *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico*. Studio sulla qualificazione giuridica. Milano: Giuffrè, 2000.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO; CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Instrução Normativa Conjunta MP/CGU nº 01*. 2016. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in\\_cgu\\_mpopg\\_01\\_2016.pdf](http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in_cgu_mpopg_01_2016.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2017.

NEVADO-BATALLA MORENO, P. T. *La intervencion administrativa en la industria: Seguridad y control*. Granada: Civitas, 2000.

PEREIRA, Ricardo Martins; FERNANDES, Maria Luciene Cartaxo. *Controle interno – Enfoque municipal*. Recife: Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, 2000.

PETERS, Giordano. *La pubblica amministrazione*. Bologna: Daltricc, 1999.

PUTNAM, Robert D. *Bowling alone*. The collapse and revival of American community. New York: Simon Schuster, 2000.

SÁ, Antônio Lopes de. *Curso de auditoria*. São Paulo: Atlas, 2000.

TCU/RS. *Normas de Auditoria Governamental – NAGs: aplicáveis ao controle externo*. Curitiba: Instituto Rui Barbosa, 2010. Disponível em: <[http://www.controlepublico.org.br/files/Proposta-de-Anteprojeto-NAGs\\_24-11.pdf](http://www.controlepublico.org.br/files/Proposta-de-Anteprojeto-NAGs_24-11.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2017.

VIANNA, Ana Luiza. *Abordagens metodológicas em políticas públicas*. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, 1996.

VIDAL, Heloisa Garcia Pinto. *Controle interno: um enfoque metodológico na gestão pública*. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 24, 1996.

WAGNER, Fernando. *La construccion del Estado y del derecho administrativo*. Madrid: Gedisa, 2001.

WERNER, Alain. *Contribution à l'étude de l'application de la loi dans le temps en droit public*. Paris: Dalloz, 1990.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LEAL, Rogério Gesta. Razões de importância do controle interno da Administração Pública. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 221-242. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO E INVALIDAÇÃO DO PROVIMENTO ORIGINÁRIO DE CARGOS PÚBLICOS EFETIVOS

VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA

## 1 Introdução

Os cargos de provimento efetivo asseguram aos seus titulares todo um conjunto específico de garantias fundamentais, entre as quais merecem destaque a estabilidade, a disponibilidade e o regime próprio de previdência.<sup>1</sup>

Com a entrada em vigor da Constituição Federal, o acesso a esses cargos passou a exigir a aprovação em *concurso público*, nos termos de seu art. 37, I a IV.<sup>2</sup> Ademais, o art. 18<sup>3</sup> do Ato das Disposições

---

<sup>1</sup> Vide os arts. 37 a 41 da Constituição Federal. Sobre a matéria, consultar: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime dos servidores da Administração direta e indireta (direitos e deveres)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

<sup>2</sup> Esses enunciados constitucionais têm a seguinte redação: “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: I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período; IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira; [...]”.

<sup>3</sup> Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 18. Ficam extintos os efeitos jurídicos de qualquer ato legislativo ou administrativo, lavrado a partir da instalação da

Constitucionais Transitórias determinou expressamente a extinção dos efeitos de atos legislativos ou administrativos, expedidos a partir da data de instalação da Assembleia Nacional Constituinte, que tinham outorgado estabilidade para servidores admitidos sem concurso público na Administração direta e indireta de todos os entes federativos.

É importante anotar que o art. 19<sup>4</sup> do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabeleceu regras de transição para aquelas pessoas que ocupavam cargos de provimento efetivo sem prévio concurso público quando a Constituição Federal entrou em vigor.

Ainda assim, o art. 243, *caput*,<sup>5</sup> da Lei Federal nº 8.112, de 11.12.1990,<sup>6</sup> determinou a subordinação de todos os então servidores da União e das pessoas jurídicas de direito público da Administração Pública Federal ao regime constitucional dos titulares de cargo de provimento efetivo, ressalvados contratados por prazo determinado.<sup>7</sup> Os estados-membros, o Distrito Federal e os municípios expediram providências legislativas similares.

De todo modo, a relevância do concurso público para o regime jurídico-administrativo foi inequivocamente ressaltada pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula Vinculante nº 43.<sup>8</sup>

---

Assembleia Nacional Constituinte, que tenha por objeto a concessão de estabilidade a servidor admitido sem concurso público, da administração direta ou indireta, inclusive das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público”.

<sup>4</sup> Esses enunciados constitucionais têm a seguinte redação: “Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público. §1º O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei. §2º O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do “caput” deste artigo, exceto se se tratar de servidor. §3º O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei”.

<sup>5</sup> Esse enunciado legal tem a seguinte redação: “Art. 243. Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 – Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação”.

<sup>6</sup> “Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”.

<sup>7</sup> Registre-se que a constitucionalidade desse dispositivo legal é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.968/DF, pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal. O atual relator do referido processo é o Ministro Gilmar Mendes.

<sup>8</sup> Esse enunciado normativo tem a seguinte redação: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso

O objetivo do presente ensaio é examinar a validade das nomeações para cargos de provimento efetivo realizadas sem o devido concurso público. Notadamente, em face dos arts. 18 e 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, do art. 243, *caput*, da Lei Federal nº 8.112/1990, e da Súmula Vinculante nº 43 do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, emprega-se aqui a metodologia preconizada pela dogmática jurídica, tomando-se por base empírica o sistema do direito positivo brasileiro, fundado na Constituição Federal vigente.<sup>9</sup>

## 2 Concurso público na Constituição Federal

Em rigor, o concurso público é um processo administrativo<sup>10</sup> de natureza concorrencial que tem por objetivo selecionar pessoas físicas para o provimento de cargos públicos ou para a contratação destinada a empregos públicos. Pode ser de provas ou de provas e títulos, devendo em ambos os casos se garantir a aplicação dos requisitos de acesso estabelecidos em lei para o preenchimento dos cargos ou empregos públicos postos em disputa, com avaliações compatíveis com a natureza e a complexidade das atividades que eles abrangem.<sup>11</sup>

---

público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido". Vide também a Súmula nº 685 do Supremo Tribunal Federal.

<sup>9</sup> Sobre a matéria, consultar: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991; KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997; VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>10</sup> Entenda-se por processo administrativo a sucessão itinerária e encadeada de atos jurídicos, todos eles tendentes a um resultado final e conclusivo: um ato jurídico administrativo. Sobre a matéria, consultar: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014; HARGER, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001; e MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>11</sup> Vide o art. 37, I e II, da Constituição Federal; vide a Súmula nº 14, a Súmula nº 683, a Súmula nº 684, a Súmula Vinculante nº 44, todas do Supremo Tribunal Federal; vide a Súmula nº 266, a Súmula nº 377, a Súmula nº 552, todas do Superior Tribunal de Justiça. Sobre a matéria, consultar: MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 199-226.

O resultado do concurso público tem o prazo de eficácia de dois anos, prorrogável por igual período, a critério da autoridade competente.<sup>12</sup> Durante esse lapso temporal, os candidatos classificados têm o direito subjetivo à prioridade na convocação, observada a ordem de classificação constante do resultado em apreço.<sup>13</sup>

Esse prazo, ressalte-se, serve para limitar o exercício de competências legislativas e administrativas. Não constitui impedimento para que o Poder Judiciário determine a nomeação do administrado para se restaurar a sua esfera de direitos em face de ilegalidade ou abuso de poder, sob pena de se comprometer a efetividade da garantia fundamental constante do art. 5º, XXXV,<sup>14</sup> da Constituição Federal. Esse assunto será retomado mais adiante.

Existe o dever jurídico de realizar o concurso público nas seguintes situações: (i) para o provimento de cargos efetivos;<sup>15</sup> (ii) para o provimento de cargos vitalícios, no ingresso nas carreiras da magistratura e do Ministério Público;<sup>16</sup> (iii) para o preenchimento de empregos públicos;<sup>17</sup> e (iv) para a designação de atividade notarial e de registro.<sup>18</sup>

O concurso público não deve ser realizado nas seguintes hipóteses: (i) para o provimento de cargos comissionados, que são de livre nomeação e exoneração pela autoridade competente;<sup>19</sup> (ii) para o provimento de cargos temporários;<sup>20</sup> (iii) para a contratação de diretores ou gerentes no âmbito das pessoas jurídicas de direito privado da Administração Pública;<sup>21</sup> (iv) para a contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público;<sup>22</sup> (v) para a

<sup>12</sup> Vide o art. 37, III, da Constituição Federal; vide a Súmula nº 15 do Supremo Tribunal Federal.

<sup>13</sup> Vide o art. 37, IV, da Constituição Federal.

<sup>14</sup> Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]”.

<sup>15</sup> Vide o art. 37, II, o art. 96, I, “e”, o art. 131, §2º, o art. 132, o art. 134, §1º, o art. 206, V, da Constituição Federal.

<sup>16</sup> Vide o art. 93, I, e o art. 129, §3º, ambos da Constituição Federal.

<sup>17</sup> Vide o art. 37, II, da Constituição Federal.

<sup>18</sup> Vide o art. 236, §3º, da Constituição Federal.

<sup>19</sup> Vide o art. 37, I e II, da Constituição Federal.

<sup>20</sup> Vide o art. 52, III, “f”, o art. 103-B, XII e XIII, o art. 119, II, o art. 120, III, e o art. 130-A, V e VI, todos da Constituição Federal.

<sup>21</sup> Vide o art. 173, §1º, II, da Constituição Federal.

<sup>22</sup> Vide o art. 37, IX, da Constituição Federal. Mas, nessa hipótese, não há como se afastar a exigibilidade de algum processo administrativo concorrencial, ainda que mais simples que o concurso público, quando tal procedimento não comprometer a eficiência administrativa.



admissão de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias;<sup>23</sup> e (vi) para o provimento de cargos vitalícios de (vi.1) ministro do Supremo Tribunal Federal,<sup>24</sup> (vi.2) ministro de Tribunal Superior,<sup>25</sup> (vi.3) ministro do Tribunal de Contas da União ou conselheiro do Tribunal de Contas do Estado,<sup>26</sup> e (vi.4) desembargador federal ou desembargador do Tribunal de Justiça vinculado ao quinto constitucional.<sup>27</sup>

Como a norma que determina a obrigatoriedade da realização do concurso público tem natureza constitucional, ela pode ser identificada como princípio jurídico.<sup>28</sup> De todo modo, tal dever jurídico tem relação direta com os princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade e da eficiência administrativas.<sup>29</sup>

### 3 Nomeação como ato administrativo

A nomeação é o ato jurídico administrativo<sup>30</sup> mediante o qual se designa uma pessoa física para ser titular de um cargo público.<sup>31</sup> O cargo público, recorde-se, é um conjunto de competências instituído por lei, que existe com denominação própria, número específico, cujo exercício deve ser em regra remunerado.<sup>32</sup>

<sup>23</sup> Vide o art. 198, §4º, da Constituição Federal. Essa norma é de constitucionalidade discutível em face do art. 37, *caput*, e II, da Constituição Federal. De todo modo, pode-se afirmar que o processo seletivo público mencionado no art. 198, §4º, da Lei Maior, somente pode ser afastado mediante decisão fundamentada da autoridade competente.

<sup>24</sup> Vide o art. 101 da Constituição Federal.

<sup>25</sup> Vide o art. 104, o art. 111-A, e o art. 123, todos da Constituição Federal.

<sup>26</sup> Vide o art. 73 e o art. 75, ambos da Constituição Federal.

<sup>27</sup> Vide o art. 94 da Constituição Federal.

<sup>28</sup> Sobre a matéria, consultar: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003; SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 60-84.

<sup>29</sup> Vide o art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

<sup>30</sup> Como já se disse em outra oportunidade, o ato jurídico administrativo é “o fato jurídico cujo suporte fático é composto por uma declaração (ou manifestação) do Estado (ou de quem esteja no exercício de prerrogativas públicas), expedida numa posição de autoridade, destinada à produção dos efeitos jurídicos previstos em lei (ou excepcionalmente na própria Constituição) e necessários para a concretização de interesse público, sem prejuízo do controle jurisdicional” (FRANÇA, Vladimir da Rocha. Princípio da motivação no direito administrativo. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo Direito Administrativo e Constitucional. Coordenado por Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/124/edicao-1/principio-da-motivacao-no-direito-administrativo>>).

<sup>31</sup> Em se tratando de emprego público, tem-se a contratação.

<sup>32</sup> Sobre a matéria, consultar: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 259-260.

Trata-se de ato jurídico em sentido estrito, uma vez que a extensão e a intensidade de seus efeitos jurídicos são previamente estabelecidas em lei, sem que o seu emissor possa modificá-los.<sup>33</sup> Contudo, o momento para a sua expedição é, em regra, submetido ao juízo de oportunidade de quem o emite.<sup>34</sup>

É importante salientar que o nomeado somente se torna agente público quando há a *investidura*. Esse efeito jurídico decorre, por sua vez, de outro ato jurídico em sentido estrito – a *posse* –, a ser praticado pelo nomeado na forma da lei.<sup>35</sup>

Como todo ato jurídico, a nomeação tem três elementos: (i) o *sujeito*, que compreende o emissor do ato; (ii) o *objeto*, consubstanciado no efeito jurídico que se pretende produzir com a emissão do ato; e, por fim, (iii) a *forma*, ou seja, o revestimento exterior do ato.<sup>36</sup>

A validade da nomeação exige o atendimento aos seguintes pressupostos: (i) a competência do sujeito;<sup>37</sup> (ii) a juridicidade do objeto;<sup>38</sup> (iii) o motivo, ou seja, os pressupostos de fato e de direito que autorizam

<sup>33</sup> Sobre a matéria, consultar: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 218-221.

<sup>34</sup> Portanto, há nesse aspecto *discricionariedade administrativa*. Mas se tem reconhecido o direito subjetivo à nomeação para candidatos aprovados em concursos públicos em algumas situações específicas, hipóteses em que se nega espaço para o juízo de oportunidade da autoridade administrativa. Sobre o fenômeno da discricionariedade administrativa, consultar: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 285-288; FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. Sobre a controvérsia em torno o direito à nomeação, consultar: MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 225-228; SUNDFELD, Carlos Ari. O concurso público e o direito à nomeação. In: SUNDFELD, Carlos Ari et al. *Estudos de direito administrativo: em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 11-18.

<sup>35</sup> O nomeado tem direito subjetivo a realizar a posse, salvo se houver alguma invalidade na nomeação que o beneficiou. *Vide* a Súmula nº 16 e a Súmula nº 17, ambas do Supremo Tribunal Federal. Sobre a matéria, consultar: FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre a nomeação, a posse e o exercício em cargo público na Lei 8.112/1990. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, ano 1, v. 3, p. 111-134, nov./dez. 2013.

<sup>36</sup> *Vide* o art. 104 e o art. 185, ambos da Lei Federal nº 10.406, de 10.1.2002 (“Institui o Código Civil”).

<sup>37</sup> *Vide* o art. 104, I, o art. 166, I, o art. 171, I, e o art. 185, todos do Código Civil; *vide* o art. 2º, “a”, e parágrafo único, “a”, da Lei Federal nº 4.717, de 29.6.1965 (“Regula a ação popular”); *vide* o art. 2º, *caput*, e os arts. 11 a 17, da Lei Federal nº 9.784, de 29.1.1999 (“Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”).

<sup>38</sup> *Vide* o art. 104, II, o art. 166, II e VII, e o art. 185, todos do Código Civil; *vide* o art. 2º, “c”, e parágrafo único, “c”, da Lei Federal nº 4.717/1965; *vide* o art. 2º, *caput*, e parágrafo único, I, da Lei Federal nº 9.784/1999.

a expedição do ato;<sup>39</sup> (iv) a finalidade, isto é, o interesse público que se deseja atingir com sua emissão;<sup>40</sup> (v) os requisitos procedimentais, que são os atos jurídicos que devem precedê-lo ou sucedê-lo;<sup>41</sup> (vi) a formalização, consubstanciada no revestimento exterior que ele deve ter.<sup>42</sup>

A competência para nomear é reservada ao chefe do Poder Executivo,<sup>43</sup> ao presidente do órgão legislativo<sup>44</sup> ou ao presidente do Tribunal,<sup>45</sup> dependendo do poder do Estado. No âmbito do Poder Executivo da União, essa competência pode ser delegada ao ministro de Estado, ao procurador-geral da República e ao advogado-geral da União.<sup>46</sup>

Se a nomeação foi expedida por autoridade incompetente, e esse for seu único vício de validade, admite-se que o referido ato administrativo possa ser convalidado por aquela que o seja.<sup>47</sup> Trata-se, portanto, de uma anulabilidade.

Quanto à juridicidade do objeto, registre-se que somente pode ser nomeada pessoa física, sob pena de nulidade nesse requisito. Ainda no que diz respeito a esse pressuposto de validade, merece destaque que o cargo designado deve ser aquele que foi disputado no concurso público, quando esse processo administrativo é exigido para tal provimento.

Convém anotar que o nomeado tem o ônus de tomar posse no cargo que lhe foi designado dentro do prazo legal, sob pena de o ato administrativo em apreço perder sua eficácia.

No que concerne ao motivo, o nomeado deve preencher as condições constitucionais e legais que lhe são exigidas para sua designação para o cargo que integra o objeto do ato administrativo em questão.

<sup>39</sup> Vide o art. 2º, “d”, e parágrafo único, “d”, da Lei Federal nº 4.717/1965.

<sup>40</sup> Vide o art. 166, III e VI, e o art. 185, ambos do Código Civil; vide o art. 2º, “e”, e parágrafo único, “e”, da Lei Federal nº 4.717/1965.

<sup>41</sup> Vide o art. 166, V, e o art. 185, ambos do Código Civil; vide o art. 2º, “b”, e parágrafo único, “b”, da Lei Federal nº 4.717/1965; vide o art. 2º, *caput*, e parágrafo único, VIII a XII, da Lei Federal nº 9.784/1999.

<sup>42</sup> Vide o art. 104, III, o art. 166, IV, e o art. 185, todos do Código Civil; vide o art. 2º, “b”, e parágrafo único, “b”, da Lei Federal nº 4.717/1965; vide o art. 2º, *caput*, e parágrafo único, VII, o art. 22, e o art. 50, todos da Lei Federal nº 9.784/1999.

<sup>43</sup> Vide o art. 84, XXV, da Constituição Federal.

<sup>44</sup> Vide o art. 51, IV, e o art. 52, XIII, ambos da Constituição Federal.

<sup>45</sup> Vide o art. 96, I, “c” e “e”, da Constituição Federal.

<sup>46</sup> Vide o art. 84, parágrafo único, da Constituição Federal. Com efeito, assegura-se ao Ministério Público a autonomia administrativa e financeira, enquanto função essencial à Justiça, nos termos do art. 127, §2º, da Constituição Federal. Contudo, não há como se negar que o chefe desse órgão somente pode expedir os atos de nomeação no exercício de competência delegada pelo chefe do Poder Executivo, por injunção do art. 85, parágrafo único, do texto constitucional.

<sup>47</sup> Vide o art. 55 da Lei Federal nº 9.784/1999. Sobre a matéria, consultar: FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 158-160.

Se a pessoa beneficiada não preencher algum desses requisitos, esse ato jurídico padecerá de nulidade.

Como todo ato jurídico administrativo, a nomeação deve ser emitida para se atender a um interesse público. Caso ela seja exarada para se atingir fim ilícito, surpreende-se o desvio de finalidade e, por conseguinte, a nulidade desse ato jurídico.

A legitimidade da nomeação pressupõe que ela seja precedida do devido processo administrativo. Em se tratando da nomeação para todos os cargos efetivos e para a maioria dos cargos vitalícios, exige-se que esse ato jurídico seja precedido de concurso público, sem prejuízo dos demais requisitos procedimentais que a lei exigir para sua validade e eficácia.<sup>48</sup>

É justamente por imperativo do princípio do concurso público que a nomeação é considerada a única forma de *provimento originário*<sup>49</sup> admitida no sistema do direito positivo.

Inclusive, a Constituição Federal *expressamente* prescreve como *nulas* as nomeações para os cargos efetivos que não tenham sido precedidas do devido processo de concurso público, conforme seu art. 37, II, e §2º.<sup>50</sup> Essa norma também incide sobre a investidura da maioria dos cargos vitalícios, à luz de uma interpretação sistemática da Lei Maior.

Recorde-se que o concurso público é um requisito procedimental estabelecido diretamente pela Constituição Federal, tendo sido reconhecido como imprescindível por meio da Súmula Vinculante nº 43 do Supremo Tribunal Federal.

Logo, a ausência de prévio concurso público, ou a presença de nulidade nesse processo administrativo, ou mesmo o exaurimento de sua eficácia, comprometem decisivamente a validade da nomeação, ou seja, tornam-na nula.

<sup>48</sup> Vide, por exemplo, o art. 21 da Lei Complementar Federal nº 101, de 4.1.2000 (“Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências”).

<sup>49</sup> Sobre a matéria, convém transcrever a seguinte lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “O provimento *autônomo* ou *originário* é aquele em que alguém é preposto no cargo independentemente do fato de ter, não ter, haver ou não haver tido algum vínculo com cargo público. Vale dizer, o provimento não guarda qualquer relação com a anterior situação do provido. Por isto se diz *autônomo* ou, então, *originário*. A única forma de provimento originário é a *nomeação*, a qual se define, pois, como o provimento *autônomo* de um servidor em cargo público” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 314).

<sup>50</sup> Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 37. [...] §2º A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”.

Entretanto, não se pode descartar a possibilidade de que a ausência ou falha de outro requisito procedimental possa ser sanável e, por conseguinte, enquadrada como anulabilidade na nomeação.

Por fim, a nomeação apresenta grande rigor na formalização, notadamente no que diz respeito à publicidade. Afinal, o controle da impessoalidade e moralidade administrativas impõe a plena acessibilidade aos provimentos de cargos públicos para os administrados em geral.

Caso a nomeação não seja publicada, não há como se negar a presença de nulidade nesse ato administrativo, ainda que o nomeado tenha tomado posse e entrado em exercício.

A nomeação para cargos de provimento efetivo e de provimento vitalício devem ser motivadas, justamente para se permitir o melhor controle de juridicidade. Mas se a motivação for omitida ou defeituosamente realizada nessas situações, não se deve afastar a possibilidade de convalidação. Não se pode perder de vista que não há aqui discricionariedade administrativa quanto ao motivo, que pode ser exposto após a expedição do ato sem prejuízo a interesse público.

Já a motivação para cargos de provimento comissionado mostra-se dispensável, até mesmo por questões de eficiência administrativa.

#### 4 Invalidação da nomeação e direitos do nomeado

Constatada a presença de invalidade na nomeação, impõe-se a *invalidação administrativa*<sup>51</sup> ou *judicial*<sup>52</sup> do ato administrativo em apreço, salvo se admissível a sua *convalidação*.<sup>53</sup>

Em homenagem às garantias associadas ao devido processo legal,<sup>54</sup> a invalidação administrativa da nomeação deve ser precedida

<sup>51</sup> Vide os arts. 53 e 54 da Lei Federal nº 9.784/1999; vide a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal. Sobre a matéria, consultar: FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 136-142.

<sup>52</sup> Vide o art. 5º, XXXV, LXIX e LXXIII, e o art. 129, III, ambos da Constituição Federal. Sobre a matéria, consultar: FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000; FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 136-142.

<sup>53</sup> Adota-se aqui a posição de que somente há discricionariedade entre a invalidação administrativa e a convalidação diante de ato jurídico administrativo quando se está diante de vício restrito à competência do sujeito e se trate de ato cujo momento para sua expedição esteja sujeito ao juízo de oportunidade da autoridade competente. Sobre a matéria, consultar: FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 190-191.

<sup>54</sup> Vide o art. 5º, LIII a LVII, e §2º, da Constituição Federal.

de processo administrativo no qual o nomeado possa defender seus direitos e interesses perante a Administração Pública. Esse dever jurídico não pode ser descumprido pela autoridade administrativa, ainda que haja recomendação do Ministério Público que imponha a extinção imediata do provimento impugnado.<sup>55</sup>

Anulada a nomeação ou decretada a sua nulidade, todos os atos jurídicos, administrativos ou do administrado, praticados com base no ato invalidado, também devem ser desconstituídos, desde que respeitados os direitos dos administrados de boa-fé. Nesse diapasão, os atos administrativos ampliativos expedidos pelo indevidamente nomeado devem ter seus efeitos jurídicos preservados, pois o administrado não pode ser punido por desconhecer o vício de investidura da autoridade administrativa.

E, se o indevidamente nomeado se encontrava de boa-fé, não se pode negar o direito deste de perceber a remuneração que lhe seria devida pelo exercício do cargo público que lhe foi ilicitamente designado até a invalidação de sua nomeação. Isso se impõe por força do princípio geral do direito que veda o enriquecimento sem causa lícita.

Ainda assim, não devem ser reconhecidos ao indevidamente nomeado os direitos previdenciários decorrentes do exercício do cargo público em apreço, ressalvados naturalmente a compensação dos valores pagos a título de contribuição previdenciária e o tempo de serviço para fins de aproveitamento junto ao regime geral de previdência social.

Outro ponto que merece cautelosa análise é a questão da estabilização das nomeações inválidas.

Em princípio, a nomeação nula não produz efeitos desde sua emissão, salvo se houver norma jurídica específica que reconheça algum deles até a sua desconstituição ou permita a sua permanência no sistema do direito positivo.<sup>56</sup> Tal norma que torna esse ato putativo pode ser veiculada por lei, ou se consubstanciar em princípio jurídico (razoabilidade, boa-fé ou vedação ao enriquecimento sem causa lícita).

Por sua vez, a nomeação convalidável (ou anulável) tem sua eficácia reconhecida até o momento da retirada do ato em apreço do sistema do direito positivo.

As nomeações inválidas podem ser judicialmente desconstituídas desde que observado o prazo prescricional de cinco anos, contado

<sup>55</sup> Sobre a matéria, consultar: FRANÇA, Vladimir da Rocha. Invalidação do ato administrativo por iniciativa do Ministério Público. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 56, p. 98-116, 2011.

<sup>56</sup> Sobre a matéria, consultar: MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 86-91.

da data da emissão do ato jurídico em questão.<sup>57</sup> Em tese, é possível discutir a incidência combinada do art. 169<sup>58</sup> e do art. 185,<sup>59</sup> ambos do Código Civil, nas nomeações nulas. Mas a especialidade da regra da prescrição quinquenal dos atos administrativos prevalece sobre a regra geral desse diploma legal.<sup>60</sup>

Já em se tratando de invalidação administrativa da nomeação viciada, deve-se observar o prazo decadencial estabelecido em lei,<sup>61</sup> ou o prazo decadencial de cinco anos caso a lei seja omissa.<sup>62</sup>

Contudo, há precedente jurisprudencial no sentido de que o termo inicial do prazo decadencial para a invalidação administrativa deve ser o da data de entrada em vigor da lei que o instituiu, em relação aos atos administrativos praticados antes de sua vigência.<sup>63</sup> Seguindo-se essa premissa, deve-se asseverar que a omissão legal na fixação de prazo para o exercício da invalidação administrativa torna possível que ela possa ocorrer a qualquer tempo.

Com a devida vênia, esse entendimento se mostra incompatível com o princípio da segurança jurídica, pelo menos quanto aos atos administrativos convalidáveis. Ademais, acaba por gerar um desequilíbrio entre a invalidação judicial e a invalidação administrativa, pois aquela ficaria sujeita à prescrição quinquenal e esta jamais se esvairia com do decurso do tempo.

Também merece destaque o posicionamento jurisprudencial no sentido de que as nomeações nulas em razão da quebra do requisito procedimental do concurso público podem ser invalidadas judicial ou administrativamente a qualquer tempo.<sup>64</sup>

<sup>57</sup> Vide o art. 1º do Decreto Federal nº 20.910, de 6.1.1932 (“Regula a prescrição quinquenal”); vide o art. 2º do Decreto-Lei nº 4.597, de 19.8.1942 (“Dispõe sobre a prescrição das ações contra a Fazenda Pública e dá outras providências”); vide o art. 21 da Lei Federal nº 4.717/1965; vide STJ, Primeira Turma. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 232.977/DF. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. *DJe*, 31 mar. 2017.

<sup>58</sup> Esse enunciado legal tem a seguinte redação: “Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”.

<sup>59</sup> Esse enunciado legal tem a seguinte redação: “Art. 185. Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior”.

<sup>60</sup> Vide o art. 2º, §2º, do Decreto-Lei nº 4.657, de 4.9.1942 (“Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”).

<sup>61</sup> Vide, por exemplo, o art. 54 da Lei Federal nº 9.784/1999.

<sup>62</sup> Sobre a matéria, consultar: FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 148-152.

<sup>63</sup> Vide STJ, Segunda Turma. Recurso Especial nº 1.650.250/SP. Rel. Min. Herman Benjamin. *DJe*, 20 abr. 2017.

<sup>64</sup> Vide STJ, Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 929.233/RJ. Rel. Min. Dias Tóffoli. *DJe*, 16 mar. 2017; vide STF, Tribunal Pleno. Agravo



Com efeito, a ação fundada em controle concentrado e principal de constitucionalidade não está sujeita a prazo prescricional,<sup>65</sup> ainda que se admita a modulação dos efeitos do acórdão que a julga.<sup>66</sup>

Ademais, não se pode olvidar o disposto no art. 37, §2º, da Constituição Federal, que determina a nulidade das nomeações feitas sem a observância do inc. II do *caput* desse enunciado constitucional.

À luz do princípio da segurança jurídica, sugerem-se as seguintes propostas hermenêuticas, no que concerne à nomeação nula pela ausência do requisito procedimental do concurso público.<sup>67</sup>

Em primeiro lugar, as nomeações extintas por força do art. 18 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não se encontram mais no sistema do direito positivo. Logo, não caberia em rigor a invalidação judicial ou administrativa desses atos, mas sim dos atos que os sucederam e que beneficiaram aqueles que tiveram sua nomeação constitucionalmente desconstituída. Tudo isso, sem a limitação de prazo prescricional ou decadencial para a invalidação em exame, sob pena de fraude à própria Lei Maior.

As nomeações feitas sem a observância do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias também não se estabilizam com o decurso do tempo, devendo ser invalidadas judicial ou administrativamente independentemente de prazo prescricional ou decadencial. O mesmo deve ser aplicado aos provimentos derivados das nomeações que padecerem de tal nulidade.

Em ambos os casos, tem-se atos administrativos expedidos sem amparo legal, dada a não recepção constitucional das leis e atos normativos que lhes serviam de suporte. E, como afrontam diretamente a Constituição Federal, não há como lhes reconhecer a possibilidade de permanecerem no sistema do direito positivo. O máximo que se pode admitir é algum grau de eficácia putativa até sua desconstituição, nos termos já asseverados anteriormente.

---

Regimental nos Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 28.440/DF. Rel. Min. Teori Zavascki. *DJe*, 7 fev. 2014.

<sup>65</sup> Vide a Súmula nº 360 do Supremo Tribunal Federal.

<sup>66</sup> Vide o art. 27 da Lei Federal nº 10.11.1999 (“Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”); vide o art. 11 da Lei Federal nº 9.882, de 3.12.1999 (“Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal”). Sobre a matéria, consultar: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016; PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>67</sup> Sobre as premissas do raciocínio aqui exposto, consultar: FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 153-154.



Se a nomeação que viola frontalmente o art. 37, II, da Constituição Federal, ocorreu após a entrada em vigor da atual ordem jurídica, a invalidação judicial ou administrativa do ato pode ser realizada a qualquer tempo. Mas não se deve se afastar a possibilidade do reconhecimento de efeitos jurídicos limitados até a retirada do ato do sistema, conforme o caso concreto.

Entretanto, se a nomeação em apreço tiver sido realizada com base em lei violadora da exigência do devido concurso público, que entrou em vigor após a promulgação da Constituição Federal, é de bom alvitre que se reconheça a possibilidade da prescrição da invalidação judicial e da decadência da invalidação administrativa.

Deve-se ter em conta que as nomeações fundadas em lei inconstitucional não desaparecem com a publicação do acórdão do Supremo Tribunal Federal – ou do Tribunal de Justiça, conforme o caso – que julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade ou improcedente a ação declaratória de constitucionalidade. Não há como se afastar a necessidade a invalidação administrativa ou judicial desses atos para a restauração da juridicidade com segurança jurídica, pois eles não deixam automaticamente o plano da existência pelo fato de terem sido rejeitados no plano da validade.

Convém ainda anotar que a impossibilidade jurídica da estabilização do ato jurídico inválido somente se justifica quando a lei expressamente assim estabelece.<sup>68</sup> Pelo menos quando não se trata de nulidade diretamente determinada pela Constituição Federal, em homenagem à jurisprudência vigente do Supremo Tribunal Federal.

Também não se pode perder de vista que o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e a garantia da proteção da confiança do administrado não podem ser ignorados. Além disso, a nomeação fundada em lei inconstitucional constitui uma afronta indireta à Lei Maior.

Mesmo assim, a contagem do prazo decadencial para a invalidação administrativa e do prazo prescricional da invalidação judicial devem se iniciar a partir do trânsito em julgado do acórdão que declarou inconstitucional a referida lei, em sede de controle principal e concentrado de constitucionalidade. É o que deve ocorrer, por exemplo e como se espera, caso o art. 243 da Lei Federal nº 8.112/1990 seja declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>68</sup> Como se fez quanto aos atos jurídicos civis eivados de nulidade, nos termos do art. 169 e do art. 185, ambos do Código Civil.

Naturalmente, na invalidação judicial da nomeação, pode-se perfeitamente discutir a validade da lei em sede de controle incidental e difuso de constitucionalidade. Isso pode ocorrer em ação popular que vise à desconstituição de nomeações nulas e dos enquadramentos que as sucederam, ou mesmo em ação ordinária na qual o candidato aprovado em concurso público pretenda a sua própria nomeação para o cargo que disputou.

Não se deve negar que há a preterição do direito de preferência do candidato em apreço quando o Estado resolve manter em seu quadro de servidores efetivos pessoas que jamais foram aprovadas em concurso público e que não se enquadram nos critérios estabelecidos no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

É certo que a decisão judicial não terá aqui o condão de retirar a lei inconstitucional do sistema do direito positivo. Mesmo assim, não se pode afastar possibilidade da desconstituição da nomeação inconstitucional pelo Poder Judiciário nessas circunstâncias.

Já a invalidação administrativa fica prejudicada enquanto a lei não for declarada inconstitucional pelo órgão jurisdicional competente, ao exercer sua competência em matéria de controle principal e concentrado de constitucionalidade.

Anote-se que, por força do princípio da legalidade administrativa, a Administração Pública não tem legitimidade para se recusar a observar uma lei que ela reputa inconstitucional. Somente o Poder Judiciário tem legitimidade constitucional para declarar a inconstitucionalidade de uma lei.

Mas em todos esses casos, não se deve tergiversar com as garantias fundamentais que integram a cláusula do devido processo legal, por mais flagrantemente ilícitas que sejam tais nomeações. Nesse diapasão, a invalidação administrativa em bloco dos indevidamente nomeados deve ser evitada, sob pena de se perpetuar desnecessariamente situações inconstitucionais por meio de demandas judiciais.

Em tese, deve-se examinar a possibilidade de a pretensão indenizatória do Estado contra o agente público que deflagrou esses atos administrativos inconstitucionais, ou que foi conivente com eles, não estar sujeita a prazo prescricional.<sup>69</sup> Pelo menos, deve-se admitir isso quanto às nomeações feitas ou toleradas ao arrepio dos arts. 18 e 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Ainda na questão da estabilização merece destaque as nomeações nulas em razão da violação ao art. 37, III, da Constituição Federal.

<sup>69</sup> Vide o art. 37, §5º, da Constituição Federal.

Caso o ato afronte diretamente a norma constitucional em apreço, deve-se aplicar a regra da imprescritibilidade para a invalidação judicial e da não sujeição à decadência para a invalidação administrativa, pelas razões já expostas.

Se o ato tiver fundamento em lei que lesione a referida norma constitucional, deve-se reconhecer a aplicabilidade dos prazos prescricional e decadencial para a invalidação judicial e a invalidação administrativa, respectivamente; mas, com a ponderação de que o termo inicial desses prazos deve ser o da data do trânsito em julgado do acórdão que tenha declarado essa lei inconstitucional em sede de controle concentrado e principal de constitucionalidade.

Por fim, não se pode afastar a possibilidade de a nomeação ser determinada por ato jurisdicional, além do prazo do art. 37, III, da Lei Maior.

Justifica-se tal situação haja vista a garantia fundamental do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Impedir que o Poder Judiciário possa mandar a Administração Pública nomear o candidato aprovado em concurso público, e que teve o seu direito de preferência violado,<sup>70</sup> após o decurso do prazo do art. 37, III, do texto constitucional, implicaria o esvaziamento da efetividade da tutela jurisdicional. Mesmo raciocínio deve ser empregado quando se reconhece o direito subjetivo à nomeação, naquelas situações reconhecidas pela jurisprudência.<sup>71</sup>

Pensar o contrário, com a devida vênia, seria um estímulo irresistível para a prática de ilegalidade ou de abuso de poder no âmbito da Administração Pública. Bastaria a realização do ato ilícito no final do prazo estabelecido nos termos do art. 37, IV, da Lei Maior, para se deixar integralmente indefeso o administrado.

Nesse diapasão, violada a pretensão do administrado fundada no art. 37, IV, da Constituição Federal, ou no direito subjetivo à nomeação, conforme o caso concreto, o termo inicial do prazo prescricional de cinco anos para a proposição da ação cabível deve ser a data do término do prazo de eficácia do concurso público.

Em rigor, o exaurimento do prazo de eficácia constante do art. 37, III, da Constituição Federal impede que a Administração Pública nomeie o candidato aprovado em concurso público cujo resultado caducou. Mas isso não constitui obstáculo para a restauração da juridicidade por meio do cumprimento administrativo de ato jurisdicional.

<sup>70</sup> Vide o art. 37, IV, da Constituição Federal.

<sup>71</sup> Vide STJ, Segunda Turma. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 57.493/BA. Rel. Min. Herman Benjamin. *DJe*, 24 fev. 2012.

## 5 Considerações finais

O princípio do concurso público não deixa de ser um desdobramento dos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e eficiência administrativas. Ao ser elevado à condição de norma constitucional, deu-se um passo gigantesco para a evolução da Administração Pública brasileira.

Infelizmente, ainda se persiste na prática de nomeações e subsequentes enquadramentos no âmbito da Administração Pública que visam burlar tão relevante princípio constitucional. Atos que ficam na penumbra, dada a sua flagrante ilicitude em face da Lei Maior.

Esses atos devem ser expurgados urgentemente do sistema do direito positivo.

Por outro lado, a restauração da juridicidade deve ser feita, insista-se, com segurança jurídica. A ânsia do Estado em invalidar as nomeações nulas pode levá-lo, paradoxalmente, a perpetuá-las, se se ignorarem as garantias fundamentais básicas do devido processo legal.

## Referências

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime dos servidores da Administração direta e indireta (direitos e deveres)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre a nomeação, a posse e o exercício em cargo público na Lei 8.112/1990. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, ano 1, v. 3, p. 111-134, nov./dez. 2013.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Invalidação do ato administrativo por iniciativa do Ministério Público. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 56, p. 98-116, 2011.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Princípio da motivação no direito administrativo. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo Direito Administrativo e Constitucional. Coordenado por Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/124/edicao-1/principio-da-motivacao-no-direito-administrativo>>.

HARGER, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*. São Paulo: Malheiros, 2000.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. O concurso público e o direito à nomeação. In: SUNDFELD, Carlos Ari *et al.* *Estudos de direito administrativo: em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Princípio do concurso público e invalidação do provimento originário de cargos públicos efetivos. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 243-259. ISBN 978-85-450-0552-0.

---



PARTE II

---

TEXTOS VENCEDORES DO  
CONCURSO DE ARTIGOS JURÍDICOS





# O DIREITO ADMINISTRATIVO EM CRISE E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: ENSAIOS HERMENÊUTICOS NA REALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA

MARCIO ROBERTO CHAVES

## 1 Introdução

O estudo do princípio da legalidade se apresenta instigante no âmbito do direito administrativo, sobretudo diante das perspectivas existentes nesse terreno movediço de incontáveis possibilidades, exceções e cenários, exigindo cautelas para manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Em tal contexto, é possível observar que as regras por vezes são inadequadas para muitos casos concretos, seja pela incorreção dos termos empregados em seus textos, seja pela utilização pobre realizada pelos operadores do direito administrativo, ou ainda pelas circunstâncias não previstas que podem produzir resultados não desejados.

Frequentemente, a legalidade apresenta uma maleabilidade inexplorada que pode ser muito útil senão decisiva no cotidiano da Administração Pública – por vezes sem apresentar rupturas em relação ao texto da lei –, enquanto que até mesmo a atuação *contra legem* pode ser necessária, recomendável e correta.

Com efeito, pode-se dizer compreensível e assustadora a paralisia de muitas instâncias decisórias administrativas ante determinados casos concretos, porquanto todas as atividades são passíveis de apontamentos pelos órgãos de controle interno e externo, de modo que se

torna importante definir estratégias que possibilitem a identificação e a realização segura de escolhas mais racionais e consentâneas com o interesse público pelos agentes do Estado.

Evidentemente, é incontestável que a lei se constitui ainda na principal fonte do direito administrativo brasileiro e, sem dúvida, assim deve o ser, porém, ao gestor novas perspectivas são necessárias em relação ao modo de agir da Administração Pública, corrigindo ou flexibilizando a legalidade, sob o manto da juridicidade em um Estado Democrático de Direito, permitindo o afastamento de engodos e atuações danosas.

## 2 O direito administrativo no Estado Democrático de Direito brasileiro

Há várias décadas, Otto Mayer indicava um campo do conhecimento jurídico mais particular sobre a Administração do Estado,<sup>1</sup> enquanto que Adolf Merkl designou expressamente como ciência, em um primeiro momento, salientando que o objeto é a parte do ordenamento jurídico que trata do chamado direito administrativo.<sup>2</sup>

Charles Eisenmann mencionava encontrar nas primeiras páginas dos manuais de direito administrativo definições a respeito desse respectivo campo do conhecimento, com algumas linhas de explicações, mas que não eram idênticas – formal ou literalmente –, havendo mesmo diferenças em seus elementos, que pareciam refletir distintos pontos de vista sobre a matéria, talvez até mesmo uma visão peculiar sobre esse direito.<sup>3</sup>

Nessa linha, lembram Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández que, a partir da Revolução Francesa – momento em que nasce o direito administrativo –, assim como até a metade do século XIX, a Administração Pública se identificava com o Poder Executivo, ao passo que o ramo jusadministrativista era considerado seu regime especial.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Parte general. Buenos Aires: Depalma, 1949. p. 22-24.

<sup>2</sup> MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Coyoacán: Ediciones Coyoacán, 2014. p. 130.

<sup>3</sup> EISEMANN, Charles. *Cours de droit administratif*. Paris: LGDJ, 1982. t. I. p. 17.

<sup>4</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1. p. 24.

Por outra perspectiva, Gaston Jèze tratava o direito administrativo como o conjunto de normas relativas aos serviços públicos,<sup>5</sup> enquanto que restaram evidenciadas, em outro momento, as palavras de Adolf Merkl, no sentido de que “Direito Administrativo objetivo” como campo de estudo científico não poderia ser reduzido a qualquer uma dessas definições, ao passo que ainda controvertidos eram seus exatos limites.<sup>6</sup>

Desse modo, é importante mencionar, em uma perspectiva semelhante, Jean Rivero ressalta que uma primeira dificuldade reside no fato de que a própria definição dessa disciplina jurídica não tem valor universal, de forma que de “país a país, o sentido e o conteúdo” variam totalmente.<sup>7</sup>

Por sua vez, não obstante essas nuances, uma interessante noção pode ser desenvolvida a partir de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, o qual designava ao direito administrativo “todas as relações em que uma das partes seja o Estado como administrador”,<sup>8</sup> enquanto que em outra oportunidade mencionava que o “conjunto de todas as relações entre os poderes públicos e os indivíduos, ou daqueles entre si, é o Estado”.<sup>9</sup>

De todo modo, no que diz respeito ao direito administrativo, ainda mais importante do que encontrar sua essência e exatos contornos seria compreender a aplicação da constatação de Rudolf von Jhering, no sentido de que aquele também não constitui “um fim em si mesmo”, mas se trata de “um meio para a realização de um fim”, o qual concebe genericamente como “a manutenção da sociedade humana”,<sup>10</sup> ao passo que se pode dizer que o Estado como administrador e suas relações estão adstritos a essa concepção finalística.

Com efeito, no Estado brasileiro, o Título I da Constituição Federal de 1988 apresenta em sua composição – sobretudo no art. 1º e respectivos incisos –, essas finalidades e elementos fundamentais que formam a essência do regime jurídico de direito público nacional,

<sup>5</sup> JÉZE, Gastón. *Los principios generales del derecho administrativo*. Madrid: Reus, 1928. p. 29-30.

<sup>6</sup> MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Coyoacán: Ediciones Coyoacán, 2014. p. 130.

<sup>7</sup> RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 59-60.

<sup>8</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 115.

<sup>9</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade*. Os três caminhos. Campinas: Bookseller, 2002. p. 30-31.

<sup>10</sup> JHERING, Rudolf von. *A evolução do direito*. Lisboa: José Bastos & Cia, 1963. p. 177.

merecendo especial destaque que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito.<sup>11</sup>

Paulo Otero desenvolve uma perspectiva pragmática das consequências de um Estado assim se declarar, mencionando que se trata de um Estado de Direito Material, ou seja, uma manifestação mais exigente de Estado Social, porquanto se constitui em Estado Social de Direito, visando implementar no caso da realidade portuguesa uma democracia política, econômica, social e cultural, tendo como objetivo último, nos termos do art. 1º da Carta da República portuguesa, a “construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.<sup>12</sup>

No caso brasileiro as finalidades são semelhantes, uma vez que o horizonte objetivado no art. 3º da Constituição Federal indica a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como garante o desenvolvimento nacional, além de promover o bem de todos, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais, não constituindo o Estado também um fim em si mesmo.

Por sua vez, o *caput* do art. 37 da Carta Magna também apresenta os principais parâmetros que os operadores jurídicos devem seguir, no âmbito da Administração Pública, na realização desse Estado Democrático de Direito e dos objetivos deste, isto é, a obediência aos “princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Notadamente, na organização e desenvolvimento das atividades em função dos fins estatais, observam-se dois ramos jusadministrativistas apontados por Jean Rivero: de um lado, o “direito administrativo puramente descritivo”, que se preocupa em delinear o estatuto dos órgãos públicos administrativos do Estado, a estrutura dos serviços públicos e os mecanismos dos procedimentos referentes a certas atividades, enquanto que de outro lado há o direito administrativo que determina as relações jurídicas que nascem da ação da Administração, fixando as prerrogativas e obrigações, bem como regendo as garantias outorgadas aos particulares contra a arbitrariedade.<sup>13</sup>

Evidentemente, a legalidade está imersa em tal cenário, de modo que não pode desprezar as diversas particularidades desses objetos, relações, elementos e características, constantemente construídos, reunidos e sintetizados em função de certas finalidades, sobretudo

<sup>11</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 6 mar. 2016.

<sup>12</sup> OTERO, Paulo. *Direito constitucional português*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 1, p. 51.

<sup>13</sup> RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 60-61.

considerando a aplicabilidade às situações do cotidiano que superem a normalidade e o contexto para os quais as regras restaram decididas e definidas.

### 3 A lei e o direito administrativo

Roscoe Pound descreveu doze concepções de lei, as quais mostram uma imagem de determinada base fundamental, fora do alcance da vontade humana individual e que permanece inamovível, mesmo diante do “turbilhão de mudanças de que a vida se compõe”, enquanto que também pode ser descrita “em termos de uma vontade autoritária, para determinado tempo e lugar, a qual a vontade dos demais está sujeita”.<sup>14</sup>

Acrescenta o mesmo autor “a imagem de um sistema de ordenação da conduta humana e de ajustamento das relações humanas, assente em bases fundamentais e delas derivando”, de modo que se observa no direito administrativo que as relações existentes do Estado como administrador se regulam por esses mecanismos, mormente sobre o que podem fazer as pessoas no exercício do respectivo poder.

Por sua vez, complementa, em relação às leis:

todas descrevem não meramente uma ordenação da conduta humana e ajustamento de relações humanas, que nos foram realmente dadas, mas algo mais que também gostaríamos de ter, ou seja, o cometimento dessas coisas de um modo fixo e absolutamente predeterminado, excluindo todos os sentimentos ou desejos simplesmente individuais daqueles por cujo intermédio a ordenação e ajustamento se concretizaram.

Ao passo que também atribui à lei o propósito de satisfazer uma suprema necessidade social de segurança geral.<sup>15</sup>

Pode-se notar, então, uma compatibilidade com o exposto por Humberto Ávila, no sentido de que as regras possuem uma “eficácia preliminarmente decisiva, na medida em que pretendem oferecer uma solução provisória para determinado conflito de interesses já detectado pelo Poder Legislativo”, assim como “uma função definitiva (de concretização), na medida em que delimitam o comportamento que deverá ser adotado para concretizar as finalidades estabelecidas pelos princípios”.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> POUND, Roscoe. *Introdução à filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 1965. p. 39.

<sup>15</sup> POUND, Roscoe. *Introdução à filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 1965. p. 40.

<sup>16</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 128.

Aliás, circunda essa realidade o mencionado por Roscoe Pound, que descreve o problema social de reconciliar “as vontades livres e conflitantes de indivíduos conscientes, afirmando independentemente suas vontades nas diversas atividades da vida”, de modo que, *prima facie*, uma das finalidades da lei era “garantir o mais elevado grau possível de auto-afirmação individual geral, deixando os homens fazerem livremente tudo o que seja compatível com um análogo e livre cometimento de tudo o que possa ser feito por seus semelhantes”.<sup>17</sup>

Evidentemente, ao analisar o passar das décadas, o mesmo autor ressaltou que os juristas começaram a “pensar mais em termos de necessidades, desejos ou expectativas humanas do que de vontades humanas”, harmonizando-as caso não pudessem ser igualadas, de modo que se contentaram com uma imagem em que se desse “satisfação ao máximo que for possível do todo de necessidades humanas, com um mínimo de sacrifícios”.<sup>18</sup>

Em tal contexto, que envolve liberdades e necessidades humanas, Humberto Ávila menciona que, em termos de atuação do Poder Público, as regras fazem com que o Poder Legislativo ou o Poder Executivo não fiquem livres “para escolher outro meio, por melhor que lhes possa parecer”, ou seja, “quando há uma regra, portanto, o conflito moral que surgiria, caso não houvesse sido editada a regra, deixa de surgir pelo efeito decisório da regra que foi editada”.

Ainda, resalta que as regras têm a função de gerar uma solução para um conflito, evitando que a controvérsia entre os valores morais que elas afastam ressurgja no momento de aplicação, inclusive excluindo razões que seriam consideradas caso não houvesse sido escolhida a técnica de normatização por meio da regra.<sup>19</sup>

Nessa toada, no direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 também apresenta em diversas passagens a importância nevrálgica da lei para o direito administrativo, especialmente ao determinar no *caput* do art. 37 a obediência ao princípio da legalidade pela Administração Pública, conforme já mencionado, enquanto que a respectiva Assembleia Nacional Constituinte identificou-a como importante parâmetro à atuação estatal, eis que elevou à categoria de direito fundamental o

<sup>17</sup> POUND, Roscoe. *Introdução à filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 1965. p. 40.

<sup>18</sup> POUND, Roscoe. *Introdução à filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 1965. p. 49-54.

<sup>19</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 135.

mandamento que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.<sup>20</sup>

Portanto, nas relações de direito administrativo, nas quais uma das partes é o Estado como administrador, a lei ainda se apresenta como protagonista e, de uma maneira ou de outra, rege a conduta humana de todas as pessoas envolvidas – investidas ou não de poderes públicos –, com efeito decisório, promovendo antecipadamente o ajustamento das liberdades e necessidades humanas existentes.

#### 4 Entre a legalidade e a faticidade na realidade brasileira

No que diz respeito à Administração Pública brasileira, algumas decisões são encontradas no contexto jurisdicional e das Cortes de Contas, as quais oferecem uma perspectiva relevante em relação à convivência da legalidade com outros elementos importantes do sistema jurídico, assim como quando os fatos exigem uma postura flexível na apreciação das regras.

Preliminarmente, cabe mencionar que no Superior Tribunal de Justiça foi apreciada ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e dos territórios objetivando a decretação de nulidade do contrato celebrado pela Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil para a concessão de serviços públicos, sob argumento de que a inobservância do capital social mínimo exigido no edital de licitação não configuraria mera irregularidade, mas sim vício grave capaz de invalidar a tratativa, em razão da violação do disposto nos incs. VI e XIII do art. 55 da Lei 8.666/93.<sup>21</sup>

No respectivo arresto constou que o princípio da legalidade convive com:

os cânones da segurança jurídica e do interesse público, por isso que a eventual colidência de princípios não implica dizer que um deles restará anulado pelo outro, mas, ao revés, que um deles será privilegiado em detrimento do outro, à luz das especificidades do caso concreto, mantendo-se, ambos, íntegros em sua validade.

<sup>20</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 6 mar. 2016.

<sup>21</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Recurso Especial n. 950489/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 3 de fevereiro de 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, n. 757, p. 590, 23 fev. 2011.

Nessa toada, mencionou-se que a eventual paralisação na execução desse contrato relacionado à prestação de serviços realizada em cemitérios pertencentes ao Distrito Federal, somada diretamente à impossibilidade de o ente público assumir diretamente a prestação – ensejando a possível descontinuidade destes –, afrontaria o princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais.

Em outra oportunidade, em situação frequente no cotidiano forense brasileiro, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que existe um limite temporal à Administração Pública para recompor eventual legalidade descumprida, quando restou afirmado:

o instituto da decadência serve ao propósito da pacificação social, da segurança jurídica e da justiça, por isso que somente em situações de absoluta excepcionalidade se admite a revisão de situações jurídicas sobre as quais o tempo já estendeu o seu manto impenetrável; o Direito Público incorpora essa mesma orientação, com o fito de aquietar as relações do indivíduo com o Estado.<sup>22</sup>

Outrossim, algumas decisões fecundas são encontradas no Tribunal de Contas da União, no qual há algumas décadas o Ministro Carlos Átila Álvares da Silva afirmou que o preceito da realização de despesa com a existência do respectivo crédito orçamentário constitui peça basilar no ordenamento administrativo-financeiro das instituições públicas, de modo que a sua inobservância não pode ser admitida “sem fortíssimas razões de excepcionalidade ou força maior, sob pena de transformar a programação orçamentária em peça de ficção, e de introduzir-se o caos na Gestão das finanças públicas”.<sup>23</sup>

Nessa esteira, tempos depois, também se manifestou o Ministro Ubiratan Aguiar na Decisão Plenária nº 221/2002:

As razões que levaram a diretoria da Manaus Energia a fazer o remanejamento de recursos foram de ordem estritamente necessária, para que o sistema de distribuição de energia da cidade de Manaus não sofresse paralisações, tendo em vista uma demanda maior do que

<sup>22</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). Mandado de Segurança n. 18405/DF. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 27 de abril de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, n. 1966, p. 1959, 10 maio 2016.

<sup>23</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (Primeira Câmara). *Acórdão n. 518/1998*. Relator: Ministro Carlos Átila Álvares da Silva. Brasília, 1º de dezembro de 1998. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 6 jul. 2017.



a capacidade da rede instalada e pela precariedade de manutenção da mesma, conforme se comprova pelas reportagens [...].<sup>24</sup>

Segundo esse mesmo Ministro do Tribunal de Contas da União, em certas situações, o imperativo do interesse público se apresenta mais importante, necessitando a Administração Pública uma atuação sensata, razoável e responsável ante o rompimento dos limites impostos pelo princípio da legalidade.

Além disso, em outra oportunidade, essa mesma Corte de Contas elaborou o Acórdão nº 692/2004 – Plenário, que tratava de importantes obras para o Ministério Público Militar, originando instalações apropriadas aos servidores e membros dessa instituição, porém, restaram realizadas despesas sem que houvesse dotação orçamentária suficiente na rubrica pertinente, de modo que foram utilizados recursos de outros programas de trabalho em obras de construção civil, representando a ausência de estrita observância ao art. 167, VI, da Carta Magna, bem como aos arts. 73 do Decreto-Lei nº 200/1967 e 68 da Lei Federal nº 9.692/1998.<sup>25</sup>

No entanto, durante a sessão em que restou apreciada essa questão, o então procurador-geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, Lucas Rocha Furtado, afirmou o seguinte:

o administrador público enfrenta cotidianamente as mais diversas dificuldades para o gerenciamento da coisa pública. Nem sempre, ao julgarmos um ato de gestão, podemos ficar adstritos à letra fria dos instrumentos normativos. Devemos considerar a dinâmica em que os fatos ocorrem, pois, para a tomada de uma simples decisão, à luz da legalidade do ato, diversos acontecimentos fáticos ocorrem que podem influenciar a decisão do gestor.

Em outra oportunidade, restou apreciada pela Corte de Contas a notícia de que o Exército brasileiro aplicou recursos destinados à alimentação da tropa para a aquisição de ração para equídeos, no valor de R\$1,3 milhão, de modo que, citando o supracitado Acórdão nº 518/1998, decidiu a 1ª Câmara:

<sup>24</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (Tribunal Pleno). *Decisão n. 221/2002*. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Brasília, 20 de março de 2002. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

<sup>25</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (Tribunal Pleno). *Acórdão n. 692/2004*. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília, 9 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

Embora em desconformidade com a norma positiva, parece-nos que a solução adotada atendeu aos princípios da razoabilidade e do interesse público (art. 2º, caput, da Lei nº 9.784/1999). A inércia dos gestores poderia ter ocasionado dano maior, inclusive com a eventual morte dos animais. Há que sopesar, no caso, o princípio da legalidade com os princípios da razoabilidade e do interesse público.

Ademais, ao tratar do voo de Marcos Pontes à Estação Espacial Internacional, o Acórdão nº 2.399/2008 do Plenário do Tribunal de Contas da União relevou, considerando a excepcionalidade do caso concreto e a inexigibilidade de conduta diversa, entre outras condutas analisadas: assinatura de instrumento contratual sem o necessário respaldo orçamentário; não demonstração da estimativa do impacto orçamentário-financeiro da expansão da ação governamental; ausência de pronunciamento jurídico sobre o contrato; não comprovação da ratificação da inexigibilidade e publicação na imprensa oficial; remanejamentos orçamentários sem prévia autorização legislativa.<sup>26</sup>

Ainda, pelo menos dois arrestos merecem menção no Tribunal de Contas da União, os quais tratam dos percentuais máximos de despesas com pessoal estabelecidos na Lei Complementar nº 101/2000 – doravante denominada Lei de Responsabilidade Fiscal –, a qual fixou também os limites que seriam repartidos entre os diversos órgãos, de forma proporcional à média das despesas desse jaez nos três exercícios financeiros anteriores à publicação dessa norma (1997, 1998 e 1999).

No entanto, a Resolução nº 26/2006 do Conselho Nacional de Justiça alterou essa forma de repartição estabelecida pela Lei de Responsabilidade Fiscal, considerando as particularidades à época da Justiça Federal, bem como em razão das ulteriores obrigações estabelecidas a esta, nos anos subseqüentes.

Notadamente, no que diz respeito ao Poder Judiciário em nível federal, no triênio apontado, os limites espelhavam uma situação vivenciada pelas Justiças Trabalhista e Federal que não mais subsistia, de modo que a adoção de tal critério de distribuição não mais contribuía para que fosse otimizado o desempenho da prestação jurisdicional aos cidadãos.

Assim, constou no Acórdão nº 289/2008 – Plenário do Tribunal de Contas da União que, quando editada a Lei de Responsabilidade

<sup>26</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (Tribunal Pleno). *Acórdão n. 2399/2008*. Relator: Ministro-Substituto André de Carvalho. Brasília, 29 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

Fiscal, a Justiça Trabalhista se encontrava em fase final de adequação estrutural, para compatibilizar sua capacidade de trabalho com a demanda reprimida então existente, de modo que esse fato “apresentava reflexos nos orçamentos da época, majorando os gastos daquela justiça especializada”.<sup>27</sup>

Nessa toada, houve necessidades concretas que justificaram a expansão da Justiça Federal, inclusive com o aumento de despesas com pessoal, após a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, enquanto que a Justiça Trabalhista manteve suas necessidades, uma vez que já estava adequada a níveis satisfatórios à época do triênio.

Dessa maneira, reconheceu-se justa a preocupação do Conselho Nacional de Justiça em relação à questão dos percentuais-limite no âmbito da Justiça Federal, no entanto, restou consignado que “a solução adotada pelo CNJ para a resolução do problema demanda, ainda, adequação legal”, ou seja, a “necessidade de respaldo legal explícito”.

De todo modo, restou consignado no Acórdão nº 289/2008 – Plenário que “a análise do caso concreto comporta a adoção de solução excepcional” e a reversão dos percentuais, agora, contraria o interesse público, enquanto “os Presidentes de todos os Tribunais Superiores que integram aquele Poder manifestaram concordância com a modificação interna dos percentuais, não sendo demais ressaltar que no âmbito do Poder Judiciário foi mantido o limite global de 6%”.

Por sua vez, no Acórdão nº 3.247/2010 – Plenário, o Tribunal de Contas da União analisou a repartição do limite de 3% (três) por cento da receita corrente líquida, em razão do previsto no art. 20, I, “c”, da Lei de Responsabilidade Fiscal, tendo em vista a edição do Decreto nº 6.334/2007, que alterou os percentuais de despesas com pessoal erigidos no Decreto nº 3.917/2001, atinentes ao Ministério Público do Distrito Federal e dos territórios e aos servidores que exercem funções nos exterritórios do Amapá e Roraima.<sup>28</sup>

O Decreto nº 3.917/2001 apenas conferiu visibilidade aos percentuais-limites a serem observados, enquanto que os percentuais indicados no Decreto nº 6.334/2007 não guardavam identidade com os critérios explicitamente insculpidos na Lei de Responsabilidade Fiscal, ao passo

<sup>27</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (Tribunal Pleno). *Acórdão n. 289/2008*. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Brasília, 27 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

<sup>28</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (Tribunal Pleno). *Acórdão n. 3247/2010*. Relator: Ministro Augusto Nardes. Brasília, 1º de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

que restou provocada a apreciação do Tribunal de Contas da União, porém, nesse Acórdão nº 3.247/2010 – Plenário, restou aventado que mais de dez anos depois do triênio 1997, 1998 e 1999, houve a expansão na atuação e nos gastos do Ministério Público para fazer frente ao cumprimento do seu dever constitucional, de modo que constou: “permanecer o critério estabelecido por decreto para o *Parquet*, na sua configuração de até 13 anos atrás, estaríamos diante de repartição de percentuais em descompasso com as reais necessidades da Administração atual”.

Na apreciação desse caso concreto, o então titular da Procuradoria-Geral da República afirmou que “o intérprete não deve ficar aprisionado à literalidade da norma, pois este método demonstra ser perigoso no contexto geral e pode conduzir às sérias incongruências e antinomias valorativas no âmbito do ordenamento jurídico concebido como um sistema complexo”, ao passo que a Lei de Responsabilidade Fiscal deveria ser interpretada teleologicamente, em consonância com os fins a que se destina.

Outrossim, com um viés flexível, é importante mencionar que vários julgados do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo expressaram o seguinte teor:

com uma população aproximada de 9.000 habitantes, e, neste passo, ainda que a Santa Casa sobreviva apenas de recursos públicos, há que se dar vazão à aplicação do princípio da juridicidade, remetendo à análise deste processado a um plano de validade diretamente no interesse público primário, a partir da centralidade dos direitos fundamentais, no caso específico o direito à saúde, do qual se socorreu a população de São José da Bela Vista.<sup>29</sup>

Evidentemente, essas amostras colhidas reforçam as constatações de Thomas Kuhn no sentido de que a ciência normal se desorienta seguidamente, de forma que quando isto ocorre, ou seja, quando os membros da profissão não podem mais se esquivar das anomalias que subvertem a tradição existente da prática científica, exsurtem investigações extraordinárias que finalmente conduzem a profissão a um novo conjunto de compromissos, isto é, a uma nova base para a prática da ciência.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (Segunda Câmara). *Acórdão no TC-000217/017/10*. Relator: Conselheiro Robson Marinho. São Paulo, 17 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.tce.sp.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>30</sup> KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998. p. 24.

Portanto, o princípio da legalidade no direito administrativo brasileiro não constitui mandamento absoluto, de modo que se apresenta salutar reconhecer a superabilidade da legislação em determinadas situações do cotidiano que são retratadas no âmbito jurisdicional e nas Cortes de Contas, consoante casos concretos recorrentes que demonstram a insuficiência das regras e demandam afastar a aplicação estrita destas.

## 5 Perspectivas doutrinárias sobre a legalidade diante das circunstâncias

Com acerto ressalta Paulo Otero que o “mito da onipotência do Direito escrito, fruto direito da crença liberal do parlamento e da absolutização da vontade geral por ele expressa e ainda do positivismo legalista e estadualista, reside a origem do esquecimento da dimensão factual do sistema jurídico”.<sup>31</sup>

Por sua vez, Cass Sunstein já chamava a atenção para o fato de que muitas vezes as autoridades públicas não podem conceber regras gerais, porquanto faltam informações relevantes, assim como porque o sistema legal busca julgamentos sutis sobre uma variedade de detalhes, ou mesmo em razão das regras gerais serem pouco adequadas para novas circunstâncias que serão reveladas por desenvolvimentos inesperados.<sup>32</sup>

Nada obstante, em tal contexto, é importante reiterar que o papel da legalidade no cotidiano da Administração Pública ainda é de protagonista, embora um tanto quanto mitigado nas últimas décadas, conforme se observa no desenvolvimento universal do constitucionalismo, mormente em razão das potencialidades implícitas identificáveis no direito administrativo brasileiro.

Primeiramente, pode-se falar no chamado princípio da juridicidade administrativa, o qual possui previsão antiga no direito alemão, mais precisamente no art. 20 da Lei Fundamental de Bonn: “O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito”.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> OTERO, Paulo. *Direito constitucional português*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 1. p. 161.

<sup>32</sup> SUNSTEIN, Cass. Rules and rulelessness. *Chicago Working Paper in Law and Economics*, Chicago, n. 27, 1994. p. 2.

<sup>33</sup> ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Tradução de Aachen Assis Mendonça. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de>>. Acesso em: 6 mar. 2016.

De igual maneira, a Constituição espanhola de 1978 aponta no art. 103: “A Administração Pública serve objetivamente os interesses gerais e atua de acordo com os princípios da eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, sendo totalmente sujeita à lei e ao Direito”.<sup>34</sup>

Além disso, a Constituição portuguesa também prevê no art. 266: “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé”.<sup>35</sup>

Nessa esteira, Cármen Lúcia Antunes Rocha mencionou que foi no Estado de Direito formal, ainda no século XVIII, que o princípio da legalidade surgiu, ao passo que a fonte formal do direito por excelência foi, e ainda continua sendo, a lei, conquanto não com a mesma conotação então havida, sobretudo quando reforça que, através da concepção de juridicidade, ressalta que o “Estado é de Direito” e não apenas “Estado de Lei”.<sup>36</sup>

Em outro âmbito de análise, pode-se dizer que a legalidade está sujeita a brocardos jurídicos como *cessante ratione legis, cessat et ipsa lex* (cessando a razão da lei, cessa também a própria lei) ou *lex non est textus sed contextus* (a lei não é texto, mas contexto), bem como o ressaltado pelo paradigmático William Blackstone, no sentido de que: “os atos do parlamento que são impossíveis de realizar são de nenhuma validade; e se surgirem colateralmente quaisquer consequências absurdas, manifestamente contraditórias com a razão comum, são, nessas consequências colaterais, nulas”.<sup>37</sup>

Por sua vez, Carlos Alchourrón apresenta importante constatação aplicável também à legalidade: “Se A então B”, de modo que o antecedente A não constitui condição suficiente do consequente B, senão somente quando o antecedente, somado a um conjunto de pressupostos aceitos no contexto da emissão da condicional, é suficiente do consequente B.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> ESPANHA. *La Constitución Española de 1978*. Disponível em: <<http://www.congreso.es>>. Acesso em: 4 fev. 2017.

<sup>35</sup> PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt>>. Acesso em: 6 mar. 2016.

<sup>36</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 72.

<sup>37</sup> BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England: a facsimile of the first edition of 1765-1769*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992. p. 91.

<sup>38</sup> ALCHOURRÓN, Carlos. Sobre derecho y lógica. *Revista Isonomía*, Alicante, n. 13, 2000. p. 24.

Dizendo de outra maneira, o autor menciona que essas afirmações condicionais são derrotáveis quando algum de seus pressupostos implícitos é falso, ou seja, uma condicional dessas também estará sujeita a exceções implícitas – tal qual experimentos com gás na física, supondo-se que a pressão nem sempre se manterá constante.

Ressalta que, senão todas, muitas formulações normativas são derrotáveis, eis que possuem usualmente exceções implícitas, a exemplo da regra simples e clara de que todo condutor deve parar quando o semáforo indica a cor vermelha, porém, há situações peculiares não formuladas expressamente, de modo que salienta a concepção hartiana de que as regras deveriam ser lidas como se finalizassem com uma cláusula “a menos que...”, possuindo um conjunto indeterminado de excepcionalidades não escritas.<sup>39</sup>

Ademais, reforçando os contornos dessa realidade, Joseph Raz também salienta que embora o que se deva fazer dependa de considerações gerais, por vezes não há como se definir com antecedência, isto é, percebem-se muitos problemas apenas quando eles surgem, de modo que não se pode decidir o que fazer exclusivamente com base em regras previamente aceitas.<sup>40</sup>

Sob outra ótica, há algumas décadas Rafael Bielsa trouxe ao debate o fato de que no direito público e mais precisamente no direito administrativo existia falta de estudo de hipóteses como do estado de necessidade, considerando tal trabalho indispensável, porquanto justifica a isenção de responsabilidade em certos casos de lesão de um direito de outro para defender o próprio da Administração Pública.<sup>41</sup>

Além disso, ainda são necessárias ponderações em relação à inexistência de conduta diversa, a qual restou aplicada pelo Tribunal de Contas da União ao relevar diversos fatos controversos na já mencionada primeira experiência espacial de um cidadão brasileiro,<sup>42</sup> de modo que outros casos mais legítimos podem encontrar fundamento nessa hipótese exculpante.

Evidentemente, então, ao analisar os enlaces do Estado, é importante lembrar posicionamentos como de Juarez Freitas, no sentido

<sup>39</sup> ALCHOURRÓN, Carlos. Sobre derecho y lógica. *Revista Isonomía*, Alicante, n. 13, 2000. p. 24.

<sup>40</sup> RAZ, Joseph. Legal principles and the limits of law. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 81, 1972. p. 829.

<sup>41</sup> BIELSA, Rafael. *El estado de necesidad en el derecho constitucional y administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1957. p. 56.

<sup>42</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (Tribunal Pleno). *Acórdão n. 2399/2008*. Relator: Ministro-Substituto André de Carvalho. Brasília, 29 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

de que o “sistema administrativo não se constrói dotado de estreitos e definitivos contornos, sobretudo porque o dogma da completude não resiste à constatação de que as contradições e as lacunas acompanham as normas, à feição de sombras”.<sup>43</sup>

Ressalta que a decisão administrativa supera a esfera do discurso descritivo e da lógica formal em termos dedutivos, ainda mais considerando que o formalismo não abarca todo “o fenômeno administrativo, em profundidade e extensão”, ao passo que se pode dizer definitivamente o mesmo da legislação.

Assim, embora a legalidade seja a protagonista no direito administrativo brasileiro, é inegável que as decisões democráticas expressas em forma de regras podem ser ponderadas em razão de determinados casos concretos, de modo que por vezes a relativização da legislação conduz ao melhor caminho e evita desastrosos prejuízos, desde que seja criteriosa e respeite limites que necessitam ser discutidos e desenvolvidos na comunidade científica.

## 6 Uma flexível compreensão presente e futura da legalidade

De acordo com Humberto Ávila, as regras devem ser obedecidas não apenas por serem regras, mas porque sua obediência se apresenta positiva por vários motivos, permitindo “pré-decidir o meio de exercício do poder”, afastando a incerteza caso essas escolhas não tivessem sido feitas, ou seja, “para evitar o surgimento de um conflito moral e para afastar a incerteza decorrente da falta de resolução desse mesmo conflito que o Poder Legislativo opta pela edição de uma regra”.<sup>44</sup>

Ademais, salienta que a opção por regras tem por finalidade “eliminar ou reduzir a arbitrariedade de que pode potencialmente surgir no caso de aplicação direta de valores morais”,<sup>45</sup> assim como “evitar problemas de coordenação, deliberação e conhecimento”, porquanto haveria problemas entre as pessoas que sustentariam seus pontos de vista como prevalente.

<sup>43</sup> FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 76.

<sup>44</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 139.

<sup>45</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 140.



De outra banda, a crítica e o desprezo por uma postura flexível em relação à legalidade perdem força quando se observa o descrito por Frederick Schauer, no sentido de que a postura formalista de diversos juízes em relação à legislação também conduziu a engodos e flagelos observados na época da escravidão, do nazismo e, mais recentemente, do *apartheid*, isto é, ao invés de ter uma maior sensibilidade em relação à substância, predominava a aplicação de que “lei é lei”.<sup>46</sup>

Joseph Raz salienta que o direito deve se esforçar para equilibrar a certeza e a confiabilidade contra a flexibilidade, de modo que as regras tanto quanto possível regulam o comportamento humano de maneira mais segura do que os princípios e se prestam mais facilmente a uma aplicação uniforme e previsível, limitando o uso de princípios para governar “a criação e aplicação de regras, a fim de assegurar uma flexibilidade adequada para alterá-los e evitar alguns de seus efeitos imprevistos e indesejáveis”.<sup>47</sup>

Por sua vez, Benjamin Cardozo ressaltava que “regras excessivamente rígidas e completo arbítrio são igualmente destruidores”, enquanto que “se a vida deve continuar” essas tendências devem ser reunidas em alguma forma de acordo, ao passo que tudo “depende da sabedoria com que esta união for realizada”, no entanto, lembra que essa fusão na devida proporção “é o problema de todas as épocas”.<sup>48</sup>

Evidentemente, a maneira de tratar essa realidade incômoda não consiste em desconsiderar esses pontos fracos das regras e, por conseguinte, promover resultados indesejados por uma aplicação mecânica da lei, de modo a reforçar um eventual maior desprezo à legalidade, no entanto, também não deve ser considerada normal a flexibilização desmedida.

Em tal contexto, é imperioso reconhecer que o impulso de agir ou se abster da Administração Pública perpassa a responsabilidade do Estado, bem a proporcionalidade, lembrando Juarez Freitas que é vital evitar as arbitrariedades por ação e por omissão, porquanto ambas desrespeitam prioridades constitucionais e causam danos juridicamente injustos, enquanto “que seria antijurídico deixar de coibir tanto a prática abusiva como a escassa, preferencialmente no nascedouro”.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> SCHAUER, Frederick. The legality of evil or the evil of legality. *Tulsa Law Review*, Tulsa, v. 47, n. 2, 2011. p. 130.

<sup>47</sup> RAZ, Joseph. Legal principles and the limits of law. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 81, 1972. p. 841-842.

<sup>48</sup> CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo e a evolução do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Assessoria Gráfica e Editorial Ltda., 1978. p. 165-166.

<sup>49</sup> FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 91-92.

Ademais, nesse trato com as responsabilidades e assuntos públicos, as decisões trazidas pelas regras existentes e vindouras não devem ser consideradas absolutas, consoante demonstram as manifestações dos poderes constituídos brasileiros aqui demonstradas, assim como ante o considerável número de teses encontradas na doutrina nacional e internacional, de modo que para além da literalidade das leis existe um campo considerável de juridicidade.

Notadamente, a aplicabilidade de regras estabelecidas em lei poderá ser analisada em razão do contexto para o qual essas restaram criadas, assim como diante das excepcionalidades não previstas – sejam estas existentes ou decorrentes de circunstâncias ulteriores, mas que não foram consideradas na elaboração da norma e estão presentes no momento da decisão da Administração Pública em relação ao caso concreto.

Nessa toada, uma primeira perspectiva para análise das decisões contidas nas regras pode ser o chamado teste de irrazoabilidade, o qual restou explicitado na Inglaterra no caso *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* com a seguinte concepção: “embora as autoridades locais tenham se mantido dentro dos quatro cantos dos assuntos que deveriam considerar, elas chegaram, no entanto, a uma conclusão tão irracional que nenhuma autoridade razoável poderia ter chegado a ela”.<sup>50</sup>

Outra perspectiva a ser considerada na análise das decisões expressas por regras é a de Friedrich Karl von Savigny, no sentido de que é necessário que os destinatários da lei apreendam sua concepção de forma clara e completa, de modo que isso ocorre quando colocam seu pensamento no mesmo ponto de partida do legislador, repetindo a operação deste, definindo a concepção existente na lei para que a finalidade devida seja atingida.<sup>51</sup>

Por sua vez, em que pese Joseph Raz apresente certas reservas em relação à construção que ele mesmo descreve, no sentido de que o direito de determinado país consiste no conjunto mais coerente de princípios normativos que, se fossem aceitos como válidos por uma pessoa perfeitamente racional e informada, teriam levado essa pessoa

<sup>50</sup> INGLATERRA. Court of Appeal. *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation*. EWCA Civ 1. Londres, 10 de novembro de 1947. Disponível em: <<http://www.bailii.org>>. Acesso em: 1 ago. 2017.

<sup>51</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Traité de droit romain*. Paris: Librairie de Firmin Didot Frères, 1855. t. I. p. 205.

a promulgar todas as leis que o foram naquele Estado,<sup>52</sup> pode-se afirmar que essa perspectiva também se apresenta útil para reforçar a convicção da inadequação das disposições das regras a determinados casos concretos.

Por fim, essa análise ainda pode ser complementada com a visão pragmática de Richard Posner, a qual possui três elementos “essenciais” que indicam: a) o primeiro é uma desconfiança de entidades metafísicas (“realidade”, “verdade”, “natureza” etc.); b) o segundo é a insistência em que as proposições devem ser testadas por suas consequências e pela diferença que elas fazem; c) o terceiro é uma insistência em julgar os nossos projetos, de caráter científico, ético, político ou legal, pela sua conformidade com as necessidades humanas, sociais ou outras.<sup>53</sup>

Dessa maneira, considerando essas perspectivas, a análise de aplicação da regra a uma situação específica pode ser vista no sentido de que embora esta seja mecanicamente justificável em razão da subsunção, esta operação se apresenta inadequada sob a perspectiva de que nenhuma autoridade racional, razoável e informada teria decidido daquela maneira as disposições específicas da lei para o caso concreto específico, se fosse possível, de modo que concluiriam pela inaplicabilidade, no momento da decisão da Administração Pública em relação às circunstâncias existentes que têm diante de si, inclusive considerando as consequências que se pode esperar em razão da aplicação e a conformidade com as necessidades que objetivavam atender.

Nessa esteira, situações como a inexistência de conduta diversa e o estado de necessidade possibilitam a maleabilidade da legalidade – albergadas pelo princípio da juridicidade –, com o intuito de evitar danos maiores à Administração Pública, ao Estado e, em última análise, às pessoas destinatárias de todo esse aparato finalístico que restou criado.

Nada obstante, em regra, a decisão legislativa democrática deve ser respeitada, eis que como menciona Humberto Ávila, as situações normais devem ser obedecidas, porque sua obediência promove a solução “previsível, eficiente e geralmente equânime de conflitos sociais”,<sup>54</sup> porém, como restou demonstrado, em diversos contextos a aplicação da regra se apresenta inadequada, produzindo consequências destituídas

<sup>52</sup> RAZ, Joseph. *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa, 2001. p. 319.

<sup>53</sup> POSNER, Richard Allen. What has pragmatism to offer law? *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 63, p. 1656-1663, 1990.

<sup>54</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 141.

de conformidade com a finalidade do direito e em desacordo com as necessidades humanas existentes.

Assim, é importante ressaltar que no direito administrativo não é possível fugir do mencionado por Aharon Barak, no sentido de que o Estado não deve ser sacrificado no altar dos direitos humanos nem estes “são uma receita para a autodestruição nacional”, uma vez que o Estado existe para os seus indivíduos, enquanto “o equilíbrio é necessário entre o bem comum e o bem individual, e entre o bem de cada indivíduo e de seus companheiros indivíduos”.<sup>55</sup>

Nessa toada, cabe ressaltar ainda, sob o viés antropológico, o afirmado por Winfried Brugger, no sentido de que as pessoas ao conceberem a política e o direito pensam em felicidade para o indivíduo, bem comum e justiça para as pessoas, enquanto que a satisfação de diversas necessidades básicas delas em um plano individual – como segurança, amor, família, liberdade, sociabilidade, entre outros – faz parte de uma vida cumprida.<sup>56</sup>

Ressalta que qualquer um que ameace essas necessidades básicas em longo prazo para muitas pessoas enfrentará resistências, porque tais políticas colidirão com a natureza dos seres humanos que se manifestam em suas disposições biológicas e nas correspondentes culturas e filosofias da vida, comprometendo gradativamente a estabilidade coletiva.

Portanto, desconsiderar as nuances demonstradas e promover uma aplicação estrita da legalidade pode ser prejudicial em diversos cenários – como os anteriormente descritos –, sobretudo considerando que posturas desse jaez militam contrariamente às expectativas que os administrados nutrem em relação ao Estado, acrescentando e acumulando frustrações às vidas dessas pessoas, principalmente afetando negativamente as necessidades destas, de maneira a produzir maiores instabilidades em um Estado.

## 7 Conclusão

A legalidade constitui peça basilar no direito administrativo brasileiro, entretanto, uma realidade que não pode ser desconsiderada consiste em reconhecer a superabilidade das regras em determinadas situações, que se apresentam reiteradamente no cotidiano e são retra-

<sup>55</sup> BARAK, Aharon. On society, law, and judging. *Tulsa Law Review*, Tulsa, v. 47, n. 2, 2011. p. 297-298.

<sup>56</sup> BRUGGER, Winfried. Das Anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht. *Zeitschrift für Politik*, Berlin, v. 52, n. 3, 2005. p. 261-263.

tadas com frequência no âmbito jurisdicional, nas Cortes de Contas, no constitucionalismo universal, bem como na doutrina nacional e internacional.

Notadamente, é importante dizer que, em termos de direito administrativo, não se está a sugerir a flexibilização da legalidade de maneira indiscriminada, mas sim através de uma atuação responsável em razão da inadequação da decisão contida na regra ao contexto peculiar, seja por excepcionalidades não previstas ou para evitar danos ante uma aplicação mecânica irrazoável que se apresente em desacordo com a finalidade do Estado Democrático de Direito.

Evidentemente, então, existe a necessidade de justificativas fortes para tanto, como exemplo, situações que envolvem uma inexigibilidade de conduta diversa, ou um estado de necessidade ou, ainda, situações em que a legalidade conduza a situações inadequadas, desastrosas ou absurdas, ou seja, nessas hipóteses o Estado e as pessoas não devem ser sacrificados no altar da legislação, restando necessário o devido equilíbrio, porém, em um contexto de devido respeito à juridicidade.

É bem verdade que sempre haverá um inevitável grau de subjetividade, porém, será deveras reduzido pelas considerações e apreciações daqueles que o povo entendeu serem mais capacitados a lhe representar democraticamente, desde que o comando normativo possa ser visto no sentido de que, embora seja mecanicamente justificável, em razão da subsunção, esta operação se apresente inadequada, sob a perspectiva de que nenhuma autoridade racional, razoável e informada teria decidido daquela maneira as disposições específicas da regra para o caso concreto analisado, se fosse possível, de modo que concluiriam pela inaplicabilidade no momento da decisão da Administração Pública, inclusive considerando as consequências que se pode esperar e a conformidade com as necessidades às quais objetivavam atender.

Com efeito, ressalta-se que o apreço à legalidade perpassa o reconhecimento da realidade indiscutível de que as regras e as decisões que estas carregam devem ser flexibilizadas em determinados momentos no âmbito do direito administrativo, enquanto que negar essa necessidade – em posição fechada em termos de uma suposta segurança jurídica – pode resultar no efeito inverso de violações de direitos pela própria legislação aplicada de modo inadequado.

## Referências

- ALCHOURRÓN, Carlos. Sobre derecho y lógica. *Revista Isonomía*, Alicante, n. 13, 2000.
- ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Tradução de Aachen Assis Mendonça. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de>>. Acesso em: 6 mar. 2016.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BARAK, Aharon. On society, law, and judging. *Tulsa Law Review*, Tulsa, v. 47, n. 2, 2011.
- BIELSA, Rafael. *El estado de necesidad en el derecho constitucional y administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1957.
- BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England: a facsimile of the first edition of 1765-1769*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 6 mar. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). Mandado de Segurança n. 18405/DF. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 27 de abril de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, n. 1966, p. 1959, 10 maio 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Recurso Especial n. 950489/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 3 de fevereiro de 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, n. 757, p. 590, 23 fev. 2011.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União (Primeira Câmara). *Acórdão n. 518/1998*. Relator: Ministro Carlos Átila Álvares da Silva. Brasília, 1º de dezembro de 1998. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 6 jul. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União (Tribunal Pleno). *Acórdão n. 692/2004*. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília, 9 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 6 jul. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União (Tribunal Pleno). *Acórdão n. 289/2008*. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Brasília, 27 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 6 jul. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União (Tribunal Pleno). *Acórdão n. 2399/2008*. Relator: Ministro-Substituto André de Carvalho. Brasília, 29 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 6 jul. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União (Tribunal Pleno). *Acórdão n. 3247/2010*. Relator: Ministro Augusto Nardes. Brasília, 1º de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 6 jul. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União (Tribunal Pleno). *Decisão n. 221/2002*. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Brasília, 20 de março de 2002. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 6 jul. 2017.
- BRUGGER, Winfried. Das Anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht. *Zeitschrift für Politik*, Berlin, v. 52, n. 3, 2005.
- CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo e a evolução do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Assessoria Gráfica e Editorial Ltda., 1978.

- EISEMANN, Charles. *Cours de droit administratif*. Paris: LGDJ, 1982. t. I.
- ESPAÑA. *La Constitución Española de 1978*. Disponível em: <<http://www.congreso.es>>. Acesso em: 4 fev. 2017.
- FREITAS, Juez. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1.
- INGLATERRA. Court of Appeal. *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation*. EWCA Civ 1. Londres, 10 de novembro de 1947. Disponível em: <<http://www.bailii.org>>. Acesso em: 1 ago. 2017.
- JÉZE, Gastón. *Los principios generales del derecho administrativo*. Madrid: Reus, 1928.
- JHERING, Rudolf von. *A evolução do direito*. Lisboa: José Bastos & Cia, 1963.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Parte general. Buenos Aires: Depalma, 1949.
- MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Coyoacán: Ediciones Coyoacán, 2014.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade*. Os três caminhos. Campinas: Bookseller, 2002.
- OTERO, Paulo. *Direito constitucional português*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 1.
- PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt>>. Acesso em: 6 mar. 2016.
- POSNER, Richard Allen. What has pragmatism to offer law? *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 63, p. 1656-1663, 1990.
- POUND, Roscoe. *Introdução à filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.
- RAZ, Joseph. *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa, 2001.
- RAZ, Joseph. Legal principles and the limits of law. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 81, 1972.
- RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (Segunda Câmara). *Acórdão no TC-000217/017/10*. Relator: Conselheiro Robson Marinho. São Paulo, 17 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.tce.sp.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2016.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Traité de droit romain*. Paris: Librairie de Firmin Didot Frères, 1855. t. I.

SCHAUER, Frederick. The legality of evil or the evil of legality. *Tulsa Law Review*, Tulsa, v. 47, n. 2, 2011.

SUNSTEIN, Cass. Rules and rulelessness. *Chicago Working Paper in Law and Economics*, Chicago, n. 27, 1994.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CHAVES, Marcio Roberto. O direito administrativo em crise e o princípio da legalidade: ensaios hermenêuticos na realidade jurídica brasileira. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 263-286. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---



# O PROBLEMA CONCORRENCIAL DO *BID-RIGGING* NO BRASIL E O EXEMPLO DA COREIA DO SUL: UMA ALTERNATIVA AO MODELO BRASILEIRO?

ALLAN FUEZI DE MOURA BARBOSA

## Introdução

A contratação pública tem grande relevância para a economia mundial, porquanto, de acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico,<sup>1</sup> esse setor corresponde a cerca de quinze por cento do Produto Interno Bruto (PIB) dos países membros da mencionada entidade, podendo chegar a patamares superiores em países em desenvolvimento, como o Brasil. Desse modo, diante de tal influência no âmbito dos orçamentos dos Estados, qualquer elemento que vise comprometer o procedimento da contratação pública pode gerar grandes prejuízos aos países, decorrentes de um impacto direto nas poupanças públicas<sup>2</sup> e, por consequência, aos contribuintes.

Nesse sentido, os ordenamentos jurídicos dos países devem conter mecanismos para evitar a prática de condutas diversas aos

---

<sup>1</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Recommendation of the OECD Council on fighting bid rigging in public procurement*. Paris: OCDE, 2012.

<sup>2</sup> CAMACHO, Cristina. Práticas restritivas da concorrência na contratação pública: a intervenção da autoridade da concorrência. In: TRABUCO, Cláudia; EIRÓ, Vera (Org.). *Contratação pública e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 213.

anseios legítimos das contratações públicas, notadamente quando estas visam gerar prejuízos aos Estados. Nesse sentido, tendo em vista que esse domínio não é de aplicabilidade restrita das regras de natureza administrativa, o microsistema antitruste tem grande préstimo na busca do atendimento das finalidades dos contratos públicos, por meio da atuação das autoridades da concorrência.<sup>3</sup>

Assim, o presente trabalho tem o enfoque em infração praticada no âmbito da contratação pública – o denominado *bid-rigging* –, especificamente no ordenamento jurídico brasileiro, no intuito propositivo de soluções para o combate às práticas, diante da ineficiência do sistema.

## 1 O problema do *bid-rigging*: aspectos gerais

Inicialmente, cumpre investigar os aspectos gerais do problema, a partir da definição do ilícito e do seu enquadramento jurídico no Brasil, para, então, verificar as formas de ocorrência e o contexto de incidência dessa prática.

### 1.1 Definição e enquadramento jurídico brasileiro

A figura danosa do *bid-rigging*, igualmente denominada de *collusive tenders*, compreende o conluio explícito<sup>4</sup> entre agentes econômicos adversários, em sua horizontalidade, com vistas à mitigação da concorrência em procedimentos de contratação pública, por meio da elevação dos preços<sup>5</sup> ou da redução da qualidade do produto ou serviço. Em síntese, trata-se da prática de cartel ilícito em licitação, mas com mecanismos de compensação próprios entre os concorrentes, sobretudo pela utilização da subcontratação.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Ver MORAIS, Luís D. S.; RODRIGUES, Nuno Cunha. Contratação pública e práticas anti-concorrenciais no direito internacional económico e no direito da União Europeia, em especial acordos entre empresas. In: TRABUCO, Cláudia; EIRÓ, Vera (Org.). *Contratação pública e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 85.

<sup>4</sup> Desse modo, é importante destacar que o autor se filia ao conceito jurídico segundo o qual somente pode ser considerado ilícito concorrencial a conduta explícita, diferentemente da concepção de R. Posner (*Antitrust law*. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p. 102).

<sup>5</sup> V. GUPTA, Srabana. The effect of bid rigging on prices: a study of the highway construction industry. *Review of Industrial Organization*, Dordrecht, v. 19, p. 453-467, 2001. p. 453-467.

<sup>6</sup> Entre as hipóteses sugeridas por Taufick, destaca-se a subcontratação (TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira: a Lei 12.525/2011 e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 200).

Nesse aspecto, de acordo com a OCDE,<sup>7</sup> a busca pela realização do objetivo do *value for money*<sup>8</sup> pelos entes adjudicantes fica comprometida, à medida que as empresas não agem de acordo com a expectativa de competição. Isso, pois o menor valor ou a melhor qualidade do produto ou serviço são desejáveis, uma vez que podem gerar a economia de recursos e o seu provável reinvestimento na aquisição de outros bens ou serviços; caso contrário, o grau de nocividade torna-se superior ao cartel.<sup>9</sup> Por conta disso, a concertação de propostas supramencionada é considerada uma prática ilegal em todos os países membros da OCDE sob a normatização concorrencial e, em alguns desses, ainda é considerada um crime.

No Brasil, considerando-se apenas a perspectiva antitruste, o *bid-rigging* pode ser enquadrado na Lei nº 12.529/2011, no *caput* do art. 36, cumulado com o inc. I do §3º do referenciado dispositivo, em especial a alínea “d”,<sup>10</sup> sem prejuízo ao somatório da outra conduta prevista no rol exemplificativo<sup>11</sup> dos incisos constante no referido parágrafo. Até porque o conluio em contratação pública, que é uma infração à ordem

<sup>7</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Public procurement – The role of competition authorities in promoting competition*. Paris: OCDE, 2008.

<sup>8</sup> Considera-se um objetivo de eficiência pública, na busca da proposta econômica mais vantajosa, em sentido amplo, e não necessariamente do menor preço, consagrado no art. 3º da Lei nº 8.666/1993. Portanto, através dessa avaliação, também podem ser considerados critérios secundários ou horizontais, notadamente aqueles atinentes à proteção ambiental, à defesa de minorias, tais como a empregabilidade de deficientes e mulheres, bem como o fomento à contratação das pequenas e médias empresas (RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. reimpr. da 1. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 202).

<sup>9</sup> De modo mais direto, “[c]artéis hardcore são os vilões por excelência do direito da concorrência. Eles são considerados não apenas em toda parte como ilícito antitruste, mas em vários ordenamentos também como criminosos” (SCHUARTZ, Luiz Fernando. *Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes*. In: POSSAS, Mário Luiz (Coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002. p. 61).

<sup>10</sup> Taufick segue esse entendimento da figura do *bid-rigging* (TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira: a Lei 12.525/2011 e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 200).

<sup>11</sup> O presente trabalho segue a doutrina majoritária de que o elenco do mencionado parágrafo é exemplificativo, de modo a considerar que não existe ilícito *per se* na sistemática brasileira, dependendo-se da produção ou da potencialidade de produção dos efeitos do *caput* do art. 36 (v. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 134). Em sentido contrário, Salomão Filho enquadra as hipóteses do art. 20 da Lei nº 8.884/1994 (atuais *caput* e incisos do art. 36, da Lei nº 12.529/2011) como definição de ilícitos, com fórmulas gerais, diferentemente da maior parte da doutrina, que os considera efeitos das condutas violadoras da concorrência, pois entende ter as regras que preveem os ilícitos caráter penal (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 99-104).

econômica,<sup>12</sup> tem o objetivo ou a potencialidade de limitar, falsear ou prejudicar a livre iniciativa<sup>13</sup> e a livre concorrência,<sup>14</sup> de modo a dominar mercado relevante de bens ou serviços, para o aumento arbitrário dos lucros das concorrentes, através da prática de preços de monopólio. Essa conduta, portanto, pode ocorrer a partir de acordos ou ajustes entre concorrentes, sob qualquer forma, de modo a promover ou influenciar uma conduta comercial uniforme ou concertada entre os licitantes.

Dessa maneira, a recente legislação brasileira concede um enfoque bastante relevante para a figura, na medida em que a indicação específica a essa figura na norma pressupõe uma indicação programática ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), para o direcionamento específico de esforços do órgão, com vistas à prevenção e à repressão dessa conduta anticoncorrencial.

## 1.2 As formas de ocorrência

Por sua vez, o *bid-rigging* pode se expressar sob diversas formas, as quais poderão ser implementadas isolada ou conjuntamente, para a melhor realização dos objetivos da conduta. Nesse sentido, sobrelevam-se quatro maneiras de cometimento da conduta, quais sejam, a apresentação de propostas fictícias ou de cobertura, a supressão de propostas, o rodízio de propostas ou propostas rotativas e a divisão do mercado.

A primeira corresponde à de maior frequência de implementação pelos conluíus, por meio da qual os concorrentes estabelecem um comportamento na submissão das propostas, que pode ser a apresentação de lance mais elevado que o do licitante escolhido, a oferta demasiadamente alta para ser aceita, ou a submissão de proposta a qual contenha condições específicas inaceitáveis para o comprador.<sup>15</sup> Quanto

<sup>12</sup> Assim, a violação antitruste ultrapassa uma infração a uma lei concorrencial, mas atinge princípios constitucionais (v. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 86-89).

<sup>13</sup> De acordo com Ferraz Júnior, “Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A economia e o controle do Estado. O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 4 jun. 1989. p. 50).

<sup>14</sup> Para Grau, a livre concorrência “significa liberdade de concorrência, desdobrada em liberdades privadas e liberdade pública” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 212).

<sup>15</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Public procurement – The role of competition authorities in promoting competition*. Paris: OCDE, 2008.

à supressão das propostas, trata-se de um meio utilizado para que não haja apreciação final da oferta de uma empresa, seja pela abstenção de participação, ou mesmo de retirada de uma proposta previamente apresentada pelo concorrente; contudo, pode ser de fácil detecção, quando um desistente é subcontratado posteriormente pela vencedora do certame, ou quando recebe pagamento sem causa proveniente desta,<sup>16</sup> provavelmente pelo declínio na participação.

No tocante às propostas rotativas, os concorrentes permanecem na disputa, mas definem apresentar alternadamente a proposta vencedora. O acordo de rotatividade das ofertas pode variar, de modo que podem atribuir os mesmos valores monetários a cada empresa ou quantia que tenha relação com o respectivo tamanho do participante.<sup>17</sup> Por fim, em relação à divisão do mercado, as empresas definem a delimitação do mercado e acordam não concorrer em áreas geográficas específicas, ou perante determinadas entidades adjudicantes. Todavia, em função do contexto em que se dão as contratações públicas, alguns mercados são mais suscetíveis à ocorrência de *bid-rigging*, de modo que se faz necessária a verificação do ambiente propício para a maior ocorrência dessa figura.

### 1.3 O contexto de incidência

A OCDE<sup>18</sup> compilou algumas características em que a ocorrência dessa modalidade de cartel se torna mais presente, a saber: a) existência de um pequeno número de empresas; b) nível reduzido ou nulo de entradas no mercado; c) condições quanto à oferta e à procura no mercado; d) propostas recorrentes/licitações frequentes; e) existência de associações comerciais ou de classe; f) natureza dos produtos ou serviços idênticos ou simples; g) nível reduzido ou nulo de alternativas e h) nível reduzido ou nulo de inovação tecnológica.

<sup>16</sup> No estudo realizado por McAfee e McMillan, a partir de um modelo de cartel em licitação com e sem pagamentos colaterais entres os membros, os autores concluem que há diferença do ponto de vista do licitante, uma vez que com transferência de valores gera eficiência por meio da maximização dos lucros esperados pelos integrantes do cartel, diferentemente de quando não há transferência (MCAFEE, R. Preston; MCMILLAN, John. Bidding Rings. *The American Economic Review*, Pittsburgh, v. 82, issue 3, p. 579-599, 1992).

<sup>17</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Public procurement – The role of competition authorities in promoting competition*. Paris: OCDE, 2008.

<sup>18</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Public procurement – The role of competition authorities in promoting competition*. Paris: OCDE, 2008.

Primeiramente, no tocante ao pequeno número de empresas participantes, esse atributo diz respeito à maior facilidade dos concorrentes na composição de um acordo quanto à concertação, de modo a gerar um conjunto mais coeso das firmas<sup>19</sup> envolvidas na prática colusiva, já que os custos de transação serão menores, na definição conspiratória. Já o nível reduzido ou nulo de entradas no mercado tem relação direta com a existência de barreiras à entrada, que ajudam a proteger as empresas operantes contra a entrada de novos *players*, uma vez que o ingresso de um competidor é dispendioso, difícil ou moroso.

No que concerne às condições do mercado, essa particularidade tem conexão com a subsequente característica, que trata das propostas recorrentes e/ou licitações frequentes, porquanto a procura do setor público deve ter o perfil constante e previsível,<sup>20</sup> como forma de gerar maior estabilidade ao cartel, tendo em vista que mudanças significativas nas condições da oferta e da procura podem desarticular o *bid-rigging*. Esse fator, assim, viabiliza que os participantes distribuam entre si os contratos, ou mesmo punam a empresa que descumprir o acordo de concertação, no certame previsto posteriormente.

Por sua vez, a atuação de associações comerciais ou entidades de classe patronais, para além dos seus fins legítimos, podem se subverter aos anseios ilegais e anticoncorrenciais, quando utilizadas para encontros e ocultamento das discussões sobre as formas de implementação da conduta, viabilizando uma oportunidade de comunicação entre as firmas de troca de informações, sobretudo sobre a formação do preço.<sup>21</sup> A seu turno, os produtos ou serviços idênticos ou simples permitem uma composição acerca da estrutura de preços comuns. Logo, os bens devem ser homogêneos, uma vez que a diferenciação destes não é admitida, ou melhor, a similaridade que conduz à durabilidade do cartel.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Segundo Porter e Zona, o conjunto de firmas submetendo lances deve ser pequeno e estável (PORTER; Robert H.; ZONA, J. Douglas. Detection of bid rigging in procurement auctions. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 101, n. 3, p. 518-538, 1993).

<sup>20</sup> Porter e Zona consideram que a demanda deve ser quase perfeitamente inelástica (PORTER; Robert H.; ZONA, J. Douglas. Detection of bid rigging in procurement auctions. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 101, n. 3, p. 518-538, 1993).

<sup>21</sup> Por conta disso, a OCDE defende que a transparência excessiva, com a divulgação de informações detalhadas da proposta vencedora do certame, deve ser mitigada, já que isso permite a obtenção de informações pelos concorrentes, inclusive para a confirmação do cumprimento das condições do acordo do cartel. No entanto, esse entendimento é passível de controvérsias no Brasil, uma vez que o princípio da publicidade rege os atos da Administração Pública, por força do art. 37, CF/88 e do art. 3º, da Lei nº 8.666/1993 do Brasil.

<sup>22</sup> PORTER; Robert H.; ZONA, J. Douglas. Detection of bid rigging in procurement auctions. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 101, n. 3, p. 518-538, 1993. Livre tradução.

Quanto ao nível reduzido ou nulo de alternativas, trata-se da verificação de diminuto número ou inexistência de produto substituto, o que acarreta maior segurança do conluio, na medida em que a entidade adjudicante não teria como resistir, *e.g.*, à elevação dos preços, decorrente da concertação, diante da escassez de opções. Por outro lado, o nível reduzido ou nulo de inovação tecnológica, enfim, representa um fator favorável não somente à celebração do acordo de cartel, mas também à manutenção desse ao longo do tempo. Afinal, pela própria sistemática do setor, a diferenciação que não seja disruptiva na contratação pública pode não ter relevância e dificilmente tal proposta seria considerada a que melhor atendeu ao *value for money*, uma vez que a entidade adjudicante não tem a intenção de inovar em processos e procedimentos, porquanto os contribuintes, em regra, não estão dispostos a arcar com os custos de uma inovação que ainda não é uma prática estabelecida no mercado.

Por fim, torna-se importante salientar que a OCDE<sup>23</sup> já reconheceu que, apesar de os cartéis domésticos ocorrerem em todos os setores da economia, há frequência maior em construção civil e materiais de construção, como cimento, concreto e asfalto, vendas para instituições governamentais, produtos alimentares a granel, equipamentos elétricos, vendas a varejo de gasolina e serviços, notadamente, de transportes locais, de profissionais e de saúde.<sup>24</sup> Dessa maneira, os contratos públicos, por si só, formam um setor de incidência (vendas para instituições governamentais), e esta condição pode ser potencializada, se o objeto desses contratos for um daqueles de maior frequência, como acima mencionado, de modo que, por exemplo, quando se conjugam contratação pública para construção civil ou para serviços, em geral, torna-se o ambiente muito mais compatível à colusão.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Hard core cartels: recent progress and challenges*. Paris: OCDE, 2003.

<sup>24</sup> Para a OCDE: “[d]omestic cartels occurred in all economic sectors, but they were relatively more common in some sectors including construction and construction materials (cement, concrete, asphalt), sales to government institutions, bulk food products, electrical equipment, retail sales of petrol and the services sector, including in particular local transportation, services, the professions and health care” (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Hard core cartels: recent progress and challenges*. Paris: OCDE, 2003. p. 10).

<sup>25</sup> Em especial, diante da afirmação de que “[w]ithin this group of sectors the ones most affected, by a large margin, were construction materials and services and government procurement” (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Hard core cartels: recent progress and challenges*. Paris: OCDE, 2003. p. 10).

## 2 Do modelo brasileiro

Antes mesmo de realizar qualquer sugestão prospectiva, é importante notar, em de breve síntese, analisar-se-á o modelo de contratação pública brasileira e a forma de combate da prática infracional, para a melhor compreensão de como eventual proposta pode ser adaptada ao ordenamento jurídico pátrio.

### 2.1 A difusão de competência e a diversidade de modelos procedimentais

No Brasil, a competência legal para a edição de leis acerca da matéria da contratação pública, consoante o art. 22, *caput* e inc. XXVII, da Constituição Federal de 1988, a competência privativa da União para legislar sobre contratação pública somente abrange as normas gerais, de modo que cada ente federativo possui a competência para a produção legislativa específica. Esse fato propicia uma falta de uniformização integral, em âmbito nacional, acerca da matéria, o que facilita as concertações entre os concorrentes, uma vez que se torna mais difícil uma investigação pelo Cade, que, para a verificar os indícios da prática de um ato colusivo, deveria conhecer da eventual existência de mais de cinco mil e quinhentos diplomas legais, considerando-se os municípios, estados, Distrito Federal e União, sem contar entidades vinculadas a esses entes.<sup>26</sup>

Não obstante, exemplificando-se no caso da União, ainda existem diversos modelos procedimentais para a licitação, a saber:<sup>27</sup> a) concorrência, para valores mais elevados; b) tomada de preços, para negócios de vulto médio; c) convite, para modesta significação econômica; d) concurso, para trabalho técnico ou artístico; e) leilão, para a venda de móveis; f) pregão, previsto na Lei nº 10.520/2002, para bens e serviços comuns, ou seja, sem necessidade especial a ser atendida, padronizados pela experiência e tradição do mercado,<sup>28</sup> qualquer que seja o valor estimado da contratação, podendo ocorrer por meio eletrônico.

<sup>26</sup> A situação fora um pouco mitigada, com o advento da Lei nº 13.303, de 2016.

<sup>27</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 539 e ss.

<sup>28</sup> Nesse sentido, observar o ensinamento de Justen Filho (*Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013).



## 2.2 Do ilícito no ordenamento jurídico brasileiro

A Lei Federal nº 12.529/2011 (Lei da Concorrência) destaca-se pela previsão expressa da conduta violadora da normatização concorrencial em apreciação, como o acordo, a combinação, a manipulação ou o ajuste com concorrente de preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação. Nesse sentido, o *bid-rigging* pode ser enquadrado na Lei da Concorrência, no *caput* do art. 36, além dos incs. I, II e III desse dispositivo, cumulados com o inc. I do §3º do referenciado artigo, em especial a alínea “d”,<sup>29</sup> sem prejuízo ao somatório da outra conduta prevista no rol exemplificativo<sup>30</sup> constante no mencionado parágrafo. Até porque o conluio em contratação pública, que é uma infração à ordem econômica,<sup>31</sup> tem o objetivo ou a potencialidade de limitar, falsear ou prejudicar

<sup>29</sup> Taufick segue esse entendimento da figura do *bid-rigging* (TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira*: a Lei 12.525/2011 e a análise prévia no direito da concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 200).

<sup>30</sup> Dispõe o mencionado dispositivo: “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante. [...] §3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; [...]”. O presente trabalho segue a doutrina majoritária de que o elenco do mencionado parágrafo terceiro é exemplificativo, de modo a considerar que não existe ilícito *per se* na sistemática brasileira, dependendo-se da produção ou da potencialidade de produção dos efeitos do *caput* do art. 36 (v. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 134). Em sentido contrário, Salomão Filho enquadra as hipóteses do art. 20 da Lei nº 8.884/1994 (atuais *caput* e incisos do art. 36, da Lei nº 12.529/2011) como definição de ilícitos, com fórmulas gerais, diferentemente da maior parte da doutrina, que os considera efeitos das condutas violadoras da concorrência, pois entende que as regras que preveem os ilícitos têm caráter penal (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*: as condutas. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 99-104).

<sup>31</sup> Assim, a violação antitruste ultrapassa uma infração a uma lei concorrencial, mas atinge princípios constitucionais (v. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 86-89).

a livre iniciativa<sup>32</sup> e a livre concorrência,<sup>33</sup> de modo a dominar mercado relevante de bens ou serviços, para o aumento arbitrário dos lucros dos concorrentes, através da prática, em regra, de preços de monopólio.

A conduta, portanto, pode ocorrer a partir de acordos ou ajustes entre empresas, sob qualquer forma, de modo a promover ou influenciar uma conduta comercial uniforme ou concertada entre os licitantes. Dessa maneira, a recente legislação brasileira concede um enfoque bastante relevante para o *bid-rigging*, na medida em que a indicação específica a essa figura na norma pressupõe um mandamento programático ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), para o direcionamento específico de esforços do órgão, com vistas à prevenção e à repressão dessa conduta anticoncorrencial.

Na conformidade do art. 37, da Lei da Concorrência, a infração à ordem econômica submete os envolvidos a inúmeras penalidades.<sup>34</sup> No caso de empresa,<sup>35</sup> impõe-se multa (ou coima) nunca inferior à vantagem auferida, com variação entre 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto (volume de negócios) da empresa, do grupo ou conglomerado, no exercício anterior à instauração do procedimento administrativo, especificamente no ramo de atividade em que se deu a conduta.<sup>36</sup> Em relação às demais pessoas físicas (singulares) e jurídicas (coletivas), considerando-se inclusive associações de entidades ou de pessoas, que não exerçam atividade

<sup>32</sup> De acordo com Ferraz Júnior, “Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A economia e o controle do Estado. O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 4 jun. 1989. p. 50).

<sup>33</sup> Para Grau, a livre concorrência “significa liberdade de concorrência, desdobrada em liberdades privadas e liberdade pública” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 212).

<sup>34</sup> A legislação brasileira refere-se à pena como uma sanção de natureza administrativa, uma vez que não existe diferenciação, no Brasil, entre o direito contraordenacional e o direito administrativo (no caso, sancionador), como ocorre em Portugal.

<sup>35</sup> O conceito de empresa no âmbito brasileiro do direito da concorrência não possui a amplitude verificada na perspectiva europeia e portuguesa. Na jurisprudência europeia, vale observar o anteriormente referenciado Acórdão Wouters (Proc. C-309/99, do Tribunal de Justiça), em que ficou decidido que os advogados são empresas, na acepção do direito comunitário da concorrência e que a Ordem dos Advogados neerlandesa representaria uma associação de empresas, pouco importando o regimento de estatuto de direito público daquela.

<sup>36</sup> O Cade pode considerar o faturamento total da empresa ou do grupo empresarial, quando não houver disposição do faturamento do ramo da atividade econômica em que ocorreu a infração, ou quando esse dado for apresentado de modo incompleto, ou por meio inidôneo ou equivocado (v. §2º, art. 37, da Lei da Concorrência).

empresarial, para as quais não se possa utilizar do critério do faturamento bruto, impõe-se multa que varia de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) a R\$2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais, ou dois mil milhões de reais). Por fim, quanto aos administradores, que sejam responsáveis direta ou indiretamente, de modo culposo ou doloso, pelo cometimento da infração, pode-se condená-los ao pagamento de multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada em qualquer um dos casos precedentes. Entretanto, a reincidência implica a fixação em dobro da multa aplicada aos infratores.<sup>37</sup>

Não obstante, o cometimento de infração à ordem econômica na seara concorrencial pode ensejar igualmente outras sanções. Pelo caráter de grande relevância dessas penalidades, que pode ter uma gravidade maior que a imposição da multa, prefere-se denominá-las outras penas, ao invés de qualificá-las como acessórias. A Lei da Concorrência prevê como outras sanções de natureza jusconcorrencial:<sup>38</sup> a) a publicação de extrato de decisão condenatória, em meia página de jornal indicado na decisão, às expensas do infrator, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas; b) a proibição de participar de contratação pública com todos os entes federados, com todas as entidades da Administração indireta, bem como com as instituições financeiras oficiais, por um prazo não inferior a cinco anos; c) a inscrição do transgressor no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; d) a recomendação, no caso específico do cartel, de cancelamento total ou parcial de incentivos fiscais ou subsídios públicos, ou que não seja concedido aos infratores o parcelamento dos débitos relativos aos tributos federais; e) determinações outras que sejam necessárias para a cessação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Some-se que, em dissonância com alguns outros países do mundo, que não criminalizam<sup>39</sup> a conduta do cartel, nem mesmo quando praticada em sede de licitação pública, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece um tipo penal específico para o conluio em contratação pública, por meio da Lei de Licitações e Contratos Administrativos,<sup>40</sup>

<sup>37</sup> V. §1º, art. 37, da Lei da Concorrência, que determina que “[e]m caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro”.

<sup>38</sup> Art. 38, da Lei da Concorrência.

<sup>39</sup> A criminalização do cartel é um tema polêmico na doutrina internacional, de modo que o presente trabalho não objetiva discutir esse tema controverso. No Brasil, apenas para fundamentar o posicionamento pela criminalização, ver o voto-vista do Conselheiro César Mattos, em Processo Administrativo do Cade nº 08012.006241/97-03, no caso da Rede da Economia no Distrito Federal.

<sup>40</sup> Lei Federal nº 8.666/1993.

segundo o qual a pessoa física que visa obter vantagem, para si ou para outrem, através de adjudicação do objeto da licitação, por meio da frustração ou da fraude ao certame, seja por ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, comete crime passível de detenção de dois a quatro anos, acrescido de multa.<sup>41</sup>

Nesse sentido, como a norma insculpida no art. 90 do mencionado diploma tem natureza penal, e apenas à União compete privativamente legislar sobre a matéria (art. 22, I, da Constituição Federal), a persecução criminal é uniforme no país, diferentemente das normas específicas de contratação pública, como será visto adiante. Daí porque, em casos de cartel de maior complexidade, a investigação do órgão concorrential tende a ser em seguimento à penal, como se observa atualmente na denominada Operação Lava-Jato, em que se investiga, entre outros crimes, cartel praticado em contratações da Petrobras. Enfim, note-se que, para os demais casos de cartel, aplica-se o quanto disposto no art. 4º, da Lei Federal nº 8.137/1990, como um crime contra a ordem econômica.

### 3 Do modelo da Coreia do Sul

Ante os problemas verificados no sistema brasileiro, cumpre observar como o procedimento de contratação pública ocorre em um país onde o combate do *bid-rigging* é tido como referência, no intuito de obter elementos capazes de adaptação à realidade nacional.

#### 3.1 O sistema coreano de contratação e combate à colusão

Nesse contexto, em que a contratação pública corresponde a cerca de dez por cento do Produto Interno Bruto (PIB) local,<sup>42</sup> a autoridade da concorrência, denominada *The Korea Fair Trade Commission* (KFTC), a partir da segunda metade da primeira década dos anos 2000, passou a implementar uma política mais contundente no que diz respeito à prevenção do *bid-rigging*.

Desse modo, no âmbito dos contratos públicos em geral,<sup>43</sup> a Coreia do Sul confiou a condução dessa atividade ao *Public Procurement*

<sup>41</sup> Art. 90, da Lei Federal nº 8.666/1993.

<sup>42</sup> Referência percentual desde OCDE (*Public procurement – The role of competition authorities in promoting competition*. Paris: OCDE, 2008) até OCDE (*The Korean public procurement service: innovating for effectiveness*. Paris: OECD Public Governance Reviews, 2016), especialmente de construção civil e instalações de geração de energia elétrica e de ferrovias.

<sup>43</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Public procurement – The role of competition authorities in promoting competition*. Paris: OCDE, 2008.

*Service (PPS)*, que corresponde a um sistema central de compras governamentais de grande porte,<sup>44</sup> nas esferas estadual e local, enquanto que as aquisições militares ficaram a cargo do Ministério da Defesa Nacional. Outrossim, o grande esforço do país para o combate ao cartel em contratação pública ensejou a implementação do pregão eletrônico, em março de 2000, bem como a ampliação da transparência do programa de leniência.

Por sua vez, adotou-se uma prática incomum na seara concorrencial de incentivo difuso, quando, em 2002, concebeu-se um programa de incentivo financeiro, de até um bilhão de *wons* (moeda local), para os não participantes do cartel.<sup>45</sup> Trata-se de um complemento ao programa de leniência, ao abarcar a contraprestação pecuniária a quem, ainda que não participe da conduta, tenha conhecimento de elementos ou de meios de prova dos fatos.

Ademais, no ano de 2006, foi desenvolvido um *screen* de natureza diferenciada, denominado de *Bid Rigging Indicator Analysis System* (Brias), que é um mecanismo que automaticamente analisa e mede a possibilidade de ocorrência de conluio em contratação pública de grande escala, com base em informações recebidas do PPS *on-line*. Cuida-se de uma evolução de uma análise de documentos físicos que se iniciou em 1997,<sup>46</sup> mas somente com a implementação do pregão eletrônico em 2000 passou a ser possível o cálculo automático do indicador, considerando a estreita cooperação entre a entidade adjudicante e a autoridade da concorrência.

Como forma de dar maior substrato legal ao sistema, no ano de 2007,<sup>47</sup> o *Monopoly Regulation and Fair Trade Act* (MRFTA) foi alterado<sup>48</sup>

<sup>44</sup> Atualmente, os valores a partir dos quais deve haver centralização na aquisição são \$100.000, para bens e serviços, e \$3.000.000, para projetos de construção (LIM, Younghun. *I'm a KFTC's Staff in charge of Brias* [mensagem pessoal]. Mensagem recebida pelo autor, em 21 ago. 2016).

<sup>45</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Public procurement – The role of competition authorities in promoting competition*. Paris: OCDE, 2008.

<sup>46</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Public procurement – The role of competition authorities in promoting competition*. Paris: OCDE, 2008. p. 119.

<sup>47</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Roundtable on changes in institutional design of competition authorities: note by Korea*. Paris: OCDE, 2014.

<sup>48</sup> A atual legislação prevê: "Article 19-2 (Measure to Prevent Collaborative Acts Concerning Bidding in Public Sector) (1) The Fair Trade Commission may request for the submission of data on bidding and other cooperations to the heads of central administrative agencies, local governments or public enterprises under the Act on the Management of Public

para constar expressamente o conluio em contratação pública como uma modalidade de cartel. No ano subsequente, o sistema Brias passou a ser adotado nos órgãos da Administração central, nos governos locais e empresas estatais, ampliando sobremaneira as únicas quatro grandes empresas que eram submetidas ao sistema em 2007. Já em 2013, a KFTC passou a receber automaticamente as informações do sistema de licitação não doméstica (internacional) do PPS.<sup>49</sup>

Dessa forma,<sup>50</sup> o KFTC é capaz de coletar muitos anos de dados atinentes aos lances, porque, pelo menos, mais de noventa por cento das propostas em licitações públicas são realizadas através de sistemas eletrônicos de contratação e, portanto, tais informações são armazenadas no banco de dados ligado aos sistemas de compras, logo que o lance é executado. Esse sistema, atrelado à infraestrutura de TI, facilita a análise do histórico de propostas, durante um longo período de anos. Não obstante, há pouca diferença entre os sistemas de licitação do governo central, dos governos locais e das empresas públicas, uma vez que a oferta de cada um desses segue o mesmo formato de dados, não havendo necessidade de padronização de diferentes modelos<sup>51</sup> e, assim, permitindo a compreensão das ofertas apresentadas em todas as entidades da Administração Pública que se submetem ao PPS, de modo unificado.

---

Agencies (hereinafter referred to as “head of a public agency”) to uncover or prevent unfair collaborative acts related to bidding placed by the State, local governments or public enterprises under the Act on the Management of Public Agencies. <Amended by Act n. 9554, Mar. 25, 2009>. (2) When the head of a public agency prescribed by Presidential Decree announces bidding or when a successful bidder is determined, he/she shall submit information on the bidding to the Fair Trade Commission. (3) The extent of information on the bidding that has to be submitted to the Fair Trade Commission pursuant to paragraph (2) and procedures for submission thereof shall be prescribed by Presidential Decree. [This Article Newly Inserted by Act n. 8631, Aug. 3, 2007]” (*Monopoly Regulation and Fair Trade Act*).

<sup>49</sup> A evolução do sistema pode ser observada em KIM, Hong-Geun. *Means of bid-rigging detection: how to detect bid-rigging in public procurement in Korea*. Workshop on Bid-Rigging in Public Procurement. Putrajaya: 2014. Disponível em: <[http://www.mycg.gov.my/sites/default/files/Bid-Rigging-Workshop-PPT\\_KFTC.pdf](http://www.mycg.gov.my/sites/default/files/Bid-Rigging-Workshop-PPT_KFTC.pdf)>. Acesso em: 15 ago. 2016.

<sup>50</sup> LIM, Younghun. *I'm a KFTC's Staff in charge of Brias* [mensagem pessoal]. Mensagem recebida pelo autor, em 21 ago. 2016.

<sup>51</sup> LIM, Younghun. *I'm a KFTC's Staff in charge of Brias* [mensagem pessoal]. Mensagem recebida pelo autor, em 21 ago. 2016.

### 3.2 A inovação do Brias

Especificamente em relação ao Brias, que tem a sua regulamentação em decreto presidencial na conformidade da previsão do MRFTA,<sup>52</sup> os escores do sistema verificam a possibilidade de conluio nas contratações, ao sopesar cada um dos itens de avaliação.<sup>53</sup> Em outras palavras, a partir da descrição de informações obtidas diretamente do sistema de contratação eletrônica denominado de *Korea On-line E-Procurement System* (Koneps), o Brias observa os dados, como preço de licitação proporcionalmente considerado em relação ao preço de referência, o número de participantes, além do método de competição, para, então, aplicar uma fórmula que gera um escore potencial de *bid-rigging*. Se acima de certo limiar, o sistema de indicador de conluio, em seguida, sugere a necessidade de recolher mais informações sobre o processo de contratação. E, enfim, nos casos em que se justifique, uma investigação é instaurada para a apuração da infração concorrencial.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> O *Enforcement Decree of The Monopoly Regulation and Fair Trade Act* dispõe: “Article 34 (Submission of Data on Bidding Required for Analysis of Bid Rigging Indicators in Public Sector) (1) “Public agency prescribed by Presidential Decree” in Article 19-2 (2) of the Act means any public agency falling under any of the following subparagraphs: 1. Central administrative agencies established under the Government Organization Act or other Acts; 2. Local governments under Article 2 of the Local Autonomy Act; 3. Public corporations under Article 5 of the Act on the Management of Public Institutions. (2) Submission of data on bidding under Article 19-2 (2) of the Act shall be applicable only to cases where the number of participating companies in the bid concerned is not more than 20, and the estimated price is equal to or greater than the amount as prescribed in the following subparagraphs: 1. Bidding on construction projects under subparagraph 4 of Article 2 of the Framework Act on Construction Industry: Five billion won; 2. Bidding on construction projects, other than those under subparagraph 1: 500 million won; 3. Bidding on purchase of goods or provision of services: 500 million won. (3) Data on bidding under Article 19-2 (3) of the Act means matters prescribed in the following subparagraphs: 1. Agencies ordering bid and bidding agencies; 2. Type and methods of bidding; 3. Date and details of the placement of the bid; 4. Estimated prices, expected prices and low-end price; 5. Number of bidders; 6. Bidding details by bidders; 7. Profile of successful bidder; 8. Successful bid price; 9. Number of failed bid and number of price increase in expected price; 10. Other data requested by the Fair Trade Commission for the analysis of bid rigging indicators. (4) Heads of public agencies under each subparagraph of paragraph (1) shall submit matters prescribed by each subparagraph of paragraph (3) to the Fair Trade Commission through the Korea On-line e-Procurement System under Article 8 (2) of the Government Procurement Act within 30 days from the date when a successful bidder is determined: Provided, That where the heads of public agencies under each subparagraph of paragraph (1) do not request the Administrator of the Public Procurement Service to conclude a contract, the heads of public agencies may submit the relevant data by directly entering the data in the information processor operated by the Fair Trade Commission”.

<sup>53</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO. *Public procurement – The role of competition authorities in promoting competition*. Paris: OCDE, 2008. p. 119.

<sup>54</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO. *The Korean public procurement service: innovating for effectiveness*. Paris: OECD Public Governance Reviews, 2016. p. 33.



No entanto, para além da análise acima,<sup>55</sup> no ano de 2015, fora desenvolvida uma nova ferramenta para descobrir para quais produtos e/ou serviços os escores acima do limiar aceitável ocorrem repetidamente. Nesse sentido, acredita-se<sup>56</sup> que essa nova ferramenta pode ser considerada muito mais eficiente e eficaz, porque o KFTC pode concentrar os esforços não em inúmeras ofertas suspeitas de fraude, mas em um produto ou serviço específico; exemplifica que, até agosto de 2016, utilizando-se dessa ferramenta, descobriram a conduta anticompetitiva em dois mercados de produtos.

Por conseguinte, o que torna o *screen* em análise um modelo *sui generis* é o fato de que o Brias teve limitada contribuição direta para a descoberta e punição de *bid-rigging*, uma vez que apenas três dos casos inicialmente identificados levaram à condenação pela KFTC.<sup>57</sup> Inicialmente, poder-se-ia afirmar que a capacidade de investigação é limitada, pois o indicador (bandeira vermelha) teria uma base de investigação menos sólida que em casos de colaboração voluntária. Ocorre que, de acordo com Relatório da OCDE,<sup>58</sup> durante o período de funcionamento do sistema, o número de casos de clemência aumentou significativamente e parte dessa elevação diz respeito à maior conscientização e ao receio dos participantes do conluio da descoberta da infração, ambos gerados pela implementação do Brias.<sup>59</sup>

Assim, pode-se considerar o modelo da Coreia do Sul diferenciado, na medida em que tem uma característica de método preventivo, uma vez que o objetivo do sistema de defesa da concorrência, especialmente no combate ao *bid-rigging*, tende a focalizar<sup>60</sup> a atuação dos agentes econômicos de modo a gerar o cumprimento de uma obrigação negativa de colusão em contratação pública. Se assim não cumprir, diante

<sup>55</sup> LIM, Younghun. *I'm a KFTC's Staff in charge of Brias* [mensagem pessoal]. Mensagem recebida pelo autor, em 21 ago. 2016.

<sup>56</sup> LIM, Younghun. *I'm a KFTC's Staff in charge of Brias* [mensagem pessoal]. Mensagem recebida pelo autor, em 21 ago. 2016.

<sup>57</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *The Korean public procurement service: innovating for effectiveness*. Paris: OECD Public Governance Reviews, 2016. p. 33.

<sup>58</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *The Korean public procurement service: innovating for effectiveness*. Paris: OECD Public Governance Reviews, 2016.

<sup>59</sup> O resultado em análise representa o cumprimento da recomendação da OCDE sobre os contratos públicos, o qual incentiva o desenvolvimento e publicação de estratégias de gestão de riscos, incluindo sistemas para a geração de bandeiras vermelhas, como um elemento importante da sua eficácia.

<sup>60</sup> A focalização de expectativas tem desenvolvimento por Fernando Araújo (*Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 131 e ss.).



do receio na descoberta da conduta e, conseqüentemente condenação, os agentes tendem a colaborar com a autoridade da concorrência para extinguir ou minorar as penalidades.

Nesse patamar, pode-se incluir não somente o Brias como um mecanismo indutor de condutas, mas também todo o sistema construído para o combate à infração, seja diretamente, a partir da centralização e virtualização da contratação pública, seja com a criação de incentivos financeiros para terceiros que denunciem a prática do cartel.

## 4 A possibilidade de adaptação do modelo coreano no Brasil

Da análise acima esposada, pode-se suscitar inúmeras propostas de modificação do sistema brasileiro, as quais subdividem-se em três grandes elementos: a) liberalização do mercado; b) alteração na Lei de Licitações e na Lei da Concorrência; c) concepção de um sistema Brias.

### 4.1 Alterações na Lei de Licitações e na Lei de Concorrência

Para além da exclusão peremptória da Lei nº 8.666/1993 das barreiras não tarifárias mencionadas no tópico anterior, sugere-se a modificação dos procedimentos de contratação pública, no intuito de consagrar os pregões eletrônicos como regra geral na sistemática nacional, sem qualquer limite de valor, ou melhor, exigível obrigatoriamente para as licitações vultosas, comuns e especiais.

Em procedimentos de quantias relevantes, a Lei de Licitação e/ou a Lei da Concorrência devem prever a obrigatoriedade de remessa automática ao Cade, sob pena de responsabilização do agente público responsável, do edital, dos lances totais e do lance vencedor, para contratações públicas em toda a federação, da Administração direta, indireta, bem como todos os órgãos e entidades vinculadas ao Poder Público federal, estadual e municipal.

Ademais, dentro da legislação da concorrência, deve-se inserir a disposição de possibilidade de compensação financeira a terceiros que não participam do conluio, na hipótese de indicação de casos de cartel, por meio da apresentação de elementos da prática. Trata-se de um importante mecanismo, assim como a leniência, notadamente no âmbito das licitações, uma vez que um servidor público ou um cidadão atuante pode ter mais atenção aos certames, com vistas à constatação

de alguma prática, diante da possibilidade de um retorno financeiro; até porque, pela normatização pátria, a publicidade dos atos permite o acesso direto a elementos que possam consubstanciar uma condenação. Por outro lado, aumenta-se o incentivo indireto das empresas em firmarem um acordo de leniência, além de se absterem ao cometimento do ato, através da focalização de expectativas dos agentes econômicos.

## 4.2 Concepção de um sistema Brias

Com base na remessa necessária de informações em licitações relevantes, o Cade pode instituir um *screen* assemelhado ao Brias da Coreia do Sul, como forma de identificar padrões preocupantes de condutas que violam a concorrência. Nesse caso, na hipótese de falta de *know-how*, ou mesmo de infraestrutura de tecnologia da informação (TI) pelo órgão concorrential, este pode se valer de um termo de cooperação com o Observatório Nacional da Despesa Pública (ODP),<sup>61</sup> que já analisa os indicadores da despesa pública federal, por meio de mecanismos viabilizados pela TI.

*In casu*, o Cade poderia desenvolver um método próprio, ou mesmo agregar à análise dos índices produzidos pelos sistemas desenvolvidos no âmbito da ODP,<sup>62</sup> com especificações de natureza econômica e concorrential. Por conseguinte, colima-se estimular uma prática não restrita à postura mais passiva de aguardar os acordos de leniência, mas conceder contundentes incentivos indiretos para a sua ocorrência, como se deu no modelo analisado.

Ademais, entende-se que, como consequência, para além do incremento dos acordos de leniência firmado entre o Cade e os agentes infratores, a focalização da expectativa da descoberta do ilícito pode ensejar o incremento nos compromissos de cessação de práticas anticoncorrenciais, formalizados por meio dos denominados “termos de compromisso de cessação”. Assim, poder-se-á paralisar uma conduta potencialmente ilícita, ao tempo em que se preservará a higidez do mercado.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> Órgão vinculado ao atual Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, criado pela Portaria nº 1.215, de 25.6.2009, do anteriormente designado ministro da Controladoria-Geral da União, que tem como algumas das diretrizes operacionais, “a promoção da utilização da tecnologia da informação de cunho avançado, em seu âmbito de atuação” e a “a expansão do valor das informações por meio da visualização diferenciada das sínteses”, previstas no art. 2º da mencionada legislação.

<sup>62</sup> V. análise acerca da ODP, pela OCDE (*The Korean public procurement service: innovating for effectiveness*. Paris: OECD Public Governance Reviews, 2016. p. 34).

<sup>63</sup> MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 380.

## Conclusão

O *bid-rigging*, considerado uma infração à ordem econômica no Brasil, encontra no país um cenário propício ao seu desenvolvimento, uma vez que a construção do procedimento licitatório se baseia em uma competência difusa/concorrente entre as entidades pública para as especificações legais.

Nesse sentido, utilizando-se de parâmetros encontrados no modelo da Coreia de Sul de combate a essa prática, propõe-se algumas alterações no sistema brasileiro. Assim, sugere-se que o país deva implementar um sistema de informação obrigatória e automática ao Cade das contratações de grande relevância, o qual deve adotar um *screen* específico para a conduta em análise, nos moldes semelhantes ao Brias. Não obstante, como forma de reafirmar os incentivos indiretos para os agentes econômicos firmarem acordos de leniência, propõe-se a adoção de um incentivo financeiro para terceiros não participantes de cartel.

Enfim, ainda que o resultado desse sistema seja a ampliação do número de acordos de leniência firmados, esses terão partida da convicção de que a autoridade pública já possui provas para a sua investigação aprofundada e/ou condenação. Por outro lado, um sistema coeso e com baixos incentivos à colusão poderá também permitir uma redução do número de práticas, pelo fato de os agentes econômicos passarem a notar que podem ser descobertos e condenados por tal prática, ao tempo que ensejará acordos em investigação de práticas que infringem à concorrência, como o cartel em licitações.

## Referências

- ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CAMACHO, Cristina. Práticas restritivas da concorrência na contratação pública: a intervenção da autoridade da concorrência. In: TRABUCO, Cláudia; EIRÓ, Vera (Org.). *Contratação pública e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A economia e o controle do Estado. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 4 jun. 1989.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6. ed. São Paulo: RT, 2013.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GUPTA, Srabana. The effect of bid rigging on prices: a study of the highway construction industry. *Review of Industrial Organization*, Dordrecht, v. 19, p. 453-467, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013.

KIM, Hong-Geun. *Means of bid-rigging detection: how to detect bid-rigging in public procurement in Korea*. Workshop on Bid-Rigging in Public Procurement. Putrajaya: 2014. Disponível em: <[http://www.mycc.gov.my/sites/default/files/Bid-Rigging-Workshop-PPT\\_KFTC.pdf](http://www.mycc.gov.my/sites/default/files/Bid-Rigging-Workshop-PPT_KFTC.pdf)>. Acesso em: 15 ago. 2016.

LIM, Younghun. *I'm a KFTC's Staff in charge of Brias* [mensagem pessoal]. Mensagem recebida pelo autor, em 21 ago. 2016.

MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015.

MCAFEE, R. Preston; MCMILLAN, John. Bidding Rings. *The American Economic Review*, Pittsburgh, v. 82, issue 3, p. 579-599, 1992.

MOON, Jaeho. *Presentation*. Roundtable competition policy and public procurement. 12th Session of the Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy. Gênova, jul. 2012. Disponível em: <[http://unctad.org/meetings/en/Presentation/ciclp2012\\_RT\\_PP\\_JaehoMoon\\_en.pdf](http://unctad.org/meetings/en/Presentation/ciclp2012_RT_PP_JaehoMoon_en.pdf)>. Acesso em: 3 set. 2016.

MORAIS, Luís D. S.; RODRIGUES, Nuno Cunha. *Contratação pública e práticas anti-concorrenciais no direito internacional económico e no direito da União Europeia, em especial acordos entre empresas*. In: TRABUCO, Cláudia; EIRÓ, Vera (Org.). *Contratação pública e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Hard core cartels: recent progress and challenges*. Paris: OCDE, 2003.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Public procurement – The role of competition authorities in promoting competition*. Paris: OCDE, 2008.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Recommendation of the OECD Council on fighting bid rigging in public procurement*. Paris: OCDE, 2012.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Roundtable on changes in institutional design of competition authorities: note by Korea*. Paris: OCDE, 2014.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *The Korean public procurement service: innovating for effectiveness*. Paris: OECD Public Governance Reviews, 2016.

PORTER; Robert H.; ZONA, J. Douglas. Detection of bid rigging in procurement auctions. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 101, n. 3, p. 518-538, 1993.

POSNER, Richard A. *Antitrust law*. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. reimpr. da 1. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

RODRIGUES, Nuno Cunha. The use of public procurement as a non-tariff barrier: relations between the EU and the BRICS in the context of the new EU Trade and Investment Strategy. *Public Procurement Law Review*, Andover, 2016. No prelo.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes. In: POSSAS, Mário Luiz (Coord.). *Ensaios sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira: a Lei 12.525/2011 e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BARBOSA, Allan Fuezi de Moura. O problema concorrencial do *bid-rigging* no Brasil e o exemplo da Coreia do Sul: uma alternativa ao modelo brasileiro?. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 287-307. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---



# DO MORALISMO AO CONTROLE DEMOCRÁTICO: A INEFICIÊNCIA DOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO COMBATE À CORRUPÇÃO

ANA CRISTINA AGUILAR VIANA

## 1 Nota introdutória: do moralismo ao controle democrático

Suborno, enriquecimento ilícito, conduta antiética, malversação de recursos públicos, desvio, engano. São alguns dos atributos que se enquadram naquilo que se chama de corrupção. Embora ela seja uma epidemia mundial,<sup>1</sup> é quase uma regra geral os brasileiros atribuírem o fenômeno à sua própria cultura. Alguns conferem à herança ibérica.<sup>2</sup> Outros, à formação estamental patrimonialista.<sup>3</sup> Tal como Macunaíma, o “herói de nossa gente”,<sup>4</sup> a malandragem fulgura como um cano de

---

<sup>1</sup> A corrupção não é um fenômeno *local*, mas global. É o que dispõe o preâmbulo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgado no Brasil mediante o Decreto nº 5.687/2006. “Convencidos de que a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias, faz-se necessária a cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela”.

<sup>2</sup> HOLANDA, Sergio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1956.

<sup>3</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Rio de Janeiro; Porto Alegre; São Paulo: Globo, 1958. p. 243.

<sup>4</sup> ANDRADE, Mario de. *Macunaíma*. Disponível em: <<http://bd.centro.iff.edu.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1031/Macuna%C3%ADma.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

escape à perpetuação e prática de atos corruptos no dia a dia, evidenciando a situação reconfortante em delegar a responsabilidade de atos tidos como *imorais* à terceiros.<sup>5</sup>

Ilustra bem esse cenário o caso de Geddel Vieira Lima. Preso recentemente, o ex-ministro adquiriu um imóvel a fim de estocar os mais de cinquenta milhões que havia conquistado às custas de desvios de recursos.<sup>6</sup> O próprio, contudo, em 2015, aparece em um vídeo de uma passeata contra corrupção, na qual brada “ninguém aguenta mais tanto roubo”.<sup>7</sup> São casos como este que acumulam em uma sensação de mal-estar coletivo, com o qual se olha de modo cético para os rumos governamentais e o que gera uma concepção de senso comum da natural desonestidade do brasileiro.

Ocorre que a tendência dessa perspectiva é naturalizar a corrupção, colocando o Brasil como um *locus* natural de vícios. Segundo Fernando Filgueiras, essas crenças fazem com que a busca pelo reparo da corrupção parta de uma perspectiva moralista, o que desloca o problema para a ordem jurídica.<sup>8</sup> Tal premissa pode ser constatada na coleção<sup>9</sup> de legislações publicadas desde a década de 1990, as quais visam “combater” o desvio de recursos. No Brasil, só nos últimos 30 anos, foram publicadas mais de 50 legislações<sup>10</sup> com tal desiderato.

<sup>5</sup> Para Jesse de Souza a tese do mal de origem aceita o racismo disfarçado do culturalismo verdadeiro (SOUZA, Jesse. *A ralé brasileira*. Quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 57).

<sup>6</sup> EX-MINISTRO Geddel é preso após descoberta das malas com R\$ 51 milhões. *Istoé*, 8 set. 2017. Disponível em: <<http://istoe.com.br/ex-ministro-geddel-vieira-lima-e-presos-apos-descoberta-de-malas-com-r-51-milhoes/>>. Acesso em: 19 set. 2017.

<sup>7</sup> ‘NINGUÉM aguenta mais tanto roubo’, disse Geddel durante protesto contra a corrupção em 2015. *O Globo* 6 set. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/ninguem-aguenta-mais-tanto-roubo-disse-geddel-durante-protesto-contra-corrupcao-em-2015-21792062>>. Acesso em: 19 set. 2017.

<sup>8</sup> FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil. Uma antinomia entre normas morais e prática social. *Opinião Pública*, v. 15, n. 2, 2009.

<sup>9</sup> Levantamento realizado revelou um total de 51 leis relacionadas ao controle de corrupção entre os anos 1990 e 2009. Destas, 65% concernem ao controle administrativo-burocrático. São leis que acarretam no aumento de vigilância perante os servidores e políticos (FILGUEIRAS, Fernando; AVRITZER, Leonardo. Corrupção e controles democráticos no Brasil. In: CARDOSO JR., José Celso; BERCOVICI, Gilberto (Org.). *República, democracia e desenvolvimento*: contribuições ao Estado brasileiro contemporâneo. Brasília: Ipea, 2013. p. 210. Disponível em: <[http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/livro\\_republicademocracia.pdf](http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_republicademocracia.pdf)>. Acesso em: 26 jan. 2016).

<sup>10</sup> Levantamento realizado por Leonardo Avritzer e Fernando Filgueiras revelou um total de 51 leis relacionadas ao controle de corrupção entre os anos 1990 e 2009. Destas, 65% concernem ao controle administrativo-burocrático (FILGUEIRAS, Fernando; AVRITZER, Leonardo. Corrupção e controles democráticos no Brasil. In: CARDOSO JR., José Celso; BERCOVICI, Gilberto (Org.). *República, democracia e desenvolvimento*: contribuições ao Estado brasileiro contemporâneo. Brasília: Ipea, 2013. p. 210. Disponível em: <<http://>



Alicerçadas em questões morais, busca-se tradicionalmente um controle a *posteriori*<sup>11</sup> da corrupção, por meio de sanções àqueles considerados ímprobos, em sua maioria, agentes públicos.

A Lei de Improbidade é só um dos exemplos de uma guerra muitas vezes travada sem respeito a garantias e direitos fundamentais, cuja busca de moralidade acaba se apartando do seu desiderato ao se fazer um uso desmedido de ações inócuas, desvinculadas de racionalidade.<sup>12</sup> Os números corroboram essa assertiva. Só em 2016, o Ministério Público instaurou no Brasil 46.657 inquéritos civis públicos e procedimentos preparatórios objetivando apurar irregularidades relativas à improbidade administrativa.<sup>13</sup> E, segundo dados do Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que implique Inelegibilidade (CNCIAI), até 2016 foram 12.226 as condenações por improbidade nos Tribunais estaduais e federais em todo o país. A maioria das condenações, ao seu turno, conforme pesquisa feita no Tribunal de Justiça do Paraná, concerne à violação aos princípios da Administração Pública, o dispositivo mais genérico e aberto da lei. O mesmo estudo observou que 65% das apelações interpostas pelo Ministério Público do Paraná foram desprovidas.<sup>14</sup>

Acresça-se ainda, a esse cenário, resultado de estudo recente realizado pelo CNJ acerca da Lei de Improbidade, no qual foi revelado que mais 30% de todas as ações de improbidade pesquisadas foram instauradas em face de prefeitos municipais, sendo que em mais 93% das ações figuram pessoas físicas. Pessoas jurídicas privadas, ao seu turno, representam apenas 7% das ações.<sup>15</sup> Ou seja, há uma tendência de

---

ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/livro\_republicademocracia.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2016).

<sup>11</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas – Responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jul./set. 2014.

<sup>12</sup> GUSSOLI, Felipe Klein. Caça aos ímprobos: como a aplicação da Lei de Improbidade desvinculada das garantias constitucionais desvirtua a finalidade legal. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Org.). *Eficiência e ética na Administração Pública*. Curitiba: Íthala, 2015. p. 243-267.

<sup>13</sup> CNMP divulga retrato do Ministério Público brasileiro. CNMP, 26 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/10523-cnmp-divulga-retrato-do-ministerio-publico-brasileiro>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

<sup>14</sup> OYAMA, Luiz Taro. *Reflexões acerca da efetividade das ações de improbidade administrativa*. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=7535>>. Acesso em: 20 set. 2017.

<sup>15</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Lei de Improbidade Administrativa – Obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

instauração de procedimentos a determinado tipo de agente, em uma nítida seletividade. É como se a prática de atos ímprobos se restringisse aos agentes públicos, notadamente os políticos e, sobretudo, os do Poder Executivo municipal. Some-se a isso o fato de as ações estarem formatadas em um modelo que não traz respostas nem eficientes, nem satisfatórias, arrastando-se por anos.

Não obstante, a despeito de tudo isso, bem como das diversas normas já publicadas nesse intuito, 66% da população acredita que para diminuir a corrupção estão faltando novas leis.<sup>16</sup> É uma lógica, contudo, que instaura uma contínua criminalização de ação política, em um círculo vicioso, que muitas vezes acarreta uma “histeria ética”,<sup>17</sup> ou uma “caça às bruxas”<sup>18</sup> a agentes públicos.<sup>19</sup> É como se houvesse uma inerente relação da corrupção não só aos agentes públicos, mas ao próprio arcabouço estatal, deixando-se completamente de lado a existência de atos ilícitos praticados no âmbito privado.

Mas, como se nota, esse caminho não está conduzindo aos resultados almejados, tampouco produzindo alterações no cenário atual.<sup>20</sup> Assim, ante a grave crise institucional que o Brasil vive hoje, mostra-se imprescindível que se observe o fenômeno da corrupção com novas lentes. Quer dizer, para se compreender a corrupção no Brasil é necessário ir além desse discurso *retórico* e ter em mente que existe um conjunto de práticas que centram na persistência do fenômeno que não se relaciona à sua suposta naturalidade. A organização do sistema político, o desenho institucional do Estado e as formas de controle avultam como relevantes dimensões de onde se dá corrupção.

<sup>16</sup> CRIP – CENTRO DE REFERÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. *Relatório de pesquisa de opinião pública: interesse público e corrupção*. Belo Horizonte: CRIP, 2009.

<sup>17</sup> FILGUEIRAS, Fernando; AVRITZER, Leonardo. Corrupção e controles democráticos no Brasil. In: CARDOSO JR., José Celso; BERCOVICI, Gilberto (Org.). *República, democracia e desenvolvimento: contribuições ao Estado brasileiro contemporâneo*. Brasília: Ipea, 2013. p. 210. Disponível em: <[http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/livro\\_republicademocracia.pdf](http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_republicademocracia.pdf)>. Acesso em: 26 jan. 2016

<sup>18</sup> GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de direito penal no direito administrativo: breve estudo sobre o princípio da insignificância. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 12, n. 134, p. 9-17, abr. 2012. p. 16.

<sup>19</sup> Utiliza-se o termo genérico *agentes públicos* para designar todos os agentes que prestam serviços para Administração Pública, desde agentes políticos a agentes delegados.

<sup>20</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Corrupção e contratação administrativa: a necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro. *Gazeta do Povo*, 8 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/marcal-justen-filho/corruptao-e-contratacao-administrativa-a-necessidade-de-reformulacao-do-modelo-juridico-brasileiro-0plrukcg5ficcqzrcnfcbbu>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

Daí porque se mostra necessário examinar o problema da corrupção não unicamente como um problema burocrático-administrativo, mas estatal. Nessa lógica, é possível defender que o embate deve ser deslocado da moralidade para o democrático. Por sua vez, o controle democrático por excelência é aquele exercido pelos cidadãos como tais; um controle social cuja atuação pode se dar nos locais de interação entre o Estado e a sociedade, incluindo-se nos espaços participativos.

A dimensão participativa da sociedade ganhou impulso com a obsolescência das fórmulas da democracia representativa, sendo um fenômeno acompanhando no Brasil desde a promulgação da Constituição em 1988. E, decorridas mais de duas décadas de instrumentalização dessas experiências, a participação tomou forma, saiu de seu caráter prescritivo e passou para a *práxis*. A literatura brasileira acompanhou *pari passu* essa evolução,<sup>21</sup> cuja produção científica revelou a complexidade dos processos democráticos construídos.<sup>22</sup> É um momento cunhado por alguns como pós-participativo, no qual existem questões teóricas e descrições empíricas à frente do estado da arte da literatura internacional.<sup>23</sup> Tais modificações fizeram com que as perguntas sobre a participação fossem repaginadas, bem como se visualizassem impasses até então invisíveis. Entre essas questões está a efetividade desses mecanismos como meio de controle social. Atento a elas, Leonardo Avritzer, levantou a tese de que a celeuma do problema político relacionado a esquemas de corrupção atinge, sobretudo, a área de infraestrutura em razão da ausência de participação social.

<sup>21</sup> Segundo Rebeca Abers e outros, a produção inicial de estudos sobre a participação esteve focada em estudos de casos, o que permitiu uma nova fase de pesquisas que começou a esboçar estudos comparativos cujos resultados revelavam a complexidades das interfaces, que mesmo portando desenhos institucionais semelhantes implicavam efeitos distintos. Daí passou-se a tratar de três variáveis sobre os impactos da participação: o desenho institucional, tradição associativa local e vontade política dos governantes. Recentemente o estudo se aprofundou, analisando-se a relação entre o desenho institucional e o empoderamento; a efetividade deliberativa; a questão da escala e seus efeitos distributivos, o efeito da convivência e tensão de projetos antagônicos partilhar pela participação e finalmente a questão da representação e participação (ABERS, Rebecca; SERAFIM, Lizandra; TATAGIBA, Luciana. Repertórios de interação estado-sociedade em um estado heterogêneo: a experiência na Era Lula. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 57, n. 2, p. 325-357, jun. 2014. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52582014000200003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582014000200003&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 18 maio 2016).

<sup>22</sup> ABERS, Rebecca; SERAFIM, Lizandra; TATAGIBA, Luciana. Repertórios de interação estado-sociedade em um estado heterogêneo: a experiência na Era Lula. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 57, n. 2, p. 325-357, jun. 2014. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52582014000200003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582014000200003&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 18 maio 2016.

<sup>23</sup> GURZA LAVALLE, Adrian; ISUNZA, Ernesto. Representación y participación en la crítica democrática. *Desacatos (CIESAS)*, v. 49, p. 10-27, 2015. p. 17.

Com base nesse cenário – urgência de uma leitura da corrupção com uma lente distinta daquela naturalista e a existência de estudos que forneçam dados acerca do exercício do controle social no combate à corrupção –, o presente trabalho busca examinar a efetividade dos mecanismos participativos como meio de exercício do controle social da corrupção no âmbito das contratações públicas. Para tanto, o ensaio é dividido em três seções. A primeira discorre sobre o processo de democratização administrativa e os mecanismos de controle. Na segunda seção, traz-se um apanhado do processo de inserção dessas interfaces democráticas no país. Na terceira, examina-se a efetividade das interfaces como mecanismos de controle social no âmbito das contratações públicas. Finalmente, as conclusões fazem uma síntese das ideias trazidas do ensaio, bem como dos resultados encontrados.

## 2 A democratização do direito administrativo e o controle social

Como se sabe, a criação e a consolidação do direito administrativo se deram entre os séculos XIII e XX,<sup>24</sup> no momento que o Estado desenvolve uma estrutura executiva e reguladora.<sup>25</sup> O direito administrativo que aqui se menciona – de raiz francesa – possui intrínseca relação com o Estado de Direito, cujos nortes se expandiram para a maioria dos países da Europa, influenciando definitivamente o direito administrativo brasileiro. Fundado em uma perspectiva autoritária, o direito administrativo surgiu dotado de características que consolidaram a distinção estanque entre Administração e administrado, bem como entre público e privado. Por essa razão, apesar de ser um tema controverso, há quem sustente que as prerrogativas serviram tão somente para a continuidade da reprodução das práticas do *ancien regime*.<sup>26</sup>

Se os propósitos da sua origem são duvidosos, os seus nortes principiológicos não o são. Na sua fundação, a teoria da Administração Pública centrou-se na administração e ignorou a sociedade, cujos sujeitos eram visualizados como súditos. Somente com o advento da

<sup>24</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. O contrato administrativo como instrumento de governo. In: GONÇALVES, P. C. *Estudos de contratação pública*. Coimbra: Coimbra Ed., 2013. v. IV. p. 5-18.

<sup>25</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 29.

<sup>26</sup> Nesse sentido BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 10.

doutrina do serviço público que se passa a enxergar o administrado no âmbito das relações com a Administração Pública. As *potestates*, contudo, ainda se faziam presentes, sendo que as prerrogativas da Administração alicerçavam a relação entre o Estado e a sociedade.

A passagem do indivíduo súdito para sujeito de direito se deu de forma paulatina, acompanhando a modificação do conceito e das funções do Estado, bem como da própria relação entre Estado e sociedade. Essa transformação ocorre no Brasil a partir da promulgação da Constituição Cidadã. Com efeito, os resultados do processo de redemocratização, que culminou com o advento da Constituição, traduzem-se em “novo momento da dogmática e pensamento constitucionais que, conquanto não uniforme, compila determinados avanços da teoria constitucional”.<sup>27</sup>

Desde então, preconiza-se o uso emancipatório<sup>28</sup> da dogmática constitucional, cujas características<sup>29</sup> são a irradiação dos seus valores por todo o ordenamento jurídico, a força normativa dos princípios com especial atenção aos direitos fundamentais,<sup>30</sup> a rejeição ao formalismo com novas técnicas interpretativas, como a ponderação,<sup>31</sup> o retorno da ética<sup>32</sup> à discussão jurídica, a relativização da separação de poderes e a judicialização da política.<sup>33</sup> Trata-se de elementos que no direito administrativo configuram a sua constitucionalização. A Administração sofre uma fundamental alteração. De arbitrária e legalista, transmuda-se

<sup>27</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 13 set. 2017.

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 2. impr. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 110.

<sup>29</sup> HESSE, Konrad et al. *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Prolegomena y traducción de Antonio López Pina. Madri: Marcial Pons, 1996. p. 115.

<sup>30</sup> CARBONELL, Miguel. Prólogo. In: ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (Ed.). *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. Serie justicia y derechos humanos. p. 57.

<sup>31</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 48.

<sup>32</sup> Autores usam a expressão *virada kantiana* para se referir à influência de Kant no debate jurídico hodierno, assim como o abraço da ética e moral. Nesse sentido: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 1999. p. 249.

<sup>33</sup> “Há Judicialização da Política sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afectam de modo significativo as condições da acção política”. Dessa maneira, pode-se afirmar que a judicialização da política se consubstancia na apreciação e intervenção do Poder Judiciário em questões políticas (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A judicialização da política*. Público. Disponível em: <<http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/en/articles.php>>. Acesso em: 1º jul. 2017).

para um atendimento jurídico a todo ordenamento, levando uma vinculação administrativa ao direito.<sup>34</sup> Há, portanto, uma vicissitude da legalidade a juridicidade.<sup>35</sup>

Segundo Patrícia Baptista, a nova configuração administrativa cumulada à crise de legitimidade democrática abriu espaço para o desenvolvimento da participação administrativa. Da ideia de relação administrativa vertical, bipolar, hierárquica e unidimensional, passa-se para uma perspectiva mais horizontal, multipolar, paritária e circular. E é a partir daí que se visualiza uma democratização da administração pública.<sup>36</sup> Chega-se a falar em administração *condivisa*, isto é, os cidadãos devem sair de seu papel de administrados e assumir o de cidadãos ativos.<sup>37</sup> Com efeito, o direito administrativo inseriu o indivíduo e a empresa como colaboradores privilegiados para atingir o interesse público.<sup>38</sup> Assiste-se, a partir daí, à inserção de métodos de negociação no âmbito de competências tradicionalmente autoritárias e unilaterais.<sup>39</sup> O legislador passou a inserir dispositivos que permitem a negociação entre o particular e a Administração, em situações que retiram o viés eminentemente unilateral para inserção de atos consensuais. Como o exercício da cidadania passou a ser premissa de primeira ordem, as formas de participação cumprem esse desiderato, ao possibilitar a defesa pelos próprios cidadãos dos interesses gerais da sociedade.

Juridicamente,<sup>40</sup> a participação social ganha contornos por meio da Constituição, que autoriza a sua instrumentalização por meio de

<sup>34</sup> OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa á juridicidade*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2007. p. 15.

<sup>35</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 2. impr. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 224.

<sup>36</sup> HACHEM, Daniel Wunder; PIVETTA, Saulo Lindofer. Democracia e participação popular na Administração Pública: mecanismos de realização do Estado Democrático de Direito. *Fórum Administrativo – FA*, ano 11, n. 30, p. 38-45, dez. 2011.

<sup>37</sup> ARENA, Gregório. A administração condivisa. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *A Administração Pública compartilhada no Brasil e na Itália: reflexões, preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. p. 65.

<sup>38</sup> TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, jul./set. 1997.

<sup>39</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas – Responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jul./set. 2014.

<sup>40</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

diversos dispositivos,<sup>41</sup> sendo que o principal deles é o art. 1º, parágrafo único. Portando esse conteúdo axiológico de aproximação do cidadão à Administração, a participação tem sido desde então festejada por toda a doutrina jurídica. Pode-se dizer que existe uma verdadeira “ideologia da participação”.<sup>42</sup> Abunda doutrina que exalta as qualidades da participação, especialmente a colocando como uma oportuna saída às claras deficiências da democracia representativa. E entre os objetivos da participação se encontra o controle social.

Etimologicamente, controle advém do francês *contrôle*, mas ele não tem uma definição pontual, vez que se trata de um vocábulo polisêmico, cujo significado pode remeter a diversas situações. No âmbito constitucional, diz-se que suas inclinações pendem para a vistoria, a inspeção, o exame, a fiscalização, a contenção, entre outros.<sup>43</sup> Já na Administração Pública, segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, toda a atividade administrativa subjaz às normas e procedimentos que denotam primários níveis de controle, tais como os requisitos do ato administrativo, como a motivação e a publicidade do ato. Contudo, o autor sobreleva que a perspectiva formal é insuficiente, sendo necessário o controle material, isto é, de seu conteúdo.<sup>44</sup> Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o controle da Administração se constitui no “poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos do poder judiciário, legislativo e executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhes são impostos pelo ordenamento jurídico”.<sup>45</sup>

<sup>41</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; [...] Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação; [...]”.

<sup>42</sup> CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas*: de Maquiavel até nossos dias. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1982.

<sup>43</sup> SIRAQUE, Vanderlei. *O controle social da função administrativa do Estado*: possibilidades e limites da constituição de 1988. 2004. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://siraque.tempsite.ws/site/pdf/monografia2004b.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2012.

<sup>44</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=66621>>. Acesso em: 3 jul. 2014.

<sup>45</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 478.



O controle, é assim, pedra angular da Administração Pública. E, como tal, ela exige mecanismos diversos, tanto exógenos, quanto endógenos. Quanto ao controle interno (art. 74, CF) realizado pela própria Administração Pública, ele pode ser feito de forma simultânea, previamente, em um momento posterior ao ato, ou ainda mediante provocação.<sup>46</sup> Por sua vez, além do controle exercido pelo Tribunal de Contas, o controle social<sup>47</sup> também se afigura como uma maneira de controle externo. Segundo Francisco Taveira Neto, o controle social pode ocorrer de três formas: participação, fiscalização e reação.<sup>48</sup> O controle público não estatal, outrossim, ocorre mediante um processo de ampliação da participação da sociedade civil na Administração Pública, no qual a publicidade e a moralidade figuram como princípios norteadores.<sup>49</sup>

Apesar de a transparência ser relevante nesse processo, ela se constitui como exigência para que se exerça o controle social, e não o destino final de uma abertura com vistas ao combate à corrupção. Outrossim, a publicização das ações da Administração, junto à criação de espaços participativos, figura como *locus* de exercício da *accountability* vertical<sup>50</sup> e traz novos atores na definição e execução de políticas públicas.<sup>51</sup> Além disso, a legitimidade das instituições repousa na possibilidade de controle racional das decisões, bem como na inserção dos indivíduos no processo decisório.<sup>52</sup> Com a instrumentalização dos mecanismos participativos, abriu-se espaço para esse processo tomar concreitude.

<sup>46</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 34-36.

<sup>47</sup> Exemplos de artigos que tratam de controle social na Constituição: arts. 10; 37, §3º; 187; 194, parágrafo único, VII; 198, III; 204, II; 206, VI; 216, §1º; 225; e 227, §1º, CF.

<sup>48</sup> TAVEIRA NETO, Francisco. A evolução da Administração Pública e de seus mecanismos de controle na Constituição Federal. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=34577>>. Acesso em: 3 jul. 2016.

<sup>49</sup> FILGUEIRAS, Fernando; AVRITZER, Leonardo. Corrupção e controles democráticos no Brasil. In: CARDOSO JR., José Celso; BERCOVICI, Gilberto (Org.). *República, democracia e desenvolvimento: contribuições ao Estado brasileiro contemporâneo*. Brasília: Ipea, 2013. p. 210. Disponível em: <[http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/livro\\_republicademocracia.pdf](http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_republicademocracia.pdf)>. Acesso em: 26 jan. 2016

<sup>50</sup> O'DONNELL, G. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. *Lua Nova*, São Paulo, n. 44, 1998.

<sup>51</sup> SALGADO, Eneida Desiree. *Lei de Acesso à Informação*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 41.

<sup>52</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin *apud* SALGADO, Eneida Desiree. *Lei de Acesso à Informação*. São Paulo: Atlas, 2015. p.i.



### 3 O processo de instrumentalização da participação social no Brasil

Entender a participação no Brasil não é possível sem antes compreender, mesmo que sucintamente, o percurso político e econômico brasileiro recente. Foi durante o século XX que as elites buscaram a modernização do país. Implementaram-na sobre um país rural, o que não impediu que em pouco tempo a *terra brasilis* passasse a ser a décima economia industrial do mundo. Contudo, com a mesma proporção com que a modernização virava realidade, as vulnerabilidades sociais davam suas caras, o que consequentemente fez com que ao longo deste século o Brasil tenha se tornado um dos países mais desiguais do mundo.

Citam como exemplo desse fosso o fato de o aumento da população urbana não ter sido proporcional ao aumento da prestação de serviço público. Diz-se, ademais, que o processo de modernização, marcado por um viés weberiano, não deu conta das necessidades sociais do país. Ou, ainda, segundo Leonardo Avritzer,<sup>53</sup> são a tradição clientelista<sup>54</sup> do país e o baixo nível de organização da população os responsáveis por essa situação.

Dentro desse cenário, a ideia de participação parte do outro flanco. Originando-se nos idos da década de 60 como uma insurgência das camadas populares, a preocupação era construir uma sociedade justa, cujo ideário se viu concretizado somente décadas depois com a promulgação da Constituição Cidadã. Antes dessa conquista, contudo, em virtude da busca das elites em modificar os resultados de eleições, a quimera democrática estacionou, estabelecendo-se a ditadura.<sup>55</sup>

E foi no âmago do cenário autoritário que começaram a fulgurar alguns movimentos sociais que trouxeram novos contornos e demarcam espaço para a abertura política do movimento democrático. O processo de redemocratização no Brasil, portanto, inseriu novos atores na arena política, instituindo uma nova gramática social. Essa democracia que apareceu na década de 70 no sul da Europa chega à América Latina nos anos 80, colocando a discussão sobre a democracia na relação entre

<sup>53</sup> AVRITZER, Leonardo. *Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil*. Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/publicacoes/12479\\_cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/publicacoes/12479_cached.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2015.

<sup>54</sup> LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. O município e o regime representativo no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 43.

<sup>55</sup> AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil, instituições representativas e representação: da autorização à legitimidade da ação. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, v. 50, n. 3, p. 721-755, 2007. p. 722.

procedimento e participação social. Essa nova gramática modificou as relações das minorias e do patriarcado com bens públicos o que ensejou um experimentalismo na esfera pública, transformando o Estado em um movimento social.<sup>56</sup>

Assim, embora se tenha enfrentado na década de 80 duras perdas econômicas, o que fez com que fosse batizada de “a década perdida”, foram nesses anos que se viram um crescimento da organização popular e experiências de participação germinando.<sup>57</sup> O cenário subsequente foi o desenvolvimento de um cenário político que permitiu a realização de uma Assembleia Constituinte, que foi composta também pela participação da sociedade. Esse processo, “maculado pela origem da Assembleia Nacional Constituinte e por seu funcionamento legitimado pela participação popular” foi “capaz de estabelecer, se não um conceito concreto de democracia, um projeto democrático que traz para vida real fins democráticos”.<sup>58</sup>

Destarte, o marco distintivo dessa luta é, indubitavelmente, a promulgação da Constituição em 1988. Como meio de garantir os projetos propostos pelos movimentos sociais, estabeleceu-se não só um Estado Democrático de Direito, como um Estado promotor de políticas públicas. A consequência deste projeto foi a instrumentalização em larga escala de formas de participação ao longo dos anos 1990 e 2000. Inicialmente as experiências ganharam vida no âmbito dos municípios, passando, posteriormente, a emergir em nível federal, cujo desenho institucional contou com a ascensão de militantes sociais que colocaram em prática essas experiências.<sup>59</sup>

A participação infiltrou-se no exercício de todas as funções estatais. O Legislativo abriu-se ao referendo, ao plebiscito e à iniciativa popular de leis, além da colaboração dos cidadãos no exercício da

<sup>56</sup> SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

<sup>57</sup> GURZA LAVALLE, Adrian. Após a participação: nota introdutória. *Lua Nova*, São Paulo, v. 84, p. 13-23, 2011. p. 13. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452011000300002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452011000300002&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 23 abr. 2016.

<sup>58</sup> SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia – Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

<sup>59</sup> ABERS, Rebecca; SERAFIM, Lizandra; TATAGIBA, Luciana. Repertórios de interação estado-sociedade em um estado heterogêneo: a experiência na Era Lula. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 57, n. 2, p. 325-357, jun. 2014. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52582014000200003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582014000200003&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 18 maio 2016.

fiscalização do Executivo. O Judiciário passou a contar com diversos instrumentos participativos, como as ações populares, os mandados de segurança coletivos, entre outros. Mas foi primordialmente no âmbito da Administração Pública que a participação ganhou cor. Surgiram diversos mecanismos participativos, tais como: comitês, *ombudsman*, leis de transparência, instituições eleitorais de caráter civil, observatórios cidadãos, comissões de vigilância, conselhos, comissões, conferências, entre outros.<sup>60</sup> Algumas dessas inovações alcançaram mundial notoriedade: os conselhos gestores de políticas públicas, as experiências de orçamento participativo (OP) e as conferências nacionais no Brasil.

Esse pioneirismo foi importado e implantado em diversos países, colocando o Brasil como local de ponta da instrumentalização de experiências participativas.<sup>61</sup> Com efeito, a literatura aponta para um verdadeiro salto nas políticas governamentais apoiadas em experiências participativas.<sup>62</sup> Houve um incremento no número de programas que deram abertura a instrumentos participativos no âmbito federal, de 81%, em 2002, para 92,1%, em 2010, além da diversificação de órgãos que passaram a implantar esses mecanismos, uma vez que, em 2002, 60,4% dos órgãos tinham programas desse tipo, ao passo que, em 2010, esse percentual chegou a 89,3% dos órgãos federais.<sup>63</sup>

De modo que, se nas décadas de 1960 e 1980 a participação correspondia à contraposição ao regime militar, ela se transformou no reclamo de autodeterminação efetiva e parte da linguagem jurídica do Estado, alcançando ambientes inesperados, tornando-se uma feição institucional.<sup>64</sup> Feição esta que resulta em uma verdadeira “ecologia” das relações Estado-sociedade, em que “diferentes interfaces viabilizam

<sup>60</sup> GURZA LAVALLE, Adrian; ARAÚJO, Cícero. O futuro da representação: nota introdutória. *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p. 9-13, 2006.

<sup>61</sup> GURZA LAVALLE, Adrian; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela. A construção política das sociedades civis. In: GURZA LAVALLE, Adrian (Org.). *O horizonte da política*. Questões emergentes e agenda de pesquisa. São Paulo: Unesp, 2012.

<sup>62</sup> COELHO, V. S. P.; FAVRETO, A. Conexões entre participação, democracia e desenvolvimento: investigação dos impactos políticos e distributivos. In: GURZA LAVALLE, A. (Org.). *O horizonte da política*: questões emergentes e agendas de pesquisa. São Paulo: Unesp, 2012.

<sup>63</sup> PIRES, R. R. C.; VAZ, A. C. N. Para além da participação: interfaces socioestatais no governo federal. *Lua Nova*, São Paulo, n. 93, p. 61-91, dez. 2014. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452014000300004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452014000300004&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 24 abr. 2016.

<sup>64</sup> GURZA LAVALLE, Adrian. Após a participação: nota introdutória. *Lua Nova*, São Paulo, v. 84, p. 13-23, 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452011000300002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452011000300002&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 23 abr. 2016.

o contato entre Estado e sociedade em diferentes políticas públicas para o cumprimento de diferentes objetivos”.<sup>65</sup>

Tal cenário permitiu que a literatura observasse de perto o cumprimento dos objetivos tratados quando ainda a participação estava no seu caráter deontológico. Entre eles está o controle social da Administração.

#### 4 A (in)eficiência dos mecanismos participativos como meio de controle social da corrupção no âmbito das licitações e contratações públicas

Embora a literatura aponte para diversos resultados positivos da participação social, ela também logrou observar pontos de celeumas. Leonardo Avritzer, ao examinar o que ele chama de “impasses da democracia”,<sup>66</sup> discorre sobre os limites da participação social na política e aponta para a fragilidade dos mecanismos de controle, prevenção e punição. Tal fragilidade em tese permite a existência de corrupção, sobretudo na área de infraestrutura, *locus* por excelência das licitações e contratações públicas. Para Leonardo Avritzer, é possível notar a existência de uma seletividade de políticas e atores nas administrações participativas no Brasil, o que gera um desequilíbrio de áreas institucionalizadas. Enquanto as áreas de saúde, assistência social, criança e adolescente detêm uma ampla gama de interfaces socioestatais, as áreas de infraestrutura, mobilidade urbana e transporte são tímidas quanto à experimentalização desses mecanismos.<sup>67</sup>

Essa seletividade de políticas e atores nas administrações participativas aparece como um dos limites encontrados da instrumentalização

<sup>65</sup> PIRES, R. R. C.; VAZ, A. C. N. Para além da participação: interfaces socioestatais no governo federal. *Lua Nova*, São Paulo, n. 93, p. 61-91, dez. 2014. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452014000300004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452014000300004&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 24 abr. 2016.

<sup>66</sup> Os cinco elementos apontados por Avritzer são: os limites do presidencialismo de coalização, os limites da participação popular na política, que tem crescido desde 1990 e é bem vista pela população, mas não logra modificar sua relação com a participação, os paradoxos do combate à corrupção, que avançam e revelam elementos dramáticos da privatização do setor público no país, as consequências da perda de *status* das camadas médias que passaram a estar mais próximas das camadas populares a partir do reordenamento social provocado pela queda da desigualdade, o novo papel do Judiciário na política (AVRITZER, Leonardo. *Impasses da democracia no Brasil*. São Paulo: Civilização Brasileira, 2016).

<sup>67</sup> AVRITZER, Leonardo. *Impasses da democracia no Brasil*. São Paulo: Civilização Brasileira, 2016. p. 15.

da participação. Isso porque ela gera um desequilíbrio entre áreas de institucionalização da participação, que não só representa violação de direitos, mas igualmente não concretiza um dos motes da participação, o exercício do controle social. A conclusão do autor deste cenário é que essas áreas são mais vulneráveis à corrupção em razão dessa lacuna.<sup>68</sup>

Com efeito, a literatura já logrou mapear a existência de determinado padrão entre associação de tipos de experiências participativas e áreas temáticas de políticas públicas. Enquanto interfaces como conselhos e conferências aparecem em maior medida nos programas da área de proteção e promoção social, audiências públicas e consultas públicas se associam às temáticas de infraestrutura e desenvolvimento econômico.<sup>69</sup> A existência de audiências e consultas públicas é vista de modo favorável na doutrina administrativista, vez que, em tese, apresentam-se como mecanismos para realização de políticas públicas de longa duração<sup>70</sup> para funcionar como instrumento de boa governança.<sup>71</sup> Diz-se que a consensualização administrativa nesses ambientes se solidifica, entre outros, em audiências e consultas públicas, assim como conselhos compostos por representantes do Estado e da sociedade.<sup>72</sup>

No que tange à avaliação dessas interfaces, gestores que atuam nas áreas de desenvolvimento econômico e infraestrutura perceberam que o ponto positivo dos fenômenos participativos correspondeu no papel de correção de rumos e metodologias dos programas.<sup>73</sup> Já o aumento

<sup>68</sup> AVRITZER, Leonardo. *Impasses da democracia no Brasil*. São Paulo: Civilização Brasileira, 2016. p. 18.

<sup>69</sup> PIRES, R. R. C.; VAZ, A. C. N. Para além da participação: interfaces socioestatais no governo federal. *Lua Nova*, São Paulo, n. 93, p. 61-91, dez. 2014. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452014000300004&lng=en&nr m=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452014000300004&lng=en&nr m=iso)>. Acesso em: 24 abr. 2016.

<sup>70</sup> Desde a década de 90 a legislação brasileira passou a tipificar novas modalidades contratuais de longo prazo, desafiando a formatação dos contratos tradicionais. É o caso dos contratos de concessão e dos contratos de parceria público-privada (MOREIRA, Egon Bockman. O contrato administrativo como instrumento de governo. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2014. v. 1. p. 503-515).

<sup>71</sup> BREUS, Tiago Lima. *O governo por contratos e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 76.

<sup>72</sup> MARRARA, Thiago. As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013. p. 238 e seguintes.

<sup>73</sup> PIRES, R. R. C.; VAZ, A. C. N. Para além da participação: interfaces socioestatais no governo federal. *Lua Nova*, São Paulo, n. 93, p. 61-91, dez. 2014. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452014000300004&lng=en&nr m=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452014000300004&lng=en&nr m=iso)>. Acesso em: 24 abr. 2016.

de legitimidade, transparência e controle não apresentou correlação com essas áreas. De outro modo, o controle social e a transparência foram observados como um dos resultados positivos dos conselhos e conferências. Com efeito, conselheiros que participam de conselhos de direitos admitem que o controle social é um dos temas mais abordados nas deliberações. Por sua vez, conselheiros que atuam nas áreas de políticas de desenvolvimento e infraestrutura não partilham do mesmo entendimento. Diz-se que um dos fatores dessa discrepância repousa no fato que os conselhos que asseguram direitos sociais detêm uma preocupação maior com o controle social, o que pode ser visto da disposição normativa existente nessas áreas quanto a essa pretensão.<sup>74</sup>

Confirmando a tese de Avritzer, para a maioria dos conselheiros a corrupção aparece em maior medida nas licitações e execuções de contratos públicos e convênios firmados entre estados e municípios, além de convênios firmados com ONGs. A explicação dada é que eles não têm intervenção nesses âmbitos, que se constituem em atos da administração junto a terceiros, mediante acordos.<sup>75</sup> Relatório de Pesquisa da Universidade Federal de Minas Gerais aponta para semelhantes conclusões. No que tange às vulnerabilidades institucionais à corrupção, os servidores públicos entrevistados apontaram justamente para as áreas de licitações, contratos, concessões e gestão de convênios.<sup>76</sup> Ainda, os conselheiros entrevistados acreditam que um controle social nesses âmbitos pode contribuir para inibir a corrupção ao se prestarem como meio de identificação dos pontos de vulnerabilidade institucionais.<sup>77</sup>

Como se percebe, a despeito de a instrumentalização da participação ter gerado uma maior transparência em algumas áreas, esse desiderato não foi alcançado nos ambientes relacionados às licitações e contratações públicas. Embora existam alguns mecanismos, como audiências e consultas públicas, eles não conseguem atingir a finalidade do controle.

<sup>74</sup> CUNHA, Eleonora Schettini. Conselhos de políticas públicas: possibilidades e limites no controle público da corrupção. *Cadernos Adenauer*, v. XII, n. 3, 2011. Disponível em: <<http://www.kas.de/wf/doc/5365-1442-5-30.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2016.

<sup>75</sup> CUNHA, Eleonora Schettini. Conselhos de políticas públicas: possibilidades e limites no controle público da corrupção. *Cadernos Adenauer*, v. XII, n. 3, 2011. Disponível em: <<http://www.kas.de/wf/doc/5365-1442-5-30.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2016.

<sup>76</sup> CRIP – CENTRO DE REFERÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. *Relatório de pesquisa de opinião pública: interesse público e corrupção*. Belo Horizonte: CRIP, 2009.

<sup>77</sup> CRIP – CENTRO DE REFERÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. *Relatório de pesquisa de opinião pública: interesse público e corrupção*. Belo Horizonte: CRIP, 2009.

Quanto a esses mecanismos em especial, Igor Ferraz Fonseca ressalta que a efetiva participação da sociedade é prejudicada muitas vezes pela divulgação deficiente dos espaços de deliberação por parte do governo. Em outras, o anúncio não só é pouco publicizado, como o prazo entre a divulgação e a realização do evento não permite que se tome conhecimento de todos os enlaces. Menciona, ainda, que a Administração não disponibiliza estrutura adequada para os debates, assim como os agentes públicos que mediam o debate muitas vezes não detêm capacidade suficiente para tanto.<sup>78</sup>

Para além disso, outros fenômenos próprios da participação são encontrados nesses espaços que lidam com acordos firmados entre a Administração e entidades privadas. A assimetria de informações e de conhecimento e a tentativa do Poder Público de domesticar segmentos sociais representados são traços visíveis. Esse cenário permite que haja apropriação do debate por uma minoria, correspondente nos grupos de interesse e nos especialistas. Estes, ao deterem maiores recursos e conhecimento, possuem mais condições de colocar em prática seu ponto de vista, que muitas vezes discrepam do interesse geral, ou ainda mesmo do cidadão afetado pela política ali definida.<sup>79</sup> No caso das consultas públicas, enquetes e audiências, avistou-se a ausência de informação suficiente sobre os processos, além de condições de participação desiguais, com falta de respeito ao pluralismo e autonomia dos autores.<sup>80</sup> Para além disso, observou-se que muitas vezes as conclusões das deliberações são rechaçadas pelos administradores, o que torna inócua a própria finalidade do mecanismo de participação, que se transforma num simulacro de deliberação.<sup>81</sup>

Desse cenário, pode-se observar não ser incomum o uso dessas interfaces para legitimar ações “totalmente divorciadas do ideal democrático que serve de fundamento às formas de colaboração dos

<sup>78</sup> FONSECA, Igor Ferraz da *et al.* Audiências públicas: fatores que influenciam seu potencial de efetividade no âmbito do Poder Executivo federal. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 64, n. 1, p. 7-29, jan./mar. 2013.

<sup>79</sup> PISSALOUX, Jean-Luc. La démocratie participative dans le domaine environnemental. *Revue Française d'Administration Publique*, n. 137-8, 2011. p. 131-133.

<sup>80</sup> Nesse sentido, Avritzer pontua que em 2007, com o início do novo ciclo de investimentos pelo Plano de Aceleração do Crescimento, deu-se início à construção de obras de infraestrutura e mobilidade urbana, como de aeroportos e vias de acesso. Nessas obras, visualizou-se a realização de obras de infraestrutura sem a participação dos cidadãos (AVRITZER, Leonardo. *Impasses da democracia no Brasil*. São Paulo: Civilização Brasileira, 2016).

<sup>81</sup> PISSALOUX, Jean-Luc. La démocratie participative dans le domaine environnemental. *Revue Française d'Administration Publique*, n. 137-8, 2011. p. 131-133.



cidadãos no processo decisório administrativo”.<sup>82</sup> Sob a aparência da legitimidade, o que ocorre é um verdadeiro sequestro da Administração Pública nestes mecanismos, o que, conseqüentemente, corrobora o aumento da corrupção, ao invés de blindá-la. Desse modo, percebe-se não só a ausência de mecanismos de participação que ensejam controle social, mas também que as interfaces existentes não atingem o controle e transparência perseguidos. Logo, as legislações esparsas bem como os mecanismos não são trazem o almejado controle social.

Em que pese todo esse panorama, não há efetiva preocupação de inserção da participação popular no âmbito desses investimentos. Com efeito, existem alguns projetos de lei em trâmite relacionados às áreas de licitação e contratos. O primeiro é p Projeto de Lei do Senado nº 559/2013, que propõe alterações na Lei nº 8.666, o segundo é o Projeto de Lei do Senado nº 349/2015, que busca inserir dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Há, ainda, a criação do conhecido PPP+. No que tange ao Projeto de Lei nº 599/2015, Cristiane Fortini salienta haver uma preocupação com o controle social e institucional na disposição sobre o dever de disponibilizar em sítio eletrônico oficial todos os elementos do edital, incluindo minutas de contratos, projetos, anteprojetos e termos de referência e outros anexos, o que se aproxima do princípio da transparência. Não se trata, assim, de efetivo controle social. Não por acaso, a autora sobreleva:

Quando se cogita de controle social, maior ousadia na disciplina das audiências e consultas públicas seria recomendável. Tal como hoje proposto, o projeto não avança na utilização dos institutos, reservando ao agente público, em síntese, a decisão sobre quando e se instituí-los.<sup>83</sup>

Isso significa que os dois projetos de maior relevância da área estão ignorando formas de exercício de controle social.

O PL nº 349/2015, por sua vez, traz a necessidade de consulta pública para celebração de compromisso entre interessados e a

<sup>82</sup> REZENDE, Renato Monteiro de. Democracia administrativa e princípio da legalidade: a política nacional de participação social constitui matéria de lei ou de decreto? *Textos para Discussão*, Brasília, n. 158, out. 2014. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td158>>. Acesso em: 8 ago. 2016.

<sup>83</sup> FORTINI, Cristiana. O projeto de um novo marco legal das licitações e o combate à corrupção. *Conjur*, 26 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-26/interesse-publico-marco-legal-licitacoes-combate-corruptcao>>.



Administração (art. 23)<sup>84</sup>, bem como edição de atos normativos, salvo os de organização interna (art. 28).<sup>85</sup> O PL nº 559/2013 contempla no art. 18 a possibilidade de audiência pública sobre especificações de bens e serviços para licitar.<sup>86</sup> Mas, cabe a ressalva acima exposta de que as audiências públicas detêm diversas lacunas, sendo insuficientes como meio de exercício do controle social. Ademais, em ambos os projetos, a convocação de audiência fica à mercê da discricionariedade do administrador. Por outro lado, mecanismos como conselhos ou conferências, cujos efeitos positivos se tratam da maior transparência e controle social, não foram incluídos nos textos, o que revela uma lacuna que deveria ser preenchida.

Desse modo, o que se percebe é que os mecanismos de controle social são pouco prestigiados no sistema brasileiro quando se está de frente a questões relativas às contratações públicas e licitações. Ainda que não se possa afirmar categoricamente que tal lacuna é causa de corrupção, não há dúvidas de que a falta de mecanismos nessas áreas ajuda no seu aumento ou, pelo menos, na sua propagação. Assim, em que pese existam leis pipocando dia a dia no suposto combate à corrupção, elas partem, em sua maioria, sob uma perspectiva moralista, apartando-se de um controle democrático, que é ignorado como um meio de combate à corrupção.

## 5 Considerações finais

Ao fim deste ensaio, pode-se inferir que o exame da corrupção com lentes distintas daquelas enfrentadas sob o viés moralista revela problemas distintos a serem enfrentados. Isto é, muito embora existam mecanismos de participação social espalhados pelo Brasil, muitos cujos resultados apontam para um controle social da corrupção, esses efeitos

<sup>84</sup> Projeto de Lei do Senado nº 349/2015: “Art. 23. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive quando da expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após consulta pública e oitiva do órgão jurídico, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicidade, na forma dos atos oficiais”.

<sup>85</sup> Projeto de Lei do Senado nº 349/2015: “Art. 28. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, será precedida de consulta pública para manifestações escrita de interessados, a qual será considerada na decisão”.

<sup>86</sup> Projeto de Lei do Senado nº 559/2013: “Art. 18. A Administração poderá convocar audiência pública, presencial ou à distância, na forma eletrônica, sobre proposta de especificações para bens ou serviços que pretenda licitar”.

não são observados na área mais sensível, das licitações e contratações públicas. O exame da literatura evidenciou que nas áreas de infraestrutura e desenvolvimento econômico os mecanismos participativos usados são audiências e consultas públicas, sendo de pouco uso conselhos e conferências. Observou-se ainda que, em geral, os conselhos e conferências são vistos como promotores de maior transparência e controle social. Observou-se, de outro modo, que os conselheiros que participam das áreas de infraestrutura não apontam para o controle social como ganho dos atos dos conselhos. Logo, percebe-se que a tese de Avritzer possui lógica, já que a ausência de mecanismos de participação social na área de licitações não traz o controle social e corrobora a prática de corrupção.

Pode-se inferir, conseqüentemente, que tal situação decorre justamente da pretensão da manutenção desse *status quo*. A corrupção, com efeito, não é somente um fenômeno, mas também um discurso. O discurso que se vê contra a corrupção nos dias de hoje é demarcado e seletivo, com criações de parâmetros de comportamento e estigmas a pessoas determinadas. O debate sobre a corrupção é feito sob o invólucro da *moralidade* para e por uma sociedade que a vê como uma figura folclórica.<sup>87</sup> Esse tipo de controle moralista da corrupção se insere naquilo que Marcelo Neves chamou de *legislação álibi*.<sup>88</sup> Isto é, em busca de dar uma aparente solução para problemas, mascara-se se a realidade, imunizando o sistema contra outras alternativas.

Assim, os resultados da pesquisa apontam para a necessidade de se mudar o enfoque do debate do naturalismo e moralidade para o controle democrático. O exercício do controle social – que tem como fulcro o fato de que os processos deliberativos são essenciais para inibição da corrupção – parte de um caminho distinto daquele que pauta as democracias contemporâneas, atentas, unicamente, na sistemática de criação de leis e punição. Parte-se para o compartilhamento do poder e de responsabilidades. Esse entendimento parece mais adequado ao Estado Democrático de Direito. Isso porque a *res publica* é de todos. E, por ser assim, compete aos cidadãos brasileiros promover um controle social da Administração Pública como meio de combater a corrupção.

<sup>87</sup> SOUZA, Jesse. *A ralé brasileira*. Quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 57.

<sup>88</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

## Referências

- ABERS, Rebecca; SERAFIM, Lizandra; TATAGIBA, Luciana. Repertórios de interação estado-sociedade em um estado heterogêneo: a experiência na Era Lula. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 57, n. 2, p. 325-357, jun. 2014. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52582014000200003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582014000200003&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 18 maio 2016.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- ANDRADE, Mario de. *Macunaíma*. Disponível em: <<http://bd.centro.iff.edu.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1031/Macuna%C3%ADma.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.
- ARENA, Gregório. A administração condivisa. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *A Administração Pública compartilhada no Brasil e na Itália: reflexões, preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.
- AVRITZER, Leonardo. *Impasses da democracia no Brasil*. São Paulo: Civilização Brasileira, 2016.
- AVRITZER, Leonardo. *Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil*. Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/publicacoes/12479\\_cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/publicacoes/12479_cached.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2015.
- AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil, instituições representativas e representação: da autorização à legitimidade da ação. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, v. 50, n. 3, p. 721-755, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 2. impr. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BREUS, Tiago Lima. *O governo por contratos e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.
- CARBONELL, Miguel. Prólogo. In: ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (Ed.). *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. Serie justicia y derechos humanos.
- CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas: de Maquiavel até nossos dias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1982.

CNMP divulga retrato do Ministério Público brasileiro. *CNMP*, 26 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/10523-cnmp-divulga-retrato-do-ministerio-publico-brasileiro>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

COELHO, V. S. P.; FAVRETO, A. Conexões entre participação, democracia e desenvolvimento: investigação dos impactos políticos e distributivos. In: GURZA LAVALLE, A. (Org.). *O horizonte da política: questões emergentes e agendas de pesquisa*. São Paulo: Unesp, 2012.

CRIP – CENTRO DE REFERÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. *Relatório de pesquisa de opinião pública: interesse público e corrupção*. Belo Horizonte: CRIP, 2009.

CUNHA, Eleonora Schettini. Conselhos de políticas públicas: possibilidades e limites no controle público da corrupção. *Cadernos Adenauer*, v. XII, n. 3, 2011. Disponível em: <<http://www.kas.de/wf/doc/5365-1442-5-30.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009.

EX-MINISTRO Geddel é preso após descoberta das malas com R\$ 51 milhões. *Istoé*, 8 set. 2017. Disponível em: <<http://istoe.com.br/ex-ministro-geddel-vieira-lima-e-presos-apos-descoberta-de-malas-com-r-51-milhoes/>>. Acesso em: 19 set. 2017.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Rio de Janeiro; Porto Alegre; São Paulo: Globo, 1958.

FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil. Uma antinomia entre normas morais e prática social. *Opinião Pública*, v. 15, n. 2, 2009.

FILGUEIRAS, Fernando; AVRITZER, Leonardo. Corrupção e controles democráticos no Brasil. In: CARDOSO JR., José Celso; BERCOVICI, Gilberto (Org.). *República, democracia e desenvolvimento: contribuições ao Estado brasileiro contemporâneo*. Brasília: Ipea, 2013. Disponível em: <[http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/livro\\_publicademocracia.pdf](http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_publicademocracia.pdf)>. Acesso em: 26 jan. 2016.

FONSECA, Igor Ferraz da *et al.* Audiências públicas: fatores que influenciam seu potencial de efetividade no âmbito do Poder Executivo federal. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 64, n. 1, p. 7-29, jan./mar. 2013.

FORTINI, Cristiana. O projeto de um novo marco legal das licitações e o combate à corrupção. *Conjur*, 26 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-26/interesse-publico-marco-legal-licitacoes-combate-corrupcao>>.

GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de direito penal no direito administrativo: breve estudo sobre o princípio da insignificância. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 12, n. 134, p. 9-17, abr. 2012.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Lei de Improbidade Administrativa – Obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

GURZA LAVALLE, Adrian. Após a participação: nota introdutória. *Lua Nova*, São Paulo, v. 84, p. 13-23, 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452011000300002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452011000300002&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 23 abr. 2016.

GURZA LAVALLE, Adrian; ARAÚJO, Cícero. O futuro da representação: nota introdutória. *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p. 9-13, 2006.

GURZA LAVALLE, Adrian; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela. A construção política das sociedades civis. In: GURZA LAVALLE, Adrian (Org.). *O horizonte da política. Questões emergentes e agenda de pesquisa*. São Paulo: Unesp, 2012.

GURZA LAVALLE, Adrian; ISUNZA, Ernesto. Representación y participación en la crítica democrática. *Desacatos* (CIESAS), v. 49, p. 10-27, 2015.

GUSSOLI, Felipe Klein. Caça aos ímprobos: como a aplicação da Lei de Improbidade desvinculada das garantias constitucionais desvirtua a finalidade legal. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Org.). *Eficiência e ética na Administração Pública*. Curitiba: Íthala, 2015.

HACHEM, Daniel Wunder; PIVETTA, Saulo Lindofer. Democracia e participação popular na Administração Pública: mecanismos de realização do Estado Democrático de Direito. *Fórum Administrativo – FA*, ano 11, n. 30, p. 38-45, dez. 2011.

HESSE, Konrad et al. *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Prolegomena y traducción de Antonio López Pina. Madri: Marcial Pons, 1996.

HOLANDA, Sergio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1956.

JUSTEN FILHO, Marçal. Corrupção e contratação administrativa: a necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro. *Gazeta do Povo*, 8 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/columnistas/marcal-justen-filho/corruptcao-e-contratacao-administrativa-a-necessidade-de-reformulacao-do-modelo-juridico-brasileiro-0plrukcg5ficcjzrcnfcbbu>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. O município e o regime representativo no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=66621>>. Acesso em: 3 jul. 2014.

MARRARA, Thiago. As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013.

MOREIRA, Egon Bockman. O contrato administrativo como instrumento de governo. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2014. v. 1.

MOREIRA, Egon Bockmann. O contrato administrativo como instrumento de governo. In: GONÇALVES, P. C. *Estudos de contratação pública*. Coimbra: Coimbra Ed., 2013. v. IV.

MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas – Responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jul./set. 2014.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

O'DONNELL, G. Accountability horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova*, São Paulo, n. 44, 1998.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2007.

OYAMA, Luiz Taro. *Reflexões acerca da efetividade das ações de improbidade administrativa*. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=7535>>. Acesso em: 20 set. 2017.

PIRES, R. R. C.; VAZ, A. C. N. Para além da participação: interfaces socioestatais no governo federal. *Lua Nova*, São Paulo, n. 93, p. 61-91, dez. 2014. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452014000300004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452014000300004&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 24 abr. 2016.

PISSALOUX, Jean-Luc. La démocratie participative dans le domaine environnemental. *Revue Française d'Administration Publique*, n. 137-8, 2011.

REZENDE, Renato Monteiro de. Democracia administrativa e princípio da legalidade: a política nacional de participação social constitui matéria de lei ou de decreto? *Textos para Discussão*, Brasília, n. 158, out. 2014. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td158>>. Acesso em: 8 ago. 2016.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia – Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SALGADO, Eneida Desiree. *Lei de Acesso à Informação*. São Paulo: Atlas, 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos desafios da filitragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 13 set. 2017.

SIRAQUE, Vanderlei. *O controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites da constituição de 1988*. 2004. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://siraque.tempsite.ws/site/pdf/monografia2004b.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2012.

SOUZA, Jesse. *A ralé brasileira. Quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, jul./set. 1997.

TAVEIRA NETO, Francisco. A evolução da Administração Pública e de seus mecanismos de controle na Constituição Federal. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=34577>>. Acesso em: 3 jul. 2016.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 1999.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VIANA, Ana Cristina Aguilar. Do moralismo ao controle democrático: a ineficiência dos instrumentos de participação social no combate à corrupção. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 309-332. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

PARTE III

---

EXPERIÊNCIAS INOVADORAS EM  
GESTÃO PÚBLICA





# PARCERIAS PARA O DESENVOLVIMENTO PRODUTIVO: TRANSFERINDO TECNOLOGIA E DIMINUINDO A VULNERABILIDADE DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

VINICIUS AUGUSTO MOURA RIBEIRO DA SILVA

NAPOLEÃO LOPES JUNIOR

O acesso universalizado das ações e serviços de saúde é dever constitucional do Estado, tal como a promoção do desenvolvimento científico, tecnológico e da inovação. A atuação do Estado visando ampliar o acesso à saúde pública tem início da década de 90, com a promulgação da Lei nº 8080/90, que instituiu o Sistema Único de Saúde – SUS. Ocorre que as fragilidades da indústria farmacêutica nacional no campo tecnológico geram uma dependência significativa de fornecedores internacionais de produtos, medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos da saúde. Considerando as necessidades tecnológicas existentes no complexo produtivo nacional e para tentar minimizar tal situação, o Ministério da Saúde edita, em 18.4.2012, a Portaria nº 837, que define as diretrizes e os critérios para o estabelecimento das parcerias para o desenvolvimento produtivo – PDP, que são criadas para estimular o desenvolvimento e a fabricação de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, em território nacional. As PDP são viabilizadas por meio de pelo menos um laboratório público brasileiro e um laboratório privado, no desenvolvimento de produtos considerados estratégicos para o SUS e de alto custo para o Brasil. No decorrer dessa parceria, o laboratório privado transfere tecnologia ao parceiro público, que ao final do processo fica capacitado para produzir o objeto da parceria. Dessa forma, não resta dúvida de que as parcerias para o desenvolvimento produtivo representam uma forma inovadora de gestão na condução das políticas públicas de inovação em saúde, cada vez mais direcionadas à obtenção de

tecnologias estratégicas. Essa experiência inovadora do Ministério da Saúde, especialmente no que tange à transferência de tecnologia, contribui para ampliar e aprimorar o acesso gratuito da população à saúde de forma mais eficaz e eficiente. A metodologia utilizada para sua apresentação será a explanação dos resultados alcançados pelas parcerias para o desenvolvimento produtivo. Como maior vantagem podemos citar a economia feita pelo governo federal na aquisição de medicamentos considerados estratégicos para o SUS. Em 2016, o Ministério da Saúde fechou o ano com 98 parcerias vigentes, envolvendo 91 produtos entre medicamentos, vacinas e equipamentos, deste total 33 produtos já foram registrados pelos laboratórios públicos junto à Anvisa e 27 estão sendo adquiridos pelo Ministério da Saúde, o que representou uma economia de R\$4,68 bilhões de reais aos cofres públicos. Assim, conclui-se que as parcerias para o desenvolvimento produtivo são uma importante iniciativa para o fortalecimento do Sistema Único de Saúde, promoção de transferência de tecnologia e acesso da população a produtos, medicamentos e equipamentos estratégicos.

**Palavras-chave:** Política pública de Estado. Desenvolvimento produtivo. Transferência de tecnologia. Vulnerabilidade. Sistema Único de Saúde.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SILVA, Vinicius Augusto Moura Ribeiro da; LOPES JUNIOR, Napoleão. Parcerias para o desenvolvimento produtivo: transferindo tecnologia e diminuindo a vulnerabilidade do Sistema Único de Saúde. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 335-336. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# IMPESSOALIDADE E NEPOTISMO NUM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

LUCIANA GASPAR MELQUÍADES DUARTE

Este resumo pretende apresentar os resultados de uma pesquisa qualitativa desenvolvida mediante a estratégia dedutiva de pesquisa e emprego preponderante das fontes indiretas, sob o referencial teórico pós-positivista, especialmente nas vertentes trabalhadas pelos autores Dworkin (2002), Alexy (2002) e Hesse (1991). Dedicou-se ao propósito de demarcar o real âmbito da caracterização do nepotismo, especialmente diante do provimento dos cargos em comissão. Primeiramente, caracterizou-se o nepotismo como a prática de beneficiamento de parentes, amigos ou correligionários de partido político mediante uso privado da máquina pública. Logo após, evidenciou-se que esta prática era comum em toda a Administração Pública, tendo sido inicialmente coibida na esfera administrativa do Judiciário após edição da Resolução nº 7 do CNJ (BRASIL, 2007) e posteriormente estendida aos demais poderes estatais após a edição da Súmula Vinculante nº 13 pelo STF (BRASIL, 2011). Tais diplomas normativos impediram a nomeação de parentes de autoridades públicas até o terceiro grau consanguíneo para a ocupação de cargos em comissão bem como sua contratação por empresas terceirizadas, vedando, inclusive, o emprego de práticas dissimulatórias. Por um lado, tais normas tiveram o condão de positivamente ensinar a maior eficácia do princípio da impessoalidade administrativa, que, ao embargar a perseguição ou o beneficiamento de terceiros por razões subjetivas, exige o trato isonômico de todos, indistintamente, na ambiência estatal, tem seu conteúdo jurídico equivalente ao da igualdade e opera como norma regra. Lado outro, porém, ao vedar em definitivo as contratações por terceirizadas ou nomeação para cargos em comissão de pessoas com o referido grau de parentesco das autoridades públicas, tais diplomas normativos culminaram por ofender, às avessas, a norma da igualdade. Aferiu-se que tal vedação implica a exclusão do acesso a cargos públicos (no caso, os cargos em comissão) e oportunidades de contratação de um

grupo de indivíduos por razões subjetivas, qual seja, o vínculo de parentesco, ao passo que tal prática deveria ser coibida tão somente na medida em que se apresentar abusiva e, assim, verdadeiramente ofensiva às práticas republicanas. O correto tratamento do excesso de parentes na esfera pública deve ser coibido mediante o reconhecimento de requisitos materiais para o provimento de cargos em comissão e para a contratação por terceirizadas. No que diz respeito aos cargos em comissão, há que se ressaltar seu papel republicano de permitir a penetração, nos diversos níveis da Administração Pública da concepção política referendada nas urnas e incorporada tão somente na chefia do Executivo, único cargo eletivo na instância administrativa. Para que este propósito se ultime, num contexto democrático, imprescindível se faz a existência de confiança política (e não confiança pessoal, ou subjetiva, conforme comumente se afirma) entre quem nomeia e o nomeado e, por exigência do princípio constitucional da eficiência, de preparo técnico para o desempenho das funções de direção, chefia ou assessoramento. Para as contratações por terceirizadas, é necessária tão somente a presença do último requisito. Tais pressupostos podem fazer-se presentes também em parentes, de maneira que sua exclusão apriorística de tais oportunidades configura seu tratamento discriminatório igualmente vedado constitucionalmente.

**Palavras-chave:** Impessoalidade. Nepotismo. Cargos em comissão. Igualdade. Democracia.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DUARTE, Luciana Gaspar Melquiades. Impessoalidade e nepotismo num Estado Democrático de Direito. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo*: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 337-338. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# GESTÃO PARTICIPATIVA: CONSTRUÇÃO COLETIVA DO PLANO DIRETOR ESTRATÉGICO DE UM HOSPITAL UNIVERSITÁRIO POR MEIO DO MÉTODO PES

CARLA DANIELE DOS SANTOS QUEIROZ

Embora o conceito de participação não seja recente no âmbito da gestão, a sua aplicação prática consiste ainda em uma grande inovação, sobretudo na Administração Pública. O planejamento estratégico situacional (PES), concebido por Carlos Matus na década de 1980, propõe a construção de planos de ação para o enfrentamento das causas centrais ou “nós críticos” dos problemas mais complexos e amplos de uma organização. A grande questão em relação ao PES é que essa construção é feita a partir da percepção de diversos atores com base nas suas próprias experiências pessoais nas estruturas ou órgãos em que o método será aplicado, independentemente de cargo e posição hierárquica. O objetivo deste trabalho é discutir os avanços e benefícios proporcionados pela aplicação desse método a partir do caso do Hospital de Doenças Tropicais (HDT) vinculado à Universidade Federal do Tocantins (UFT) e filial da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH). O HDT/UFT é um hospital especializado de pequeno porte, localizado em Araguaína/TO (170 mil habitantes), fundado em 1989 e doado à UFT em 2015 para se tornar hospital universitário. O Plano Diretor Estratégico do HDT/UFT, no qual estão consolidados os planos de ação a serem executados em 2017 e 2018, foi elaborado coletivamente pela “equipe ampliada” composta por aproximadamente 21 chefias de todas as áreas e níveis de gestão, de unidade à superintendência, entre fevereiro e novembro de 2016 com apoio do Instituto de Ensino e Pesquisa Sírio-Libanês (IEP-SL), parceiro da EBSERH na capacitação de gestores hospitalares. Ao fim da análise situacional foram identificados e priorizados pela equipe ampliada três macrop problemas: 1) dificuldade na compra de suprimentos e contratação dos serviços; 2) ausência de regulação e

baixa inserção na Rede de Atenção à Saúde (RAS); 3) deficiência na gestão dos processos de trabalho. Após o momento explicativo em que foram levantados os sintomas, as causas e consequências desses problemas, foram propostas 29 ações, que se desdobram em 126 atividades e estão relacionadas, em suma, à definição de fluxos, padronização de procedimentos e documentos; capacitação de pessoal; fortalecimento de relacionamento com fornecedores, comunidade, usuários e colaboradores; definição de linhas de cuidado e protocolo clínicos; implantação de núcleo de regulação e organização em rede, todas consensuais. Finalizada a construção do plano e decorrido 25% do seu prazo de execução, período no qual as ações foram sistematicamente monitoradas, notou-se uma eficácia extremamente significativa, não somente no processo de planejamento, que possui uma visão muito mais ampliada ao combinar os conhecimentos, experiências e múltiplos pontos de vista dos diversos atores envolvidos, mas também na execução e controle das ações. Uma vez que não há uma separação entre o sujeito que planeja e o responsável pelas ações, há uma garantia maior de exequibilidade e um maior comprometimento dos membros da equipe com a execução do plano. Adicionalmente, ouvir a opinião das pessoas de forma democrática proporciona integração entre os pares e um sentimento de pertencimento em relação à instituição.

**Palavras-chave:** Gestão participativa. Planejamento estratégico situacional (PES). Administração pública. Eficácia. Controle.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

QUEIROZ, Carla Daniele dos Santos. Gestão participativa: construção coletiva do plano diretor estratégico de um hospital universitário por meio do método PES. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 339-340. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# DISTRIBUIÇÃO DAS FUNÇÕES GRATIFICADAS E CARGOS COMISSIONADOS COM FOCO NA COMPETÊNCIA: MELHORAMENTO NA POLÍTICA DE OBTENÇÃO DE RESULTADOS

FRANCISCO ELIELSON SOUSA OLIVEIRA

Este projeto tem por fito a aplicação do modelo gerencial da gestão por competência na atividade prática e diária das rotinas de trabalho no âmbito da Administração Pública, com vistas ao melhoramento da gestão e obtenção de resultados mais eficientes. Terminada a primeira fase, a de implementação do modelo gerencial, passou-se à capacitação e qualificação dos profissionais da Administração Pública, os agentes públicos. As capacitações basearam-se em lacunas de competências identificadas a partir das atribuições de cada servidor, alinhadas ao objetivo de cada unidade organizacional e ao objetivo estratégico institucional. Identificados os *gaps*, capacitado o servidor e diminuída a lacuna de competência, passa-se a indicar à Alta Administração servidores competentes para desenvolvimento de funções estratégicas, táticas e operacionais, de acordo com o perfil potencial identificado. Dos impactos negativos enfrentados ressalta-se a resistência a mudanças, decorrentes, principalmente, da descrença em melhoria, além e mais grave, da influência político-partidária que ainda norteia boa parte da Administração, no que tange à distribuição de cargos comissionados e funções gratificadas. A expectativa específica é de que os servidores devidamente qualificados, ocupantes de cargos e funções estratégicas no âmbito da instituição, produzam de modo mais eficiente, mesmo através dos processos necessariamente burocráticos aplicando, dentro do possível, o modelo gerencial, obedecidos os limites da Administração Pública impostos pela obediência à legalidade. Em sentido amplo, espera-se que a ocupação de cargos e funções por pessoas de competência técnica aprimorada possa diminuir os

custos dos processos e trazer resultados mais benéficos atendendo à máxima do “melhor pelo menor custo”. Após a ocupação dos referidos postos de trabalho com vistas ao perfil potencial, o monitoramento dar-se-á através de avaliação de resultados, cujos dados obtidos comporão um banco institucional, no qual será possível visualizar os créditos de cada servidor, tanto positivos quanto negativos (banco de crédito institucional). Tudo isso em apartado à avaliação de desempenho institucional que ocorre atualmente. Assim, confirmada a eficiência desse novo mecanismo de mensuração de resultado, quem sabe pode-se propor substituição do modelo atual de avaliação.

**Palavras-chave:** Gestão. Competência. Distribuição. Funções. Eficiência.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OLIVEIRA, Francisco Elielson Sousa. Distribuição das funções gratificadas e cargos comissionados com foco na competência: melhoramento na política de obtenção de resultados. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 341-342. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---



# PROCEDIMENTO PRELIMINAR DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE (PPMI)

GUSTAVO GIL GASIOLA

FERNANDO HIDEKI ISHIDA OSHIMA

Objetivo do trabalho: aprimoramento do diálogo da Administração Pública com particulares interessados, para implementação de projetos complexos, minimizando a assimetria de informação e oferecendo alto grau de transparência e eficiência. Estruturas de incentivo diferentes do PMI: sem ressarcimento e com a sistematização institucionalizada das influências dos particulares na modelagem dos projetos. Prevenção contra favorecimento indevido de agentes econômicos nas políticas públicas, ainda que pelas vias institucionais (como a manifestação de interesse privado). Legitimação das escolhas estatais, estabelecendo um canal adicional de controle social e técnico. Procedimento metodológico: Procedimento de discussão controlada de pontos essenciais do projeto. Ao contrário de uma consulta pública, no PPMI proposto os interessados são convidados a apresentar subsídios sobre características técnicas do projeto ainda não decididas pela Administração Pública; ademais, os interessados são envolvidos no procedimento de discussão do projeto em reuniões técnicas abertas. Estabelecimento de duas fases para o regramento da relação entre os atores: (I) apresentação de subsídios, na qual os interessados podem apresentar, em modelo específico, suas contribuições, sendo produzido, ao final, um parecer inicial e comparativo pela comissão; e (II) reunião técnica, na qual aqueles que contribuíram serão convidados para discutir, a partir do parecer inicial, pontos específicos do projeto junto de especialistas. Parecer final reproduz as conclusões da comissão a respeito das contribuições e dos debates. Resultados: piloto finalizado para a estruturação do Projeto Wi-Fi SP, que visa a disponibilizar internet via *wi-fi* de forma gratuita e segura em mais de 500 localidades da cidade de São Paulo, garantindo inclusão digital, democracia no acesso à internet e proteção dos dados pessoais. Modelo está

sendo testado em outros projetos, como o Bilhetagem do transporte público (em parceria com o Governo de São Paulo), e nos serviços funerários. Dados iniciais apontam para o sucesso do procedimento. Piloto apontou para grande potencial de atrair interessados (47 empresas representadas na reunião inicial, que contou com mais de 70 participantes; 12 interessados apresentaram estudos; e 14 participaram da reunião técnica) e receber contribuições técnicas para a estruturação do projeto de forma eficiente (duração do procedimento: aproximadamente 70 dias). As contribuições feitas pelos interessados, em formato de subsídios e durante as reuniões técnicas, forneceram informações essenciais para a modelagem do processo (informações sobre receitas acessórias, tecnologia, requisitos de implementação etc.) e consolidaram um canal de esclarecimento sobre o projeto, aumentando a confiança dos interessados em contribuir e participar de um futuro procedimento licitatório. Conclusões: É possível aprimorar a capacidade administrativa de elaborar projetos complexos sem dispêndio de recursos públicos e garantindo a participação técnica de todos os interessados, de forma transparente e reflexiva. A legitimação das escolhas é reforçada, na medida em que a interação da Administração com os interessados fortalece a confiança e a imagem de seriedade do projeto com os interessados em participar de uma futura licitação. O PPMI pode integrar a modelagem de políticas públicas (sem excluir outras formas de participação popular), contribuindo para a eficiência e a impessoalidade das escolhas administrativas.

**Palavras-chave:** Políticas públicas. Projetos complexos. Participação popular. Transparência. Legitimidade.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GASIOLA, Gustavo Gil; OSHIMA, Fernando Hideki Ishida. Procedimento preliminar de manifestação de interesse (PPMI). In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 343-344. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# REGULAÇÃO E CONSENSUALIDADE: A MEDIÇÃO REGULATÓRIA ENTRE AGENTES REGULADOS CONTRATANTES

LEONARDO OLIVEIRA DA SILVA

Segundo o art. 20 da Lei nº 9.478/1997, que instituiu a ANP como ente regulador do setor de petróleo, gás e derivados, compete à ANP adotar procedimentos conciliatórios para a solução de conflitos entre agentes econômicos. O mercado de asfaltos é economicamente imperfeito, visto haver um monopólio de fato na produção. Dessa forma, a fim de evitar eventuais comportamentos anticompetitivos, a Resolução ANP nº 2/2005 prevê que os contratos de fornecimento celebrados entre o produtor único e as sociedades distribuidoras de asfalto deverão ser homologados pela ANP a fim de se tornarem plenamente eficazes. Considerando a autonomia da vontade e a liberdade contratual dos agentes econômicos privados submetidos à regulação da ANP, prevê o art. 16, §4º desta resolução que caberá à ANP mediar eventuais conflitos. Sabendo que o mercado nacional de asfaltos é extremamente concentrado – há um único produtor – um entrave à celebração dos contratos de fornecimento de asfaltos tinha o forte potencial de criar uma crise nacional de abastecimento. Devido a gargalos logísticos, a importação de asfaltos não se mostra um negócio rentável a suprir a ausência de outros produtores. A ANP recebeu requerimento de diversas distribuidoras de asfaltos buscando a mediação da ANP a fim de que uma solução fosse encontrada. Inicialmente, foram realizadas duas reuniões individuais com as partes envolvidas a fim de compreender os anseios e as necessidades de cada contratante. Em uma primeira tentativa, um grupo de servidores da ANP buscou subsídios técnicos para tentar reestabelecer o diálogo entre as partes, sem sucesso, contudo. O risco de abastecimento e a judicialização do abastecimento nacional de asfaltos geraram a necessidade de um estudo mais aprofundado pelos servidores da ANP sobre a legislação nacional sobre mediação, bem como sobre as técnicas de mediação utilizadas

corriqueiramente pelo Poder Judiciário. Merece destaque o *Manual de Mediação Judicial*, disponibilizado *on-line* pelo Conselho Nacional de Justiça. Em uma segunda tentativa buscamos atender a diversas recomendações do manual: houve uma preparação prévia do ambiente em que seria realizada a sessão de mediação, evitando que as partes fossem colocadas em posições contrapostas, os nomes dos participantes foram expostos em prisms para que os mediadores tratassem as partes igualmente, favorecendo assim a imparcialidade. Pequenas formalidades que contribuíram para um resultado positivo. Seguindo a sugestão do manual, inexistindo diálogo entre as partes e a fim de restabelecê-lo, foram realizadas duas sessões individuais e prévias com os agentes envolvidos, para que, apenas em um segundo momento, já com uma relação de confiança estabelecida entre mediadores e as partes envolvidas, fosse realizada uma sessão conjunta com ambas as partes. Foram utilizadas técnicas indicadas pelo manual, a saber, de Rapport, da validação dos interesses, da recontextualização, da exposição das propostas implícitas e dos reforços positivos. No exercício de pequenas mudanças na condução da mediação e adotando-se as técnicas mencionadas, foi possível que as partes envolvidas entrassem em consenso ao final da sessão conjunta, algumas semanas mais tarde, celebrassem os contratos de fornecimento com cláusulas mais favoráveis a todos os envolvidos e evitassem uma crise de abastecimento.

**Palavras-chave:** Regulação. Mediação. Consensualidade. Asfaltos. Contratos.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SILVA, Leonardo Oliveira da. Regulação e consensualidade: a mediação regulatória entre agentes regulados contratantes. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 345-346. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

PARTE IV

---

TESES E COMUNICADOS  
CIENTÍFICOS



# THE ARBITRABILITY OF DISPUTES ARISING FROM ADMINISTRATIVE CONTRACTS IN TUNISIAN LAW

ALIA JENAYAH

In dual jurisdiction systems, the issue of the arbitrability of disputes arising from administrative contracts has been raising very delicate problems which varies according to the historical traditions of each legal system. In Tunisia, where attracting foreign investment is one of the biggest challenges of the political and economic transition in the aftermath of the 2010 Revolution, arbitral agreements relating to administrative contracts are often called into question giving rise to situations of inequity and uncertainty. State courts are indeed rather reluctant to admit the arbitrability of disputes arising from administrative contracts even if the Tunisian Arbitration Code brought into effect by Law No. 93-42 of 26 April 1993, apart from recalling the traditional principle of the prohibition of arbitration for disputes “involving the State, public administrative authorities and local communities”, admits, by way of derogation, the arbitrability of some of these disputes either because of the quality of the public part or because of the very nature of the disputes which may arise from “international economic, commercial or financial relationship”. In practice, the problem is that these derogations from the natural jurisdiction of the administrative courts have been introduced by a simple ordinary law in a matter – the administrative dispute - where the texts can only intervene in the form of an organic law pursuant to Article 65 of the Constitution of 27 January 2014. The new Organic Law on the organization of administrative justice announced by Article 116 of the Constitution and which is currently being drawn up, will have to handle this inconsistency.

**Keywords:** Arbitrability. Administrative contracts. Public enterprises. Tunisia. Organic law.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

JENAYAH, Alia. The arbitrability of disputes arising from administrative contracts in Tunisian law. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 349-350. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---



# LICITAÇÃO: O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO (SRP) – VANTAGENS E DESVANTAGENS PARA A COLETIVIDADE

GABRIEL SIGGELKOW GUIMARÃES

O presente trabalho tem como objetivo abordar a formação das atas no Sistema de Registro de Preço – SRP. A ideia central é a análise do seu uso e da formação das atas, identificando os benefícios, as desvantagens, bem como uma análise das chamadas adesões ou caronas, que vêm sendo cada vez mais usadas pela Administração Pública em todo país. O trabalho faz, preliminarmente, um estudo acerca das licitações e contratações com a Administração Pública, tendo em vista seus princípios e limites, conforme a lei, a doutrina e as decisões dos tribunais contábeis. Destacamos o planejamento como fundamental para iniciar a licitação e evitar problemas na execução. Depois entramos no tema das atas formadas no Sistema de Registro de Preço, e aprofundamos sobre as vantagens e perigos da chamada “carona”, de se formar um “monopólio” de atas, com as mesmas empresas em todos os entes e órgãos públicos. Para demonstrar essa análise, vale-se das decisões do Tribunal de Contas da União e do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Utilizamos o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, assim como a jurisprudência, tanto do Tribunal de Contas da União quanto do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, além da lei e dos decretos que regulamentam o Sistema de Registro de Preço. Concluimos que o planejamento é a palavra-chave da Administração Pública para ser eficiente e econômica, e nela podemos encontrar as vantagens do Sistema de Registro de Preço, mantendo a precaução e a fiscalização para que sua finalidade seja atingida.

**Palavras-chave:** Licitação. Adesão. Economicidade. Planejamento. Fiscalização.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GUIMARÃES, Gabriel Siggelkow. Licitação: o Sistema de Registro de Preço (SRP) – Vantagens e desvantagens para a coletividade. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 351-352. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# PROCESSO NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: ATRIBUTOS ESPECÍFICOS À GOVERNANÇA REGULATÓRIA

FLAVINE MEGHY METNE MENDES

O presente trabalho tem por objeto os atributos que hão de estar presentes num conceito de devido processo aplicável a agências reguladoras, tendo em conta especificamente aqueles orientados à produção de normas reguladoras em abstrato. A premissa é de que as agências reguladoras mantêm uma relação dialética com a evolução do Estado e da sociedade brasileira, com o objetivo de prover serviços de qualidade. Isso significa dizer que elas devem incorporar a governança como um atributo relevante à sua atuação. A pesquisa se desenvolveu a partir de fontes como doutrina e legislação. A Administração Pública como ciência autônoma se revelou igualmente fonte preciosa para compreensão dessa dinâmica. As conclusões se apoiam no método crítico dialético. A investigação tem início com o Estado Pós-Moderno e suas novas funções, e como essas novas tarefas se refletem no desenho institucional da Administração Pública brasileira, como proposto pela Reforma do Estado havida em 1995, incorporando as agências reguladoras à burocracia brasileira. O devido processo como garantia é examinado no direito administrativo em geral, e na função regulatória em particular. Finalmente apresenta-se a proposição de atributos específicos que deverão estar presentes no processo regulatório: simetria de informações, análise de impacto regulatório, otimização das expertises e monitoramento dos resultados. O acesso equilibrado às informações – simetria – proporciona condição de maior nível qualitativo decisório, imprimindo eficiência, celeridade, qualidade, confiabilidade social e transparência ao processo. A simetria das informações favorece a edição de conteúdo decisório prospectivamente responsável, permitindo levantar e estimar as consequências previsíveis, ponderando-as, tanto quanto a seu valor intrínseco, quanto a seu valor posicional no contexto da questão que se pretende

solucionar. Em termos de um modelo regulatório eficiente, a “otimização das expertises disponíveis” se faz indispensável na lógica da consecução desejável dos resultados, eis que ela imprime considerável importância ao dimensionamento de saberes com vistas à dissolução das assimetrias técnicas, de informação e linguagem, potencialmente prejudiciais ao equilíbrio das múltiplas relações complexas, que marcam o signo estrutural do novo modelo de Estado. É por meio do monitoramento dos resultados que se permite a prevenção de eventuais desvios dos efeitos da aplicação das normas reguladoras, propiciando afastamento tempestivo de possíveis riscos de decisões que, embora corretas sob o prisma jurídico, possam ser prospectivamente danosas à sociedade. Os atributos propostos permitem reforçar, a um só tempo, a missão constitucional do Estado de prioridade ao interesse público e a proteção integral da sociedade contra riscos de qualquer natureza aos quais ela se encontra exposta. É crucial ter ainda em mente que, num contexto marcado pelo dinamismo, toda decisão voltada ao futuro implica algum grau de incerteza. Todavia, considerando as responsabilidades subjacentes, é essencial o cuidado para minimizar as possibilidades de insucesso das escolhas. Por evidente espera-se que o processo regulatório normativo encontre suporte técnico coerente com a realidade específica a que se destina a regulação, além do compromisso político com os resultados, essencial à concretização do interesse público, que abarca as demandas, expectativas e direitos das presentes e futuras gerações.

**Palavras-chave:** Estado Pós-Moderno. Agências reguladoras. Governança. Devido processo legal administrativo. Atributos do processo regulatório.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MENDES, Flavine Meghy Metne. Processo normativo das agências reguladoras: atributos específicos à governança regulatória. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo*: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 353-354. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# O PATROCÍNIO ATIVO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: FUNDAMENTOS, REGIME JURÍDICO E CONTROLE

DIEGO PRANDINO ALVES

O presente trabalho tem como objetivo principal investigar o contrato de patrocínio celebrado pela Administração Pública com particulares, visando ao incentivo de iniciativas privadas de interesse público. Esses contratos não contam com uma disciplina legal clara, que balize sua preparação, celebração, execução e controle. Soma-se a isso a circunstância de que a atividade patrocinadora do Estado nunca recebeu a merecida atenção por parte da doutrina ou da academia pátrias, havendo apenas alguns trabalhos esparsos na literatura forânea. Diante desse quadro, a pesquisa aqui empreendida visa a contribuir para a investigação e o delineamento de um regime jurídico que seja adequado à execução e ao controle desses contratos. Inicialmente, traça uma breve definição e caracterização do patrocínio, bem como pontua algumas diretrizes da atividade publicitária no âmbito da Administração Pública. A partir desses conceitos, caracteriza o patrocínio ativo da Administração Pública como instrumento de consecução do interesse público a ser satisfeito no caso concreto, podendo ser utilizado com finalidades de *marketing* comercial, de fomento social ou de legitimação da atividade administrativa. Então, a partir do quadro normativo ora vigente, avalia os diversos elementos integrantes de um regime jurídico aplicável a esses contratos. O estudo conclui não haver um regime jurídico único e uniforme que seja adequado a todo e qualquer contrato de patrocínio ativo celebrado pela Administração Pública. O regime jurídico mais adequado para esses contratos será aquele composto por elementos que melhor permitam o alcance do interesse público no caso concreto, sem que isso signifique mitigar a segurança jurídica.

**Palavras-chave:** Contrato de patrocínio. Administração Pública. Regime jurídico. Controle. Segurança jurídica.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ALVES, Diego Prandino. O patrocínio ativo no âmbito da Administração Pública: fundamentos, regime jurídico e controle. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 355-356. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# O PLANO DE RECUPERAÇÃO FISCAL DOS ESTADOS E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: A PRIVATIZAÇÃO DA CEDAE E O DIREITO À ÁGUA

NICHOLAS ARENA PALIOLOGO

O objetivo do texto é analisar as condições impostas aos estados para a aderência ao plano de recuperação fiscal e a violação de direitos humanos e fundamentais, a partir do estudo do processo de privatização da Companhia Estadual de Águas e Esgoto do Rio de Janeiro (Cedae) e suas repercussões ao direito humano à água. Para isso, a metodologia empregada foi a análise da Lei Complementar nº 159 de 2017, responsável pela criação do regime de recuperação fiscal, a revisão bibliográfica da literatura sobre o direito à água e o acompanhamento das discussões da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Os resultados e conclusões alcançados revelam que a privatização da Cedae como condição imposta ao estado do Rio de Janeiro para aderência ao regime de recuperação fiscal é abusiva aos direitos humanos e fundamentais, em especial, ao direito à água e suas respectivas dimensões. Uma primeira questão a ser observada é a falta de uma ampla e pública discussão para a aprovação da Lei nº 7.529/17, que autorizou o uso das ações da Cedae para viabilizar um empréstimo de R\$3,5 milhões da União, violando frontalmente o art. 4º da Lei de Saneamento (Lei nº 11.445), que prevê o controle social, ou seja, conjunto de mecanismos e procedimentos que garantem à sociedade informações, representações técnicas e participações nos processos de formulação de políticas, de planejamento e de avaliação relacionados aos serviços públicos de saneamento básico. Em seguida, o descumprimento por parte do Estado do seu dever legal de garantir direitos essenciais como o direito humano de acesso à água limpa e segura e saneamento. Um segundo ponto é o direito de acesso à água e ao esgotamento. Se estes forem encarados apenas como um serviço e não uma política pública, os resultados são preocupantes, uma vez que a Cedae é responsável por 75

unidades de tratamento de esgoto e cerca de 14 mil quilômetros de rede de água e atende a uma população de cerca de 9 milhões de pessoas em 12 municípios, aproximadamente 85% da população da região metropolitana. Quem garante que uma empresa privada fará um investimento num lugar de difícil acesso para atender a uma população pequena? Um último ponto de análise se ocupa do preço do serviço, que pode aumentar consideravelmente. A Cedae cobra tarifas progressivas considerando o bairro e o volume total consumido. A conta mínima domiciliar é de aproximadamente R\$3,00 e a máxima é de R\$28,36. Favelas e conjuntos habitacionais com moradores de baixa renda têm o benefício de uma tarifa social. Enquanto isso, nas cidades do estado onde o abastecimento já está nas mãos da iniciativa privada, os moradores pagam até 70% a mais do que os clientes dos municípios atendidos só pela estatal. As experiências internacionais comprovam ainda mais: em Paris, na França, após a privatização, a taxa aumentou em 265%, em Cochabamba, na Bolívia, as tarifas subiram uma média de 35% em um ano.

**Palavras-chave:** Plano de recuperação fiscal. Cedae. Privatização. Direitos humanos. Direito à água.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PALIOLOGO, Nicholas Arena. O plano de recuperação fiscal dos estados e a violação de direitos humanos: a privatização da Cedae e o direito à água. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 357-358. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---



# NOVAS TECNOLOGIAS, SERVIÇO PÚBLICO E A ATUAÇÃO ESTATAL: A FORMA CONTEMPORÂNEA DE SUBJUGAÇÃO DA ATIVIDADE ESTATAL PELO MERCADO

LUASSES GONÇALVES DOS SANTOS

A introdução no Brasil de serviços prestados por empresas de transporte individual remunerado de passageiros causa intenso debate sobre sua legitimidade e legalidade, provocando indagar qual o papel do Estado na sua recepção e regulação. Essas tecnologias efervescentes são instrumentos que, por si só, não refletem o grau do desenvolvimento das relações sociais sob o aspecto de se constituírem, *a priori*, como instrumentos autoritários ou democráticos, pois dependem de um conteúdo prévio. Pode se constituir como abusiva, no entanto, a maneira com que tais tecnologias e serviços são oferecidos à sociedade pelo mercado, em especial quando se trata de atividade até então disposta constitucionalmente à prestação pelo Estado. A exploração econômica da atividade de transporte individual de passageiros remunerado se insere na peculiar conjuntura da volta à tona do discurso neoliberal, demonizando-se a atividade estatal, principalmente os serviços públicos, sob a justificativa de ineficiência, em reverência ao suposto dinamismo e qualidade da atividade econômica prestada pelo mercado. Numa espécie de refilmagem, a marcha ideológica neoliberal avança novamente na sociedade brasileira e invade as entranhas do Estado, sem mostrar a face, diferentemente do que ocorreu nos anos 90 do século XX, quando as diretrizes de mitigação da atividade estatal em benefício da eficiência do mercado se sustentavam numa clara e exposta matriz teórica e ideológica. Agora, a perspectiva neoliberal retorna escondendo sua faceta teórica, mas orienta o mercado a implementar concretamente suas diretrizes, a partir da prestação concomitante de atividades até então exclusivas do Estado, como o transporte remunerado individual de passageiros, ignorando-se solenemente as competências e restrições legislativas até então

consolidadas. As novas tecnologias precisam de recepção sem atropelos, com respeito aos processos de legitimação democrática vigentes, pois, havendo o comprometimento ou dependência de atividades que dependam da intervenção, exclusiva ou não, do Estado, há que se respeitar os ritos e processos que venham a determinar a forma como a execução da atividade estatal pode ser influenciada ou até modificada. O que não pode ocorrer é o mercado colocar o Poder Público “de joelhos”, subjugando sua atuação a pretexto de implementar uma nova tecnologia, quando busca, na verdade, a abertura de um flanco de mercado que não estava disponível, ainda mais em se tratando de atividade estatal da qual a parcela mais necessitada da população dependa. O que está em jogo é a perspectiva simbólica do poder, em que o mercado enfrenta na prática o Poder Público, utilizando como instrumento fundamental e cativante as novas tecnologias, tentando se legitimar pelo discurso de ineficiência e desatualização da atuação estatal. Cabe ao Poder Público lidar com esse quadro de transformações tecnológicas e exploração econômica pelo mercado de forma extremamente criativa no sentido de não ignorar a existência dessas novas formas de relação social, mas utilizando-as ou regulando-as de forma a garantir que os cidadãos mais dependentes da atuação estatal e dos serviços públicos não sejam lesados e fiquem (ou continuem) em situação de vulnerabilidade. As novas tecnologias não podem servir de pretexto para o retrocesso social e dos serviços públicos.

**Palavras-chave:** Serviços públicos. Atuação estatal. Novas tecnologias. Intervenção e regulação. Retrocesso social.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SANTOS, Luasses Gonçalves dos. Novas tecnologias, serviço público e a atuação estatal: a forma contemporânea de subjugação da atividade estatal pelo mercado. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 359-360. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# PRECEDENTES, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E (DES)JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

PEDRO HENRIQUE BRUNKEN FLORES

Os direitos fundamentais são de titularidade subjetiva do cidadão, competindo ao Estado efetivá-los com isonomia. Essa competência encontra-se insculpida na Constituição Federal de 1988, incumbindo à Administração Pública buscar os meios necessários para prestá-los de forma eficiente. Ocorre que, não raras vezes, a prestação dos direitos fundamentais não se dá da forma ideal, decorrente da omissão do Estado-Administração, deixando a sociedade sem o amparo necessário. Uma das justificativas para tal fato pode ser encontrada a partir da análise da própria formação político-administrativa brasileira desde a sua colonização. Práticas patrimonialistas, coronelistas e clientelistas influenciaram e influenciam negativamente a formação do Brasil. Há um cenário em que a dificuldade de se distinguir o público do privado nas relações sociais e estatais causa impactos diretos na atuação administrativa. Tem-se uma Administração Pública ineficiente, impregnada de vícios e que deixa de cumprir com os seus fins constitucionais, notadamente na seara da proteção e efetivação dos direitos fundamentais. Assim, se percebe um cenário no qual os cidadãos não têm suas pretensões jusfundamentais atendidas pela Administração Pública, ficando, em regra, à deriva de qualquer prestação estatal. Nesse panorama, os cidadãos que possuem as condições necessárias procuram outra via para ver seus direitos realizados, qual seja: o Poder Judiciário, que a partir de uma decisão judicial pode ou não determinar a concessão de determinado direito. Esse quadro tem se tornado cada vez mais frequente, demonstrando uma judicialização dos direitos fundamentais, como alternativa para suprir as deficiências da Administração. O problema é que tal solução beneficia tão somente aqueles que possuem as mínimas condições necessárias de intentar uma ação judicial, não tendo por condão realizar os direitos fundamentais

de forma ampla para todos os cidadãos, vez que beneficia alguns poucos e não todos, confrontando, assim, o princípio da isonomia. É nesse ponto que a presente investigação se justifica, pois, a partir da utilização pela Administração Pública dos precedentes administrativos como instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais estaria se respeitando de forma contundente o princípio da igualdade entre os cidadãos. Além disso, estaria se respeitando também o princípio da segurança jurídica, vez que a utilização dos precedentes garantiria a sua isonomia. Ainda, a utilização dos precedentes administrativos para a efetivação dos direitos fundamentais tende a permitir a desjudicialização de um excesso de demandas envolvendo direitos fundamentais, desafogando o Poder Judiciário e reduzindo o mar de processos judiciais que envolvem a Fazenda Pública. Veja-se, portanto, que os precedentes administrativos são instrumentos aptos a efetivar os direitos fundamentais de forma igualitária, respeitando os preceitos constitucionais trazidos pela Constituição Federal de 1988 e, ainda, garantindo o ideal democrático. No que toca ao procedimento metodológico, a pesquisa se dá através do método dedutivo, se utilizando, ademais, de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, especialmente na seara do direito administrativo e constitucional. O resultado esperado é o de se demonstrar que a utilização e vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais é um mecanismo de desjudicialização e efetivação dos direitos fundamentais de forma segura e isonômica a partir de políticas públicas administrativas.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Administração Pública. Judicialização. Isonomia. Segurança jurídica.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FLORES, Pedro Henrique Brunken. Precedentes, Administração Pública e (des)judicialização dos direitos fundamentais. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 361-362. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# DA ANÁLISE DOS PRECEITOS LEGAIS DO DIREITO AMBIENTAL RELACIONADO AO DESCARTE DO LIXO E A RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO DE BARRA DO GARÇAS/MT

RAYANNE OLIVEIRA SANTOS

ÂNGELA DINIZ LINHARES VIEIRA

Este artigo tem por objetivo analisar se os procedimentos adotados no descarte do lixo no município de Barra do Garças estão observando os preceitos legais do direito ambiental. Assim, no primeiro momento será discutida a contextualização histórica do meio ambiente, dado que é importante compreender a trajetória da legislação ambiental no Brasil. No segundo momento, será avaliado o descarte e a destinação final dos resíduos sólidos no município em face dos preceitos legais do direito ambiental, ou seja, princípios, resoluções e outros dispositivos que protegem o meio ambiente serão apresentados. Já o terceiro momento retrata a realidade que o município enfrenta perante a Lei nº 12.305/10 (Política Nacional de Resíduos Sólidos); e o quarto momento demonstra a responsabilidade civil ambiental, quando as pessoas jurídicas estão degradando e as espécies de sanções. Assim, trata-se de uma pesquisa qualitativa de natureza aplicada, com objetivo exploratório. Seu procedimento é bibliográfico e o método é dedutivo, pois parte de constatações gerais para atingir fenômenos particulares. Nesse contexto, observa-se que a responsabilidade civil ambiental nos casos em que pessoas jurídicas estão degradando é importante para entender quais sanções serão aplicadas e que, independentemente de culpa ou dolo, o poluidor é obrigado a reparar os danos causados e garantir um meio ambiente saudável e a sadia qualidade de vida.

**Palavras-chave:** Resíduos sólidos. Direito ambiental. Responsabilidade civil ambiental. Pessoa jurídica de direito público. Direito administrativo.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SANTOS, Rayanne Oliveira; VIEIRA, Ângela Diniz Linhares. Da análise dos preceitos legais do direito ambiental relacionado ao descarte do lixo e a responsabilidade do município de Barra do Garças/MT. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 363-364. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# O PODER JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR DA EFETIVAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE E OS FATORES DO AUMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA: ANÁLISE DA COMARCA DE NOVA XAVANTINA/MT

**MATHEUS CORREIA PONTES**

**KENNIA DIAS LINO**

A judicialização de processos fundados na exigibilidade de aplicação do direito à saúde tem se mostrado crescente nos últimos anos, essa é a realidade em várias comarcas do país. Assim, é necessário compreender de forma sistemática os fatores que coadunam nesse crescente aumento. A problemática consiste em apresentar como é a atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde e quais os fatores que influenciam a sua vultuosidade. Para melhor compreensão, foi realizada uma análise dos processos ligados à saúde pública na comarca de Nova Xavantina/MT, entre os anos de 2011 a 2016, para a respectiva quantificação, em contraponto com fatores da cidade, como crescimento populacional, aumento da demanda judicial total, e o posicionamento de autoridades atuantes na comarca para elucidação dos fatores que asseveram o crescimento. Pontuou a evolução histórica dos direitos sociais com primazia ao direito à saúde, percorrendo a progressão nos textos constitucionais; posteriormente, apontou a importância do Poder Judiciário, e a atuação local de forma garantista, com a primazia do direito à vida, frente a conceitos econômicos ou políticos,

traçando um paralelo com a realidade do Estado da Alemanha, berço constitucional do resguardo ao direito à saúde, com a análise detalhada dos fatores comparativos, evidenciando, por seguinte, os problemas trazidos pelos entrevistados, que interferem para o crescimento da demanda judicial nessa seara. Constatou-se que subsistem fatores que levaram ao crescimento da demanda da judicialização da saúde pública, trazendo à baila questões como o acesso à informação pela população de seus direitos, o maior conhecimento sobre os meios de acesso à justiça, reconhecimento social das instituições como o Ministério Público e Defensoria Pública, evidenciando a ineficiência do Poder Público no financiamento e custeio do Sistema Único de Saúde, com atrasos nos repasses, a influência da crise econômica na população, aumento do número de pessoas mais idosas, o crescimento do número de doenças e de suas complexidades patológicas. Pode se constatar que os procedimentos administrativos de regulação são demorados e burocráticos, havendo maior rapidez na concessão em caráter liminar em processos judiciais quando comparados com o procedimento administrativo, e a existência infiltrada da corrupção. O procedimento de pesquisa consistiu em pesquisa bibliográfica e de campo, com a respectiva coleta de dados processuais nas varas da comarca, e a realização de entrevista de autoridades locais – o secretário municipal de saúde, a procuradora geral do município, o defensor público e a promotora de justiça –, com o fito de análise dos fatores que levaram à progressão dos números de ações ligadas ao direito à saúde, e a importância do Poder Judiciário local, para melhor compreensão do problema em destaque. Como resultado, exemplificou os fatores que levaram ao aumento da demanda e uma reflexão comparativa com a estrutura do Estado alemão e do Brasil, visando à indicação de uma possível melhor resolução do problema, com uma reestruturação do Estado, para maior celeridade e rapidez no procedimento administrativo, com soluções mais eficazes, que diminuiriam a judicialização.

**Palavras-chave:** Poder Judiciário. Saúde. Efetivação. Evolução. Alemanha.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PONTES, Matheus Correia; LINO, Kennia Dias. O Poder Judiciário como garantidor da efetivação do acesso à saúde e os fatores do aumento da judicialização da saúde pública: análise da comarca de Nova Xavantina/MT. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 365-366. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---



# A MOBILIZAÇÃO POLÍTICO- ADMINISTRATIVA NA CONCRETIZAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: A CONSTRUÇÃO DA GOVERNANÇA SOCIOAMBIENTAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

CLÁUDIA DE OLIVEIRA CRUZ CARVALHO

Em tempos de reconhecimento do direito administrativo constitucionalizado e suas consequências no regime jurídico administrativo, em especial quanto à transformação do princípio da legalidade em princípio da constitucionalidade, as ações da Administração Pública se aproximam paulatinamente das diretrizes e princípios constitucionais, entre os quais se destaca o desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, verifica-se no âmbito da Administração brasileira o surgimento de uma tímida mobilização político-administrativa que visa compatibilizar as necessidades imediatas da sociedade, tais como a prestação de serviços públicos, com aquelas mediatas do Estado Socioambiental, quais sejam as relacionadas à compatibilização das agendas sociais, econômicas e ambientais através também da atividade administrativa. Fala-se em governança socioambiental na Administração Pública. Com isso, pretendem-se verificar neste estudo quais são os contornos e objetivos dessa governança socioambiental, investigando, aliás, por meio de pesquisa empírica com a esfera federal, a atual extensão dos impactos causados na rotina administrativa, o que, eventualmente, possibilitará a identificação dos possíveis limitadores, permitindo a construção de planos de ação para fins de efetividade. Nessa construção, será preciso revisar inicialmente a materialidade do Estado Socioambiental, sua harmonização com os projetos sociais, econômicos e ambientais através do desenvolvimento sustentável, e sua consagração normativa na Constituição Federal. Na sequência serão concentrados esforços

na análise da vinculação das atividades da Administração Pública para com a constitucional promoção e proteção do desenvolvimento sustentável, o eventual afastamento da discricionariedade administrativa em matéria socioambiental, e o reconhecimento de instrumentos de execução, tal qual o Plano de Logística Sustentável. Com tal quadro, tornar-se-á possível identificar elementos de governança pública em matéria socioambiental, verificando a existência de lideranças, estratégias e controles (*accountability* e *compliance*) envolvidos, inclusive para além da estrutura administrativa. O diagnóstico permitirá verificar os aspectos limitadores da gestão socioambiental na Administração, o que possibilitará construir mecanismos próprios de combate, visando, em termos gerais, ao reconhecimento e aprimoramento da mobilização político-administrativa socioambiental na Administração Pública.

**Palavras-chave:** Desenvolvimento sustentável. Governança socioambiental. Estado Socioambiental. Administração Pública. Plano de Logística Sustentável.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CARVALHO, Cláudia de Oliveira Cruz. A mobilização político-administrativa na concretização do desenvolvimento sustentável: a construção da governança socioambiental na Administração Pública. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 367-368. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

# EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PRINCÍPIO LIMITADOR FRENTE À MAJORAÇÃO DE TRIBUTOS COM FUNÇÃO FISCAL

CLAYTON GOMES DE MEDEIROS

A pesquisa que se ventila pretende, através do método dedutivo bibliográfico, ou seja, partindo de premissas gerais produzidas pela doutrina, obter uma conclusão a respeito de determinadas premissas, em que se demonstrará que os tributos, no Estado que adota o modelo político-econômico da livre iniciativa, correspondem à principal fonte de receita do Estado, e são criados essencialmente para possibilitar o suporte financeiro aos cofres públicos das diferentes entidades de direito público (União Federal, estados, Distrito Federal e municípios). Que esta é a função precípua dos tributos, ou seja, a função fiscal, e que corresponde à fonte com a qual a Administração Pública terá condições de concretizar as atribuições constitucionais do Estado. Se buscará demonstrar, ainda, que a majoração de tributos de maneira indistinta, sob a mera alegação de insuficiência de recursos públicos, de déficit orçamentário ou de elevação dos gastos públicos não pode ser aplicada e que tais argumentos ofendem os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública. Diante de elevados índices de corrupção, desvio ou malversação de recursos públicos, a majoração de tributos pode equivaler, ao cidadão-contribuinte, à expressão de uma “corrupta ditadura tributária” ou a sensação de uma “escravidão tributária”. Logo se faz premente o desenvolvimento de novas teses e construções científicas que se proponham a discutir novos limites ao Poder de Tributar atribuído ao Estado. O trabalho que se pretende construir baseia-se na ideia da eficiência estatal como instrumento métrico avaliador da possibilidade de atingimento de patamares de alíquotas de tributos. Tal lógica propõe critérios objetivos de avaliação das entidades de direito público, de

forma a possibilitar ou não a implementação de alíquotas mais elevadas em exercícios financeiros posteriores.

**Palavras-chave:** Eficiência. Administração Pública. Princípio limitador de majoração. Tributo com função fiscal. Princípios constitucionais.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MEDEIROS, Clayton Gomes de. Eficiência da Administração Pública como princípio limitador frente à majoração de tributos com função fiscal. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 369-370. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# XÔ MACUNAÍMA: O CONTROLE DEMOCRÁTICO DA CORRUPÇÃO COMO UM DEVER FUNDAMENTAL

ANA CRISTINA AGUILAR VIANA

A corrupção se revela como um dos principais problemas para a gestão da coisa pública e para a democracia. Ante a grave crise institucional que vive o Brasil nos dias de hoje, mostra-se imprescindível examinar de que modo esse fenômeno é enfrentado. O exame ao seu enfrentamento, contudo, mostra dois problemas fundamentais: o naturalismo com o qual ela é tratada e a sua normatização, que se apresenta como uma “legislação álibi”. Com efeito, a existência da corrupção é atribuída, em regra, à própria cultura brasileira, o que tende a naturalizá-la. Isso faz com que se condicione a diminuição da corrupção a uma revolução cultural, o que resulta em um sistema de controle moralista e desloca o problema para o âmbito jurídico. Por sua vez, a maioria das legislações que busca combater os desvios de recursos foi elaborada sob a perspectiva de um controle administrativo-burocrático repressivo, que foca no agente público e no Estado como único local de prática de atos ilícitos. Além disso, sua formatação dificulta concretização dos resultados almejados. Logo, o combate à corrupção normativamente é, na verdade, uma legislação álibi. Isto é, com a aparência de tratar do problema, mascara-se a realidade, imunizando o sistema contra outras alternativas. Da constatação dessa problemática, mostra-se necessária uma leitura da corrupção com uma lente distinta. Daí o objetivo do ensaio: reclama-se para o abandono do controle moralista e se defendem os meios democráticos de exame do fenômeno. Com a ideia de uma administração pública constitucionalizada e democratizada, o cidadão é visto como sujeito de direitos e como sujeito de deveres. Conclui-se que, ao se admitir a democratização administrativa, permite-se o consenso em um campo não adversarial e o controle democrático da corrupção se transforma em um dever, sendo construindo esse dever no dever fundamental do controle democrático da corrupção.

**Palavras-chave:** Moralismo. Corrupção. Controle democrático. Democratização administrativa. Dever fundamental.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VIANA, Ana Cristina Aguilár. Xô Macunaíma: o controle democrático da corrupção como um dever fundamental. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 371-372. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# O INSTITUTO DA REVERSÃO NA PROTEÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO: (RE) PENSANDO CONCEITOS E PAPÉIS

JESUS PACHECO SIMÕES

Este trabalho tem como objetivo explorar o instituto da reversão de bens no direito administrativo, realizando pesquisa jurisprudencial, teórica e legislativa para comparar o uso do instituto no Brasil no âmbito federal e pensar em suas possibilidades em outras áreas do direito administrativo. A atualidade do trabalho está presente pela existência de novo plano de desestatização pelo Governo Federal, em meio a discussões ainda não solucionadas quanto aos bens reversíveis das concessões realizadas nos anos 90, em especial na temática da telefonia fixa, que gerou grande atenção da mídia pela disparidade entre os valores de bens reversíveis calculados pelo setor privado (cerca de 8 bilhões de reais) e pelo Tribunal de Contas da União (cerca de 108 bilhões de reais). Para tanto serão adotados métodos de pesquisa qualitativa, dialética e crítica, de modo a obter uma reflexão sobre os usos e interpretações do instituto pelos mais diversos atores (doutrinadores e doutrinadoras, legislador federal e tribunais, Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Contas da União), assim como analisar a possibilidade ou impossibilidade de aplicação em outras áreas do direito administrativo, como nas atividades de fomento do Estado. De tal forma será verificado também se o conceito da reversão de bens está atualizado conforme a complexidade das relações jurídicas aplicáveis aos bens públicos e privados no direito administrativo na atualidade, averiguando se o instituto atende aos princípios dessa área do direito e as novas reflexões sobre as relações entre o setor público e o privado, especialmente aqueles identificados no “domínio público impróprio” e na construção da “escala de dominialidade” como superação da dicotomia entre domínio público e privado. Finalmente, a conclusão discorrerá sobre a atualidade do instituto frente as inovações doutrinárias e, também, se a sua aplicabilidade para as

demais situações possibilitaria a existência de uma teoria geral da reversão no direito administrativo.

**Palavras-chave:** Reversão. Bens reversíveis. Concessões. Interesse público. Serviços públicos.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SIMÕES, Jesus Pacheco. O instituto da reversão na proteção do interesse público primário: (re)pensando conceitos e papéis. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 373-374. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---



# O *LOCUS STAND* DO CIDADÃO NOS PROCESSOS DE CONTROLE EXTERNO

ROSANA LAURA DE CASTRO FARIAS RAMIRES

O objetivo desta pesquisa é demonstrar que o direito constitucional de formulação de denúncia conferido aos cidadãos perante os Tribunais de Contas constitui um direito fundamental de ação e, ainda, um instituto democrático de participação direta do cidadão no poder político que demandará uma reformulação da concepção do processo e dos procedimentos de controle externo exercido pelos Tribunais de Contas. Busca-se, ainda, demonstrar que se afiguram inconstitucionais as previsões normativas regimentais dos Tribunais de Contas que estabelecem que a participação processual do cidadão, como denunciante, “cessa com a apresentação da denúncia”. Esta legitimidade não pode ser confundida com o mero acesso às ouvidorias dos Tribunais de Contas, de modo que a participação do cidadão e da sociedade civil organizada nos processos de controle externo limite-se à mera oferta de petições iniciais, sem a correspondente assecuração do acesso destes às demais fases processuais que se desenvolvem no curso dos processos de controle externo, bem como em eventual fase recursal. O papel constitucional conferido ao cidadão não é de mero coadjuvante dos Tribunais de Contas, mas sim de interlocutor e defensor abstrato, objetivo dos interesses da pólis. Em geral, sob o entendimento de que entre o denunciante e o denunciado pode haver conflito intersubjetivo a ser solucionado, e que não compete aos Tribunais de Contas a solução de lides intersubjetivas, a participação processual dos cidadãos preconizada pelo Texto Constitucional é restringida de forma desproporcional, prática esta que malferir os princípios republicano, democrático e da razoabilidade. Posicionamentos como esse olvidam a teoria da integridade do direito construída por Dworkin e as lições de Bobbio, segundo o qual em face da “estatização da sociedade” ocorreu um processo inverso de “socialização do Estado” desencadeado pelo desenvolvimento de diversas formas de participação social no âmbito das opções políticas. Com efeito, a efetivação da cidadania está ancorada na

“participação social na esfera pública”, que nas palavras do citado pensador corresponde à ideia do “Estado permeado pela sociedade”. Essa participação social confirma a soberania nacional como elemento inerente e essencial do regime democrático. Sob essas premissas temos que a previsão constitucional de participação processual do cidadão e da sociedade civil organizada nos processos de controle externo junto aos Tribunais de Contas reflete exatamente a busca de legitimidade do controle estatal, e democratização deste espaço público processual. A vertente pesquisa tem caráter teórico, e nela são utilizadas fontes diretas e indiretas, envolvendo livros, periódicos, normas jurídicas, documentos oficiais, entre outros. O método utilizado é o método dedutivo. Conclusivamente, é imprescindível a regulamentação nacional dos processos de controle externo, é formalmente inconstitucional a normatização da participação processual do cidadão nos processos de controle externo mediante normativa regimental e afigura-se materialmente inconstitucional a mera participação propositiva dos cidadãos junto aos Tribunais de Contas.

**Palavras-chave:** Constitucional. Tribunais de Contas. Processo de controle externo. Controle social. Denúncias.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RAMIRES, Rosana Laura de Castro Farias. O *locus stand* do cidadão nos processos de controle externo. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 375-376. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# A RESPONSABILIZAÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS POR ATOS DE SEUS FILIADOS E A MANUTENÇÃO DA ORDEM DEMOCRÁTICA BRASILEIRA

GUILHERME CORTEZ DOS SANTOS

CAROLINA SALBEGO LISOWSKI

As denúncias de corrupção, tão em voga no país, mais uma vez e, em grande número, envolvendo os poderes Executivo e Legislativo, possibilitam, mesmo que a partir do empirismo, que a discussão sobre responsabilidade/responsabilização dos agentes detentores de cargos públicos ganhe pauta, inclusive, na produção de conhecimento em diversas áreas, como no campo das ciências jurídicas. Nesse mesmo sentido, como consequência social indelével dessa realidade de abusos de poder nas práticas públicas, afloram e crescem, nos cidadãos brasileiros, os sentimentos de descrédito para com os representantes eleitos e pelas instituições – sendo que, entre elas, também estão os partidos políticos. Contudo, a partir da previsão constitucional que fundamenta o Estado brasileiro e que define o poder como oriundo do povo, o qual o exerce por meio de representantes eleitos, destaca-se uma séria dificuldade que o Estado Democrático de Direito precisa enfrentar: a instabilidade do/no reconhecimento do papel da representatividade. Assim, diante de tamanhas questões que precisam ser consideradas, também se iniciam os debates acerca da possibilidade de responsabilização dos partidos políticos pelos atos ilícitos cometidos pelos seus filiados, em especial, pelos agentes públicos. O presente trabalho, então, dedica-se a analisar, no contexto jurídico brasileiro – democrático e presidencialista, as noções teóricas relativas à representatividade e cidadania, em especial levando em conta a existência, manutenção e possibilidade de responsabilização dos partidos políticos por atos de seus filiados, pressupondo os referidos partidos como espaço de exercício

da democracia – via representação. A temática eleita se justifica, também, com vistas à necessidade de se considerar, teoricamente, em que medida ficam mantidas as garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito diante do descrédito e da sensação de não representatividade da população em relação aos partidos políticos. O presente estudo se apoia na metodologia dedutiva e utilizará como procedimento, essencialmente, a pesquisa bibliográfica. Ainda, cabe mencionar que a relevância da presente proposta está no fato de se tornar inafastável, a partir das constatações iniciais, pensar-se não só sobre o papel das instituições, como também, especificamente, refletir sobre as referidas noções de representatividade e cidadania na própria formação dos sujeitos de direito. Desde já o presente estudo indica que o sistema democrático não é um fim em si mesmo, nem tem o condão de solucionar todos os males do viver em sociedade, mas, sim, é um caro instrumento de exercício de poder, de soberania. Assim, a representação é fundamental para outros processos democráticos vitais como responsabilização e legitimidade. Processos de representação são, por natureza, particularmente relevantes – e difíceis – nas estruturas estatais e, nesse viés, a relevância dos partidos políticos acaba por ser de muito destaque, considerando o sistema jurídico-democrático do país, que materializa, na instituição partido político, o espaço de efetivação de representações – logo, de democracia.

**Palavras-chave:** Democracia. Partidos políticos. Representação. Responsabilização. Cidadania.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SANTOS, Guilherme Cortez dos; LISOWSKI, Carolina Salbego. A responsabilização dos partidos políticos por atos de seus filiados e a manutenção da ordem democrática brasileira. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 377-378. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# A PRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO: UMA ANÁLISE DO ART. 37, §5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

LUCAS BOSSONI SAIKALI

O presente trabalho aborda o debate acerca da (im)prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário segundo a exegese do art. 37, §5º, da Constituição Federal. De início, buscou-se apresentar o princípio da segurança jurídica no cenário brasileiro, bem como demonstrar seu caráter constitucional, embora não disposto na Lei Maior. Diante de um contexto de instabilidade das relações jurídicas, o referido princípio desencadeou o entendimento de que a incerteza e a instabilidade para os cidadãos são perigosas para o bem-estar social. Isso posto, demonstrou-se que no cenário constitucional brasileiro existem três casos em que a imprescritibilidade é expressada de forma inequívoca pelo constituinte: nos crimes de racismo, nos crimes de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático e no direito que as comunidades indígenas possuem à terra que tradicionalmente ocupam. Apontam-se as razões para que seja defendida a prescritibilidade das referidas ações de ressarcimento ao erário, sob pena de não se interpretar a Constituição de modo sistemático. Entende-se que crer na ausência de prazo prescricional para que o Estado ajuíze as ações viola princípios basilares da Carta Magna brasileira, quais sejam os princípios da segurança jurídica, igualdade e devido processo legal. Analisa-se a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 669.609/MG, na qual a Corte Suprema brasileira entendeu pela prescritibilidade das ações de ressarcimento quando há lesão ao patrimônio público decorrente de atos ilícitos, com base na tese do Ministro Luís Roberto Barroso. Sobre o tema foco do trabalho, conclui-se a pesquisa defendendo a prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário em qualquer caso em que haja dano ao patrimônio público. Conclui-se que a ressalva contida na

parte final do art. 37, §5º, da Constituição se refere à lei específica aplicável, que uma ação de natureza indenizatória e de efeitos exclusivamente patrimoniais não pode ser imprescritível sem ofender ao princípio basilar da segurança jurídica, que a possibilidade de ser réu em uma ação ressarcitória a qualquer tempo pode impossibilitar que o cidadão prove e defenda seus direitos perante o Poder Público, sob pena de ofender ao princípio do devido processo legal (ampla defesa e contraditório) e que deve ser aplicada analogicamente a prescrição quinquenal do art. 1º do Decreto Federal nº 20.910/32, que dispõe que o administrado está submetido a prazos prescricionais para ajuizar ações de ressarcimento contra o ente estatal por danos causados ao seu patrimônio, em razão do direito fundamental à igualdade.

**Palavras-chave:** Dano ao erário. Ação de ressarcimento. Princípio da segurança jurídica. Princípio da igualdade. Prescritibilidade.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SAIKALI, Lucas Bossoni. A prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário: uma análise do art. 37, §5º, da Constituição Federal. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 379-380. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# A MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA

LUCIANA GASPAR MELQUIADES DUARTE

Este resumo pretende desconstituir a natureza principiológica com que a motivação figura comumente na doutrina administrativista pátria para demonstrar seu enquadramento na espécie normativa regra. A pesquisa que permitiu o alcance desta conclusão norteou-se pelo referencial teórico pós-positivista, sobretudo pela vertente trabalhada pelos autores Dworkin (2002), Alexy (2002) e Hesse (1991). Este último, ao refutar o caráter meramente político das constituições, propiciou o espaço necessário para o desenvolvimento de teorias normativas que permitissem, de fato, a plena normatividade constitucional. Dworkin (2002) reconheceu que um tal sistema jurídico não poderia ser composto tão somente por regras, a serem aplicadas à guisa do *all or nothing*, descortinando a necessidade de um modelo misto de regras e princípios. Alexy (2002) deu continuidade à sua teoria confirmando o caráter deontico dos princípios, porém, estruturalmente diferente das regras, posto que definidos como mandamentos de otimização, e, assim, capazes de lograr concreção gradual. Sob o lume desses preceitos teóricos, o regime jurídico publicístico foi revisitado, especialmente a norma da motivação. Constatou-se que a motivação consiste em dever estatal diante de todo e qualquer ato administrativo, vinculado, discricionário ou, ainda, político. De fato, a motivação consubstancia a transparência devida ao povo, real titular de todo e qualquer poder estatal numa democracia e é pressuposto inafastável para o controle da ação pública inerente a um Estado republicano. Diante de atos vinculados, a motivação desempenha o importante papel de evidenciar as circunstâncias de fato justificadoras da prática de determinado ato e, ainda, de expor o processo discursivo que fundamentou a aplicação do direito. Tais papéis perduram diante de atos discricionários e políticos, em que o exercício

do poder decisório não pode se dar à revelia do direito. Impõe-se, pois, a motivação como instrumental necessário para a evidenciação da observância dos limites que disciplinam o exercício do poder num Estado de Direito. Ainda que inviável a penetração dos poderes Legislativo e Judiciário no mérito administrativo, por respeito às competências da Administração Pública que lhe são reservadas pelo princípio da separação de poderes, à exposição dos motivos que conduzem as escolhas públicas resvala o respeito do Estado à soberania popular. Ressalte-se, ainda, que este respeito não se satisfaz com a apresentação de razões vagas e dissimulatórias por parte da Administração Pública, que poderão conferir eficácia à norma tão somente em seu aspecto formal, e não no plano material. Este último exige a ampla descrição da situação de fato, a juntada aos autos de prova da existência das circunstâncias alegadas e a apresentação de razões de direito a elas logicamente conexas – pressuposto causal dos atos administrativos, na teoria de Bandeira de Mello (2010, p. 408), articuladas mediante um discurso que enseje o controle racional. O reconhecimento, porém, do dever definitivo, típico das normas-regra, de motivação dos atos administrativos não embarga a constatação de ônus argumentativos diferenciados por parte da Administração Pública diante de atos de natureza diversa. Assim, por exemplo, atos denegatórios de direitos impõem à Administração um ônus argumentativo maior que os concessórios de direitos, em virtude da potencialidade restritiva da esfera individual dos primeiros, ainda que, em ambos os casos, o dever da motivação se faça presente.

**Palavras-chave:** Motivação. Democracia. Regra. Pós-positivismo jurídico. Atos administrativos.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. A motivação dos atos administrativos no contexto pós-positivista. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 381-382. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---



# A LEI DE PERÍMETRO URBANO E SEU IMPACTO NO DESENVOLVIMENTO DA CIDADE E DO CAMPO: ANÁLISE DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO (SP)

ANDRÉ SIMIONATO CASTRO

O planejamento territorial brasileiro enfrenta permanentemente o desafio de gerir territórios que convertem suas terras rurais em urbanas, resultando no crescimento da cidade. A cautela nesse processo se justifica porquanto é comum o desencadeamento de atividades nocivas de especulação imobiliária permeadas de conflitos jurídicos incompatíveis com o desenvolvimento inclusivo e sustentável, previsto na Constituição Federal e no Estatuto das Cidades. Ainda, o crescimento horizontal continua intenso nas cidades brasileiras após a grande explosão demográfica da industrialização, colocando os aglomerados urbanos no centro de acirradas disputas de interesses. Essa pesquisa, ainda em andamento, se propõe a investigar os processos legislativos e políticos envolvidos na elaboração da Lei de Perímetro urbano em Ribeirão Preto (SP), para então dimensionar os impactos de sua implementação no desenvolvimento territorial do município, incluindo a zona rural – verificando se o planejamento determinado pelo plano diretor é eficaz e consonante com os objetivos coletivos da constituição e do EC. Entre os objetivos específicos da pesquisa estão: checar a existência de supervalorização da terra após sua inclusão nos limites da zona urbana, vislumbrando a necessidade/viabilidade de implementar instrumentos como a outorga onerosa de alteração de uso; subsidiariamente, investigar a existência de influência econômica das principais empreiteiras locais na determinação dos limites urbanos na cidade de vez que há indícios de que essas grandes empresas capturam decisões políticas e legislativas a fim de beneficiar seus empreendimentos imobiliários. O tipo de pesquisa em desenvolvimento, nessa proposta, se encaixa no perfil de pesquisa não doutrinária, ou empírica. Esse procedimento tem como objetivo

descrever, explicar e/ou criticar o direito e os fenômenos jurídicos tal qual eles se manifestam na realidade. Portanto, a pesquisa empírica permite verificar como o aspecto material do direito se realiza concretamente, e como fatos, atos e atividades concretizam o direito na vida em sociedade. Para tanto serão analisados documentos oficiais, como atas do Conselho Municipal de Urbanismo e mapas da secretaria de planejamento urbano, bem como serão entrevistados vereadores, urbanistas e empresários do ramo. A pesquisa constrói uma abordagem teórica baseada na tradição marxista, numa visão de totalidade sobre a realidade social, considerada um processo histórico. A realidade (no caso, a cidade) é produto da atividade dos seres humanos sobre a materialidade, e das condições materiais que incidem sobre os sujeitos, numa relação de mútua incidência e determinação.

**Palavras-chave:** Perímetro urbano. Direito à cidade. Expansão urbana. Desenvolvimento. Plano diretor.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CASTRO, André Simionato. A lei de perímetro urbano e seu impacto no desenvolvimento da cidade e do campo: análise do município de Ribeirão Preto (SP). In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo*. XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 383-384. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# IMPACTOS DA REESTRUTURAÇÃO ADMINISTRATIVA DA EBC PARA O EXERCÍCIO EFICIENTE DA RADIODIFUSÃO PÚBLICA

**ALEXANDRE BENEDITO PESSATTE FILHO**

A pesquisa – no momento em estágio de projeto – visa analisar o Estatuto da Empresa Brasil de Comunicação (EBC) no intuito de verificar como a reestruturação administrativa ocorrida em 2016 impactou suas funções e se houve um aumento ou uma diminuição de sua capacidade de prestar eficientemente o serviço de radiodifusão pública. Parte-se aqui do pressuposto de que a Constituição Federal tem como objetivo corrigir as distorções históricas no âmbito comunicacional que levaram à interrupção e à dificuldade da construção de uma esfera pública no país. Dessa forma, como uma das soluções, a Carta Magna apostou na comunicação pública – promovida pela radiodifusão – como forma de garantir o direito à informação e o acesso do cidadão ao debate público, que foram obstruídos pela concentração dos meios de comunicação de massa e pelo monopólio de sistemas privados de radiodifusão. Para atingir o objetivo central, primeiramente pretende-se apontar uma definição jurídica de radiodifusão pública, esta ausente em nosso ordenamento jurídico, entendendo-a como um instrumento de promoção da comunicação pública. Apesar de não trazer uma definição jurídica, a Lei nº 11.652/08, que autorizou a criação da EBC, instituiu os objetivos e princípios dos serviços de radiodifusão pública. Dessa forma, confrontar-se-ão teorias que versam sobre características de sistemas de radiodifusão pública com a Lei nº 11.652/08, encontrando como cada ponto foi manifestado pela escolha legislativa para, assim, apontar a definição jurídica do serviço em questão. Possuindo essa definição jurídica, essa será aplicada para analisar se a estrutura administrativa da EBC permite que esta atinja sua finalidade, qual seja a prestação de serviços de radiodifusão pública e serviços conexos, levando também em consideração as diretrizes trazidas pelo

Estatuto das Empresas Públicas (Lei nº 13.303/16). Isso porque, muitas vezes, o sucesso da Administração em atender à sua finalidade está condicionado à maneira como ela própria está organizada internamente. Nesse sentido, a análise sobre a estrutura organizacional da empresa parte do entendimento de eficiência administrativa no tocante à organização do Estado, entendendo-a em relação ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública a fim de atender à determinada finalidade. Assim, essa análise será feita sobre o Estatuto da EBC antes e depois da reestruturação organizacional da empresa pública ocasionada pela aprovação da Medida Provisória nº 744/2016, a fim de verificar se e como essa reestruturação modificou a capacidade de exercer suas funções com eficiência, utilizando-se método comparativo. Além de apontar a definição jurídica de radiodifusão pública e a comparação entre os estatutos da empresa, o trabalho tem como objetivos intermediários sistematizar as funções administrativas da EBC e examinar as razões de sua estruturação e modificação recente.

**Palavras-chave:** Radiodifusão pública. Esfera pública. Eficiência. Organização administrativa. Função administrativa.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PESSATTE FILHO, Alexandre Benedito. Impactos da reestruturação administrativa da EBC para o exercício eficiente da radiodifusão pública. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 385-386. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# O SERVIÇO DE *STREAMING* NO CENÁRIO LEGAL BRASILEIRO: REFLEXÕES A PARTIR DO CASO NETFLIX

ALICE PADILHA DE CARVALHO

LUCAS BOSSONI SAIKALI

O presente estudo acadêmico tem o intuito de versar sobre um complexo ponto da atualidade, qual seja o serviço de *streaming* fornecido pela Netflix e sua relação com o direito administrativo. Desse modo, o estudo busca analisar como deve a Administração Pública influir na regulamentação de tais novas tecnologias. Eventual regulação causará efeitos diretos não só sobre a Administração Pública, mas também na iniciativa privada, na medida em que os serviços de telecomunicação não possuem qualquer regime de exclusividade estatal. O serviço público é uma escolha política, logo em cada momento histórico e político há uma noção sobre o tema. Desse modo, imperioso se estudar as diferentes noções de serviço público, passando por debates históricos realizados, como exemplo a da Escola de Bordeaux e a crise de tal noção. Ainda, a doutrina nacional ao tratar do serviço público apresenta entendimentos diversos, que relacionam ou não as atividades com as lógicas de mercado. É imperioso tratar da noção específica dos serviços públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagens, de modo a esclarecer seus contornos jurídico. Posto isso, analisa-se o caso da Netflix, para que se possa demonstrar que o serviço por ela prestado não se confunde com os serviços de radiodifusão tradicionais e de serviço de acesso condicionado. A fim de solucionar a questão, é preciso, inicialmente, que seja realizado um trabalho político e de sensibilização em favor das transformações que ocorrem na esfera da comunicação e da radiodifusão, demonstrando o potencial dos serviços prestados a partir da atuação junto à internet. Em conclusão, o presente estudo defende a regulação assimétrica do serviço prestado pelas empresas de *streaming*, a fim de se adequar ao cenário

brasileiro e para não prejudicar os serviços tradicionais e de acesso condicionado de radiodifusão, devendo ser respeitada a neutralidade da rede.

**Palavras-chave:** Tecnologia. Serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Netflix. Assimetria regulatória. Neutralidade da rede.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CARVALHO, Alice Padilha de; SAIKALI, Lucas Bossoni. O serviço de *streaming* no cenário legal brasileiro: reflexões a partir do caso Netflix. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 387-388. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# O ESTABELECIMENTO DE PREFERÊNCIA DE COMPRAS NAS LICITAÇÕES BRASILEIRAS E ESTADUNIDENSES NA PERSPECTIVA DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL

EURICO SOARES MONTENEGRO NETO

FÁBIO DE SOUSA SANTOS

O Estado pode atuar contribuindo para a promoção do desenvolvimento de modo indireto ou por meio direto, participando ativamente do mercado. Na participação direta, o Estado atua como provedor de produtos ou serviços (seja em mercado concorrencial, seja por serviços públicos) ou como demandante de soluções de mercado para suas necessidades. O trabalho parte do pressuposto de que o Estado atua utilizando as compras públicas também como mecanismo de promoção do desenvolvimento nacional. O foco do trabalho é a investigação do perfil da legislação de aquisição dos países objeto de comparação. No contexto estadunidense, tem destaque o Buy American Act, que data ainda do cenário pós-crise de 1929, mas ainda irradia seus efeitos. A legislação brasileira tem como dispositivo mais saliente neste sentido os §§5º e 6º do art. 3º da Lei nº 8.666 de 1993, o último redesenhado pela Lei nº 12.349 de 2010. Ao adotar-se a metodologia comparatística, justapondo duas realidades diversas e promovendo a análise contextual, é possível extrair resultados palpáveis para contribuir com a experiência jurídica nacional.

**Palavras-chave:** Contratações públicas. Margem de preferência. Desenvolvimento. Brasil. Estados Unidos.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MONTENEGRO NETO, Eurico Soares; SANTOS, Fábio de Sousa. O estabelecimento de preferência de compras nas licitações brasileiras e estadunidenses na perspectiva do desenvolvimento nacional. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 389-390. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---



# A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE OS ENTES FEDERATIVOS ESTABELECEM NOVOS VALORES PARA DEFINIÇÃO DAS MODALIDADES LICITATÓRIAS: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MATO GROSSO

LYS MARISA GONÇALVES

O trabalho objetiva analisar a Resolução de Consulta nº 17/2014 do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, a qual trouxe a possibilidade jurídica de os demais entes, que não a União, atualizarem os valores das modalidades licitatórias constantes na Lei nº 8.666/93, utilizando-se do método de investigação e diagnóstico de dados, por meio de uma análise descritiva dos processos, fortalecido por revisão bibliográfica e decisões de outros tribunais. O Tribunal de Contas entendeu que o art. 23 da Lei de Licitações e Contratos é norma de caráter específico e, uma vez não estando no rol do art. 22, XXVII, da Constituição Federal, a matéria pode ser legislada por outros entes federativos. Em decorrência da decisão do Tribunal de Contas, diversos municípios e o próprio estado de Mato Grosso editaram leis atualizando monetariamente os valores das modalidades licitatórias, algumas das quais são objeto de ações diretas de inconstitucionalidade. Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso decidiu, por maioria, que as leis municipais em questão são constitucionais, em razão de o art. 120 da Lei nº 8.666/93, que estabelece a correção monetária dos valores da lei, ser norma específica, que pode ser legislada pelos municípios, estados e Distrito Federal. Outros Tribunais de Contas, a exemplo do Tribunal de Contas do Tocantins, negaram essa possibilidade jurídica aos municípios a eles jurisdicionados. Ocorre que essa possibilidade jurídica outorgada pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso e julgada constitucional pelo Tribunal de Justiça fez com que, dentro do

mesmo território federal, a Lei de Licitações e Contratos esteja sendo aplicada de forma distinta, ademais, dentro do próprio estado de Mato Grosso, em situação, por exemplo, na qual o gestor pode responder por crime se dispensar licitação acima do valor previsto na Lei nº 8.666/93 e em outro município, que atualizou os valores das modalidades licitatórias e consequentemente da dispensa de licitação, tal conduta não será considerada crime. Ainda, em flagrante ilegalidade, diversos municípios atualizaram somente os valores da dispensa de licitação ou apenas da modalidade convite, ou, ainda, atualizaram os valores sem qualquer padrão ou correlação. Assim, a possibilidade jurídica de outros entes, que não a União, atualizarem os valores das modalidades licitatórias provoca o abalo do pacto federativo e da segurança jurídica, restando evidenciar que é necessária a aplicabilidade da lei federativamente uniforme, a fim de vincular todos os entes federados e administrados.

**Palavras-chave:** Direito administrativo. Lei nº 8.666/93. Inconstitucionalidade das leis que atualizaram os valores das modalidades licitatórias. Resolução nº 17/2014 TCE/MT. Pacto federativo. Segurança jurídica.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GONÇALVES, Lys Marisa. A possibilidade jurídica de os entes federativos estabelecerem novos valores para definição das modalidades licitatórias: uma análise da atuação do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 391-392. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# MECANISMOS DE REGULAÇÃO E CONTROLE DO SERVIÇO PÚBLICO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR: ANÁLISE DOS PROCESSOS DE AVALIAÇÃO DA QUALIDADE DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

ALEXANDRE GODOY DOTTA

AMANDA DETZ

A pesquisa explora o processo de avaliação para a determinação do padrão de qualidade da educação jurídica no Brasil. Estuda o processo adotado pelo Poder Público por meio do Ministério da Educação – MEC no contexto da regulação para a expansão da educação superior promovido pelo Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – Sinaes (Lei nº 10.861/2004) e pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Aponta o crescimento do número de instituições autorizadas para a prestação de serviços de educação superior, assim como de cursos de graduação e de quantidade de estudantes. Compara os dados entre 1998 e 2015 a partir da análise dos censos da educação superior apresentados pelo Inep – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Anísio Teixeira. Relata os critérios de criação e o processo de unificação do exame da OAB e aborda o surgimento do Selo OAB Recomenda. Analisa o desempenho dos cursos jurídicos e das IES na política pública de avaliação da educação superior implantada a partir de 2004, notadamente o Enade – Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes. Pondera sobre os resultados das edições dos anos de 2006, 2009, 2012 e 2015 para os cursos de bacharelado em direito no Brasil. Apresenta resultados do desempenho dos cursos e das IES na avaliação proposta pela OAB e pelo Ministério da Educação. Analisa comparativamente o desempenho das instituições públicas e privadas do serviço público de

educação superior segundo a política pública de avaliação da educação superior promovida pelo Enade. Conclui demonstrando como as ideias de eficiência e de qualidade passaram a ser inseridas ao processo pedagógico de formação do bacharel em direito como forma de regulação e controle.

**Palavras-chave:** Políticas de avaliação da educação superior. Regulação e controle da educação. Serviço público de educação. Qualidade da educação jurídica. Ensino do direito.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DOTTA, Alexandre Godoy; DETZ, Amanda. Mecanismos de regulação e controle do serviço público de educação superior: análise dos processos de avaliação da qualidade do ensino jurídico no Brasil. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 393-394. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# O DIREITO SUBJETIVO À APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES FINAIS APÓS A EMISSÃO DO RELATÓRIO CONCLUSIVO DA COMISSÃO PROCESSANTE À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

RAFAELLA NÁTALY FÁCIO

O objetivo deste trabalho consiste em demonstrar que o direito subjetivo à apresentação de alegações finais após a emissão do relatório conclusivo da comissão processante é respaldado não apenas nas normas constitucionais, mas também no novo regramento previsto no Código de Processo Civil, utilizando o método dialético a partir da leitura de dispositivos legais e bibliografia especializada. A existência do referido direito é defensável apenas com fundamento nos direitos ao devido processo legal e contraditório e ampla defesa aos litigantes em processo administrativo, previsto de forma expressa e categórica no art. 5º, incs. LIV e LV da Constituição Federal de 1988. Isso porque o contraditório – alguns autores preferem ainda utilizar a expressão *contraditório substancial* – consiste não apenas na oportunidade de manifestação ao longo do processo, mas sim na oportunidade de poder influenciar o seu conteúdo. Inobstante essas considerações, é recorrente encontrar na jurisprudência e na doutrina o posicionamento de que quando não há previsão expressa na lei que rege o processo administrativo analisado, não existe direito subjetivo à apresentação de alegações finais logo após a emissão do relatório conclusivo da comissão processante – como é o caso da Lei nº 8.112/1990. Tal direito, conforme será demonstrado adiante, não depende de previsão específica para existir, pois já se encontra configurado no Novo Código de Processo Civil. O art. 15 do CPC prevê que suas disposições serão aplicadas aos processos administrativos de forma supletiva e subsidiária. Enquanto a aplicação supletiva supõe ausência de norma, a aplicação subsidiária representa a possibilidade

de enriquecimento da legislação analisada no caso, principalmente através da aplicação de princípios e normas gerais – tais como as chamadas normas fundamentais do processo civil, previstas nos arts. 1º ao 12 da Lei nº 13.105/2015. É dessas normas fundamentais do processo civil, mais precisamente do art. 10, que se extrai a regra da vedação de decisão-surpresa, ou seja, uma decisão não pode ser prolatada sem que as partes tenham se manifestado sobre os seus fundamentos. Segundo o regramento da Lei nº 8.112/1990, após a fase de instrução, a comissão processante emite um relatório final, que conterà de forma amplamente fundamentada (art. 165 da Lei nº 8.112/90) todos os fundamentos da conclusão da comissão e que contém alto nível de vinculação à decisão final do órgão julgador, que só pode se afastar de seu conteúdo caso haja prova nos autos em sentido contrário (art. 168 da Lei nº 8.112/90). Trata-se de clara hipótese em que é devida a oportunidade da parte envolvida se manifestar, pois ali estão todos os fundamentos que servirão de base para a sua condenação (ou absolvição). No entanto, a legislação federal referenciada prevê apenas a oportunidade de defesa após o pronunciamento final – que é feito com base apenas nos fundamentos da comissão processante. Assim, diante do regramento trazido pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente do seu art. 10, deve ser reconhecido o direito subjetivo à apresentação de alegações finais após a emissão do relatório conclusivo da comissão processante, mesmo nos casos em que ele não esteja previsto na legislação específica.

**Palavras-chave:** Processo administrativo. Devido processo legal. Devido processo legal substancial. Alegações finais. Novo Código de Processo Civil.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FÁCIO, Rafaella Nátaly. O direito subjetivo à apresentação de alegações finais após a emissão do relatório conclusivo da comissão processante à luz do Novo Código de Processo Civil. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 395-396. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# UMA ANÁLISE EM SEDE DO EMPREGO DAS CONCESSÕES NO ÂMBITO DA AVIAÇÃO CIVIL ENTRE 2011 E 2016

FELIPE EDUARDO DE OLIVEIRA SILVA

ALEXANDRE BORGES WALMOTT

A Lei nº 8.987 (1995) atravessa o limiar da concessão e permissão da prestação de serviços públicos que está repousado na matriz constitucional insculpida no art. 175 da Constituição da República Federativa do Brasil. Em sua amplitude fundante, o referido o diploma legal preceitua o instrumento da concessão de serviço público como um ato delegatório investido pelo poder concedente, com fulcro no processo licitatório, com vértice na modalidade de concorrência, onde a pessoa jurídica ou consórcio de empresas apregoem efetiva capacidade de realização, com responsabilidade plena atrelada aos riscos de seu exercício. É observável nesta etapa conceitual primária que o investimento da concessionária deve ser consubstanciado mediante a atividade extrativa orientada no ato delegatório rogado por prazo determinado. No ano de 2011, o governo estruturou a concessão de aeroportos, como: Cumbica (Guarulhos/SP), Viracopos (Campinas/SP) e Brasília (DF) com o intuito de estabelecer uma participação minoritária da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), para que houvesse um aumento significativo de mercado durante o processo de abertura de capital. A Infraero neste modelo estaria limitada ao teto acionário de 49% do capital operante. O planejamento estratégico dessas concessões buscava o alargamento da carteira de investimentos privados de origem nacional e internacional bem como vislumbrava em caráter primevo a vinda de organizações aeroportuárias de quilate internacional. Diante desse contexto, infere-se a análise do emprego das concessões no âmbito da aviação civil entre 2011 e 2016 na seara jurídica sobretudo do direito administrativo como aspecto matricial analítico da problemática versada no presente

estudo como objetivo geral. Em sentido específico, o estudo apresenta: (1) contextualização do termo *concessão* na literatura; (2) estabelecimento de um panorama sobre o quadro de concessões de aeroportos no marco temporal orientado pela pesquisa; (3) realização de uma digressão jurídica tendo como base hipotética a instrumentalidade da segurança jurídica neste modelo concessivo. A abordagem é qualitativa, buscando uma conexão entre o mundo realístico e o sujeito pesquisado em tom dinâmico. No escopo bibliográfico, a pesquisa é pautada pela análise de estudos já constituídos, tendo como base principal artigos científicos e livros (cf. Gil, 2008). Dessa forma a presente pesquisa apresenta uma vertente procedimental-metodológica bibliográfica e documental para apurar o panorama do sistema de concessão adotado no lapso temporal estabelecido em pesquisa. No tocante aos resultados esperados, o regime de concessão em conotação política pode estar desvinculado da segurança jurídica podendo ocasionar um dano de substância gravosa ao interesse público, tentáculo finalístico do direito público.

**Palavras-chave:** Concessões. Aviação. Aeroportuária. Direito. Administrativo.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SILVA, Felipe Eduardo de Oliveira; WALMOTT, Alexandre Borges. Uma análise em sede do emprego das concessões no âmbito da aviação civil entre 2011 e 2016. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 397-398. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---



# A INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 13.019/2014 AO REPASSE DAS VERBAS PROVENIENTES DAS “DOAÇÕES CASADAS” AOS FUNDOS DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

CAROLINA MERIDA

ARÍCIO VIEIRA DA SILVA

O presente estudo tem por escopo discutir a aplicabilidade das disposições da Lei nº 13.019/2014 ao repasse das verbas provenientes das denominadas “doações casadas” aos fundos de direitos da criança e do adolescente, ou seja, das doações efetuadas por particulares, no ato da declaração de ajuste anual do imposto de renda, a entidades da sociedade civil previamente cadastradas nos respectivos fundos, com amparo no art. 260 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Mencionada discussão mostra-se fundamental na medida em que, com a entrada em vigor da Lei Federal nº 13.019/2014 (que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco), a seleção das entidades para celebração de parcerias com os fundos municipais e conselhos responsáveis por políticas setoriais, além da observância da legislação específica de regência, deverá submeter-se também às exigências da Lei das Parceiras Voluntárias. Desse modo, a regra para seleção de projetos a serem custeados pelos fundos municipais de direitos da criança e do adolescente passa a ser a realização de chamamento público e a posterior celebração de termo de colaboração ou de fomento, conforme estatui o art. 3º da Lei nº 13.019/2014, combinado com o art. 8º, §2º, do Decreto Federal nº 8.726/2016, que regulamentou a citada lei em âmbito federal. Por meio da análise do disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição Federal de 1988, constata-se que o mecanismo de “doação casada” aos fundos de direitos da criança e do adolescente atende,

entre outros, aos princípios constitucionais da democracia participativa, da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da solidariedade, os quais respaldam a legalidade e também a constitucionalidade da participação do doador na escolha da entidade e do projeto que serão fomentados com os recursos por ele doados aos fundos de direitos da criança e do adolescente. Ao longo da pesquisa, que utilizou-se de uma abordagem qualitativa, de caráter exploratório, valendo-se de levantamento bibliográfico e documental, concluiu-se que as “doações casadas” efetuadas voluntariamente pelos contribuintes com arrimo no art. 260 do Estatuto da Criança e do Adolescente, dedutíveis do imposto de renda a pagar, se processam com encargo aos fundos de direitos da criança e do adolescente, consistente no repasse do dinheiro doado, verba de natureza privada, às entidades e projetos escolhidos pelos respectivos doadores, sendo regidas pelo Código Civil, e não pelas leis nºs 8.666/1993 e 13.019/2014, as quais disciplinam o desembolso e a aplicação de recursos públicos. Ressalta-se, contudo, que os recursos provenientes das doações privadas objeto do estudo, muito embora não se submetam à prévia realização de chamamento público, somente poderão ser aplicados pela entidade escolhida pelo doador em conformidade com os planos de trabalho devidamente aprovados pelos conselhos gestores dos fundos municipais dos direitos da criança e do adolescente.

**Palavras-chave:** Democracia participativa. Doação privada. Fundos de direitos da criança e do adolescente. Parcerias voluntárias. Repasse.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MERIDA, Carolina; SILVA, Arício Vieira da. A inaplicabilidade da Lei nº 13.019/2014 ao repasse das verbas provenientes das “doações casadas” aos fundos de direitos da criança e do adolescente. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 399-400. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# A GRATUIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE NO BRASIL: REPENSANDO A UNIVERSALIDADE DO ACESSO À LUZ DA IGUALDADE MATERIAL

**BÁRBARA MARIANNA DE MENDONÇA ARAÚJO BERTOTTI**

A Constituição Federal de 1988 optou por um modelo de Estado Social e Democrático de Direito, com um perfil preponderantemente de bem-estar, visto que nela estão insculpidos fundamentos, princípios e objetivos voltados à dignidade da pessoa humana. Essa opção de modelo de Estado clama por uma concepção material de igualdade, que não limite a incumbência do Poder Público a propiciar igualdade de condições no ponto partida, mas que também lhe outorgue o dever de agir em prol da redução das desigualdades sociais. O serviço público, como um dos principais instrumentos de concretização dos direitos fundamentais sociais, além de buscar a prestação de utilidades materiais para a população, deve buscar concretizar os valores consagrados na Lei Maior. Nessa senda, o princípio da universalidade de acesso apresenta-se como norteador dos serviços públicos, garantindo que a Administração Pública assegure que os bens econômicos por ela oferecidos sejam materialmente acessíveis a todos que deles carecerem. Contudo, questão que suscita debate é se tal princípio permite tratamento diferenciado pelo entre prestador, com base nas diferenças existentes entre os usuários do serviço público. Em suma: independentemente da situação fática dos cidadãos, eles devem ter igual acesso ao serviço público (igualdade formal)? Ou, a situação fática do cidadão deve ser considerada e devem ser admitidos critérios de acesso discriminatórios (igualdade material)? Diante disso, o objetivo do presente trabalho é propor uma releitura do princípio da universalidade, a partir da capacidade econômica do cidadão, no âmbito do serviço público de saúde no Brasil. Seria possível instituir cobrança daqueles que têm condições financeiras para utilizar os serviços do Sistema Único de Saúde (SUS)? A primeira questão a ser considerada é que

não há vedação jurídica para tanto, visto que nem a Constituição Federal nem legislação ordinária vedam a possibilidade de cobrança, direta ou indireta, pelo fornecimento das ações e serviços de saúde. De outro modo, a Constituição Federal, em seu art. 198, §1º, ao prever expressamente que o SUS poderá ser financiado por “outras fontes”, e no art. 195, ao prever que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, viabiliza que, por meio de lei, sejam estabelecidos mecanismos remuneratórios pela utilização das ações e serviços de saúde, seja pela contribuição social para a saúde, seja por meio de taxa. Conclui-se que a universalidade reconhecida pela ordem constitucional não tem correspondência automática com a gratuidade das atividades sanitárias e que a receita advinda da cobrança do serviço público de saúde é uma alternativa de investimento pelo governo, notadamente nos dias atuais, com discussões acerca da reforma tributária, austeridade fiscal e busca por fontes alternativas de receita para minimizar o déficit público. Ainda, defende-se que a cobrança seria relativa ao usuário (a depender de sua capacidade econômico-financeira), e não ao tipo de serviço prestado. A metodologia utilizada é a lógico-dedutiva, pois a partir de uma leitura principiológica da Constituição Federal voltada à dignidade humana é possível logicamente concluir que não há óbices à cobrança do serviço público de saúde no Brasil.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Gratuidade. Igualdade material. Sistema Único de Saúde (SUS). Universalidade.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BERTOTTI, Bárbara Marianna de Mendonça Araújo. A gratuidade no serviço público de saúde no Brasil: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 401-402. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# OS PAPÉIS PÚBLICO E PRIVADO NO CONTROLE E COMBATE DA CORRUPÇÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA PREVISTA NA LEI Nº 12.846/2013

VIVIANE DUARTE COUTO DE CRISTO

O controle da corrupção no país foi ampliado com a edição da Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção), uma vez que prevê severas sanções civis e administrativas às empresas que participam de atos ilícitos envolvendo recursos públicos. Entre as penalidades destacam-se a aplicação de elevadas multas, perdimento de bens, suspensão de atividades, proibição de receber incentivos e até a dissolução compulsória da pessoa jurídica. A lei também “incentiva” a empresa a reprimir, em seu âmbito, atos de corrupção envolvendo a Administração Pública, especialmente por prever nova modalidade de responsabilidade objetiva, e por mitigar penalidade às empresas que tenham implantado efetivo programa de integridade (*compliance*). Nesse sentido, o estudo se funda na imposição estatal através de lei, em que a responsabilização por ato de corrupção da empresa se dê independentemente da existência de dolo ou culpa. Muito embora a sanção administrativa tenha como uma de suas finalidades o desencorajamento de condutas, o que se coadunaria com o rigor da nova norma, há autores que consideram a imposição abusiva e uma verdadeira transferência de responsabilidade estatal diante de sua incapacidade para reprimir tais atos, sendo uma intervenção exagerada na atividade privada. Todavia, não se pode deixar de observar que se insere no rol de deveres da empresa, a partir do conceito da sua função social, firmado também no pacto social e nos fundamentos da República previstos na Constituição Federal, que sua atuação deve pautar-se na ética, vedando a participação como corruptora em contratos administrativos. O Estado como detentor do poder-dever

sancionador também pode fomentar a adoção de medidas pelo particular, através da Lei Anticorrupção, com vistas à formação de uma cultura de integridade empresarial. Mesmo em fase intermediária do estudo, que se desenvolve mediante método dedutivo-dialético, já é possível considerar que há justificção estatal para exigir, seja através comandos expressos e diretos ou por via do fomento e incentivo, que a empresa adote medidas de prevenção e combate à corrupção, evitando ou coibindo ações ilícitas nas suas relações com o Poder Público. Por outro lado, o Estado precisa ser mais eficiente nas suas ações de repressão interna, com mecanismos efetivos de desburocratização, realizando treinamento de pessoal, garantindo maior transparência de seus atos, incentivando a participação social e reforçando os canais de denúncia.

**Palavras-chave:** Lei Anticorrupção. Responsabilidade objetiva da empresa. Combate à corrupção. *Compliance*. Intervenção estatal no setor privado.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CRISTO, Viviane Duarte Couto de. Os papéis público e privado no controle e combate da corrupção: uma análise crítica da responsabilidade objetiva da empresa prevista na Lei nº 12.846/2013. In: MOTTA, Fabricio; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 403-404. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---

# O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: ASPECTOS DE CONTROLE NA ATIVIDADE CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

WASSILA CALEIRO ABBUD

O objetivo do presente trabalho é fazer uma investigação sobre o princípio constitucional da moralidade administrativa. O estudo traçou a linha evolutiva da noção, desde suas origens na doutrina francesa até a sua recepção pela ordem jurídica brasileira. A justificativa para a escolha do tema se dá pela constante observação da ocorrência da corrupção no país, sobretudo na atividade contratual do Estado, onde, por vezes, constata-se o seu exercício a favor de interesses particulares em detrimento do interesse público, confundindo-se a coisa pública como se privada fosse. Observa-se que houve significativo avanço no desenvolvimento das instituições brasileiras, sendo certo que hoje o Brasil está aparelhado por uma estrutura democrática e um arcabouço jurídico capazes de enfrentar o problema. À luz da Constituição Federal de 1988, partiu-se da premissa de que há separação entre ordem moral e jurídica, a fim de garantir a sujeição da atividade administrativa às normas jurídicas – compreendidas de regras e princípios jurídicos. Adotou-se a tese jurídica segundo a qual o princípio da moralidade administrativa não possui conteúdo autônomo, vinculando-se à moral jurídica. Diante disso, o trabalho buscou enfrentar a relação entre atividade contratual da Administração Pública e o controle sob a ótica do princípio da moralidade administrativa, levando-se em conta os graus de ofensividade ao direito: regras jurídicas, moralidade administrativa e probidade administrativa. Quanto ao aspecto metodológico, utilizou-se a pesquisa qualitativa, com base em documentos históricos, consultas a normas e análise de teóricos que tratam especificamente das questões ligadas à moralidade administrativa, mormente no que tange ao regime jurídico administrativo determinado pela Constituição. Ao final do presente estudo,

conclui-se que a moralidade administrativa, na acepção da tese adotada, é um princípio constitucional de grande relevância para o direito administrativo e que exerce importante papel no controle da atividade contratual da Administração Pública.

**Palavras-chave:** Moralidade administrativa. Controle da Administração Pública. Atividade contratual. Contratação pública. Contratos administrativos.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ABBUD, Wassila Caleiro. O princípio da moralidade administrativa: aspectos de controle na atividade contratual da Administração Pública. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo: XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 405-406. Resumo. ISBN 978-85-450-0552-0.

---

---



**COORDENAÇÃO DO XXXI CONGRESSO  
BRASILEIRO DE  
DIREITO ADMINISTRATIVO**

**Presidência do Congresso:**

**Fabício Motta (GO)**

**Coordenação:**

**Alisson Carvalho de Alencar (MT)**

**Cristiana Fortini (MG)**

**Emerson Gabardo (PR)**

**Maurício Zockun (SP)**

**Rodrigo Valgas dos Santos (SC)**

**COMISSÃO DO CONCURSO DE ARTIGOS JURÍDICOS  
PRÊMIO “SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA”**

**Presidente: Vivian Lima López Valle (PR)**

**Membros:**

**Bruno Belém (GO)**

**Christianne de Carvalho Stroppa (SP)**

**Júlio Cesar dos Santos Esteves (MG)**

**Luiz Henrique Lima (MT)**

**COMISSÃO DA SESSÃO DE APRESENTAÇÃO DE  
EXPERIÊNCIAS INOVADORAS EM GESTÃO PÚBLICA**

**Presidente: Francisco Taveira Neto (GO)**

**Membros:**

**Fernando Borges Mânica (PR)**

**Moisés Maciel (MT)**

**Vladimir da Rocha França (RN)**

**COMISSÃO DA SESSÃO DE TESES E COMUNICADOS  
CIENTÍFICOS – Sala 1****Presidente: Luísa Cristina Pinto e Netto (MG)****Membros:****Ana Cláudia Finger (PR)****Ademar Silva (MT)****Rafael Wallbach Schwind (PR)****COMISSÃO DA SESSÃO DE TESES E COMUNICADOS  
CIENTÍFICOS – Sala 2****Presidente: Dinorá Adelaide Mussetti Grotti (SP)****Membros:****Yara de Carvalho Stroppa (SP)****Rafael Arruda (GO)****COMISSÃO CIENTÍFICA – “CARTA DE CUIABÁ”****Coordenador: Jader Ferreira Guimarães (ES)****Membros:****José Anacleto Abduch Santos (PR)****Luciano Bernart (MT)**

# PROGRAMA DO XXXI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Quarta-Feira – 25/10

**8h – Credenciamento**

**9h – Abertura oficial**

**Fabício Motta (GO)**

Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA

**Pedro Taques (MT)**

Governador do Estado de Mato Grosso

*Homenagem a Sérgio de Andréa Ferreira (RJ)*

**Pelo Ex-Presidente do IBDA, Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra (MG)**

*Entrega da Comenda IBDA aos Ex-Presidentes:*

**Adilson Abreu Dallari**

**Clóvis Beznos, Juarez Freitas**

**Márcio Cammarosano**

**Pedro Paulo de Almeida Dutra**

**Valmir Pontes Filho**

**Celso Antônio Bandeira de Mello – Presidente de Honra do IBDA**

**9h30 – Mesa Especial de Abertura**

Presidência de Mesa: **Regina Ferrari (PR)**

**Palestrantes:**

Programas de integridade e prevenção à corrupção: ponto de chegada ou de partida?

**Cristiana Fortini (MG)**

Terceirização e administração pública: avanços ou retrocessos?

**Carolina Zockun (SP)**

O impacto da judicialização das políticas públicas na concretização dos direitos fundamentais

**Vanice Lírio do Valle (RJ)**

Contratos privados celebrados pela administração e as inovações legislativas

**Maria Sylvia Zanella Di Pietro (SP)**

**12h – Intervalo para o almoço**

**14h – 1º Painel: As reformas no regime de contratações públicas: perspectivas, avanços e retrocessos**

Mediador: **Raquel Dias da Silveira (PR)**

Debatedores:

**Joel de Menezes Niebuhr (SC)**

**Edgar Guimarães (PR)**

**Carlos Ari Sundfeld (SP)**

**15h30 – Intervalo para café e lançamento de livros**

**16h – 2º Painel – Regulação administrativa e resolução extrajudicial de conflitos**

Mediador: **Flávio Henrique Unes Pereira (DF)**

Debatedores:

**Clóvis Beznos (SP)**

**César Guimarães Pereira (PR)**

**Juarez Freitas (RS)**

**18h – Reunião dos Presidentes de Institutos Regionais**

Quinta-Feira – 26/10

**Salas Temáticas – Aprofundando a prática: 8h as 9h (atividades extras: confira os valores e faça sua inscrição)**

**Sala 1 – *Contratação direta sem licitação***

**Prof. Edgar Guimarães (PR)**

**Prof. José Anacleto Abduch Santos (PR)**

**Sala 2 – *Sistema de registro de preços – Presente e futuro***

**Profa. Maria Fernanda Pires (MG)**

**Profa. Cristiana Fortini (MG)**

**8h30 – 3º Painel: Reforma no regime de previdência do servidor público: estado do projeto, segurança jurídica, inconstitucionalidades e sustentabilidade atuarial**

**Mediador: Luciano Bernart (MT)**

**Debatedores:**

**Daniel Ferreira (PR)**

**Florivaldo Dutra de Araújo (MG)**

**Paulo Modesto (BA)**

**10h – 4º Painel: Direito público e o novo regime fiscal: o impacto da crise econômica na Administração Pública**

**Mediador: Lígia Melo de Casimiro (CE)**

**Debatedores:**

**Ministro Weder de Oliveira – Ministro Substituto do TCU**

**Luís Manuel Fonseca Pires (SP)**

**12h – Intervalo para almoço**

**Salas Temáticas – Aprofundando a prática: 14h as 15h30 (atividades extras: confira os valores e faça sua inscrição)**

**Sala 1 – *Nulidades na admissão de pessoal no serviço público***

**Profa. Raquel Dias da Silveira (PR)**

**Prof. Fabrício Motta (GO)**

**Sala 2 – Nulidades no processo administrativo disciplinar****Prof. Marcelo Harger (SC)****Prof. Bruno Belém (GO)****14h – 5º Painel: O novo regime jurídico das empresas estatais: a difícil harmonia entre interesse público e interesses privados**Mediador: **Irene Patrícia Nohara (SP)**

Debatedores:

**Adriana Ricardo da Costa Schier (PR)****Eurico Bitencourt Neto (MG)****Luciano de Araújo Ferraz (MG)****15h30 – Intervalo para café e lançamento de livros****16h – Painel Especial**Presidência de Mesa: **Marcelo Harger (SC)**

Crises, ser e dever ser no direito administrativo: uma teoria sobre a prática

**Marçal Justen Filho (DF)**

Ainda há sentido em se falar em regime jurídico administrativo?

**Márcio Cammarosano (SP)**

O Estado em juízo: reflexos da aplicação do Novo Código de Processo Civil

**José dos Santos Carvalho Filho (RJ)**

Planejamento estatal e eficiência das contratações públicas

**Adílson Abreu Dallari (SP)****17h45 – Entrega do Prêmio “Sérgio de Andréa Ferreira” do Concurso de Artigos Jurídicos****Apresentação do Vencedor do Fórum de Boas Práticas e de Inovação em Gestão Pública**

Sexta-Feira – 27/10

**Salas Temáticas – Aprofundando a prática: 8h as 9h30 (atividades extras: confira os valores e faça sua inscrição)**

**Sala 1 – *Pareceres jurídicos em licitação***

**Prof. Raquel Melo Urbano de Carvalho (MG)**

**Prof. Júlio Cesar dos Santos Esteves (MG)**

**Sala 2 – *A defesa na ação de improbidade***

**Prof. Rodrigo Valgas**

**Prof. Maurício Zockun (SP)**

**8h30 – 6º Painel: Concessões e parcerias em cenário de crise: desafios na conciliação de segurança jurídica e promoção do desenvolvimento**

Mediador: **Maurício Zockun (SP)**

Debatedores:

**André Luiz Freire (SP)**

**Maria Fernanda Pires (MG)**

**Paulo Motta (PR)**

**10h – 7º Painel: Terceiro setor: repensando as parcerias sociais, suas possibilidades e seu controle (Lei nº 13.019/14)**

Mediador: **Thiago Marrara (SP)**

Debatedores:

**Sílvio Luís Ferreira da Rocha (SP)**

**Marco Marrafon (MT)**

**Weida Zancaner (SP)**

**12h – Intervalo para almoço**

**14h – 8º Painel: Repartição de competências e crises institucionais: reformas legislativas e o que se espera dos órgãos de controle**

Mediador: **Alisson Carvalho de Alencar (MT)**

Debatedores:

**Rodrigo Pironti Aguirre de Castro (PR)**

**Raquel Melo Urbano de Carvalho (MG)**

**Rogério Gesta Leal (RS)**

**15h30 – Homenagem ao Reitor Luiz Carlos Cancellier (UFSC)  
Salomão Ribas Júnior – Presidente do IDASC**

**15h40 – Conferência de Encerramento**

Presidente: **Maria Cristina Cesar de Oliveira (PA)**

Conferencista: **Celso Antônio Bandeira de Mello (SP)**

**16h30 – Mesa de Encerramento e Leitura e Aprovação da “Carta de Cuiabá”**



## SOBRE OS AUTORES

---

### **Adriana da Costa Ricardo Schier**

Doutora pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR. Professora do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil.

### **Alexandre Benedito Pessatte Filho**

Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

### **Alexandre Godoy Dotta**

Doutor e Mestre em História e Políticas Educacionais pela PUCPR. Professor Pesquisador do Centro Universitário Autônomo do Brasil.

### **Alexandre Borges Walmott**

Professor Associado da Universidade Federal de Uberlândia. Professor Visitante da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela UFSC.

### **Alia Jenayah**

Doctor of Law – University Paris 1 Panthéon-Sorbonne and University of Tunis-El Manar.

### **Alice Padilha de Carvalho**

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

### **Allan Fuezi de Moura Barbosa**

Mestrando em Direito da Concorrência e da Regulação pela Universidade de Lisboa. Pós-Graduado em Direito Europeu em Acção pelo Instituto de Direito Europeu – Universidade de Lisboa.

### **Amanda Detz**

Acadêmica do Curso de Direito da Unibrasil. Aluna Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direito e Políticas Públicas.

### **Ana Cristina Aguilar Viana**

Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Especialista em Sociologia Política pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora do Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR. Advogada.

**André Simionato Castro**

Mestrando pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

**Ângela Diniz Linhares Vieira**

Mestra em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso. Bolsista do Capes (2013 e 2014). Procuradora do Município de Barra do Garças (2015 e 2016). Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas do Araguaia (2014). Advogada.

**Arício Vieira da Silva**

Mestre em Direito das Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde.

**Bárbara Marianna de Mendonça Araújo Bertotti**

Mestranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bolsista Capes. Pesquisadora do Nuped – Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da PUCPR.

**Carla Daniele dos Santos Queiroz**

Assessora de Planejamento do Hospital de Doenças Tropicais da Universidade Federal do Tocantins. Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Tocantins.

**Carlos Ari Sunfeld**

Professor Titular da FGV Direito SP. Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da PUC-SP. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP.

**Carolina Merida**

Mestre em Direito das Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde.

**Carolina Salbego Lisowski**

Professora de Direito Público. Doutora em Estudos Linguísticos pela Faculdade de Direito de Santa Maria.

**Christianne de Carvalho Stroppa**

Mestre e Doutoranda pela PUC-SP. Professora de Direito Administrativo na PUC-SP. Assessora de Gabinete na Assessoria Jurídica de Controle Externo do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Advogada Especialista em Direito Público.

**Cláudia de Oliveira Cruz Carvalho**

Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Professora da Escola Nacional de Administração Pública – Enap. Professora da Escola de Administração Fazendária – Esaf. Servidora Pública Federal.

**Clayton Gomes de Medeiros**

Professor do Unibrasil e da Facear. Advogado da FIEPR. Assessor Legislativo da Câmara dos Vereadores de Quitandinha/PR. Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Unibrasil.

**Daniel Ferreira**

Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae*/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (IGC-FDUC). Professor Titular do Curso de Direito do Uninter. Coordenador do Programa de Mestrado em Direito do Uninter.

**Diego Prandino Alves**

Consultor Legislativo do Senado Federal. Advogado. Especialista em Finanças Públicas e Bacharel em Direito pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – Escola de Direito de Brasília

**Dinorá A. M. Grotti**

Doutora e Mestre pela PUC-SP. Professora de Direito Administrativo da PUC-SP. Ex-Procuradora do Município de São Paulo.

**Eurico Soares Montenegro Neto**

Mestrando em Direito Econômico na Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

**Fábio de Sousa Santos**

Mestrando em Direito Econômico na Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

**Felipe Eduardo de Oliveira Silva**

Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Pesquisador do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados – LAECC/PPGD- UFU.

**Fernando Hideki Ishida Oshima**

Analista de Políticas Públicas e Gestão Governamental da Prefeitura de São Paulo. Bacharel em Administração de Empresas pela FGV-SP. Mestrando no Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa.

**Flavine Meghy Metne Mendes**

Procuradora Geral da Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro. Doutoranda em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento pela UFRJ. Mestre em Direito Público pela Unesa. Especialista em Direito pelo Curso de Preparação à Carreira da Magistratura – TJ/RJ.

**Florivaldo Dutra de Araújo**

Mestre e Doutor em Direito pela UFMG. Professor de Direito Administrativo na UFMG. Procurador da Assembleia Legislativa de Minas Gerais.

**Francisco Elielson Sousa Oliveira**

Coordenador do Setor de Desenvolvimento de Pessoas – Sedep. Acadêmico de Direito no Instituto Evandro Chagas – IEC/SVS/MS.

**Gabriel Siggelkow Guimarães**

Advogado. Pós-Graduado em Direito e Processo Civil pela Universidade Estácio/RJ. Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal Fluminense.

**Georges Louis Hage Humbert**

Advogado. Professor Titular da Unijorge. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP.

**Guilherme Cortez dos Santos**

Servidor Público Municipal. Acadêmico do Curso de Direito na Faculdade de Direito de Santa Maria.

**Gustavo Gil Gasiola**

Assessor Técnico-Jurídico da Prefeitura de São Paulo. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP. Mestrando na Escola Politécnica da USP.

**Jesus Pacheco Simões**

Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

**Kennia dias Lino**

Advogada. Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás.

**Leonardo Oliveira da Silva**

Especialista em Regulação do Petróleo, Gás Natural e Derivados na ANP. Especialista em Direito Administrativo pela EMERJ. Mestrando em Direito do Estado pela USP.

**Luasses Gonçalves dos Santos**

Doutorando em Direito do Estado pela UFPR. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Advogado.

**Lucas Bossoni Saikali**

Mestrando em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do Nuped – Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano.

**Luciana Gaspar Melquíades Duarte**

Doutora e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professora Adjunta da Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF.

**Lys Marisa Gonçalves**

Graduada em Direito e Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Mato Grosso. Pós-Graduada em Direito Administrativo e Administração Pública na Universidade Federal de Mato Grosso.

**Márcio Cammarosano**

Professor de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado.

**Marcio Roberto Chaves**

Especialista em Direito Administrativo e Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Assistente na Assessoria Técnica do Gabinete do Procurador-Geral do Estado do Paraná.

**Maria Sylvia Zanella Di Pietro**

Professora Titular aposentada da Faculdade de Direito da USP.

**Matheus Correia Pontes**

Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas do Araguaia – Facisa. Bolsista Prouni.

**Napoleão Lopes Junior**

Advogado. Bolsista Fiotec do Departamento do Complexo Industrial e Inovação em Saúde da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Inovação do Ministério da Saúde.

**Nicholas Arena Paliologo**

Mestrando em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

**Paulo Modesto**

Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Público. Presidente do Instituto de Direito Administrativo da Bahia. Membro do Ministério Público da Bahia. Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Editor do *site* <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>.

**Pedro Henrique Brunken Flores**

Mestrando do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil. Integrante do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional – Nupeconst. Integrante do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional e Administração Pública – UnC/Mafra. Bolsista Capes.

**Rafaella Nátaly Fácio**

Graduanda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná.

**Rayanne Oliveira Santos**

Acadêmica do quarto semestre do período matutino do Curso de Direito da Faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais Aplicadas do Araguaia – Facisa.

**Rogério Gesta Leal**

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul e da FMP.

**Rosana Laura de Castro Farias Ramires**

Mestre e Doutoranda em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade de São Paulo – PUC-SP.

**Solange Cordeiro Faria**

Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

**Vinicius Augusto Moura Ribeiro da Silva**

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Coordenador de Assuntos Regulatórios do Departamento do Complexo Industrial e Inovação em Saúde da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Inovação do Ministério da Saúde.

**Viviane Duarte Couto de Cristo**

Advogada. Mestranda do Programa de Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário de Curitiba – Unicuritiba. Especialista em Administração Pública pela Unibrasil.

**Vladimir da Rocha França**

Advogado. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Associado do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

**Viviane Duarte Couto de Cristo**

Advogada. Mestranda do Programa de Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário de Curitiba – Unicuritiba. Especialista em Administração Pública pela Unibrasil.

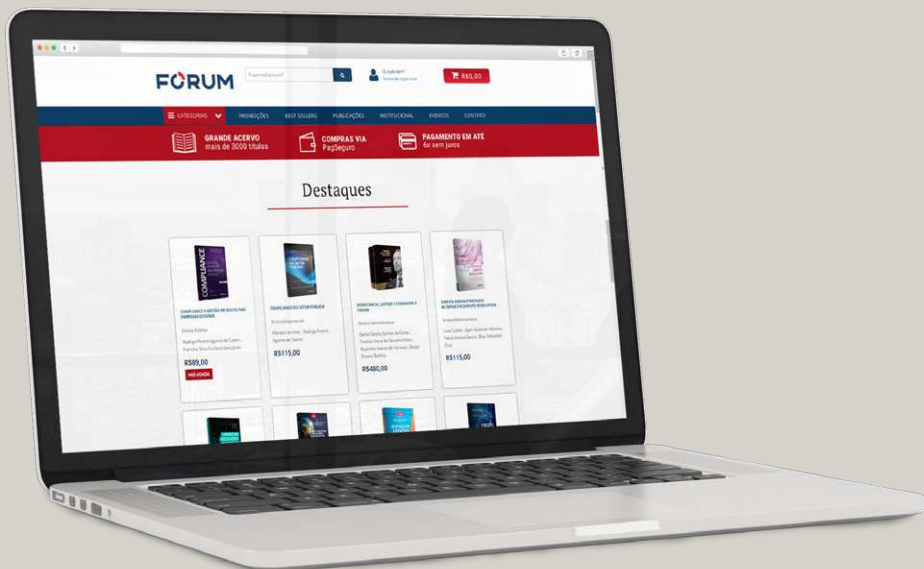


Esta obra foi composta em fonte Palatino Linotype, corpo 10  
e impressa em papel Offset 75g (miolo) e Supremo 250g (capa)  
pela Gráfica Laser Plus.



**FÓRUM**  
CONHECIMENTO JURÍDICO

CONFIRA  
NOVOS TÍTULOS  
EM NOSSA  
**LOJA VIRTUAL**



IR PARA A LOJA

[loja.editoraforum.com.br](http://loja.editoraforum.com.br)

0800 704 37 37

