

# Limites do controle da administração pública no **Estado de Direito**

**FABRÍCIO MOTTA | EMERSON GABARDO**  
(Coords.)



EDITORA ÍTHALA



**ibda**

INSTITUTO BRASILEIRO DE  
DIREITO ADMINISTRATIVO

## CONSELHO EDITORIAL

**Ana Claudia Santano** – Professora do programa de mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil. Pós-doutora em Direito Público Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca, Espanha.

**Daniel Wunder Hachem** – Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Coordenador Executivo da Rede Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

**Emerson Gabardo** – Professor Titular de Direito Administrativo da PUCPR. Professor de Direito Administrativo da UFPR. Pós-doutorado pela Fordham University School of Law - EUA. Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

**Fernando Gama de Miranda Netto** – Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro. Professor Adjunto de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense e membro do corpo permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Sociologia e Direito da mesma universidade.

**Ligia Maria Silva Melo de Casimiro** – Doutora em Direito Econômico e Social pela PUC/PR; Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP; Especialista em Direito

Constitucional pela UNIFOR-CE; Consultora Jurídica na área de Direito Urbanístico. É professora do Centro Universitário Christus, em Fortaleza, nas disciplinas de Direito Administrativo II, Coordenadora de Pesquisa da mesma Faculdade e professora associada do Escritório de Direitos Humanos vinculado ao Curso de Direito. É professora licenciada da Faculdade Paraíso - FAP, em Juazeiro do Norte-CE, de graduação e pós graduação. Presidente do Instituto Cearense de Direito Administrativo - ICDA desde 2014; Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico desde 2013; É professora de Pós Graduação da Universidade Regional do Cariri - URCA; Professora colaboradora do Instituto Romeu Felipe Baccellar desde 2006, em Curitiba/PR.

**Luiz Fernando Casagrande Pereira** – Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador da pós-graduação em Direito Eleitoral da Universidade Positivo. Autor de livros e artigos de processo civil e direito eleitoral.

**Rafael Santos de Oliveira** – Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre e Graduação em Direito pela UFSM. Professor na graduação e na pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Coordenador do Curso de Direito e editor da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global e da Revista Eletrônica do Curso de Direito da mesma universidade.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

---

L734 Limites do controle da administração pública no  
Estado de direito / coordenação de Fabrício Motta, Emerson Gabardo –  
Curitiba: Íthala, 2019.  
543p.: il.; 22,5cm  
Vários colaboradores  
ISBN: 978.85.5544.174.5

1. Administração pública. 2. Estado de direito. 3. Direitos fundamentais.  
I. Motta, Fabrício (coord.). II. Gabardo, Emerson (coord.).

CDD 340.1 (22.ed)

CDU 340

---

Editora Íthala Ltda.  
Rua Pedro Nolasco Pizzatto, 70  
Bairro Mercês  
80.710-130 – Curitiba – PR  
Fone: +55 (41) 3093-5252  
Fax: +55 (41) 3093-5257  
<http://www.ithala.com.br>  
E-mail: [editora@ithala.com.br](mailto:editora@ithala.com.br)

Capa: Raro de Oliveira  
Revisão: Karla Leite

  
Respeite o direito autoral

Informamos que é de inteira responsabilidade dos autores a emissão de conceitos publicados na obra. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Íthala. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

FABRÍCIO MOTTA  
EMERSON GABARDO  
(COORDS.)

**Limites**  
do controle da  
administração  
pública  
no **Estado**  
**de Direito**



EDITORA ÍTHALA  
CURITIBA – 2019





# Sumário

Apresentação.....	15
<i>Fabrizio Motta</i>	
Carta de Florianópolis .....	17

## PARTE I

### TEXTOS DOS PROFESSORES PARTICIPANTES

O Plano Nacional de Educação e a atuação judicial na efetivação do direito fundamental à educação básica de qualidade .....	21
<i>Alexandre Godoy Dotta   Meire Cristina Teixeira Koglin</i>	
Estado, desenvolvimento e riscos tecnológicos: reflexões sobre as hipóteses da responsabilidade civil pública por danos causados por riscos de civilização e inovações disruptivas.....	39
<i>Carla Amado Gomes</i>	
Uma autoridade normativa, técnica e nacional para a gestão pública.....	53
<i>Carlos Ari Sunfeld</i>	
Considerações a respeito do controle dos Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) pelos Tribunais de Contas.....	65
<i>Christianne de Carvalho Stroppa   Newton Antônio Pinto Bordin</i>	
A LINDB – alterações .....	79
<i>Clovis Beznos</i>	
Direitos e deveres dos usuários de serviços públicos à luz da Lei n. 13.460/2017 .....	91
<i>Dinorá Adelaide Musetti Grotti</i>	
O controle da administração pública pelo Judiciário em tempos de neoconstitucionalismo: os limites do ativismo judicial na concretização dos direitos fundamentais em proteção ao mérito administrativo.....	103
<i>Emerson Affonso da Costa Moura</i>	
Tratados de direitos humanos e direito administrativo: impactos da convencionalidade.....	117
<i>Felipe Klein Gussoli</i>	
Parcerias público-privadas como instrumento de desenvolvimento da infraestrutura educacional no Brasil .....	131
<i>Fernando Borges Mânica   William Geraldo Azevedo</i>	
O controle judicial do processo administrativo disciplinar.....	149
<i>Floralvaldo Dutra de Araújo</i>	
O ressarcimento na improbidade prescrita: a questão do dolo “generalizante” sem enriquecimento ou desvios intencionais .....	165
<i>Georghio Alessandro Tomelin</i>	
Novo regime de direito público: relevância da aplicabilidade.....	173
<i>José dos Santos Carvalho Filho</i>	

Política pública como estratégia de controle socioambiental no Estado Democrático de Direito .....	181
<i>José Osório do Nascimento Neto</i>	
O Estado Democrático de Direito como princípio estruturante do regime jurídico-administrativo .....	193
<i>José Sérgio da Silva Cristóvam</i>	
Abuso de poder e abuso de autoridade: novas categorias, velhos problemas .....	209
<i>Ricardo Marcondes Martins</i>	
A exigência de programas de compliance nas relações contratuais com a administração pública: uma análise de constitucionalidade.....	225
<i>Rodrigo Pironti Aguirre de Castro   Mirela Miró Ziliotto</i>	
Sociedade de riscos e controle da administração pública.....	237
<i>Rogério Gesta Leal</i>	
Controle interno da administração pública: suas facetas e seus inimigos .....	251
<i>Thiago Marrara</i>	
A possibilidade de cobrança pela prestação de serviços públicos de saúde e de ensino na Constituição Federal .....	267
<i>Vladimir da Rocha França</i>	

## PARTE II

### TEXTOS VENCEDORES DO CONCURSO DE ARTIGOS JURÍDICOS

#### PRIMEIRO LUGAR

O regime jurídico-administrativo como um escudo contra o arbítrio: uma análise do processo histórico de democratização da administração pública.....	279
<i>Luzardo Faria</i>	

#### SEGUNDO LUGAR

Administração pública na aldeia global: enfrentando o “admirável mundo novo” das tecnologias disruptivas .....	295
<i>Ana Cristina Aguilar Viana   Leticia Regina Camargo Kreuz</i>	

#### TERCEIRO LUGAR

A atuação de estrangeiros nos setores de infraestrutura no Brasil: reflexões a respeito do regime jurídico das licitações nacionais e internacionais .....	309
<i>Thiago Priess Valiati</i>	

#### TERCEIRO LUGAR

A necessidade de uma lei de responsabilidade civil do Estado no Brasil .....	329
<i>Rafael Henrique Castilho Zaitter</i>	

## PARTE III

### TEXTOS REPRESENTATIVOS DOS COMUNICADOS CIENTÍFICOS

Diálogo competitivo: um natimorto no direito brasileiro.....	349
<i>Celso de Almeida Afonso Neto</i>	
O debate jurídico acerca da reversibilidade de bens em telecomunicações .....	367
<i>Cibelle Mortari Kilmar</i>	

**PARTE IV****RESUMOS DE EXPERIÊNCIAS INOVADORAS EM GESTÃO PÚBLICA**

Programa Compra Mais 2: programa de compras governamentais para micro e pequenas empresas no estado do Rio de Janeiro .....	381
<i>Ana Paula da Silva Lima Ferreira   Mario Tinoco da Silva Filho</i>	
O Projeto Corujinha como política pública: creche doze meses no município de Ponta Grossa/Paraná .....	383
<i>Vanessa Cavalari Calixto</i>	
Proposta de método para a conformidade ambiental de um posto de abastecimento de combustível militar em consequência da Lei Complementar n. 140/2011 .....	384
<i>Breno S. Ramalho   André Nagalli</i>	
Projeto interinstitucional de fortalecimento do controle interno do poder executivo do município de Serra .....	386
<i>Magaly Nunes do Nascimento   Patricia Siqueira Nunes</i>	
Controle social na defesa dos direitos humanos: a experiência da Ouvidoria Estadual de Direitos Humanos do Ceará .....	388
<i>Francisco Cláudio O. Silva Filho   Maria Isabel R. B. Sousa Ripardo</i>	
Almoxarifado central – eficiência na gestão de estoques da administração municipal .....	390
<i>José Roberto Tiossi Junior</i>	
Auditorias integradas na Justiça Eleitoral: a busca pela eficiência e pelo aprimoramento dos seus processos de trabalho relevantes e críticos – a experiência do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina .....	392
<i>Karine Borges de Liz</i>	
Equipe de trabalho remoto em ações de improbidade administrativa da PGF/AGU .....	394
<i>Bruno Félix de Almeida</i>	
Regime jurídico do teletrabalho na administração pública.....	396
<i>Horácio Augusto Mendes de Sousa</i>	
Projeto 100-150-200: eficiência e celeridade na prestação do serviço público judiciário.....	398
<i>Diana Brandão Maia Mendes de Sousa</i>	
Ações de compliance e integridade .....	400
<i>Weber Dias Oliveira   Nicolle Ferreira Bleme</i>	

**PARTE V****RESUMOS DE COMUNICADOS CIENTÍFICOS**

A atuação do Tribunal de Contas da União e a governança socioambiental: as decisões da corte de contas como instrumento de promoção do desenvolvimento sustentável .....	403
<i>Cláudia de Oliveira Cruz Carvalho</i>	
O medo e os martelos: uma análise consequencialista do ativismo judicial em matéria de improbidade a partir da análise econômica do Direito.....	404
<i>Pablo Ademir de Souza</i>	
Subcontratação de obras públicas: críticas acerca das regulações atuais.....	405
<i>Alexandre Cardoso Dal Ross</i>	

O uso de pneus de forma sustentável .....	406
<i>Adair Soares Ferreira   Lhayse Santos Soares</i>	
Desenvolvimento de modelo institucional de correição da Universidade Federal de Goiás (UFG) como política pública de transparência e eficiência funcional.....	407
<i>Tancredo Elvis Santos Silva   Robert Bonifácio</i>	
A garantia de direitos sociais e a judicialização da saúde: análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.....	408
<i>Sabrina Santos Lima   Carolina da Silva Ruppenthal Weyh</i>	
Aquisição de medicamentos na administração pública: metodologia para pesquisa de preços e formação de termo de referência.....	409
<i>Orlando Monteiro da Silva Neto   Giulio Henrique Furlan de Campos</i>	
O regime jurídico-administrativo como um escudo contra o arbítrio: uma análise do processo histórico de democratização da administração pública.....	410
<i>Luzardo Faria</i>	
O direito fundamental à moradia digna e a função socioambiental da regularização fundiária urbana: uma análise da implementação da Lei 13.465/2017.....	412
<i>Michele Dixon Moreira Alves   Luiz Carlos Figueira de Melo</i>	
Obrigatoriedade de processo administrativo na requisição administrativa .....	413
<i>Luiz Carlos Figueira de Melo   Beatriz Dixon Moreira Alves</i>	
A responsabilidade civil do Estado x a teoria da irresponsabilidade frente aos erros judiciários .....	414
<i>Larissa Alves Canedo</i>	
Controle externo de políticas públicas em educação: função do sistema de Tribunais de Contas .....	415
<i>Máisa de Castro Sousa</i>	
Controladorias municipais: comparativo jurídico dos modelos existentes nos dez maiores municípios paulistas .....	417
<i>Óthon Castreghini Piccini</i>	
Os direitos sociais e sua concretização através da tutela judicial: traços de um Estado pós-democrático? .....	418
<i>Fernanda Tavares Sonda   Laura Vaz Bitencourt</i>	
Consensualidade e administração pública no Estado Democrático de Direito: novas perspectivas para a política pública autocompositiva judicial.....	419
<i>Aline Vieira Tomás   Cleuler Barbosa das Neves</i>	
Reintegração judicial ao cargo público em decorrência de vacância do cargo por aposentadoria: um limite para as indenizações devidas pela Fazenda Pública.....	421
<i>João Felipe Lehmen   Roberta de Moura Ertel</i>	
Licitações e análise prévia de editais de contratação de obras públicas como política pública de prevenção à corrupção .....	422
<i>Fernanda de Moura Ribeiro Neves   Cleuler Barbosa das Neves</i>	
Decisões envolvendo merenda escolar na perspectiva do direito à educação: do direito à condenação dos gestores públicos.....	424
<i>Júlio Arthur Frantz   Mariane Alves Goulart</i>	



A contratação temporária de professores e os serviços públicos de educação: o que pensa o Tribunal de Justiça?.....	425
<i>Adriano Gonçalves Paulo   Arthur Feltrin Milani</i>	
A improbidade dos municípios em matéria de saúde pública segundo análise de julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul .....	427
<i>Ricardo Hermany   Betieli da Rosa Sauzem Machado</i>	
A política pública de consensualidade na administração pública implementada na Câmara da Advocacia-Geral da União .....	428
<i>Carolina Lemos de Faria   Silzia Alves Carvalho</i>	
Contratos administrativos e sustentabilidade econômico-financeira.....	429
<i>Antônio Flávio de Oliveira   Fabrício Macedo Motta</i>	
Serviço público de saúde em Portugal e no Brasil:um levantamento jurídico da estrutura administrativa e dos fenômenos organizatórios (Estado Saúde e Estado Doença).....	430
<i>Jucelito Darela Mendes</i>	
As licitações sustentáveis e o controle exercido pelo Tribunal de Contas .....	431
<i>Flávio de Azambuja Berti   Renata Brindaroli Zelinski</i>	
Administração pública na aldeia global: enfrentando o “admirável mundo novo” das tecnologias disruptivas .....	432
<i>Ana Cristina Aguilar Viana   Letícia Regina Camargo Kreuz</i>	
O planejamento urbano do município de Ibitinga/SP no contexto da pluralidade de competências administrativas nas áreas da Usina Hidrelétrica UHE/Ibitinga .....	433
<i>André Simionato Castro   Ricardo de Padua Salles</i>	
A atuação do Estado no ambiente societário e a Lei 13.303 de 2016 .....	434
<i>Samantha Alice de Oliveira Bauer</i>	
Impactos da reestruturação organizacional da EBC para o exercício eficiente da radiodifusão pública.....	435
<i>Alexandre Benedito Pessatte Filho</i>	
O mercado das águas e as premissas constitucionais de desenvolvimento sustentável.....	436
<i>Adriana Kempe   Crissie Alba Giese</i>	
O direito administrativo revisitado: uma análise da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sob a perspectiva filosófica de Jacques Derrida.....	438
<i>André Martins Tavares Scianni Morais</i>	
As licitações sustentáveis como instrumento de inclusão social .....	440
<i>Glauber de Brittes Pereira</i>	
Parecer de Schrödinger? A propósito do parecer jurídico exigido pelo artigo 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993 como instrumento de controle de legalidade.....	441
<i>Eduardo Cangussu Marrochio</i>	
Auxílio financeiro como política de desenvolvimento de pesquisa no Brasil no âmbito da pós-graduação <i>stricto sensu</i> : análise quantitativa da concessão de bolsas Capes no período de 1995 até 2016.....	442
<i>Alexandre Godoy Dotta</i>	

Participação popular e controle da política de uso do solo urbano – análise empírica do processo de revisão do plano diretor de Ribeirão Preto, estado de São Paulo.....	443
<i>Julia Navarro Periotto   Ricardo de Pádua Salles</i>	
O conteúdo jurídico da exclusividade e titularidade estatal dos serviços públicos no ordenamento jurídico brasileiro .....	445
<i>Rafaella Nátaly Fácio</i>	
O princípio da publicidade e a adequação da lei de acesso à informação no município de Ponta Grossa/Paraná.....	446
<i>Vanessa Cavalari Calixto   Rodrigo de Jesus Camargo</i>	
A tecnologia <i>blockchain</i> e os <i>smart contracts</i> como instrumentos de controle da administração pública.....	447
<i>Pedro Augusto Lisboa Heck</i>	
As possibilidades da denunciação da lide do agente público nas ações de responsabilidade civil do Estado.....	448
<i>Paulo Vinicius Liebl Fernandes</i>	
Diamante de sangue: ciberdemocracia e exclusão social .....	449
<i>Ana Cristina Aguilar Viana</i>	
O embate entre propriedade privada e o direito fundamental à moradia à luz do desenvolvimento sustentável .....	451
<i>Adriana Kempe</i>	
A intervenção do estado no domínio econômico por intermédio da atividade de fomento, para alcance do desenvolvimento nacional sustentável.....	453
<i>Maria Cristina Cruz Lima   Carla Regina Bortolaz de Figueiredo</i>	
O papel das agências reguladoras diante das novas tecnologias audiovisuais: o caso Spotify .....	455
<i>Lucas Bossoni Saikali</i>	
O Estado brasileiro, a racionalidade neoliberal e o direito administrativo .....	456
<i>Camila Sailer Rafanhim de Borba</i>	
Súmula vinculante n. 3: a flexibilização de contraditório e ampla defesa no controle de atos de pessoal .....	457
<i>Luiza Helena Schlichting Ribas</i>	
A parceria entre o TJ-PR e órgãos públicos paranaenses: a preocupação dos dados pessoais na era digital .....	458
<i>Tailaine Cristina Costa</i>	
As consequências jurídicas para a administração pública pelo descumprimento do dever de prestar a informação .....	459
<i>André Inacio Silva Lopes   Caroline Müller Bitencourt</i>	
Exigibilidade de lei para criação de empregos públicos nas empresas públicas de Minas Gerais – Análise ADI n. 4844.....	460
<i>Larissa Gonçalves da Matta</i>	
A transparência no serviço público de saúde nos municípios da Região Metropolitana de Curitiba.....	462
<i>André Felipe Pereira de Souza   Bruno Henrique Aibara</i>	

O modelo de democracia substancial como saída para as crises do Estado .....	463
<i>Lenon Oliveira Horbach   Andressa Berwanger de Carvalho</i>	
A reversão na atividade de fomento do Estado: o incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica .....	464
<i>Jesus Pacheco Simões</i>	
A falta de efetividade e a judicialização dos direitos sociais: o caso do saneamento básico .....	465
<i>Nicholas Arena Paliologo</i>	
A evolução do controle social nas contratações públicas .....	466
<i>Carolina Barbosa Rios</i>	
A transferência do direito de construir aplicada à proteção do patrimônio histórico-cultural .....	467
<i>Mariana Grilli Belinotte</i>	
Arbitragem portuária: o Decreto 8.465/2015 como modelo para as arbitragens envolvendo a administração pública .....	468
<i>Thomas Augusto Ferreira de Almeida</i>	
A função social dos cargos públicos .....	469
<i>João Gabriel Lemos Ferreira</i>	
Controle judicial da administração pública na Lei 13.655/18 .....	470
<i>Alan José de Oliveira Teixeira</i>	
A confiança legítima e a restituição de benefício previdenciário recebido por tutela de cognição sumária revogada .....	471
<i>Luisa Silva Schmidt   Matheus Mascarenhas Guzella</i>	
A improbidade administrativa por violação aos princípios da administração pública: abstração e generalidade .....	472
<i>Filipe Stechinsk</i>	
Contratações emergenciais fabricadas: uma análise do Tribunal de Contas do estado de Minas Gerais sobre o caso do Instituto Estadual de Florestas .....	474
<i>Edson Gonçalves Júnior</i>	
Contratação pública socialmente sustentável: mecanismos na legislação nacional brasileira .....	475
<i>Isabella Karollina da Silva</i>	
Quem vigia os vigilantes? Uma discussão acerca das possibilidades e limites das verbas indenizatórias e do teto remuneratório .....	476
<i>Roberta Nascentes Rodrigues Corrêa   Sâmela Cristina de Souza</i>	
A inexistência de direito adquirido a regime jurídico e o uso retórico do argumento como forma de esconder arbitrariedades administrativas e o papel do judiciário no controle: um estudo do caso das promoções retardadas dos PM'S do ES .....	478
<i>Michelly Martins Galdino Lorenzon   Sâmela Cristina de Souza</i>	
Avaliação de juridicidade de atos, pactos e processos editados no âmbito do Poder Executivo pelos Tribunais de Contas e pela Advocacia Pública .....	480
<i>Alzemerí Martins Ribeiro de Britto   Lázaro Alves Borges</i>	

Possibilidades de mensuração do princípio da eficiência na administração pública brasileira.....	482
<i>Paula Gonçalves do Carmo</i>	
A fundamentabilidade da informação e da transparência para controle social no Estado Democrático de Direito .....	484
<i>Vinicius Manfio   Caroline Muller Bitencourt</i>	
O limite do controle do Estado no setor portuário sob a perspectiva da autorização administrativa junto aos terminais portuários de uso privado .....	485
<i>Conrado Miranda Gama Monteiro</i>	
Estímulo à competitividade nas licitações: competência e cooperação instiucional a partir do CADE e do direito concorrencial .....	487
<i>Paulo Victor Barbosa Recchia</i>	
Reflexões acerca do controle dos benefícios fiscais no Brasil .....	489
<i>Manoel Cicero Squipati Serajini Gonzalez</i>	
Reflexões acerca de possibilidades de controle das participações societárias das empresas estatais.....	490
<i>Pedro Cavalcanti Bandeira</i>	
Serviços públicos e controle de adequação pelos Tribunais de Contas .....	491
<i>Thanderson Pereira de Sousa</i>	
A necessidade de uma lei de responsabilidade civil do Estado no Brasil .....	492
<i>Rafael Henrique Castilho Zaitter</i>	
Tutela antecipatória inibitória e a urgência na jurisdição administrativa especial no estado de Rondônia .....	493
<i>Adriana Vieira da Costa   Emanuel Neri Piedade</i>	
O direito fundamental à boa administração e a saúde pública no município de Uberlândia: os impactos da judicialização para fornecimento de medicamentos no ano de 2018 .....	494
<i>José Júnior Alves da Silveira</i>	
A tutela igualitária dos direitos da pessoa trans: análise da possibilidade de alteração de gênero no registro civil sem a realização de cirurgia de redesignação de sexo.....	495
<i>Camila de Azevedo Antunes</i>	
Controle judicial de políticas públicas e os limites da recepção da teoria dos direitos fundamentais de Alexy no Brasil.....	497
<i>Jackson Dnaja Nobre Figueiredo</i>	
Uma releitura do direito administrativo brasileiro frente ao “novo código” de defesa do usuário de serviços públicos (Lei n. 13.460/2017).....	498
<i>Eric Santos Andrade</i>	
Função social da propriedade pública urbana: uma perspectiva para efetivação de direitos sociais .....	499
<i>Yan Bogado Funck   Fabiana Cristina Severi</i>	
Processo administrativo eletrônico e governança digital: avanços e desafios.....	501
<i>Cristina Barbosa Rodrigues</i>	

A controladoria como instrumento democrático na administração pública municipal para o apoio ao cidadão no controle social .....	503
<i>Maurício Fernando Oliveira de Miranda</i>	
Governança pública e efetividade no serviço público: uma análise da evolução do modelo gerencial na governança pública da administração federal .....	504
<i>Leanne Araújo Holanda de Paula Pessoa</i>	
A formação do conceito de regime jurídico administrativo no Brasil: a teoria de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o “isolamento” científico do direito administrativo .....	506
<i>Luasses Gonçalves dos Santos</i>	
Diálogo competitivo: um natimorto no direito brasileiro .....	508
<i>Celso de Almeida Afonso Neto</i>	
Serviços públicos e violência armada urbana: acesso (in)seguro aos serviços públicos na periferia de Fortaleza .....	509
<i>Francisco Cláudio Oliveira Silva Filho   Cynara Monteiro Mariano</i>	
Transparência, participação popular e controle social: mecanismos de desempenho das políticas públicas .....	510
<i>Maira Luz Galdino</i>	
Precedentes vinculantes na administração pública .....	512
<i>Weber Luiz de Oliveira</i>	
A atuação de estrangeiros nos setores de infraestrutura no Brasil: reflexões a respeito do regime jurídico das licitações nacionais e internacionais .....	514
<i>Thiago Priess Valiati</i>	
Negociação coletiva no serviço público .....	516
<i>Thiago Pinheiro de Azevedo</i>	
Os direitos dos usuários de serviços públicos: uma análise da Lei n. 13.460/17 e de seus preceitos .....	518
<i>Adriana da Costa Ricardo Schier   Bárbara Mendonça Bertotti</i>	
A economia de compartilhamento no âmbito da mobilidade urbana: as inovações regulatórias trazidos pela Lei 13.640/2018 .....	520
<i>Maria Isabel Santana Pomaroli</i>	
As políticas públicas como concretização dos direitos sociais .....	521
<i>Oswaldo Ferreira de Carvalho</i>	
A propaganda é a alma do Estado? Controle de gastos e aprimoramento dos contratos de publicidade por meio da economia comportamental .....	522
<i>Ana Luíza Fernandes Calil</i>	
Formação da política pública de governança da administração federal direta, autárquica e fundacional .....	523
<i>Bruno Félix de Almeida</i>	
Limites da cooperação entre concorrentes: critérios de legalidade na análise concorrencial dos contratos de colaboração horizontal .....	524
<i>Ricardo Villela Mafra Alves da Silva</i>	

O papel da argumentação jurídica na motivação do ato discricionário da administração pública .....	526
<i>Jocleber Rocha Vasconcelos</i>	
A independência do Banco Central e a Constituição: o avanço do bloqueio à soberania no capitalismo periférico brasileiro .....	528
<i>Davi José Paz Catunda</i>	
A contribuição do planejamento estratégico para o desenvolvimento econômico e social: interrupções do passado e perspectivas de futuro .....	529
<i>Marcos Aurélio Silveira de Oliveira</i>	
Análise da prática da composição consensual de conflitos no âmbito dos contratos da UTFPR .....	531
<i>Michelle dos Santos Gonsales   Dario Eduardo Amaral Dergint</i>	
A Lei Estadual catarinense n. 17.493/2018: finalidade teórica, consequências práticas e potencial inutilizado .....	532
<i>Eduardo André Carvalho Schiefler</i>	
Comitê de integridade: velhos e novos desafios para aprimoramento constante da administração pública federal.....	533
<i>Débora Walter dos Reis   João Victor Oliveira Veloso Gonçalves</i>	
Coordenação do XXXIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo .....	535
Programa do XXXIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo.....	537



## Apresentação

Este livro é o ato final do XXXII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, um grande evento realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) em Florianópolis entre os dias 17 e 19 de setembro de 2018. Naqueles memoráveis dias, o IBDA promoveu o encontro de juristas renomados, profissionais de destaque e estudiosos em geral, tendo como cenário principal a discussão dos fundamentos, das mutações e dos rumos do Direito e da Administração Pública.

O tema central do evento e desta obra, “os limites do controle no Estado de Direito” implica lidar com negativa de liberdade, merecendo reflexões aprofundadas para que a liberdade humana, em seu sentido mais pleno, possa se realizar. A atividade jurídica de controle possui viés e finalidade próprias, sem qualquer supremacia com relação às demais. Ao contrário, o controle deve necessariamente dialogar com o gestor público e com o cidadão. O modelo constitucional de controle impõe o diálogo, a busca pela consensualidade, justamente por entender que uma série de atores interferem no processo. Mais do que isso, o modelo de controle exige deferência para com a escolha administrativa – não se trata de respeito como dever moral, mas sim dever jurídico.

É lamentável constatar a existência de busca incessante pela ocupação de espaços de controle, tornando desarmônico o sistema constitucional, em manifestação emotiva de certo ciúme institucional. A falta de credibilidade da Administração Pública, em sentido amplo, em razão de nossa crônica história de ineficiência e corrupção, acaba por estimular um controle autocentrado, pautado na defesa de relevantes fins por quaisquer meios. Há, ao contrário do que se prega, indiferença para com as legítimas atuações administrativas – alguns advogam que o ponto de vista do controle é – e será – sempre o correto, somente em razão de quem o manifesta. Entretanto, o cenário de degeneração institucionalizada não deve instigar 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.

O controle da Administração é atividade essencial para que as promessas trazidas pela Constituição sejam cobradas e cumpridas. Seria fácil – e leviano – entender que o controle da Administração é o grande culpado por nossa deficiente noção de interesse público, pela ineficiência irritante e corrupção endêmica. Não basta apontar o dedo para o controle. Nossa Administração Pública, de sua parte, continua patrimonialista. Existem privilégios para amigos e parentes, por intermédio de cargos, contratos e favores, como se não fôssemos uma República de iguais. Não temos tradição de cumprir o dever de planejamento de políticas públicas, examinando alternativas e consequências para ações, pensando nos reflexos orçamentários e financeiros, sem prejuízo da verificação de economicidade ao longo da execução dos programas. Tais condutas já são exigidas dos gestores públicos; cabe aos

órgãos de controle cobrar a plena obediência às normas constitucionais e legais que impõem deveres relativos às diversas dimensões do planejamento da gestão pública.

Ser contra a corrupção não implica ser favorável a abusos de autoridade. Criticar somente o controle da Administração, por cegueira ideológica, é manifestar compromisso somente com seus próprios desejos ou de seu grupo, não da sociedade. Tolerância e respeito, bases de qualquer sociedade realmente civilizada, não podem compactuar com radicalizações, extremismos em tonalidades variadas. Respeito e diálogos institucionais, nos limites das competências e dos fins constitucionais, são necessários para que possamos realmente promover o bem de todos.

A obra que tenho a satisfação de apresentar é fruto de um grande encontro aberto, pautado pela plena liberdade acadêmica, pluralidade ideológica e busca de soluções para os desafios que enfrentamos de forma igual, ainda que com propostas de soluções diferentes. Mais que uma coletânea, este livro é uma proposta de diálogo franco e comprometido entre juristas, profissionais, estudantes e pesquisadores, tendo o cidadão no centro das preocupações de todos.

### **Fabício Motta**

Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA)  
Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da UFG  
Conselheiro do Tribunal de Contas dos Municípios de Goiás (TCM/GO)



Com o Brasil imerso em crise política, social, administrativa, ética, econômica e institucional, em que a própria Democracia pode ser colocada sob risco, temos assistido a uma forte defesa da expansão do controle da atividade administrativa, em resposta ao volume de denúncias de corrupção que atingiram e continuam atingindo as várias esferas de poder.

O controle da atuação estatal passou a ocupar um lugar de destaque nos debates políticos, sociais e econômicos, ao lado de ações e posturas perpetradas por órgãos de controle, desconsiderando premissas fundamentais do Estado Democrático e Republicano de Direito, em um discurso inadmissível de que os fins justificam os meios.

Ainda que o horizonte próximo se apresente desalentador, o reforço aos debates sobre temas ético-jurídicos e a definição de parâmetros constitucionais para o controle da Administração Pública merece atenção e defesa.

O respeito à pessoa humana e às Instituições, o dever de transparência, probidade e eficiência são premissas fundamentais, defendidas firmemente pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo e todos os Institutos Estaduais parceiros.

E assim sendo, o XXXII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado na Cidade de Florianópolis nos dias 17, 18 e 19 de setembro de 2018 cumpriu o propósito de instigar significativos debates voltados aos limites do controle da Administração Pública.

Durante três dias, moralidade, probidade, direitos e garantias fundamentais, eficiência, dever de planejamento, dignidade da pessoa humana, economicidade, proporcionalidade, razoabilidade, isonomia e transparência foram os vetores jurídicos que nortearam debates aprofundados sobre diversos temas de interesse público.

As reflexões que constituíram o núcleo e a essência do XXXII 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. É necessário identificar e gerenciar as relações e tensões imanentes entre os diversos órgãos de controle. A atividade de controle da Administração não possui qualquer supremacia sobre as demais e deve ser exercida nos estritos quadros delineados pela Constituição, sem qualquer omissão ou abuso que possa comprometer os direitos fundamentais e mesmo a legitimidade das ações de controle;
2. Deve ser buscada a plena efetividade da defesa dos usuários dos serviços públicos para que o Estado cumpra o seu papel social determinado pela Constituição;


3. As instituições construídas sob a lógica do direito administrativo do século XIX devem se adaptar para darem respostas aos desafios postos ao Estado nos campos da tecnologia e das complexidades sociais do século XXI, privilegiando o planejamento público urbanístico e ambiental;
4. O controle deve necessariamente considerar – e dialogar com – as opiniões e interpretações do gestor público. O modelo constitucional de controle impõe o diálogo, a busca pela consensualidade, justamente por entender que uma série de atores interferem no processo;
5. As garantias conferidas às carreiras de Estado para o enfrentamento dos problemas em face das pressões econômicas, sociais e políticas devem ser interpretadas em sua devida natureza instrumental, para que não caracterizem meros privilégios;
6. O cenário de degeneração institucionalizada não deve instigar a 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;
7. Ainda, é merecedora de devida importância a tensão entre a força centrífuga da União na formação da federação e o equilíbrio federativo, especialmente no que se refere as capacidades dos entes municipais para evitar o extremo que se caracterizou a intervenção federal em andamento no país.

A stylized, vertical graphic of a fountain pen in shades of gray. The pen is oriented vertically, with the nib pointing downwards. It features a cap on the left side, a clip, and a decorative band near the top. The main body of the pen is a solid gray, and the nib is a darker gray with a white dot at its tip.

Textos dos  
**professores**  
participantes

PARTE I





# O Plano Nacional de Educação e a atuação judicial na efetivação do direito fundamental à educação básica de qualidade

**Alexandre Godoy Dotta<sup>1</sup>**  
**Meire Cristina Teixeira Koglin<sup>2</sup>**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 As Políticas Públicas Educacionais e o Plano Nacional de Educação; 3 A Atuação Judicial na Efetivação do Direito Fundamental à Educação; 4 Análise Jurisprudencial; 5 Considerações Finais; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O texto analisa o direito fundamental à educação básica, entende a educação tem um papel fundamental no desenvolvimento de todos os indivíduos e deve ser prestada com qualidade. Assim, trata da garantia de qualidade na educação básica, visto que não basta a universalização de seu acesso, mais sim que seja garantindo em conjunto com a qualidade, pois ambos os aspectos são de extrema relevância para a efetivação do direito à educação.

Entende que para que o direito fundamental à educação básica seja realizado com qualidade são necessárias políticas públicas educacionais que proporcionem os meios adequados para sua concretização, todavia, quando estas não são efetivas surge a possibilidade de se recorrer ao judiciário visando a proteção desse direito. Dessa forma, mostra-se relevante o estudo do direito fundamental à educação básica e a garantia de sua qualidade e as políticas públicas educacionais voltadas a efetivação desse direito. Assim sendo aborda as políticas públicas educacionais e a atuação judicial na efetivação do direito fundamental à educação.

Inicialmente trata das políticas públicas educacionais, o conceito de políticas públicas, o serviço público como instrumento de realização dos direitos fundamentais, qual a finalidade das políticas públicas educacionais, em especial o Plano Nacional de Educação 2014-2024 com ênfase no tratamento dado a qualidade da educação básica. Ressalta algumas das avaliações da qualidade realizadas no âmbito do ensino. Aponta como se orienta a atuação judicial para que o direito fundamental à educação seja concretizado. Identifica omissão por parte do poder público resultando em demandas judiciais para a área. Analisa o tratamento dado pelos tribunais sobre a questão da qualidade da educação básica mediante levantamento jurisprudencial.

---

<sup>1</sup> Doutor em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor pesquisador da Escola de Direito do Centro Universitário do Brasil – UniBrasil. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito e Políticas Públicas.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Brasil – UniBrasil. Pesquisadora do Grupo DED – Direito, Educação e Democracia.

## 2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS E O PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO

Considerando os preceitos constitucionais para a garantia do direito fundamental à educação, o Estado através de políticas públicas educacionais, tem como objetivo cumprir o que determina o texto constitucional, no sentido de que elabore, planeje e implemente atividades e programas voltados a concretização dos direitos fundamentais sociais. Não é possível encontrar somente uma definição do que seja política pública, podendo ser entendida como “tudo aquilo que um governo faz e deixa de fazer, com todos os impactos de suas ações e de suas omissões”, podendo “definir normas tanto para a ação como para a resolução dos eventuais conflitos entre os diversos indivíduos e agentes sociais”.<sup>3</sup>

As políticas públicas são “metas e instrumentos de ação que o Poder Público define para a consecução de interesses públicos que lhe incumbe proteger”.<sup>4</sup> Segundo a autora, é por meio das políticas públicas que o Estado estabelece quais as metas e direitos serão efetivados com prioridade, cabendo ao legislativo a forma como serão garantidas, como prevê o artigo 59 da CF/88 e ao executivo a incumbência de complementá-las e executá-las, não dispondo em nenhum momento o judiciário de tal competência. Ainda, Eduardo Fernando Appio, entende que as políticas públicas têm como finalidade a pretensão de um planejamento social, as conceitua como, “instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos”.<sup>5</sup> Para que as políticas públicas sejam implementadas pelo Estado, podendo assim ser concretizado o direito à educação, a realização dessas atividades ocorre por meio do serviço público. Neste sentido, importante a definição de Celso Antonio Bandeira de Mello para quem serviço público é:

toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto, consagrados de prerrogativas de supremacia e restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.<sup>6</sup>

O serviço público é um instrumento cuja existência visa a realização dos direitos fundamentais, trata-se do meio para que seja assegurado uma existência digna ao ser humano. “Há um vínculo de natureza direta e imediata entre o serviço público e a satisfação de direitos fundamentais. Se esse vínculo não existir, será impossível reconhecer a existência de um serviço público”.<sup>7</sup> Nessa perspectiva, “a constitucionalização dos direitos sociais, então, traz consigo o instituto do serviço público como objeto de intervenção estatal pelo qual será assegurada a efetividade desses direitos, diretamente ligados à concretização da

<sup>3</sup> AZEVEDO, Sergio de. *Políticas públicas: discutindo modelos e alguns problemas de implementação*. S.d. Disponível em: <https://profwalfredoferreira.files.wordpress.com/2014/02/azevedo-sergio-discutindo-modelos-e-alguns-problemas-de-implantac3a7c3a30.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018.

<sup>4</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 829.

<sup>5</sup> APPIO, Eduardo Fernando. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 136.

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 687.

<sup>7</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 733.

dignidade de todas as pessoas”. O serviço público como instrumento que concretiza direitos fundamentais, possibilita a redistribuição de riqueza, permitindo aos cidadãos o acesso aos bens que podem garantir uma existência digna, como é o caso da educação.<sup>8</sup>

Assim, entende-se que as políticas públicas têm como finalidade a efetivação dos direitos fundamentais sociais, para tanto o instrumento utilizado é o serviço público e a redução das desigualdades sociais. No que tange as políticas públicas educacionais, elas têm como finalidade orientar as ações do poder público para que o direito à educação seja concretizado, em especial a garantia de uma educação básica de qualidade, ponto fundamental a ser observado pelas políticas públicas educacionais, visto que a qualidade é um dos elementos essenciais à educação. As políticas públicas educacionais, teriam como foco específico o “tratamento da educação, que em geral se aplica às questões escolares”, se referem as decisões do poder público que tem aplicação no ambiente escolar, local de ensino e aprendizagem.<sup>9</sup> Para concretização do direito à educação os governos “federal, estadual e municipal criam programas e projetos para melhorar a qualidade do ensino nas escolas públicas brasileira, sendo a educação de qualidade necessária para o desenvolvimento de um país”.<sup>10</sup>

No âmbito educacional, muitas políticas públicas são realizadas com o intuito de alcançar os objetivos propostos pela Constituição Federal. O Plano Nacional de Educação (PNE) 2014-2024 em vigor, instituído pela Lei 13.005/2014, é uma política pública que tem como objetivos principais, efetivar os deveres do Estado no que tange à educação e a sua melhoria, visando cumprir o disposto no artigo 214 do texto constitucional. Em seu artigo 2º, o PNE 2014-2024 apresenta um rol de diretrizes que deverão ser observadas por todos os entes federativos, em especial, a melhoria da qualidade da educação como uma diretriz a ser seguida, prevista no inciso IV. O documento contou em sua formulação com a participação de diversos segmentos da sociedade, buscando uma concreta atuação de todos neste processo, estabelecendo metas a serem alcançadas pelo Estado em relação à educação, servindo ainda como base para os planos estaduais e municipais<sup>11</sup>. Foram instituídas 20 metas a serem alcançadas em relação à educação no período de 2014-2024, sendo cada uma das metas importantes para que se avance na universalização e na qualidade da educação, talvez o maior desafio desse plano seja cumpri-las. Conforme dispõe o artigo 7º do PNE, a União, Estados, Distrito Federal e os Municípios deverão atuar em conjunto para que sejam alcançadas as metas e que ocorra a implementação das estratégias do plano.

<sup>8</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Serviço público como instrumento de concretização de direitos fundamentais e de desenvolvimento social. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coords). *Direito administrativo e suas transformações atuais*. Curitiba: Ithala, 2016. p. 311.

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Adão Francisco de. Políticas Públicas Educacionais: conceito e contextualização numa perspectiva didática. In: OLIVEIRA, Adão F. de; PIZZIO, Alex; FRANÇA, George (Orgs.). *Fronteiras da educação: desigualdades, tecnologias e políticas*. Goiânia: PUC Goiás, 2010. p. 93-99.

<sup>10</sup> SILVA, Bruna Isabelle Simioni. *O direito fundamental à educação na ordem constitucional brasileira*. 2015. 146f. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia) – Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, Curitiba, 2015.

<sup>11</sup> BRASIL. *Plano nacional de educação 2014-2024*. Série Legislação n. 125. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2014.

Nas metas do PNE 2014-2024, observa-se que os números 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 10 e 11, são metas entendidas como estruturantes para que o direito à educação básica com qualidade seja garantido, no que concerne ao acesso, à universalização da alfabetização e à ampliação da escolaridade e das oportunidades educacionais. Em um segundo grupo, as metas 4 e 8 tem a intenção de redução das desigualdades e à valorização da diversidade, essenciais para a equidade. Já no terceiro bloco, as metas de 15 a 18 tratam da valorização dos profissionais da educação, entendidas como necessárias para que se cumpram as demais metas, “indispensável para o sucesso de uma política educacional que busque a qualidade referenciada na Constituição Brasileira” e o último grupo de metas de 12 a 14, se referem ao ensino superior.<sup>12</sup>

A meta 1 prevê a universalização até 2016 da educação infantil, em pré-escola para crianças de quatro a cinco anos de idade e ampliar a oferta em creches, buscando atender no mínimo crianças de até três anos até o final do período de vigência do plano. A universalização do ensino fundamental de nove anos para a população de seis a quatorze anos, sendo que pelo menos noventa e cinco por cento concluam na idade recomendada até 2024, é a previsão da meta 2. Já a meta 3 tem como objetivo universalizar até 2016, o atendimento escolar para a população de quinze a dezessete anos e elevar até 2024, a taxa de matrículas no ensino médio para oitenta por cento.<sup>13</sup>

Portanto, possível observar que a universalização da educação básica é um objetivo do PNE 2014-2024, para que seja garantido a todos os cidadãos a igualdade de acesso a esta etapa da educação. Dentre as metas a serem alcançadas pelo Estado em relação a educação básica, a meta 7 trata de maneira mais específica do incentivo a qualidade, utilizando como critério para essa análise o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb):

Meta 7: fomentar a qualidade da educação básica em todas as etapas e modalidades, com melhoria do fluxo escolar e da aprendizagem, de modo a atingir as seguintes médias nacionais para o IDEB: em 2015, 5,2 nos anos iniciais do ensino fundamental; 4,7 nos anos finais do ensino fundamental; 4,3 no ensino médio; em 2017, 5,5 nos anos iniciais do ensino fundamental; 5,0 nos anos finais do ensino fundamental; 4,7 no ensino médio e em 2021, 6,0 nos anos iniciais do ensino fundamental; 5,5 nos anos finais do ensino fundamental; 5,2 no ensino médio.<sup>14</sup>

Diante disso, visando o cumprimento da meta 7 foram estabelecidas 36 (trinta e seis) estratégias que demonstram os procedimentos que deverão ser adotados para que a meta seja alcançada até 2024, período de vigência do plano. A qualidade da educação básica proposta pela meta 7, leva em conta dados do Ideb, que é obtido por meio de dados do Censo Escolar, Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica (Saeb) e da Prova Brasil,

---

<sup>12</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de articulação com os Sistemas de Ensino. *Planejando a próxima década: Conhecendo as 20 Metas do Plano Nacional de Educação*. Brasília: MEC, 2017. 63f. Disponível em: [http://pne.mec.gov.br/images/pdf/pne\\_conhecendo\\_20\\_metas.pdf](http://pne.mec.gov.br/images/pdf/pne_conhecendo_20_metas.pdf). Acesso em: 9 mar. 2018.

<sup>13</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de articulação com os Sistemas de Ensino. *Planejando a próxima década: ... Op. cit.*

<sup>14</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de articulação com os Sistemas de Ensino. *Planejando a próxima década: ... Op. cit., p. 31.*



a análise “leva em consideração o fluxo escolar e o desempenho dos exames, para fazer o acompanhamento da evolução da educação e para estabelecer o padrão de qualidade que o Ministério da Educação definiu como meta a ser atingida”.<sup>15</sup>

De modo geral, desde a entrada em vigor do PNE 2014-2024, em vista de seus prazos intermediários, alguns vencendo entre 2015 e 2016, pouco foi cumprido em relação à educação básica. Quanto à meta 1, essa ainda não foi totalmente cumprida, a meta 2 pode ser considerada como cumprida precisando ainda de aprimoramento, mesmo assim, não é possível considerar como universalizado o acesso ao ensino fundamental e a meta 3, ainda carece de políticas específicas. Ainda existem 2,5 milhões de crianças e jovens de 4 (quatro) a 17 (dezesete) anos fora da escola, sendo que a faixa etária mais atingida é de jovens de 15 (quinze) a 17 (dezesete) anos, em especial, os de baixa renda, moradores das zonas rurais, pretos e pardos. Em relação a meta 7, foi cumprida apenas parcialmente, os anos finais do ensino fundamental e do ensino médio, não atingiram ainda a meta proposta e permanecem com índices muito baixos, sendo que apenas os anos iniciais do ensino fundamental obteve avanços significativos.<sup>16</sup> A estratégia 7.10 que tem prazo bienal, embora precise ser aprimorada foi cumprida em 2016, porém, apesar de “contar com uma gama significativa de indicadores educacionais e existam esforços importantes para aprimorar a forma de divulgação desses dados (...) esses números ainda não têm contribuído de forma efetiva para a prática pedagógica”.<sup>17</sup>

Já a estratégia 7.18, por mais que não tenha um prazo intermediário é um ponto importante, pois determinante para a qualidade do ensino que as escolas públicas de Educação Básica tenham uma boa infraestrutura.<sup>18</sup> Ainda, quanto à estratégia 7.21 que tinha como prazo 2016, não foi cumprida, pois “o Ministério da Educação optou por aguardar a homologação da Base Nacional Comum para avançar na agenda do SINAEB”.<sup>19</sup> Por mais que alguns pontos do plano já tenham sido cumpridos ou então parcialmente cumpridos, ainda está longe de serem cumpridas as metas estabelecidas até 2024, quanto a qualidade da educação, em especial da educação básica, ainda há muito a ser feito para que a qualidade seja realmente alcançada. Sendo assim, torna-se relevante a avaliação da qualidade da educação,

<sup>15</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de articulação com os Sistemas de Ensino. *Planejando a próxima década: ...* Op. cit.

<sup>16</sup> BRASIL. Observatório do PNE. *3 Anos de Plano Nacional de Educação*. S.d. Disponível em: <http://www.observatoriodopne.org.br/saiba-mais/3-anos-de-plano-nacional-de-educacao>. Acesso em: 10 dez. 2018.

<sup>17</sup> 7.10: “fixar, acompanhar e divulgar bianualmente os resultados pedagógicos dos indicadores do sistema nacional de avaliação da educação básica e do Ideb, relativos às escolas, às redes públicas de educação básica e aos sistemas de ensino da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assegurando a contextualização desses resultados, com relação a indicadores sociais relevantes, como os de nível socioeconômico das famílias dos (as) alunos (as), e a transparência e o acesso público às informações técnicas de concepção e operação do sistema de avaliação;”. BRASIL. Observatório do PNE. *3 Anos de Plano Nacional de Educação*. Op. cit.

<sup>18</sup> 7.18: “assegurar a todas as escolas públicas de educação básica o acesso à energia elétrica, abastecimento de água tratada, esgotamento sanitário e manejo dos resíduos sólidos, garantir o acesso dos alunos a espaços para a prática esportiva, a bens culturais e artísticos e a equipamentos e laboratórios de ciências e, em cada edifício escolar, garantir a acessibilidade às pessoas com deficiência;”. BRASIL. Observatório do PNE. *3 Anos de Plano Nacional de Educação*. Op. cit.

<sup>19</sup> 7.21: “a União, em regime de colaboração com os entes federados subnacionais, estabelecerá, no prazo de 2 (dois) anos contados da publicação desta Lei, parâmetros mínimos de qualidade dos serviços da educação básica, a serem utilizados como referência para infraestrutura das escolas, recursos pedagógicos, entre outros insumos relevantes, bem como instrumento para adoção de medidas para a melhoria da qualidade do ensino;”. BRASIL. Observatório do PNE. *3 Anos de Plano Nacional de Educação*. Op. cit.

são realizadas algumas avaliações da educação básica e superior, no que diz respeito à educação básica, as avaliações são desenvolvidas por meio do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica em todos os seus níveis. Inicialmente, a avaliação pode ser criada e realizada de diferentes formas, não sendo possível analisar todos os conceitos e campos em que podem ser aplicadas, as avaliações podem ser vistas de diferentes perspectivas e com fins, funções ou propósitos diversos:

Podem ser vistas na perspectiva de sua função ou finalidade, e então, são classificadas ora como formativas, que são mais comumente internas e centradas no processo, tendo em vista a melhoria da qualidade, ora como somativas, que mais frequentemente se definem como externas e finalísticas, quase sempre levando à classificação de indivíduos, grupos ou instituições. Podem ser compreendidas quanto à extensão do objeto, seja global ou parcial, holística ou elementarista. Podem ser abordadas relativamente aos agentes, como internas, externas ou ainda mistas. Podem ser definidas em função dos destinatários, por exemplo as autoridades externas ou a própria comunidade concernida. Também quanto ao tempo, podem ser iniciais, processuais, finais ou ainda contínuas ou pluripontuais. Podem comportar grande diversidade de fontes e produzir múltiplos dados. Podem ter uma intencionalidade educativa ou ser um instrumento de controle e modelação exercido pelo poder político e pelas organizações coercitivas. Podem se pretender técnicas, neutras e objetivas, mas no fundo jamais deixam de ser também subjetivas, mergulhadas em valores e comprometidas com posições políticas.<sup>20</sup>

Pode-se dizer que, “avaliação designa o ato, processo ou resultado de determinação de condição, qualidade, extensão, intensidade, valia de algo, que implica necessariamente julgamento e apreciação de mérito e valor, bem como uma orientação para a ação”.<sup>21</sup> No contexto educacional, Alexandre Godoy Dotta explica que a palavra avaliação comporta uma gama ampla de significados dentro da educação, mas, de forma geral, está relacionada a uma busca por mensuração. A medida pode significar o rendimento de determinado aluno e ser utilizada para subsidiar uma ação. A avaliação também pode estar relacionada ao processo de ensino-aprendizagem ou de uma instituição.<sup>22</sup> Sustentou-se na Conferência Nacional de Educação (Conae) 2014, que a avaliação é essencial para que se promova e garanta uma educação de qualidade, mas uma avaliação que não se limite somente à aprendizagem, mas que atente também para políticas, programas, ações, ou seja, uma avaliação que considere diferentes fatores e que envolva o “desenvolvimento institucional e profissional, articulada com indicadores de qualidade”, bem como, “pensar em processos avaliativos amplos, vinculados a projetos educativos democráticos e emancipatórios” se desvinculando da avaliação como forma de medir resultados.<sup>23</sup> A incumbência de realizar a avaliação da qualidade da educação básica, nos termos do artigo 11 do PNE 2014-2024, é do Saeb, instituído em

<sup>20</sup> DIAS SOBRINHO, José. *Avaliação: políticas educacionais e reformas da educação superior*. São Paulo: Cortez, 2003. p. 52.

<sup>21</sup> FREITAS, Dirce Nei Teixeira de. *A avaliação da educação básica no Brasil: dimensão normativa, pedagógica e educativa*. Campinas: Autores Associados, 2007. p. 4.

<sup>22</sup> DOTTA, Alexandre Godoy. *A educação como um bem público tutelado pelo Estado mediante as políticas públicas de avaliação da qualidade*. S.d. Disponível em: [http://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2008/539\\_871.pdf](http://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2008/539_871.pdf). Acesso em: 8 dez. 2018.

<sup>23</sup> CONAE 2014. *Conferência Nacional de Educação*: documento – referência. Brasília: MEC, 2013. p. 53.

1990, tendo como objetivo realizar um diagnóstico da educação brasileira e de fatores que possam interferir no desempenho do estudante, possibilitando um indicativo da qualidade do ensino, além da finalidade de analisar a melhoria da qualidade da educação, também atua como uma forma de monitoramento das políticas públicas de educação.<sup>24</sup>

O Saeb era composto por duas avaliações, a Avaliação Nacional da Educação Básica (Aneb) e a Avaliação Nacional do Rendimento Escolar (Anresc), entretanto, em 2013 foi incorporada ao sistema, a Avaliação Nacional da Alfabetização (ANA). A Aneb é uma avaliação que ocorre a cada dois anos, por amostragem de escolas e alunos tanto de escolas públicas como privadas, as provas são realizadas por alunos de 5º e 9º ano do ensino fundamental e 3º ano do ensino médio, onde são avaliadas as disciplinas de língua portuguesa e matemática.<sup>25</sup> Em relação a Anresc, conhecida como Prova Brasil, é uma avaliação realizada a cada dois anos apenas em escolas públicas, tem como intuito principal avaliar a qualidade do ensino, as provas são aplicadas aos alunos do 5º e 9º ano do ensino fundamental, nas disciplinas de matemática e língua portuguesa.<sup>26</sup> E ainda, a ANA que avalia os níveis de alfabetização e letramento em língua portuguesa, alfabetização em matemática e as condições de oferta, a prova é realizada por todos os alunos do 3º ano do ensino fundamental das escolas públicas, tem como um de seus principais escopos, a melhoria da qualidade de ensino e redução das desigualdades.<sup>27</sup>

Em suma, as políticas públicas buscam realizar os objetivos previstos constitucionalmente para a educação básica, tendo como finalidade possibilitar a todos os cidadãos uma educação básica de qualidade, reduzindo as desigualdades, nos termos do artigo 3º da CF/88. Ademais, o PNE 2014-2024 trouxe em suas metas uma junção de objetivos que podem possibilitar a concretização de uma educação de qualidade, tendo como auxílio o sistema de avaliação para que possam ser verificados os pontos em que as políticas públicas educacionais podem ser aprimoradas, sempre com o escopo de realizar o direito fundamental à educação.

### 3 ATUAÇÃO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

Assim, caso os direitos fundamentais sociais não sejam atendidos pelo poder público, em face da omissão ou então falhas na prestação das políticas públicas educacionais, surge a possibilidade de recorrer ao judiciário, por meio do acesso à justiça, nos termos do disposto no artigo 5º, inciso XXXV do texto constitucional. As políticas públicas, em especial em matéria de educação, são suscetíveis ao controle judicial, quando há uma omissão por parte dos poderes executivo e legislativo, legitimando a atuação do Judiciário quando este

<sup>24</sup> BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Anísio Teixeira. *Sistema nacional de avaliação da educação*. S.d. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/educacao-basica/saeb>. Acesso em: 11 dez. 2018.

<sup>25</sup> BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Anísio Teixeira. *Sistema nacional de avaliação da educação*. Op. cit.

<sup>26</sup> PORTAL QEDU. *Prova Brasil*. S.d. Disponível em: <http://academia.qedu.org.br/prova-brasil/competencia-avaliadas/>. Acesso em: 13 jan. 2019.

<sup>27</sup> BRASIL. Ministério da Educação. *Avaliação nacional da alfabetização*. S.d. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/36188>. Acesso em: 11 dez. 2018.

for instado a se manifestar.<sup>28</sup> Sendo que a atuação do judiciário presume que existem ou não políticas públicas, e a este, cabe o papel de corrigir vícios identificados nas políticas realizadas pelo executivo e legislativo, a judicialização de políticas tem o objetivo de “resguardar os direitos fundamentais”.<sup>29</sup> O controle de políticas públicas pelo judiciário se origina da vontade de concretizar os direitos sociais, podendo ocorrer na formulação, durante a execução ou posteriormente por meio de auditoria ou fiscalização.<sup>30</sup> Sustenta Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que o aprimoramento do controle judicial das políticas públicas, não significa que se está substituindo o político e o administrador pelo juiz, mas que cabe ao juiz “zelar pelo direito e não apenas pela lei”.<sup>31</sup>

No julgamento da ADPF 45-DF, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, restou o entendimento no sentido de que o poder judiciário tem legitimidade para intervir na formulação e implementação de políticas públicas, excepcionalmente, quando ocorrerem violações a Constituição Federal, seja por omissão ou ação estatal, que com tais atitudes podem “comprometer a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos”.<sup>32</sup> Neste importante julgamento o entendimento do STF firmou-se no sentido de que:

não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas [...] – sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: [...] O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.<sup>33</sup>

Neste contexto, a possibilidade de buscar a concretização dos direitos fundamentais sociais por intermédio da atuação do poder judiciário, tem se tornado relevante em face da

<sup>28</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 8, n.1, jan./jun. 2012. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003). Acesso em: 24 out. 2018.

<sup>29</sup> VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de políticas públicas para a educação infantil: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36.

<sup>30</sup> VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de políticas públicas para a educação infantil: ...* Op. cit., p. 9-40.

<sup>31</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas*. S.d. Disponível em: [www.tjrj.jus.br/estatico/docs/revista-juridica/03/artigos/artigo1.doc](http://www.tjrj.jus.br/estatico/docs/revista-juridica/03/artigos/artigo1.doc). Acesso em: 20 nov. 2018.

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 45-DF*. Relator Ministro Celso de Mello, Julgamento 29-04-2004, DJ 04-05-2004.

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 45-DF*. Op. cit.

omissão dos poderes executivo e legislativo ou então por sua prestação insuficiente.<sup>34</sup> Conforme Cláudio Pereira de Souza Neto:

A judicialização das políticas sociais tem significado um incontestável avanço na efetivação da Constituição Federal. [...], no entanto, alguns excessos vêm sendo praticados, em prejuízo, muitas vezes, das finalidades sociais que a própria Constituição prescreve. A racionalização da atividade judiciária é exigida para que o Judiciário continue a atuando no sentido do progresso social, mas sem furtar ao Legislativo e ao Executivo seus espaços próprios de deliberação majoritária, e sem aprofundar algumas das mais graves disfunções da Administração Pública brasileira.<sup>35</sup>

Há na doutrina posicionamentos diversos em relação ao tema, há os que entre outros argumentos, defendem que a judicialização, a efetivação dos direitos sociais pelo judiciário, seria em certa medida uma interferência na discricionariedade da administração pública, uma afronta ao princípio da separação dos poderes e da reserva do possível.<sup>36</sup> Maria Sylvania Zanella Di Pietro sustenta, que quando houver omissão na definição das políticas públicas, devem ser utilizados os meios corretos para tanto e não substituí-las por outras que imponham “obrigações substitutivas da atuação do legislador” e ainda, que não cabe ao judiciário “determinar à Administração a adoção de medidas que dependem de legislação”, não sendo possível também que determine “a inclusão de verbas no orçamento” que não estejam previstas<sup>37</sup>.

Pois, segundo a autora, esse tipo de decisões judiciais “institucionalizam o ativismo judicial, a interferência indevida nas atribuições dos demais Poderes do Estado e, em consequência, infringência ao princípio da separação de poderes”, gerando ainda insegurança jurídica devido a essa atuação ilegítima.<sup>38</sup> Contudo, segundo Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial nada mais é que “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.<sup>39</sup> Por outro lado, existem aqueles que defendem a judicialização, dentre outros argumentos, como meio necessário para a garantia dos direitos fundamentais sociais, dentre eles a educação, pois o Estado quando não cumpre sua obrigação constitucional com a educação, possibilita a intervenção do Judiciário.

Desta forma, a atuação do judiciário não implicaria em desrespeito ao princípio da separação dos poderes e nem ativismo judicial, mas “fazer valer os direitos sociais, impi-

<sup>34</sup> COELHO, Rodrigo Batista. *Direitos fundamentais sociais e políticas públicas: subjetivação, justiciabilidade e tutela coletiva do direito à educação*. São Paulo: Habermann, 2017. p. 122.

<sup>35</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 515-551.

<sup>36</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito administrativo*. Op. cit., p. 832-835.

<sup>37</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito administrativo*. Op. cit., p. 836-837.

<sup>38</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito administrativo*. Op. cit.

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (*Syn*)thesis, v. 5, n. 1, 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 2 dez. 2018.

mindando-se força normativa vinculante às suas disposições constitucionais, com reafirmação do papel garantidor de direitos do órgão jurisdicional<sup>40</sup>. O Estado tem utilizado como argumento para não concretizar os direitos fundamentais sociais, as limitações orçamentárias, sendo que, muitas vezes esse argumento é utilizado com a intenção de se eximir de suas responsabilidades, residindo nisso um dos pontos principais para que os direitos sociais sejam efetivados, o que provocado frequentemente a intervenção do judiciário.<sup>41</sup> De fato, em regra não cabe ao judiciário formular e implementar políticas públicas, sendo essa uma atribuição dos poderes executivo e legislativo, o que tem como base o que se passou a chamar de reserva do possível.

A reserva do possível envolve a limitação de recursos, estes, tem sido insuficiente para atender as necessidades humanas e geralmente é alegada quando o pedido envolve uma prestação material de algum direito fundamental social, seu conteúdo engloba elementos relacionados a “limitações orçamentárias, decisões alocativas de recursos, escassez de riquezas e satisfação das necessidades humanas”.<sup>42</sup> De fato, a carência de recursos seja econômica, financeira ou por escolhas ruins do poder público, é uma barreira para que os direitos sociais sejam concretizados.<sup>43</sup> Sobre o tema, Clèmerson Merlin Clève apresenta a seguinte metáfora:

A metáfora do cobertor curto é adequada para a compreensão de qualquer orçamento, mas é mais adequada ainda para a compreensão dos limites do orçamento público brasileiro. Trata-se de um cobertor insuficiente para cobrir, ao mesmo tempo, todas as partes do corpo. Se cobre os pés, deixa as mãos sob o efeito do clima. Mas se cobre as mãos, não consegue dar conta dos pés. Ou seja, é preciso levar em conta que a soma das riquezas produzidas, entre nós, durante um ano (PIB) não é superior a seiscentos bilhões de dólares ou a um trilhão e meio de reais. A economia brasileira é, efetivamente, considerável. Todavia, quando dividido o produto interno bruto pela população, concluímos que a renda per capita brasileira é pequena (pouco mais de três mil dólares ano). Por isso os recursos públicos devem ser muito bem manejados. O cuidado com a escassez permitirá, dentro dos limites oferecidos pela riqueza nacional, implementar políticas públicas realistas. Daí a insistência na tese de que incumbe ao poder público consignar na peça orçamentária as dotações necessárias para a realização progressiva dos direitos. Não se trata de adiar a sua efetividade. Trata-se de estabelecer de modo continuado as ações voltadas para a sua realização num horizonte de tempo factível.<sup>44</sup>

Realmente, os recursos públicos para a implementação de políticas públicas que visam a concretização de direitos fundamentais sociais são insuficientes, por vezes, o Estado precisa dentre valores de igual relevância avaliar qual deles irá efetivar, porém, isso não pode ser usado como pretexto para não cumprir a Constituição, devendo ser preservada a garantia

<sup>40</sup> COELHO, Rodrigo Batista. *Direitos fundamentais sociais e políticas públicas*:... Op. cit., p. 123.

<sup>41</sup> COELHO, Rodrigo Batista. *Direitos fundamentais sociais e políticas públicas*:... Op. cit., p. 140-141.

<sup>42</sup> PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *Reserva do possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 78; 86.

<sup>43</sup> OLIVEIRA, Rafael Arruda. Não concretização dos direitos sociais: o que há por trás da escassez de recursos. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 12, n. 47, p. 233-261, jan./mar. 2012.

<sup>44</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. S.d. Disponível em: [https://www.academia.edu/12141687/A\\_eficácia\\_dos\\_direitos\\_fundamentais\\_sociais](https://www.academia.edu/12141687/A_eficácia_dos_direitos_fundamentais_sociais). Acesso em: 14 dez. 2019.

do mínimo existencial. Todavia, quando se trata do direito fundamental à educação a reserva do possível pode ser afastada por se tratar, no caso da educação básica, um direito subjetivo que é garantido pelo texto constitucional ou então para que o mínimo existencial seja protegido.<sup>45</sup> A respeito da reserva do possível, o posicionamento do STF tem sido no sentido de que:

A destinação de recursos públicos, *sempre tão dramaticamente escassos*, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, *também*, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando *contextos de antagonismo* que impõem, *ao Estado*, o encargo de *superá-los* mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros *igualmente relevantes*, compelindo, *o Poder Público*, em face dessa relação dilemática, causada *pela insuficiência* de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “*escolhas trágicas*”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva *a intangibilidade do mínimo existencial*, em ordem a conferir *real efetividade* às normas programáticas positivadas *na própria Lei Fundamental*<sup>46</sup> (grifos do original).

Assim, a reserva do possível não pode ser utilizada com o objetivo de fraudar, frustrar e inviabilizar a implementação de políticas públicas, tendo como limitação a garantia do mínimo existencial, devido a proteção constitucional da dignidade da pessoa humana.<sup>47</sup> No tocante a separação dos poderes, cláusula pétreia prevista no artigo 60, §4º, III do texto constitucional, ela tem como propósito que o poder esteja concentrado e exercido de forma arbitrária, garantindo os direitos individuais, sendo que tem caráter instrumental e não tem um fim em si mesmo.<sup>48</sup> Conforme dispõe o artigo 2º da CF/88, os poderes legislativo, executivo e o judiciário são independentes e harmônicos entre si, exercendo suas funções típicas e atípicas, porém, devendo atuar com cooperação e controle mútuo,<sup>49</sup> visto que o poder é somente um e não pode ser dividido, que desenvolve por meio de órgãos que exercem funções.<sup>50</sup> Em muitas situações, a separação dos poderes é vista como um obstáculo para a atuação do poder judiciário em matéria de prestações positivas a serem custeadas pelo Estado, se utilizando de argumentos diversos, dentre os quais:

(i) O judiciário estaria invadindo competência do Legislativo e do Executivo, rompendo o equilíbrio que deve haver entre os poderes; (ii) apenas o Executivo e o Legislativo gozariam de legitimidade democrática para fixar políticas públicas, destinar recursos etc., atributo que não caberia ao Poder Judiciário; (iii) a decisão sobre onde investir e que bens materiais oferecer seria eminentemente política, já que há recursos limitados e o espaço do Judiciário é jurídico e não político; (iv) o Judiciário não teria condições de avaliar o impacto de suas decisões sobre a

<sup>45</sup> PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *Reserva do possível...* Op. cit., p. 119.

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE n. 639.337 AgR/SP*. Relator Ministro Celso de Mello, Julgamento 23-08-2011, DJe-177, 15-09-2011.

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE n. 639.337 AgR/SP*. Op. cit.

<sup>48</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 258-262.

<sup>49</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 44-45.

<sup>50</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 483.

estrutura do Estado como um todo, mesmo porque não teria capacitação técnica para fazê-lo, dispondo de uma perspectiva casuística e não global dos problemas<sup>51</sup>.

A separação dos poderes não significa um obstáculo a atuação do judiciário, devendo em determinadas situações, principalmente em relação a garantia de direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, limitar a sua aplicação para a promoção desses direitos.<sup>52</sup> O posicionamento do STF quanto a separação dos poderes tem sido de que em situações extraordinárias, impor a implementação de políticas públicas para que os sejam garantidos os direitos constitucionalmente assegurados, como o direito à educação básica, sem que isso resulte em afronta ao princípio da separação dos poderes.<sup>53</sup> Assim, como um poder que é único e indivisível, não é possível entender que a atuação do judiciário para que as políticas públicas sejam implementadas, possa ferir a separação dos poderes, visto que o objetivo é concretizar direitos fundamentais sociais e não limitar um dos poderes do Estado.

Diante disso, com relação as políticas públicas educacionais quando o Estado é omissor ou então as realiza em desacordo com o texto constitucional, surge a possibilidade de buscar no judiciário, por meio de ações judiciais, visando a garantia do direito fundamental à educação, que faz parte das condições mínimas para que o cidadão tenha uma existência digna. A judicialização da educação surge quando questões que envolvem o direito à educação passam a ser analisadas e julgadas pelo poder judiciário, esta responsabilização com a interferência do judiciário fortalece o desenvolvimento do fenômeno da judicialização da educação e simboliza a procura por melhores mecanismos de proteção de direitos juridicamente protegidos.<sup>54</sup> Portanto, a atuação judicial estaria pautada na busca pela efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Logo, a judicialização de políticas públicas educacionais seria a concretização do direito fundamental à educação por meio do poder judiciário, pois pelo meio adequado esse direito não foi efetivado.

#### 4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A educação como direito fundamental social tem sofrido com as omissões dos poderes executivo e legislativo, direito este que muitas vezes não tem sido realizado por meio de políticas públicas, fazendo com que ocorra um aumento progressivo das demandas educacionais perante o poder judiciário para que esse direito seja efetivado. Ainda não se tem tantas demandas judiciais tratando da educação básica de qualidade, o acesso à educação ainda tem sido o maior foco de atuação do judiciário, como os pedidos de matrícula em creches públicas e escolas públicas de ensino fundamental.<sup>55</sup> Dentre os vários aspectos

<sup>51</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: ...* Op. cit., p. 254-255.

<sup>52</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: ...* Op. cit., p. 269-270.

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE n. 761.127 AgR/AP*, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, DJe-158, Julgamento 24-06-2014.

<sup>54</sup> CURY, Carlos Roberto Jamil; FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *A judicialização da educação*. S.d. Disponível em: [http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/Judicializacao\\_Educacao.php](http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/Judicializacao_Educacao.php). Acesso em: 30 nov. 2018.

<sup>55</sup> PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *Reserva do possível: ...* Op. cit., p. 140.



possíveis de serem analisados pelo judiciário em relação ao direito fundamental à educação, abordaremos a qualidade da educação, em especial na educação básica.

Durante pesquisa em tribunais de justiça foi possível observar, nos casos analisados, que as demandas tratavam do direito à educação “de qualidade” ou “com qualidade”, de modo geral, relacionando a qualidade com questões de falta ou condições inadequadas de infraestrutura das escolas.<sup>56</sup> O tema da qualidade da educação foi analisado pelo STF pela primeira vez no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 635.679, julgado em 06/12/2011, tratava originalmente de uma ação civil pública que tinha como pedido a construção de salas de aulas suficientes para o atendimento da população, neste caso, a decisão do STF citou pela primeira vez a questão da qualidade na educação.<sup>57</sup> Neste contexto, faremos a análise de um acórdão da Primeira Turma do STF, trata-se de um Agravo Regimental em Recurso Extraordinário sob n. 864.509/PB de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso e da Apelação Cível e Remessa Necessária n. 0095744-16.2012.815.2004 do Tribunal de Justiça da Paraíba de relatoria do Des. José Ricardo Porto que originou o caso analisado.

No caso em análise, foi ajuizada uma ação civil pública pelo Ministério Público da Paraíba, com o objetivo de que fosse reformada a quadra de uma escola, bem como a construção da sua cobertura, com base no princípio constitucional da garantia de padrão de qualidade no direito à educação. Na sentença foi julgado procedente o pedido, determinando ao Estado da Paraíba que as obras necessárias fossem realizadas, visando o desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem, sob pena de multa no caso de descumprimento. O Estado da Paraíba apelou, utilizando como argumento o princípio da separação dos poderes, a autonomia administrativa e orçamentária, visto que a obra não estaria prevista no plano plurianual, além de que não caberia ao judiciário substituir o executivo e por fim que a cláusula de reserva do possível deveria ser observada, pedido que foi negado nos termos que passaremos a analisar.

No acórdão da apelação de relatoria do Des. José Ricardo Porto, restou o entendimento de que, conforme já consolidado pelo STF<sup>58</sup> há a possibilidade de interferência do judiciário nos casos em que ocorrer omissão administrativa que despreze direitos fundamentais e que não existe ofensa a separação dos poderes quando o judiciário determina que o Estado cumpra um “mandamento constitucional” e principalmente:

[...] a educação é direito de todos e dever do Estado (art. 205 da CF), devendo, pela essencialidade do seu objeto, ser prestada, acima de tudo, de forma eficiente. Se o Poder Público não proporciona as condições físicas básicas ao adequado funcionamento das suas escolas, está

<sup>56</sup> TJ-PR. *Apelação Cível n. 13927141 PR 1392714-1*, Relator: Luciano Carrasco Falavinha Souza, Julgamento: 08/11/2016 (4ª Câmara Cível, DJ: 1924); TJ-SC. *Apelação Cível n. 0000135-34.2013.8.24.0027*, Relator Des. Carlos Adilson Silva, Julgamento: 22/08/2017; TJ-SC. *Agravo de Instrumento n. 0155428-44.2014.8.24.0000*, Relator Des. Ricardo Roesler, Julgamento: 23/06/2016; TJ-DFT. *Apelação Cível e Reexame necessário n. 20130111892364*, Relatora Des. Carmelita Brasil, Julgamento: 07/03/2014; TJ-DFT. *Apelação cível n. 20130130096809*, Relatora Des. Maria Ivatônia, Julgamento: 27/09/2017, e; TJ-DFT. *Apelação Cível n. 20160110639432*, Relator Des. Carlos Rodrigues, Julgamento: 15/03/2017.

<sup>57</sup> SCAFF, Elisângela Alves da Silva; PINTO, Isabela Rahal de Rezende. O Supremo Tribunal Federal e a garantia do direito à educação. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 65, p. 431-454, abr./jun. 2016.

<sup>58</sup> TJ-PB. *Apelação Cível e Remessa Necessária n. 0095744-16.2012.815.2004*. Relator Des. José Ricardo Porto, Julgamento: 11/02/2014.

em falta com seu dever constitucional. [...] A Carta Magna estabelece, no seu art. 206, VII, a “*garantia de padrão de qualidade*” como um dos princípios que devem nortear a assistência educacional do país. Não se trata, pois, de enunciado que simplesmente convida o Estado a agir, mas, sim, o obriga a promover tais atos. [...] inescusável é o dever do Ente Estatal de propiciar não somente a educação pura e simples, mas também condições físicas minimamente adequadas das escolas, de modo que os alunos, professores e toda a comunidade escolar, em seu conjunto, possam desenvolver suas atividades de forma segura e digna. [...] um ambiente verdadeiramente insalubre para as pessoas que ele frequentam, eis que não atende às necessidades básicas de segurança e estrutura, colocando em risco a incolumidade física dos educandos e servidores, pelo que viola frontalmente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. [...] garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao postulado do mínimo existencial.<sup>59</sup>

Quanto a dotação orçamentária ou a inviabilização dos serviços públicos, que não seria cabível tal alegação pois se trata de cumprir o texto constitucional, devendo realocar recursos suficientes para que se assegure o acesso digno à educação, pois, o controle judicial de políticas públicas é possível quando direitos fundamentais estiverem em risco. Por derradeiro, o relator aduziu que “a escola sem estrutura apropriada para acolher as crianças e realizar as atividades escolares adequadamente, reduz a qualidade do ensino e do aprendizado, além de contribuir para o desinteresse do aluno e fomentar a evasão escolar. Com isso, impor obrigação de fazer não é interferência de um poder no outro, mas sim garantir aos filhos de uma sociedade carente o direito à educação, com um mínimo de qualidade”. Diante disso, o Estado inconformado interpôs agravo regimental contra a decisão que negou provimento ao seu recurso extraordinário perante o STF, sendo que este confirmou a decisão recorrida, pois, segundo o relator Ministro Luís Roberto Barroso:

[...] o acórdão recorrido se alinha à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que já asseverou a possibilidade, em casos emergenciais, de implementação de políticas públicas pelo Judiciário, ante a inércia ou morosidade da Administração, como medida assecuratória de direitos fundamentais. Não se trata, aqui, de interferir na competência do Poder Executivo quanto à conveniência e oportunidade para a realização de políticas públicas e a consequente disposição de recursos para tal fim, mas, sim, de assegurar a proteção do direito fundamental à educação.<sup>60</sup>

Nas demandas judiciais que tratam do direito fundamental à educação, o argumento recorrente da reserva do possível é afastado quando se trata de um direito subjetivo ou para proteger o mínimo existencial, em regra, o que mais é demandado no caso da educação é a construção de estabelecimento de ensino ou matrícula de criança em creches ou em escolas de ensino fundamental.<sup>61</sup> Conclui-se que, o caso analisado indica claramente que a educação não se resume apenas ao acesso e aprendizagem, mas que uma estrutura adequada é

<sup>59</sup> TJ-PB. *Apelação Cível e Remessa Necessária n. 0095744-16.2012.815.2004*. Op. cit.

<sup>60</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE n. 864.509 AgR/PB*, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, Julgamento 28-04-2015, DJe-32.

<sup>61</sup> PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *Reserva do possível: ... Op. cit.*, p. 120.

essencial para que seja prestado ao educando uma educação de qualidade, garantindo de forma efetiva o direito fundamental à educação e com qualidade, atendendo assim ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito fundamental à educação é um direito social que exige do Estado uma atuação positiva na sua implementação e efetivação, em virtude de sua importância, tem na Constituição Federal em seus artigos 205 a 214, uma seção específica para orientar como deve ser atendido esse direito, sendo possível observar a estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, que assegura a todos os seres humanos direitos que lhe são inerentes para que possam viver com o mínimo necessário para uma existência com dignidade.

Como visto o direito fundamental à educação básica de qualidade, característica que lhe é intrínseca, é muito importante para o indivíduo e para a sociedade. Por isso, torna-se relevante a implementação de políticas públicas com o intuito de concretizar esse direito com qualidade, não sendo cabível as alegações muitas vezes genéricas de falta de recursos orçamentários que o Estado utiliza para se eximir de sua obrigação.

As políticas públicas são de responsabilidade dos poderes executivo e legislativo, não sendo função típica do judiciário, porém, restou o entendimento pelo STF que o poder judiciário tem legitimidade para intervir na formulação e implementação de políticas públicas de forma excepcional quando ocorrem omissões ou ações estatais que violem a Constituição Federal, a fim de garantir os direitos fundamentais do cidadão. O que se percebe, é que cada vez mais questões relacionadas às políticas públicas em matéria de educação têm sido levadas ao judiciário, e este tem atuado na efetivação, implementação de políticas públicas relacionadas à educação, porém, quanto à qualidade da educação básica a busca pelo judiciário nesse sentido ainda tem sido muito restrita.

Dentre as principais questões abordadas, a garantia da qualidade na educação básica, um dos princípios constitucionais em matéria de educação ainda não tem a atenção necessária das políticas públicas, muito ainda deve ser feito para melhorar a qualidade da educação básica no Brasil, para que o objetivo fundamental de redução das desigualdades sociais possa ser realmente alcançado, sendo fundamental para isso uma educação básica de qualidade.

Dada à importância do direito à educação, a prestação pelo Estado de uma educação básica de qualidade é de extrema relevância se considerar que os resultados parciais das metas de qualidade da educação básica não foram alcançados e que os índices de qualidade permanecem muito baixos, além do fato de ainda existirem muitas crianças e jovens fora da escola. Por isso, a educação condição para o desenvolvimento de todos para o pleno exercício da cidadania, traz consigo algo indispensável que é a possibilidade de ter autonomia e condição para exercer outros direitos fundamentais. Sendo por intermédio da educação que o educando poderá se desenvolver e tornar-se um cidadão capaz de atuar ativamente na sociedade.

## REFERÊNCIAS

- APPIO, Eduardo Fernando. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.
- AZEVEDO, Sergio de. *Políticas públicas: discutindo modelos e alguns problemas de implementação*. S.d. Disponível em: <https://profwalfredoferreira.files.wordpress.com/2014/02/azevedo-sergio-discutindo-modelos-e-alguns-problemas-de-implantac3a7c3a3o.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 8, n.1, jan./jun. 2012. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003). Acesso em: 24 out. 2018.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (*Syn*)thesis, v. 5, n. 1, 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 2 dez. 2018.
- BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Anísio Teixeira. *Sistema nacional de avaliação da educação*. S.d. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/educacao-basica/saeb>. Acesso em: 11 dez. 2018.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Educação. *Avaliação nacional da alfabetização*. S.d. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/36188>. Acesso em: 11 dez. 2018.
- BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de articulação com os Sistemas de Ensino. *Planejando a próxima década: Conhecendo as 20 Metas do Plano Nacional de Educação*. Brasília: MEC, 2017. 63f. Disponível em: [http://pne.mec.gov.br/images/pdf/pne\\_conhecendo\\_20\\_metas.pdf](http://pne.mec.gov.br/images/pdf/pne_conhecendo_20_metas.pdf). Acesso em: 9 mar. 2018.
- \_\_\_\_\_. Observatório do PNE. *3 Anos de Plano Nacional de Educação*. S.d. Disponível em: <http://www.observatoriodopne.org.br/saiba-mais/3-anos-de-plano-nacional-de-educacao>. Acesso em: 10 dez. 2018.
- \_\_\_\_\_. *Plano Nacional de Educação 2014-2024*. Série Legislação n. 125. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2014.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 45-DF*. Relator Ministro Celso de Mello, Julgamento 29-04-2004, DJ 04-05-2004.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ARE n. 639.337 AgR/SP*. Relator Ministro Celso de Mello, Julgamento 23-08-2011, DJe-177, 15-09-2011.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ARE n. 761.127 AgR/AP*, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, DJe-158, Julgamento 24-06-2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE n. 864.509 AgR/PB*, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, Julgamento 28-04-2015, DJe-32.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. S.d. Disponível em: [https://www.academia.edu/12141687/A\\_eficácia\\_dos\\_direitos\\_fundamentais\\_sociais](https://www.academia.edu/12141687/A_eficácia_dos_direitos_fundamentais_sociais). Acesso em: 14 dez. 2019.
- COELHO, Rodrigo Batista. *Direitos fundamentais sociais e políticas públicas: subjetivação, justiciabilidade e tutela coletiva do direito à educação*. São Paulo: Habermann, 2017.
- CONAE 2014. *Conferência Nacional de Educação: documento – referência*. Brasília: MEC, 2013.
- CURY, Carlos Roberto Jamil; FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *A judicialização da educação*. S.d. Disponível em: [http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/Judicializacao\\_Educacao.php](http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/Judicializacao_Educacao.php). Acesso em: 30 nov. 2017.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DIAS SOBRINHO, José. *Avaliação: políticas educacionais e reformas da educação superior*. São Paulo: Cortez, 2003.
- DOTTA, Alexandre Godoy. *A educação como um bem público tutelado pelo Estado mediante as políticas públicas de avaliação da qualidade*. S.d. Disponível em: [http://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2008/539\\_871.pdf](http://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2008/539_871.pdf). Acesso em: 8 dez. 2018.
- FREITAS, Dirce Nei Teixeira de. *A avaliação da educação básica no Brasil: dimensão normativa, pedagógica e educativa*. Campinas: Autores Associados, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas*. S.d. Disponível em: [www.tjrj.jus.br/estatico/docs/revista-juridica/03/artigos/artigo1.doc](http://www.tjrj.jus.br/estatico/docs/revista-juridica/03/artigos/artigo1.doc). Acesso em: 20 nov. 2018.
- OLIVEIRA, Adão Francisco de. Políticas Públicas Educacionais: conceito e contextualização numa perspectiva didática. In: OLIVEIRA, Adão F. de; PIZZIO, Alex; FRANÇA, George (Orgs.). *Fronteiras da educação: desigualdades, tecnologias e políticas*. Goiânia: PUC Goiás, 2010.
- OLIVEIRA, Rafael Arruda. Não concretização dos direitos sociais: o que há por trás da escassez de recursos. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 12, n. 47, p. 233-261, jan./mar. 2012.
- PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *Reserva do possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá, 2014.
- PORTAL QEdU. *Prova Brasil*. Disponível em: <http://academia.qedu.org.br/prova-brasil/competencia-avaliadas/>. Acesso em: 13 jan. 2019.
- SCAFF, Elisângela Alves da Silva; PINTO, Isabela Rahal de Rezende. O Supremo Tribunal Federal e a garantia do direito à educação. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 65, p. 431-454, abr./jun. 2016.
- SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Serviço público como instrumento de concretização de direitos fundamentais e de desenvolvimento social. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coords.). *Direito administrativo e suas transformações atuais*. Curitiba: Íthala, 2016.
- SILVA, Bruna Isabelle Simioni. *O direito fundamental à educação na ordem constitucional brasileira*. 2015. 146f. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia) – Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil, Curitiba, 2015.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- TJ-DFT. *Apelação Cível e Reexame Necessário n. 20130111892364*, Relatora Des. Carmelita Brasil, Julgamento: 07/03/2014.
- TJ-DFT. *Apelação Cível n. 20130130096809*, Relatora Des. Maria Ivatônia, Julgamento: 27/09/2017.
- TJ-DFT. *Apelação Cível n. 20160110639432*, Relator Des. Carlos Rodrigues, Julgamento: 15/03/2017.


TJ-PB. *Apelação Cível e Remessa Necessária n. 0095744-16.2012.815.2004*. Relator Des. José Ricardo Porto, Julgamento: 11/02/2014.

TJ-PR. *Apelação Cível n. 13927141 PR 1392714-1*, Relator: Luciano Carrasco Falavinha Souza, Julgamento: 08/11/2016 (4ª Câmara Cível, DJ: 1924).

TJ-SC. *Agravo de Instrumento n. 0155428-44.2014.8.24.0000*, Relator Des. Ricardo Roesler, Julgamento: 23/06/2016.

TJ-SC. *Apelação Cível n. 0000135-34.2013.8.24.0027*, Relator Des. Carlos Adilson Silva, Julgamento: 22/08/2017.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de políticas públicas para a educação infantil: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo*. São Paulo: Saraiva, 2011.



# Estado, desenvolvimento e riscos tecnológicos: reflexões sobre as hipóteses da responsabilidade civil pública por danos causados por riscos de civilização e inovações disruptivas

**Carla Amado Gomes<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** **1** Risco de civilização, risco residual e risco intolerável: ecos da decisão Kalkar; **2** Risco de civilização: indemnizabilidade ou inindemnizabilidade do risco desconhecido?; **2.1** Deveres de protecção do Estado perante o reconhecimento de riscos: dever de informar, dever de legislar; **3** Inovações técnicas disruptivas: uma nova categoria de riscos tecnológicos — e um novo fundamento de imputação?; Referências

O risco tecnológico é uma variável que impõe ao Estado moderno deveres de protecção múltiplos quer na sua vertente de Estado-Administrador, quer na dimensão de Estado-Legislador. No texto, reflecte-se especialmente sobre dois tipos de riscos que envolvem particulares dificuldades no que toca à definição de respostas e de imputação de danos: o risco desconhecido ou de civilização, e o risco causado por inovações disruptivas.

## **1 RISCO DE CIVILIZAÇÃO, RISCO RESIDUAL E RISCO INTOLERÁVEL: ECOS DA DECISÃO KALKAR**

Desde a publicação da obra de Ulrich Beck sobre a sociedade de risco (*Risikogesellschaft: um der Weg nach anderes Moderne*, 1986), a percepção de que o progresso traz consigo tanto bem-estar quanto inquietação instalou-se definitivamente. Os avanços técnico-científicos sucedem-se ao ritmo da pulsão humana para a criatividade e para o lucro, perturbando os equilíbrios naturais e desestabilizando as relações de causalidade até então conhecidas, mas também introduzindo novos padrões de conforto e segurança. Cidadãos e governos foram-se habituando a conviver com a nova realidade do risco tecnológico, convívio esse nem sempre pautado pela transparência nem pela objectividade.<sup>2</sup>

O risco tecnológico acarreta novos níveis de responsabilização, tanto para os cidadãos – que dele beneficiam e devem sobre ele informar-se –, como para o Estado, que deve impedi-lo, preveni-lo, ou limitar-se a tolerá-lo. A responsabilidade pública tem aqui um sentido alargado, preventivo, na vertente dos deveres de protecção – de informação, de

---

<sup>1</sup> Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professora convidada da Faculdade de Direito da Universidade Católica (Porto).

<sup>2</sup> AMADO GOMES, Carla. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 234-236 (e doutrina aí citada).

minimização, de fiscalização, de desmantelamento – mas também reparatório, em caso de défice de protecção, quer directa quer indirectamente (no âmbito do exercício de competências autorizativas de actividades cujo impacto para a saúde, segurança e ambiente seja significativo).

O risco tecnológico, enquanto facto futuro e incerto, cuja eclosão é susceptível de causar danos a pessoas, património e ambiente constitui, desde a decisão Kalkar do Tribunal Constitucional alemão<sup>3</sup>, de 1978, objecto de uma análise bipolar, em função de um critério de intensidade ou de grau: enquanto risco residual e enquanto risco intolerável. O primeiro equivale ao risco ineliminável numa sociedade tecnológica, cuja população aprecia o progresso e o acréscimo de bem-estar que a tecnologia acarreta (no caso Kalkar, o risco de acidente numa central nuclear em contraponto à disponibilidade de energia barata). Trata-se de uma grandeza com uma dimensão negativa, mas cujo benefício – imediato e certo – suplanta o malefício – remoto e eventual.

Já o risco intolerável traduz-se numa possibilidade de ocorrência de danos que uma dada sociedade temporalmente situada rejeita, por contrário a um sentimento comum de segurança ou de ética (v.g., uso de armas químicas; clonagem de seres humanos). Cabe desde logo ao legislador democrático excluir este tipo de hipóteses do elenco de riscos geríveis pela Administração – ainda que esse “legislador democrático” se situe numa esfera decisional externa (nomeadamente, no plano supraestadual da União Europeia) relativamente às instituições estatais.

Esta divisão bipartida é operacionalizada através de escolhas essencialmente políticas, que exprimem o conforto ou desconforto de uma determinada sociedade relativamente à assunção de determinados riscos. E a escolhas dinâmicas, podendo um risco inicialmente intolerável tornar-se residual (por avanço técnico que permita reduzir a potencialidade de eclosão ou a intensidade desta; por alteração das concepções ético-sociais) e, em contrapartida, podendo um risco inicialmente residual transformar-se em intolerável (por aumento da possibilidade de eclosão; em face da descoberta de substitutos que tornem inaceitável a manutenção do índice de risco anterior).

Além dessas categorias, introduziríamos uma terceira, aquela que mais directamente nos convoca a primeira parte desta reflexão: a do risco do desenvolvimento tecnológico ou risco de civilização em sentido estrito (*development risk*; *risque du développement*; *risco de desarrollo*). Trata-se de uma hipótese algo paradoxal, dado que só quando um risco de civilização deixa de o ser – para se degradar em risco (residual), evitável ou minimizável, ou para se agigantar a risco intolerável –, se torna relevante para o Direito. Ou seja, o risco de civilização é um risco de avaliação técnica pretérita mas de valoração jurídica presente – caso perca a sua natureza de risco totalmente desconhecido para se tornar conhecido. E é na “transição” da ignorância para a incerteza que os problemas se colocam, tanto para quem introduz o factor de risco que se revela, como para quem o deverá (passar a) controlar.

---

<sup>3</sup> Em tradução inglesa acessível aqui: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=67>.



## 2 RISCO DE CIVILIZAÇÃO: INDENIZABILIDADE OU INIDENIZABILIDADE DO RISCO DESCONHECIDO?

Numa primeira acepção, o risco de civilização corresponde a um risco totalmente desconhecido, ou seja, um risco associado a um efeito adverso que o seu criador ou produtor ignorava por completo no momento em que o introduziu na esfera pública, sendo essa ignorância plenamente legítima à luz das melhores informações relevantes disponíveis.

O risco desconhecido não deve ser encarado como passível de accionar os mecanismos da responsabilidade civil, nem por facto ilícito – pois o seu criador não tem condição ou obrigação de o conhecer ou de o imaginar; logo, não lhe pode ser assacada qualquer culpa –, nem pelo risco – porque o risco não é típico, donde não existir ilicitude. Mesmo perante a invocação do princípio da precaução – ou segundo a lógica de antecipação da prevenção que lhe subjaz, como se prefere<sup>4</sup> –, este tipo de riscos não será passível de imputação no plano da responsabilidade civil, nem das entidades privadas autorizadas nem das entidades públicas autorizantes, pois não existia, no momento da emissão da autorização, o mais ínfimo indício de que se poderia vir a registar.

Na legislação portuguesa, a opção de exclusão da responsabilidade por riscos desconhecidos ficou bem patente na subalínea ii) da alínea b) do n. 3 do artigo 20º do DL 147/2008, de 29 de Julho (regime de reparação do dano ecológico), onde se lê que

“3. O operador não está ainda obrigado ao pagamento dos custos das medidas de prevenção ou de reparação adoptadas nos termos do presente decreto-lei se demonstrar, cumulativamente, que:

a) Não houve dolo ou negligência da sua parte;

b) O dano ambiental foi causado por: [...]

ii) Uma emissão, actividade ou qualquer forma de utilização de um produto no decurso de uma actividade que não sejam consideradas susceptíveis de causar danos ambientais de acordo com o estado do conhecimento científico e técnico no momento em que se produziu a emissão ou se realizou a actividade”.

Imputar danos num cenário de ignorância não é, pois, no Direito português, admissível. Como explica Aude Rouyère, justificando idêntica solução no Direito francês, a imputação seria, neste caso, retroactiva e extravasaria mesmo os parâmetros lassos e pouco definidos da precaução, que admite a tomada de medidas em cenários de incerteza: “Já não se trata apenas de raciocinar com base numa hipótese de risco cuja probabilidade de pertinência é indefinida mas antes de uma ausência de incerteza devido ao facto de o risco não ser sequer

<sup>4</sup> Sobre a preferência do princípio da prevenção sobre a lógica de precaução, Cf. AMADO GOMES, Carla. *Risco e modificação...* Op. cit., p. 252 ss; AMADO GOMES, Carla. *Precaução e protecção do ambiente: da incerteza à condicionalidade.* In: SILVA, Jorge Pereira da; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *Justiça entre gerações. Perspectivas interdisciplinares.* Fundação Manuel dos Santos. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. p. 323 ss. Disponível em: <https://www.ffms.pt/FileDownload/c78d66a1-dbe6-49be-bed6-fe2320ca1a28/justica-entre-geracoes-perspectivas-interdisciplinares>. Acesso em: 4 maio 2019.

imaginável”.<sup>5</sup> Insiste-se em que configurar a hipótese da responsabilidade civil neste contexto é questionável, não só do ponto de vista da filosofia do instituto – promover a reparação de um dano que dolosa ou negligentemente se propiciou ou em cuja álea de actividade era susceptível de ocorrer –, como também na perspectiva da articulação com algumas liberdades fundamentais, como as de iniciativa económica privada, de investigação científica, enfim, de desenvolvimento da personalidade – que ficariam gravemente tolhidas em face de um cálculo de risco que assenta na impossibilidade de exclusão teórica de ocorrência.

Autores há, todavia, que defendem ser o produtor/criador/empresário sempre responsável pelos danos gerados por produtos/invenções/actividades decorrentes de riscos totalmente desconhecidos à data da introdução no mercado/início de funcionamento, uma vez que, estando criador do risco e consumidor em pé de igualdade face ao desconhecido, será mais justo onerar o operador económico – mesmo que através de uma técnica diversa da responsabilidade civil (v.g., recorrendo-se a fundos de garantia alimentados por sectores de determinadas empresas).<sup>6</sup>

Julga-se, salvo o devido respeito, que esta posição vitimiza excessivamente o consumidor, que utiliza o produto/prática a actividade para incrementar uma necessidade mais ou menos essencial e que, tendo em consideração os controlos de segurança que os produtos sofrem, estará exposto a um risco altamente residual. Em contrapartida, a canalização de verbas para fundos de garantia de cobertura de danos provocados por riscos desconhecidos constituirá um factor inibitório da actividade económica/de investigação que tendencialmente desacelerará o progresso técnico-científico e acabará por onerar aleatoriamente os consumidores (em razão da repercussão desses custos no preço dos produtos/actividades).

Acresce a esta problemática a questão da dificuldade de imputação de danos muito desfasados do momento de utilização/consumo/prática da actividade que se veio a revelar lesiva, em face de normas prescricionais (cf. o artigo 309º do Código Civil: 20 anos; o artigo 33º do DL 147/2008, de 29 de Julho: 30 anos). Esta dificuldade é mais patente relativamente a danos instantâneos (v.g., tratamento realizado na infância que provoca uma lesão só detectável na maioridade) do que a danos cumulativos ou decorrentes da utilização quotidiana de determinado produto (v.g., medicamento de toma diária cujo potencial cardíaco se descobre; implante no qual se desvenda risco cancerígeno), dado que, na transição de risco desconhecido para risco suspeitado e eventualmente confirmado, o potencial lesado mantém contacto com a fonte de risco. Tal diferença pode ter implicações para o agente que introduziu o factor de risco no mercado e também para quem o controla, mormente no plano dos deveres de informação.

<sup>5</sup> ROUYÈRE, Aude. Responsabilité et principe de précaution. In: *Actes du colloque: vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique*. Palais du Luxembourg, 11/12 maio 2001, II. B). Disponível em: [http://www.senat.fr/colloques/colloque\\_responsabilite\\_publique/colloque\\_responsabilite\\_publique13.html](http://www.senat.fr/colloques/colloque_responsabilite_publique/colloque_responsabilite_publique13.html). Acesso em: 4 maio 2019.

<sup>6</sup> É a posição sustentada por GARRIDO CORDOBERA, Lidia. El “riesgo de desarrollo” - un punto de tensión en la aplicación de los principios del Derecho de daños. *Revista General de legislación y Jurisprudencia*, 2009/2. p. 299 ss, *max.* 306. No mesmo sentido, mas com outros argumentos: ESTEVE PARDO, José. La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible. *Revista de Administración Pública*, n. 149, 1999. p. 37 ss. Autor que considera que exonerar os operadores de responder pelos riscos de desenvolvimento viola o princípio da precaução e demite-os de prosseguirem o objectivo continuado de incremento do nível de segurança dos produtos.

Com efeito, a partir do momento em que o risco se torne conhecido – leia-se: pelo menos pressentido a partir de opiniões credíveis –, a via da responsabilidade começa a abrir-se. Pode ser, no entanto, difícil estabelecer o momento a partir do qual o dever de prevenção, no máximo, ou o dever de informação, no mínimo, desponta, caso a descoberta do risco não seja assinalada: ou através de uma alteração legislativa; ou na sequência da ocorrência de um conjunto de factos lesivos que demonstrem nexo de causalidade plausível com a actividade/produto em questão com repercussão assinalável; ou ainda perante a emergência de uma tendência clara de reconhecimento do risco no seio da comunidade científica.

A título ilustrativo, assinalam-se dois casos:

- a compensação aos hemofílicos infectados por transfusões de sangue realizadas em hospitais públicos em meados da década de 1980, por um fundo constituído pelo Estado. Estas compensações, decididas por decreto-lei de 1993, surgem na sequência de debates públicos sobre a omissão consciente de retirada do mercado de lotes de sangue ao qual já se imputava a possibilidade de contaminação com uma doença nova. Porque houvera sinalização do risco, a responsabilidade administrativa seria por facto ilícito, o que levou o Estado a conceber uma solução agilizada e global de compensação, para apaziguar os lesados e promover a igualdade;
- a questão do potencial cancerígeno do amianto.<sup>7</sup> Em França, a justiça já condenou o Estado em acções de responsabilidade interpostas por vítimas de exposição ao amianto, por omissão de medidas de fiscalização,<sup>8</sup> servindo-se do ponto de viragem temporal fixado em directiva da União Europeia (o ano de 2005, data limite de extracção e utilização do amianto no espaço da União Europeia), que “atesta uma obrigação de prevenção decorrente de uma informação incontestada” e que se firma num princípio de que “a emissão de directivas comunitárias não permite ao Estado invocar a incerteza científica para justificar um alheamento de deveres de antecipação do risco”.<sup>9</sup> Ressalte-se, todavia, que o número de vítimas e a ignorância do risco durante um largo período conduziu à criação, em 2000, de um fundo de solidariedade, que veicula um ressarcimento mais célere (abdicando da caracterização da culpa, do Estado ou do empregador).

<sup>7</sup> A inalação de fibras de amianto começou a ser estudada no princípio do século XX e foi caracterizada em 1930 como susceptível de provocar efeitos cancerígenos. Em meados dos anos 1950, o potencial cancerígeno foi atestado no Reino Unido, passando o risco da zona do desconhecimento para a do risco conhecido pela comunidade científica. Na directiva 83/477/CE, de 19 de Setembro (relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros quanto à protecção sanitária dos trabalhadores expostos ao amianto durante o trabalho), ficou definitivamente reconhecido, ao nível da União Europeia, que a exposição a determinados níveis de amianto pode constituir risco de contrair cancro, tendo a directiva 76/769/CEE, do Conselho, de 27 de Julho (relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à limitação da colocação no mercado e da utilização de algumas substâncias e preparações perigosas) fixado em 1 de Janeiro de 2005 a data de término da extracção e utilização de amianto na União Europeia.

<sup>8</sup> Cf. o acórdão do *Conseil d'État* de 3 de Março de 2004, *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/Consorts Borella*.

<sup>9</sup> ROUYÈRE, Aude. *Responsabilité et principe de précaution*. Op. cit., ponto I.A.

Complexo pode ser também, na ausência de previsão legislativa habilitante, exigir da Administração (e impor ao operador autorizado) medidas preventivas que extravasem a área de risco previamente definida, dado que se trata de ingerências na esfera jurídica do operador/titular da autorização que se configuram como totalmente imprevistas e podem constituir um ónus económico insuportável. Certo é que quer perante riscos totalmente desconhecidos que subitamente se denunciam, quer face a novos riscos associados a produtos/actividades já identificadas como susceptíveis de interferir negativamente com a saúde ou o ambiente, as autoridades de saúde e de vigilância económico-sanitária deverão ordenar a suspensão temporária da actividade ou da comercialização do produto num cenário de lesão iminente da saúde pública/ambiente – mormente no caso de bens alimentares ou medicamentosos, de consumo universal –, ou pelo menos e dependendo da análise de risco perfunctoriamente efectuada (em face da urgência e da incerteza), difundir avisos sobre a suspeita de risco emergente.

## **2.1 Deveres de protecção do Estado perante o reconhecimento de riscos: dever de informar, dever de legislar**

Perante um risco emergente mas inesperado, os utilizadores dos produtos/praticantes da actividade, consumidores em geral, devem ser informados e/ou prevenidos sobre o facto de (continuar a) contactar com a fonte de risco. A dimensão informativa envolve particulares dificuldades, pois a ingerência recomendatória pode ser tão ou mais lesiva para o operador económico do que a suspensão da comercialização (ou a imposição de medidas de prevenção adicionais, que o princípio da reserva de lei pode não comportar). É manifesto, todavia, que perante situações de alarme social generalizado, com danos reais conhecidos, os poderes públicos têm um dever de protecção/pacificação que passa pela transmissão de informação o mais objectiva e precisa possível – cuja comprovação do nexo de causalidade risco/lesão ficará, em cenários de urgência, tanto mais aligeirada quanto maior se afigurar a ameaça para bens jurídicos essenciais.

Relativamente às informações/avisos difundidos em cenários de incerteza e clima emergencial, a questão da responsabilidade das entidades públicas torna-se, de uma banda, mais fluida, nomeadamente quanto à avaliação do risco e quanto à plena comprovação do nexo de causalidade; e, de outra banda, mais exposta, em virtude do aproveitamento que os meios de comunicação geralmente fazem de situações de risco sanitário e ambiental. A complexidade agudiza-se em razão da intermediação, no plano da saúde pública, das autoridades europeias, podendo gerar-se situações de eventual responsabilidade das autoridades da União Europeia, por difusão de alertas emitidos por um determinado Estado-membro relativamente a produtos em circulação no espaço eurocomunitário.

Quando estão em jogo o ambiente e, sobretudo, a saúde pública – contra a iniciativa económica –, a Administração pauta-se pelo lema de que é melhor pecar por excesso do que por defeito. A culpa pela inacção é mais facilmente caracterizável e socialmente muito mais censurável numa ponderação preventiva que balanceie entre a segurança e a propriedade, do que a culpa pela acção de salvaguarda de bens passíveis de sofrer lesões irreversíveis

contra prejuízo de interesses de natureza económica – isto, claro, perante a existência de indícios de risco iminente minimamente creíveis. Foi este o posicionamento do Supremo Tribunal Administrativo, em Acórdão de 20 de Junho de 1989,<sup>10</sup> num caso em que se discutia a questão da eventual responsabilização do Ministro da Agricultura, por facto ilícito, por ter difundido uma nota oficiosa alertando a população para a actuação de um elenco de industriais e comerciantes de carne de porco, numa época em que um surto de peste suína africana grassava no país. O Supremo descartou o pedido de uma das empresas incluídas na lista, que alegava ter sofrido danos ao seu bom nome comercial, por entender que, naquelas circunstâncias e em virtude de notícias vindas a lume na imprensa escrita onde se denunciava a actuação dessa empresa (bem como de outras), cabia ao Ministro o dever de prevenir atentados à saúde pública, pelo que não havia qualquer ilicitude na sua conduta.

No plano internacional, o dever de informação enquanto integrando um dever amplo de protecção do Estado sobre riscos tem sido objecto de desenvolvimento pela Corte de Estrasburgo. No caso *Öneryildiz contra a Turquia* (2002),<sup>11</sup> o Estado turco foi condenado por défice de protecção da vida, integridade física e propriedade de uma família da qual todos os membros faleceram (salvo o pai) em virtude de uma explosão de gás metano numa lixeira nos arredores de Istambul (Ümraniye), onde residiam clandestinamente, numa barraca.

O interesse do caso para a temática que nos ocupa prende-se com o facto de o Estado turco se ter defendido alegando que cumprira o seu dever de alerta sobre risco de explosão; todavia, sendo o risco grave e iminente e estando vidas em jogo, a informação deveria ter sido especialmente clara e proactiva, não se bastando com a mera transmissão de uma possibilidade de risco mas antes devendo caracterizá-lo como grave e premente e acompanhando esse aviso de actuações positivas que vencessem a natural resistência de pessoas de baixa condição em abandonar o seu desolado lar.

Outros casos levados à Corte Europeia dos Direitos do Homem envolveram também dever de informação e direito à vida/integridade física:

- No caso *Vilnes and Others vs. Norway* (Acórdão de 5 de Dezembro de 2013), mais uma vez fazendo interferir informação com direito à integridade física (saúde). Desta feita discutiu-se o direito à reparação por défice de informação sobre a técnica de mergulho em águas profundas, reclamada por trabalhadores em plataformas petrolíferas da Noruega, e novamente a Corte deu por violado o artigo 8 da Convenção, por julgar que, importando a actividade riscos para a saúde, mesmo que não plenamente conhecidos num momento inicial, se desconsiderou o direito à privacidade dos autores não lhes prestando a informação disponível;
- no caso *Brincat and Others vs. Malta* (Acórdão de 24 de Julho de 2014), os autores pediam compensação por exposição a amianto durante a reparação de navios, desde 1950 a 2000. Sendo certo que só a partir dos anos 1970 os riscos

<sup>10</sup> *Apêndice ao DR*, de 15 de novembro de 1994, p. 4384 ss.

<sup>11</sup> Acórdão de 18 de junho de 2002, proc. 48939/99. Desta decisão houve recurso para o Pleno do Tribunal, que confirmou a posição tomada pela 1ª Secção por Acórdão de 30 de novembro de 2004.

do amianto começaram a ser estudados, o Tribunal considerou que desde essa época o Estado maltês tinha obrigação de implementar medidas de minimização de riscos e de informar os trabalhadores sobre eles — mas na verdade só em 2003 o fez. Constatou, portanto, que os artigos 2 e 8 da Convenção foram violados.

Enfim, quando o risco sai da zona de sombra – desconhecido, portanto, da Administração autorizante e livre de cobertura habilitante de poderes de ingerência (na medida em que completamente dissociado de riscos anteriormente identificados e associados ao produto/actividade) –, e entra na zona de luz, a sua emergência gera deveres de informação, mas não suporta ingerências mais intensas, salvo iminência de lesão para bens jurídicos essenciais. Nesse contexto de urgência sanitária ou ambiental, a informação veiculada deve ser o mais objectiva e precisa possível, mas sempre acarretará uma margem de falibilidade superior à prestação de informações fora de cenários emergenciais.

Tal margem de falibilidade caracterizada afasta, tendencialmente, a responsabilização por facto ilícito. Em contrapartida, o recurso à melhor informação disponível, mesmo que não única e ainda que não plenamente comprovada, sempre que redunde em dano para algum(ns) dos actores económicos em jogo, poderá eventualmente gerar responsabilidade por facto lícito, caso se verifiquem os apertados requisitos da figura (concretamente, o dano ser especial e anormal).

Se o princípio da reserva de lei impede a responsabilização por omissão ilícita de introdução de medidas de ingerência de controlo dos novos riscos (salvo, insiste-se, perante risco grave e iminente), em sede de função administrativa – pois a gestão dinâmica de riscos inimagináveis não é enquadrável nos pressupostos da competência autorizativa anterior ao surgimento/percepção do risco –, diferente se afigura a resposta, como se salientou a propósito do amianto, no tocante à responsabilidade do legislador. Na verdade, a omissão de enquadramento normativo habilitando a Administração a intervir na prevenção e minimização – ou mesmo na proibição –, configurada a partir do momento em que a suspeita de risco ganhe densidade suficiente para dever ser minimizada nos termos do tecnicamente possível, constitui tarefa primeira do Legislativo.

A responsabilidade do Estado por facto legislativo constitui, todavia, um “produto de luxo”, como sublinha Chapus.<sup>12</sup> O legislador, em razão da abrangência de efeitos da sua actividade, é um “sujeito” cuja responsabilização, por acção e omissão, impõe especiais cuidados. Em Portugal, Rui Medeiros, em dissertação de mestrado,<sup>13</sup> bateu-se por uma disciplina do regime deste tipo de responsabilização, o qual deverá envolver uma violação evidente de um direito fundamental — ou de um dever de protecção destinado a protegê-lo, no caso da omissão —, acompanhada de uma lesão, directa ou indirecta, resultante de tal evidente violação de um dever de protecção, sempre que esta provoque na esfera jurídica do lesado um dano anormal (um dano que, pela sua magnitude, ultrapasse os “custos normais da vida em sociedade”).

<sup>12</sup> CHAPUS, René. *Droit Administratif général*. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001. p. 1380.

<sup>13</sup> MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*. Coimbra: Almedina, 1992.

Atendendo à multiplicidade e permanente mutabilidade de domínios na órbita de actuação do legislador, a verificação da omissão deverá envolver ainda a análise das circunstâncias concretas de cada caso, nomeadamente a sinalização da omissão e, na quantificação do dever de indemnizar, a ponderação da adopção de diligências capazes de minimizar a situação de ilicitude. Estas coordenadas foram levadas em conta na decisão Aquaparque (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de Maio de 2002<sup>14</sup>), que imputou ao Estado legislador responsabilidade civil pela omissão de legislação sobre parques aquáticos, a propósito da morte de um menor num desses parques, em 1993.

O Tribunal teve em especial consideração: i) tratar-se de um dano anormal, relativamente a um direito fundamental da maior relevância; ii) haver uma total omissão legislativa de enquadramento do funcionamento destas infraestruturas, frequentadas por milhares de pessoas e em especial, menores; iii) ter havido sinalização do risco em vários momentos, quer com uma morte anterior (1988), quer em pareceres de instituições da Administração Pública como o Instituto de defesa do consumidor (1992), quer em estudos da Associação de Defesa do Consumidor; iv) constar da Constituição da República Portuguesa um artigo, 22º, que determina a responsabilidade do Estado por acções e omissões das suas funções, quando resultem danos para os particulares e sejam violados direitos fundamentais.

A omissão legislativa é, hoje, árdua de activar em Portugal, no plano da responsabilidade do Estado, por força dos constrangimentos impostos pelo artigo 15º do Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas,<sup>15</sup> nomeadamente em razão da exigência de prévia constatação pelo Tribunal Constitucional de inconstitucionalidade por omissão (a qual só ocorre em situações em que o legislador ordinário não dê exequibilidade a normas constitucionais que requeiram mediação legislativa: cfr. o artigo 283º da Constituição). Ou seja, perante riscos de civilização que estejam em trânsito da fase de ignorância para a de reconhecimento, torna-se muito difícil imputar responsabilidades aos poderes públicos, nomeadamente ao Estado, em virtude deste apertado regime, que em última análise põe em causa o direito de acesso à tutela efectiva.

### **3 INOVAÇÕES TÉCNICAS DISRUPTIVAS: UMA NOVA CATEGORIA DE RISCOS TECNOLÓGICOS — E UM NOVO FUNDAMENTO DE IMPUTAÇÃO?**

Até aqui, temos olhado para a questão da gestão e responsabilização por efeitos de inovações tecnológicas de um ponto de vista triangular: quando a técnica é introduzida na sociedade (novo medicamento; novo alimento; novo equipamento) e a Administração tem competências autorizativas, no âmbito das quais define as circunstâncias de gestão do risco em causa, estabelece-se uma relação na qual existem operador, Administração e terceiro (consumidor/utente). A Administração responderá por danos em caso de défice de ponderação do risco no acto autorizativo, exclusiva ou solidariamente com o operador, por acção;

<sup>14</sup> LISBOA. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. *Proc. 0035211*. Lisboa, 07/05/2002. Disponível aqui: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4b6c392c230c5a0980256bf30034dc87?OpenDocument>. Acesso em: 5 jun. 2019.

<sup>15</sup> Aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de dezembro, com a alteração introduzida pela Lei 31/2008, de 17 de julho.

e também por omissão de fiscalização, solidariamente com o operador mas não em partes iguais (uma vez que é este quem retira lucro da actividade), caso se demonstre a causalidade directa entre esta omissão e o dano sofrido.

Já na hipótese de riscos desconhecidos, será uma opção política responsabilizar por danos ou não, mas sempre em primeira linha deverá responder o “dono do risco”, uma vez que é este quem retira lucro da actividade económica em causa e também porque a Administração não podia nem devia ter agido de outro modo, em razão do completo desconhecimento do risco associado. A questão que se pode colocar é a da responsabilização por danos na fase da revelação do risco — e aí entrará no triângulo, eventualmente, o Estado legislador, em vez do Estado administrador.

Esses riscos que analisamos não influem no funcionamento do mercado, mas as “inovações disruptivas”, sim. A tomada em consideração da afectação por estas de operadores num mercado regulado em razão de questões de segurança ou saúde públicas abre, eventualmente, um quarto polo na equação de responsabilização. Mas vamos por partes.

O conceito de inovações disruptivas ganhou densidade a partir da década de 1990, na obra de Clayton Christensen. No livro *The Innovator’s Dilemma* (1997), o autor apresenta a distinção de dois tipos de inovação: disruptivas e sustentadoras. No caso das inovações disruptivas, estas darão origem a novos mercados e modelos de negócio, apresentando soluções mais eficientes do que as existentes até o momento. Por outras palavras, a inovação disruptiva ocasiona a ruptura de um antigo modelo de negócio e altera as bases de concorrência existentes. Os novos produtos são normalmente mais baratos e mais fáceis de usar. Assim, com estes diferenciais, a tendência é os negócios prosperarem, pois as organizações que desenvolvem a inovação disruptiva ganharão experiência e investimentos sólidos, permitindo que melhorem cada vez mais o desempenho dos seus produtos, aprimorem os atributos existentes e ainda acrescentem novos atributos aos seus produtos. Em suma, é possível referir que a inovação disruptiva gera um novo mercado, com um novo conceito de qualidade para novos consumidores.<sup>16</sup>

Desde logo, a linha de montagem introduzida por Henry Ford, em 1913, que deu origem à produção em massa de automóveis, pode ser considerada uma inovação disruptiva. Realidades como a Uber, o Airbnb, a livraria da Amazon, são exemplos mais recentes de técnicas de negócio que transformam as condições de concorrência de certas empresas, em razão da maior visibilidade e atractividade dos serviços para o consumidor. Estas técnicas, quando não impliquem riscos para a saúde dos consumidores e de terceiros, são de saudar do ponto de vista da liberdade de inovação e dos direitos dos utentes; no entanto, uma dúvida desponta relativamente às perdas causados aos operadores já instalados no mercado, sujeitos a eventuais restrições no exercício da sua actividade (autorizações; seguros; direitos laborais): pode, em alguns casos, configurar-se uma situação de concorrência desleal, por a mesma actividade, em termos materiais, ser regulada e implicar custos significativos, para os operadores antigos, e não ter qualquer regulação para os novos operadores.

---

<sup>16</sup> Cf. CÂNDIDO, Ana Clara. *Inovação Disruptiva: Reflexões sobre as suas características e implicações o mercado*. *IET Working Papers Series*, 2011. Disponível em: <[https://run.unl.pt/bitstream/10362/6912/1/WPSeries\\_05\\_2011ACC%25C3%25A2ndido-1.pdf](https://run.unl.pt/bitstream/10362/6912/1/WPSeries_05_2011ACC%25C3%25A2ndido-1.pdf)>. Acesso em: 5 jun. 2019.



Á partida, dir-se-ia que a questão da ressarcibilidade de prejuízos sofridos por operadores antigos em face de perda de quota de mercado não deverá, em princípio, ser colocada, uma vez que a liberdade de inovação tecnológica é uma liberdade em si e pode ser funcionalizada à liberdade de iniciativa económica. Um operador que vende um serviço está sempre sujeito a imponderáveis, naturais (fenómenos climáticos), ligados às preferências do consumidor (um produto cujo consumo sai “de moda”) ou decorrentes de novas tecnologias (telefones, leitores de vídeo ou áudio são hoje obsoletos). Seriam riscos de investimento que cada um deve encarar como contrapartida da possibilidade de lucro.

No entanto, o problema poderá colocar-se, admitimos, nos casos em que a uma actividade instalada cujo exercício é intensamente regulamentado — desde logo, por razões que se prendem com a segurança dos utentes e de terceiros — se justapõe uma actividade com exactamente o mesmo objecto mas, por força do recurso a meios digitais ou outros, sem qualquer regulação. Pensamos, muito concretamente, no caso de plataformas digitais que disponibilizam serviços de transporte por veículos não sujeitos à disciplina do serviço de taxi. Existirá neste caso uma violação do princípio da igualdade na medida em que estará a tratar diferente — por ausência de regulação — o que é idêntico, sem que para tanto se perfilhem razões objectivas mas antes se verifique o aproveitamento de um vazio legal pelo novo operador. Mesmo levando em conta a liberdade conformativa do legislador quanto ao como e quanto ao quando da modelação do exercício da liberdade de iniciativa económica, a verdade é que estaremos perante situações em que o mesmo tipo de serviço é sujeito a pressupostos estritos, na sua forma tradicional e a nenhum tipo de pressupostos, na sua nova versão. O que inequivocamente perturbará a concorrência.

Dizer isto não é, todavia, suficiente, para justificar a atribuição de uma indemnização por violação do dever de legislar para harmonizar condições de concorrência entre actividades com o mesmo objecto. Seria necessário caracterizar o dano anormal sofrido pelas actividades instaladas, o que passaria inevitavelmente tanto pelo compute do período de tempo que decorrer entre a entrada no mercado do novo operador e a publicação de legislação disciplinadora, como pelo período de instalação do operador antigo no mercado o qual lhe teria garantido já retorno do investimento. Bem como envolverá caracterizar a violação de um direito à igualdade de iniciativa económica de uma determinada actividade como intensa e injustificada, ou seja, inconstitucional. Descartando os problemas adjectivos que a legislação portuguesa regista para fazer valer uma pretensão de responsabilização do Estado legislador por omissão, sempre se dirá que tal pretensão, do ponto de vista substantivo, tão pouco se afiguraria simples, uma vez que até hoje o único caso que logrou sucesso neste domínio (o já referido caso Aquaparque) se prendeu com a violação do direito à vida e ficou sobejamente provada a sinalização do risco, a causalidade, a intensidade da violação e a anormalidade do dano.

Note-se que admitir a hipótese de um dever do Estado de indemnizar por riscos de inovações disruptivas por violação do princípio da igualdade implica fazer entrar um quarto pólo — ainda que a título meramente relacional — na equação da gestão do risco: os operadores já instalados, que sofrem perdas de clientela. Não se tratará mais apenas de uma

relação triangular, no plano do Estado-Administração envolvendo Estado/operador/terceiros, mas de uma relação quadrangular entre Estado/operador disruptivo/operador instalado/terceiro, no plano do Estado-Legislador.

Ainda no domínio das inovações disruptivas, mais clara se afigura a possibilidade de responsabilização do Estado — ou outros entes públicos, dependendo do esquema de atribuição de competências regulatórias — perante tecnologias susceptíveis de, em razão de utilizações temerárias, provocar lesões aos utilizadores ou a terceiros. Aludimos agora à nova moda na mobilidade citadina em cidades europeias: as trotinetes eléctricas, já consideradas a grande tecnologia disruptiva no domínio do turismo urbano.<sup>17</sup> O seu estatuto híbrido — peão ou veículo? — convida os seus utilizadores a adoptar práticas descuidadas e susceptíveis de os colocar em risco (quando circulam na via pública, junto aos automóveis) e também a terceiros (quando circulam no passeio em velocidade significativa). A ausência de regulação já levou autoridades municipais a proibir a sua circulação até que o seu estatuto seja esclarecido nos Códigos da Estrada<sup>18</sup>; a ausência de uma tomada de posição regulatória das entidades competentes pode induzir demandas de responsabilidade, por omissão de deveres de protecção — embora, quanto aos próprios utilizadores, se possa sempre temperar ou excluir tais pretensões apelando ao concurso de culpas ou ‘comportamento do lesado’.

Destes breves apontamentos fica clara a complexidade que envolve a responsabilização do Estado, tanto no plano da função Administrativa, como da Legislativa, no âmbito da gestão da incerteza, mormente quando falamos de riscos de civilização ou de riscos de inovações disruptivas de mercado. Um domínio que, não podendo ser ignorado num Estado de Direito, deve ser abordado com grande cautela em razão das pesadas consequências financeiras que, para Estados com recursos cada vez mais escassos, pode envolver.

## REFERÊNCIAS

“Vão morrer pessoas a andar de trotinete em Lisboa”. *CM Portugal*, nov. 2018. Disponível em: <https://www.cmjornal.pt/portugal/detalhe/vao-morrer-pessoas-a-andar-de-trotinete-em-lisboa>. Acesso em: 5 jun. 2019.

AMADO GOMES, Carla. Precaução e protecção do ambiente: da incerteza à condicionalidade. In: SILVA, Jorge Pereira da; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *Justiça entre gerações*. Perspectivas interdisciplinares. Fundação Manuel dos Santos. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. Disponível em: <https://www.ffms.pt/FileDownload/c78d66a1-dbe6-49be-bed6-fe2320ca1a28/justica-entre-geracoes-perspectivas-interdisciplinares>. Acesso em: 4 maio 2019.

<sup>17</sup> COHEN, S.A.; HOPKINS, D. Autonomous vehicles and the future of urban tourism. *Annals of Tourism Research*, n. 74, 2019. p. 33 ss.

<sup>18</sup> Cf. algumas notícias sobre acidentes múltiplos em poucos meses de funcionamento do aluguer destas trotinetes em França, Madrid e Lisboa: TROTTINETTES: bientôt une nouvelle réglementation en ville? *France Télévisions*, nov. 2018. Disponível em: [https://mobile.francetvinfo.fr/economie/transports/trottinettes-bientot-une-nouvelle-reglementation-en-ville\\_3014331.html#xtor=CS2-765-%5Bautres%5D-&xtref=acc\\_dir](https://mobile.francetvinfo.fr/economie/transports/trottinettes-bientot-une-nouvelle-reglementation-en-ville_3014331.html#xtor=CS2-765-%5Bautres%5D-&xtref=acc_dir). Acesso em: 5 jun. 2019; TROTTINETTES à solta em Madrid já provocaram 22 acidentes. *Diário de notícias*, nov. 2018. Disponível em: <https://www.dn.pt/mundo/interior/trotinetes-a-solta-em-madrid-ja-provocaram-22-acidentes-10121836.html>. Acesso em: 5 jun. 2019; “Vão morrer pessoas a andar de trotinete em Lisboa”. *CM Portugal*, nov. 2018. Disponível em: <https://www.cmjornal.pt/portugal/detalhe/vao-morrer-pessoas-a-andar-de-trotinete-em-lisboa>. Acesso em: 5 jun. 2019.

AMADO GOMES, Carla. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*. Coimbra: Coimbra, 2007.

CÂNDIDO, Ana Clara. Inovação Disruptiva: Reflexões sobre as suas características e implicações o mercado. *IET Working Papers Series*, 2011. Disponível em: [https://run.unl.pt/bitstream/10362/6912/1/WPSeries\\_05\\_2011ACC%25C3%25A2ndido-1.pdf](https://run.unl.pt/bitstream/10362/6912/1/WPSeries_05_2011ACC%25C3%25A2ndido-1.pdf). Acesso em: 5 jun. 2019.

CHAPUS, René. *Droit Administratif général*. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001.

COHEN, S.A.; HOPKINS, D. Autonomous vehicles and the future of urban tourism. *Annals of Tourism Research*, n. 74, 2019.

ESTEVE PARDO, José. La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible. *Revista de Administración Pública*, n. 149, 1999.

GARRIDO CORDOBERA, Lidia. El “riesgo de desarrollo” - un punto de tensión en la aplicación de los principios del Derecho de daños. *Revista General de legislación y Jurisprudencia*, 2009/2.

LISBOA. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. *Proc. 0035211*. Lisboa, 07/05/2002. Disponível aqui: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4b6c392c230c5a0980256bf30034dc87?OpenDocument>. Acesso em: 5 jun. 2019.


MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*. Coimbra: Almedina, 1992.

ROUYÈRE, Aude. Responsabilité et principe de précaution. In: *Actes du colloque: vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique*. Palais du Luxembourg, 11/12 maio 2001, II. B). Disponível em: [http://www.senat.fr/colloques/colloque\\_responsabilite\\_publique/colloque\\_responsabilite\\_publique13.html](http://www.senat.fr/colloques/colloque_responsabilite_publique/colloque_responsabilite_publique13.html). Acesso em: 4 maio 2019.

TROTTINETTES: bientôt une nouvelle réglementation en ville? *France Télévisions*, nov. 2018. Disponível em: [https://mobile.francetvinfo.fr/economie/transports/trottinettes-bientot-une-nouvelle-reglementation-en-ville\\_3014331.html#xtor=CS2-765-%5Bautres%5D-&xtref=acc\\_dir](https://mobile.francetvinfo.fr/economie/transports/trottinettes-bientot-une-nouvelle-reglementation-en-ville_3014331.html#xtor=CS2-765-%5Bautres%5D-&xtref=acc_dir). Acesso em: 5 jun. 2019.

TROTTINETES à solta em Madrid já provocaram 22 acidentes. *Diário de Notícias*, nov. 2018. Disponível em: <https://www.dn.pt/mundo/interior/trotinetes-a-solta-em-madrid-ja-provocaram-22-acidentes-10121836.html>. Acesso em: 5 jun. 2019.





# Uma autoridade normativa, técnica e nacional para a gestão pública

**Carlos Ari Sundfeld<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Desafios em temas-chave de gestão pública; 3 Estratégias jurídicas para a melhoria do direito da gestão pública 4 Características ideais de uma nova autoridade jurídica, técnica e nacional, para a gestão pública brasileira; 5 Conclusão.

## 1 INTRODUÇÃO

O Brasil, como os outros países, precisa de estabilidade jurídica para seu estado administrativo. Mas há temas-chave de gestão pública que continuam cercados de insegurança entre nós.

O desafio, que será discutido nesta apresentação, é a enorme fragmentação das decisões administrativas e de controle. Mesmo no caso da aplicação de normas constitucionais ou legais de caráter nacional, cada ente da Federação, e respectivos órgãos de controle externo (tribunais de contas da União, dos estados e de municípios), faz sua própria interpretação e lhe dá execução com liberdade. Isso leva a aplicações baseadas em interpretações bem distintas.

É uma insuficiência de nossas instituições de direito público: a baixa homogeneidade na aplicação do sistema normativo público. Com isso, o sistema se tornou disfuncional e instável.

Criamos um sistema que incentiva bastante os questionamentos, o que tem seu valor no estado democrático de Direito. Mas não há instância técnica capaz de cuidar, de modo específico, permanente e eficiente, da coerência e da estabilidade jurídica do estado administrativo em seus diversos níveis e funções. Isso acaba por afetar a eficiência da ação finalística do estado, com gestores onerados ou à espera do fim das disputas jurídicas, que surgem a toda hora dentro da própria administração, no controle externo e no Judiciário.

É preciso controlar a ineficácia legislativa e o caos de interpretações nos temas-chave: prevenção da corrupção, transparência e publicidade, desburocratização, concurso público e outros processos de admissão de servidores, licitação, contratos estatais e política fiscal. Para todos eles, já temos quantidade significativa de normas que tentam melhorar as administrações da União, dos estados e dos municípios. São normas da Constituição e de leis nacionais, algumas recentes. Só que ainda funcionam mal.

Quais são os desafios? É este o objeto do primeiro tópico, a seguir.

---

<sup>1</sup> Professor Titular da FGV Direito/SP. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP.

## 2 DESAFIOS EM TEMAS-CHAVE DE GESTÃO PÚBLICA

O primeiro conjunto de desafios envolve o tema da prevenção da corrupção administrativa.

Essa prevenção vem sendo buscada por normas constitucionais e legais variadas. Exemplos são as que instituíram o dever de apresentar declaração de bens para posse em cargo público (Lei da Improbidade, lei 8.429, de 1992, art. 13), o acordo de leniência na esfera administrativa (Lei Anticorrupção, lei 12.846, de 2013, arts. 16 e 17), os meios legais de acesso à informação pública (Lei de Acesso à Informação, lei 12.527, de 2011, art. 9º), bem como os Códigos de Conduta e Integridade e os órgãos de gestão de riscos e de auditoria nas empresas estatais (Lei das Estatais, lei 13.303, de 2016, arts. 9º, 24 e 25). Além disso, projetos de lei sobre compliance pública estão em tramitação no Congresso Nacional.

Ocorre que a eficácia nacional dessas normas vem sendo – ou poderá ser – muito comprometida por interpretações conflitantes, maliciosas ou oportunistas nos vários níveis da Federação, tanto das esferas administrativas como do controle externo. Que melhoria institucional poderia afetar positivamente a eficácia normativa nesse campo?

O segundo tema é o da publicidade e da transparência públicas.

Elas já são deveres de toda a administração brasileira por força de normas constitucionais (como o princípio da publicidade administrativa do art. 37, caput e o dever estatal de informação do art. 5º, XXXIII), as quais justificaram a edição, com efeitos nacionais, da Lei de Acesso à Informação (lei federal 12.527, de 2011), entre outras normas legais. Mas é preciso impedir que esses valores, tal como incorporados na Constituição e nas leis nacionais, sejam comprometidos por sucessivos problemas e manipulações na interpretação. Hoje, temos dificuldade para fazê-lo.

Isso leva ao terceiro tema: a desburocratização.

O futuro das administrações públicas é o governo eletrônico. E ele supõe desburocratização. Sua implantação, que pode aumentar a transparência e a eficiência – e permitir a integração dos sistemas de informação pública, nos diversos níveis da Federação – depende da superação de padrões burocráticos atuais, que têm variado de ente para ente. Isso não parece viável sem normas nacionais de desburocratização. Como fazê-las? Depois, como garantir uma aplicação nacional homogênea?

Barreiras burocráticas administrativas impostas de modo descentralizado por órgãos federais, estaduais ou municipais, seja por meio de interpretações distorcidas, seja por regulamentos burocráticos pulverizados, constituem risco constante de sabotagem à aplicação das normas nacionais que imponham o respeito a valores públicos como a ampla concorrência pelos fornecimentos públicos, a abertura comercial do mercado brasileiro, a transparência, a luta contra a corrupção – e, claro, a desburocratização. Como, com tantas administrações e tantos controladores públicos autônomos, combater com eficiência essas possíveis sabotagens?

Há um quarto tema-chave: política fiscal.

A sustentabilidade e o equilíbrio fiscais em todos os níveis da Federação, fundamentais à política fiscal do país, têm sido buscados por normas nacionais constitucionais e legais (como a Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF, lei complementar 101, de 2000) e pela ação administrativa de autoridades fazendárias federais (prevista, p.ex., no art. 40, § 1º, II e III, e §§ 2º a 6º da LRF).

Um Conselho de Gestão Fiscal foi pensado pelo art. 67 da LRF para, entre outras tarefas, harmonizar a atuação dos entes da Federação e editar normas nacionais de consolidação das contas públicas (art. 67, I e III). Mas ele acabou não se viabilizando, provavelmente pela falta de autorização constitucional para o exercício centralizado dessa função normativa administrativa, com efeitos nacionais. Posteriormente, uma Instituição Fiscal Independente foi criada pelo Senado Federal (resolução 42, de 2016) e, embora relevante na coleta e tratamento de informação, não tem competência normativa.

O Brasil não tem, em matéria fiscal, uma autoridade técnica, de natureza administrativa e regulamentar, com capacidade constitucional inquestionável de vincular as administrações subnacionais e seus controladores. Isso dificulta o combate a desvios de gestão fiscal baseados em interpretações e aplicações variadas, e mesmo heterodoxas, das normas respectivas (ex.: na contabilização de despesas para o atendimento da aplicação do mínimo constitucional em educação). Mas como estabelecer uma autoridade normativa nacional de caráter técnico em política fiscal?

O quinto tema-chave é concurso público.

Trata-se de exigência constitucional para admissão de servidores efetivos na administração pública e para empregos de carreira nas empresas estatais (CF, art. 37, II). Existem processos diversos para a contratação temporária (CF, art. 37, IX) e para os cargos em comissão (CF, art. 37, II). Mas o Congresso Nacional não tem competência legislativa geral para editar normas nacionais sobre esses processos (ao contrário, p.ex., do que ocorre com licitações - CF, art. 22, XXVII) e não existe órgão técnico-administrativo com autoridade regulamentar nacional para isso. Assim, regras e orientações flutuam muito entre as inúmeras administrações do país.

Isso leva, por um lado, a sabotagens constantes das exigências constitucionais sobre concurso público; por outro, a insegurança e timidez dos gestores na adoção de inovações que poderiam modernizar, melhorar e moralizar as seleções de servidores. A experiência positiva do Conselho Nacional de Justiça - CNJ na organização e regularização, por meio de normas regulamentares nacionais (Resolução CNJ 81, de 2009, com alterações posteriores), dos concursos para os cartórios notariais e de registros (concursos previstos no art. 236, § 3º da CF e na lei federal 8.935, de 1994, mas até então comprometidos por práticas descentralizadas) mostra a importância de alguma coordenação administrativa nacional normativa nessa matéria. Mas ela hoje não é juridicamente viável para as administrações públicas de todo o país. Não temos ainda a solução institucional para tanto.

O outro tema-chave é o das contratações estatais.

Antes da década de 1960, era bem restrita a legislação sobre as contratações do governo federal. Além disso, cada estado e município poderia editar regras próprias. O resultado geral não parecia bom: a transparência das contratações era baixa e havia muito espaço para ineficiência, dirigismo e corrupção. Por isso, desde então sucessivas leis nacionais procuraram combater os problemas uniformizando soluções para a União, os estados e municípios. As leis nacionais foram diminuindo a autonomia de ação não só da administração federal, mas também dos legisladores e administradores estaduais e municipais.

A competência do art. 22, XXVII da Constituição de 1988 vem sendo muito usada pelo Congresso Nacional para regular o regime geral de contratos estatais como obras, serviços e compras (leis 8.666, de 1993, 12.462, de 2011, entre outras), concessões (leis 8.987, de 1995, e 11.079, de 2004), contratos de inovação (lei 10.973, de 2004), parcerias sociais (lei 13.019, de 2014) e contratos de empresas estatais (lei 13.303, de 2016). Só que os especialistas acreditam que as práticas com licitações e contratos ainda precisam melhorar muito no Brasil – e isso parece que não vai acontecer sem novas leis nacionais.

Caímos em um círculo vicioso: apesar do inchaço legal, estamos sempre discutindo novas propostas e ampliações das leis, em geral à margem das soluções legais já existentes. E muitas propostas acabam vingando. Tudo se agravou a partir de 1993, depois da lei 8.666. Nos últimos 25 anos, não houve presidente da república que escapasse de sancionar um punhado de leis sobre contratações. O inchaço legal é, portanto, crescente. Mas esse excesso de normas gerais de natureza legislativa enfrenta ou gera novos problemas.

Um é a flutuação excessiva na sua interpretação nos vários níveis da Federação e entre órgãos de controle externo, comprometendo a eficácia nacional do sistema (exemplo é a persistente dúvida, após tantos anos, quanto à abrangência maior ou menor dos efeitos das sanções administrativas de suspensão e inidoneidade do art. 87, III e IV da lei 8.666, de 1993). Novas leis nacionais não podem enfrentar o problema sistêmico gerado pela autonomia interpretativa; ao contrário, tendem a agravar a situação, pois dão novas oportunidades para interpretações conflitantes.

Tal modo de legislar gerou efeitos colaterais ruins: no tema das contratações estatais, vivemos em meio a interpretações flutuantes. Como as leis são muitas, e estão sempre aumentando e mudando, o conjunto legislativo é pouco coerente e nada sistemático, verdadeiro caldo de cultura para conflitos de interpretação e insegurança jurídica. Gestores e controladores tentam enfrentar isso, mas é cada um por si, pois o Brasil, uma Federação municipalista, optou pela fragmentação de suas administrações públicas e de seus controles externos. Uma situação estranha: o inchaço legal, além de crescente, só faz aumentar a confusão na aplicação das leis sobre contratações estatais. As coisas talvez fossem diferentes se uma autoridade nacional não legislativa pudesse, com rapidez, uniformizar e impor interpretações. Contudo, nosso sistema não tem autoridade com tais características.

Outra dificuldade é a ineficácia de comandos legislativos nacionais importantes em matéria de licitação e contratos estatais por insuficiência de seu conteúdo diante das situações contratuais específicas (exemplo é o art. 5º, caput da lei 8.666, de 1993, que impôs sem sucesso que os pagamentos das parcelas dos preços em contratos estatais fossem



feitos em ordem cronológica). Essa insuficiência poderia ser enfrentada se houvesse no Brasil uma autoridade não legislativa, mais técnica, habilitada a, por meio de normas técnicas de caráter geral, considerar e resolver a complexidade técnica envolvida. Mas que autoridade seria essa?

A terceira dificuldade é o grande volume e crescente detalhismo das leis nacionais sobre contratações estatais, em parte uma tentativa de o legislador nacional impedir aplicações variadas e conflitantes pelas administrações estaduais e municipais. Isso tem resultado negativo: há excesso de intervenções do próprio Congresso Nacional, um poder eminentemente político, gerando politização permanente da regulação contratual, além do enrijecimento legislativo da regulação, que acaba cristalizada em normas legais difíceis de mudar.

A regulação dos processos de contratação pública melhoraria se o Congresso Nacional se limitasse a editar normas legais estruturais e de política pública, e pudesse evitar a dispersão de soluções atribuindo a uma autoridade efetivamente nacional a edição de regulamentos técnicos que garantissem uniformidade e coerência nacionais na aplicação das diretrizes, quando necessário. Mas essa autoridade técnica em matéria contratual não existe.

Ademais, a pulverização de órgãos aplicadores e de controles externos dificulta a uniformidade e segurança nas interpretações. O fenômeno é especialmente agudo em matéria de licitações e contratos estatais, dando margem a frequentes conflitos e paralisações, bem como a manipulações (p.ex., nos aditivos e prorrogações de contratos). Que autoridade nacional poderia criar incentivos para aumentar a segurança normativa nesse campo?

### **3 ESTRATÉGIAS JURÍDICAS PARA A MELHORIA DO DIREITO DA GESTÃO PÚBLICA**

Enfim, a verdade é que, para todos esses temas-chave de gestão pública, chegou a hora de reconhecer que o modelo se esgotou.

O método de o Congresso Nacional apenas inchar a legislação nacional, na expectativa de melhorar a gestão pública em todo o Brasil, parou de funcionar. Um Poder como ele, político e não especializado, que atua por espasmos, não consegue mais intervir de modo eficiente em um ambiente de alta complexidade normativa e com tanta diversidade administrativa. Uma autoridade mais técnica, e de caráter nacional, teria de cuidar disso de modo permanente. Mas o desafio, como sabemos, é que essa autoridade não existe.

O que a experiência institucional comparada nos sugere?

Para o direito privado, a estabilização jurídica na interpretação das leis está nas mãos dos juízes, imaginando-se que a coisa julgada e a consolidação da jurisprudência possam ir garantindo alguma ordem às coisas.

E no campo da gestão pública? Nele, que é mais complexo, muitos países conseguem estabilidade jurídica maior que a brasileira. As principais soluções: centralização administrativa, justiça administrativa e delimitação rígida dos controles.

Se o estado é unitário, há centralização administrativa e o presidente ou primeiro-ministro, no comando hierárquico de toda a administração nacional, é capaz de editar normas e

praticar atos que, na medida das necessidades, vão atendendo às peculiaridades ou reduzindo as possíveis dispersões na aplicação jurídica. Só que o estado brasileiro é descentralizado em três níveis – uma Federação com autonomia estadual e municipal – de modo que nossas administrações não têm unidade geral. O presidente da república não comanda a administração pública do Brasil como um todo e não tem como agir para evitar dispersões.

Onde há justiça administrativa – um corpo autônomo de magistrados especializados em gestão pública, como na França – o controle é mais técnico e menos disperso do que o sistema brasileiro, em que o controle é feito por um Judiciário generalista. E a justiça administrativa, apesar da independência funcional, se sente de algum modo parte da administração e acaba por desenvolver compromissos mais ou menos fortes com a viabilidade e a eficiência da gestão pública e com o funcionamento do estado administrativo. Já o Judiciário brasileiro, bem mais distante das administrações, pouco sensível para suas peculiaridades, tende a uma visão de mais antagonismo em relação a ela.

Nos países com estado administrativo maduro, há controle público (controle interno, de contas, jurisdicional, etc.). Mas também preocupação maior do que a nossa em delimitar com rigidez os espaços respectivos: para evitar que estes controles se multipliquem, embarralhem, eternizem ou personalizem. Já as nossas instituições de controle ainda estão longe dessa maturidade: a legislação a respeito ainda é recente e as sobreposições continuam se multiplicando.

Como avançar no Brasil?

Temos de pensar em uma fórmula nossa. O caminho poderia ser uma solução inovadora que criasse um meio capaz de unificar com rapidez as soluções técnico-jurídicas gerais necessárias a uma boa gestão pública e capaz também de uniformizar a aplicação cotidiana de normas administrativas nos temas-chave.

A proposta desenvolvida nesta apresentação é a criação de uma autoridade técnica de caráter nacional para o Direito da gestão pública. Uma autoridade que pudesse obrigar todas as administrações brasileiras, e também os controladores externos, a seguirem as mesmas normas técnicas gerais e as mesmas interpretações.

Criando uma instância normativa administrativa nacional, resolve-se falha importante do sistema federativo brasileiro. Embora já exista instância legislativa nacional em temas administrativos tidos pela Constituição como de caráter nacional (essa instância é o Congresso Nacional), nossa Federação não tem instância administrativa equivalente para esses mesmos temas, o que compromete a uniformidade na aplicação nacional das leis.

A criação de uma instância desse tipo não diminuiria a autonomia atual dos entes subnacionais. A organização do Brasil como Federação pela Constituição de 1988 importou na outorga de autonomia administrativa às administrações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CF, art. 18, caput), com competência também para cada um legislar para si sobre matéria administrativa. Mas essa autonomia normativa já é hoje limitada; a) por normas constitucionais sobre gestão pública (como as que exigem licitações para contratos e concursos públicos para admissão de servidores – CF, art. 37, II e

XXI); e b) por normas legais nacionais editadas pelo Congresso Nacional em temas indicados pela Constituição (ex.: contratações públicas, art. 22, XXVII, e finanças públicas, art. 24, I). A proposta não mexeria nesse equilíbrio, pois a nova instância normativa nacional serviria só para temas hoje já objeto de normas nacionais, constitucionais ou legais.

A seguir, a cogitação dos elementos de um possível modelo para a instituição dessa autoridade.

#### **4 CARACTERÍSTICAS IDEAIS DE UMA NOVA AUTORIDADE JURÍDICA, TÉCNICA E NACIONAL PARA A GESTÃO PÚBLICA BRASILEIRA**

Para melhorar a coordenação atual, o primeiro instrumento necessário seria a instituição de uma fonte normativa pela qual, sem necessidade de pronunciamento do Judiciário, interpretações pudessem ser uniformizadas nacionalmente e tornar-se vinculantes da gestão pública. O segundo instrumento seria a regulamentação administrativa nacional padronizada, para execução por todos os entes federativos, que a ela ficariam vinculados. Seriam estes, portanto, os instrumentos: a) a súmula administrativa e b) o regulamento técnico-administrativo, cada um servindo a propósito específico.

A súmula administrativa harmonizaria a interpretação de normas, constitucionais ou legais, para todos os agentes administrativos dos Poderes Executivo e Legislativo e dos tribunais de contas. Para atuar por meio da súmula, a autoridade deveria ser provocada a se manifestar sobre a correta leitura de normativo específico. A súmula esclareceria a interpretação acertada desse normativo, que passaria a valer para todas as situações semelhantes que surgissem dali em diante.

Já o regulamento técnico-administrativo seria utilizado quando houvesse autorização legislativa para a autoridade normatizar tema técnico sobre gestão pública de incidência nacional.

O caráter vinculante valeria para toda a normatização administrativa, incluindo súmulas e regulamentos técnicos, e impediria que, alegando invalidade, as administrações e os controladores externos (tribunais de contas) lhes negassem aplicação. Mas, claro, esse caráter não poderia comprometer a revisão judicial, por via de ação direta ou de exceção, não devendo o Judiciário ser por ele atingido.

Seria indispensável que a normatização vinculasse os controladores externos (tribunais de contas de qualquer nível). Do contrário a unificação normativa nacional seria ineficaz: as autoridades administrativas poderiam ser ameaçadas ou sancionadas por controladores externos que tivessem opiniões divergentes. Mas, sendo a atuação pontual e apenas normativa, ela não afetaria o exercício normal das funções dos controladores externos, que se realiza por atos concretos. Importante é que não deve haver diminuição da autonomia administrativa na organização interna dos tribunais de contas.

O obstáculo atual a ambos os instrumentos, como visto, é a autonomia jurídica de que dispõem as administrações públicas e seus tribunais de contas, em virtude de previsão

constitucional (art. 19, caput, da Constituição Federal), gerando pluralidade de regulamentos e de interpretações sobre normas nacionais de gestão pública. Esse obstáculo teria que ser superado no plano constitucional. A reforma completa é inviável por simples lei.

Vale ressaltar que, apesar da competência para produzir novas normas, essa autoridade técnica não poderia comprometer a essência da autonomia federativa, nem se imiscuir nas competências do Legislativo — que teria de continuar a editar as normas nacionais estruturantes sobre gestão pública — ou do Executivo — que teria de continuar definindo as políticas de governo a serem implementadas. As escolhas políticas que levam à edição de leis e à elaboração de políticas públicas teriam que permanecer nas mãos desses Poderes. A autoridade apenas somaria esforços, disciplinando temas técnicos necessários à execução dessas escolhas.

Quanto à diferença entre temas políticos e temas técnicos, imagine-se que os Poderes Executivo e Legislativo pretendessem fomentar a participação de empresas estrangeiras em licitações. Para isso, poderiam dispensar-lhes a apresentação de documentos de habilitação peculiares ao ambiente empresarial brasileiro e substituí-los por outros mais adequados à realidade internacional. Poder-se-ia então editar lei nacional que contivesse essa diretriz e autorizasse que a nova autoridade disciplinasse critérios para a substituição dos documentos. A opção por estimular a participação estrangeira em licitações públicas seria claramente política. Porém, decidir um procedimento para sua execução seria trabalho técnico. A autoridade não teria qualquer poder sobre decisões políticas. Apenas atuaria, quando autorizada, para garantir sua boa execução.

Os temas técnicos sobre os quais o órgão deliberaria teriam de estar previstos em norma constitucional. O ideal é que fossem os já mencionados: prevenção da corrupção; transparência e publicidade; desburocratização; concurso público e outros processos de contratação; regime de contratos estatais; e política fiscal. Neles estão os principais entraves em termos de gestão pública que precisam ser enfrentados com urgência.

A taxatividade da lista de matérias em que o órgão poderia atuar (*numerus clausus*) é importante. Ela impediria que, seja por ação própria, seja por futuras delegações legislativas, o órgão viesse a expandir seu campo de atuação, interferindo no atual equilíbrio federativo ou nas funções instituições dos Poderes e órgãos constitucionais autônomos do país.

A normatização do órgão teria de ser só nas matérias administrativas indicadas na Constituição e quando envolvessem questões comuns a toda a administração brasileira. Não incluiria, portanto, temas não administrativos (como direito penal, civil, processual, trabalhista, etc.); nem temas administrativos não indicados (como remuneração de servidores públicos, tributos, benefícios previdenciários, etc.); tampouco temas exclusivamente federais, estaduais ou municipais (que, em respeito à autonomia federativa, continuariam nas respectivas esferas de competência).

Quanto às características orgânicas da nova autoridade, para vincular gestores e controladores federais, estaduais e municipais, ela precisaria ter caráter realmente nacional. Assim, um novo órgão na administração federal não seria a solução. Ademais, seria inconveniente misturar essa função de produção normativa (de novas normas gerais e de normas

de interpretação) com a função cotidiana de fiscalizar, expedir ordens concretas e aplicar sanções.

A tarefa seria imprópria para o Tribunal de Contas da União, que de resto não é Conselho de Estado, mas órgão de controle externo financeiro auxiliar do Congresso Nacional, sem a legitimidade política e a abrangência necessárias para a função de editar normas gerais e abstratas sobre gestão pública nacional, para a administração como um todo.

Está em exame no Congresso Nacional a proposta de criar o Conselho Nacional de Tribunais de Contas, com composição majoritária de representantes desses tribunais nos níveis federal, estadual e municipal, e com poder de uniformizar a jurisprudência no âmbito do controle externo (PEC 22, de 2017, do Senado Federal). A ideia tem o mérito de chamar atenção para o problema da dispersão. Mas tem o grave inconveniente de atribuir competência uniformizadora a simples colegiado de controladores externos em matéria de gestão pública, com efeitos indiretos também sobre todas as administrações, quando o mais adequado é incluir não só a visão dos controladores externos, mas também das demais parcelas do estado brasileiro.

Diante desses condicionantes, esta apresentação defende a criação de um Conselho Nacional de Estado (CNE), órgão técnico-especializado ligado ao Congresso Nacional, cuja função exclusiva seria, portanto, aprovar normatização administrativa nacional sobre gestão pública, vinculante a todas as autoridades e agentes da administração pública direta e indireta dos poderes Executivo e Legislativo da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de seus respectivos tribunais de contas. Os atos do órgão não vinculariam as deliberações do Poder Judiciário, que continuaria podendo fazer análises autônomas a respeito dos temas normatizados.

A ideia do CNE surge de um conjunto de experiências internacionais que apostaram na criação de organismos técnicos, capazes de enfrentar o problema da fragmentação de decisões administrativas, e que demonstraram que esse tipo de apoio à atividade de gestão pública é vital para o bom funcionamento da administração, como é o caso dos Conselhos de Estado europeus. Contudo, ainda que a experiência internacional seja inspiradora, a proposta não é de transplante institucional. Em grande medida, olha-se também para as experiências nacionais do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que, entre outras coisas, conseguiram, por meio de normas, imprimir alguma padronização no modo de operação do Poder Judiciário e nos Ministérios Públicos do Brasil.

A adoção da denominação tradicional dos Conselhos de Estado europeus pode ser útil para destacar a essência do que interessa: a necessidade de colegiado neutro, de profissionais públicos de alto nível (não de representantes de interesses), que cuide de modo permanente da coerência técnico-jurídica e da estabilidade jurídica do estado administrativo, em seus diversos níveis e funções.

O colegiado deveria ser órgão essencialmente normativo, não devendo possuir competências recursais, anulatórias, sancionadoras ou disciplinares. O Conselho não seria órgão geral de comando, não editaria atos individuais e concretos, administrativos (para isso já existem as administrações públicas), ou de controle (para isso já existem o controle judicial, o externo

dos tribunais de contas e mesmo o interno). Sua função exclusiva seria editar normas: para estabilizar interpretações nas esferas administrativa e do controle externo, por meio de súmulas administrativas; ou para desenvolver soluções inovadoras de gestão pública para aplicação nacional (por meio de regulamentos técnico-administrativos), quando o Congresso Nacional entendesse inconveniente que a própria lei fizesse tal desenvolvimento. Por esses motivos, o ideal é que a nova autoridade estivesse ligada ao Congresso Nacional, cuja vasta experiência em produção legal auxiliaria o órgão técnico a desempenhar suas funções.

Quanto ao controle sobre os atos do CNE, este teria de ficar a cargo do Poder Judiciário e do Congresso Nacional.

O controle judicial abstrato de suas decisões, quando se tratasse de temas constitucionais, deveria ser feito pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o sistema de processo constitucional já existente. As deliberações vinculantes desse tribunal deveriam se aplicar ao órgão técnico. Já casos que dissessem respeito a lei nacional poderiam ser levados ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) por meio de novas ações (que se poderia denominar como ação direta de ilegalidade e ação declaratória de legalidade, e que teriam de ser criadas). Essas ações serviriam para o STJ declarar a legalidade ou a ilegalidade em abstrato das deliberações do CNE. É grande a importância desse controle concentrado para a celeridade da gestão pública: o amadurecimento dos temas-chave normatizados pelo CNE ocorreria diretamente em tribunais superiores, evitando-se um longo trâmite processual, em ações pulverizadas, até que houvesse um desfecho.

Essas ações diretas de legalidade não existem atualmente e teriam de ser disciplinadas em lei. Elas são importantes por reforçarem, em virtude de seus efeitos abstratos e gerais, a função do STJ como intérprete final das leis nacionais administrativas. E isso quando o tribunal fosse a favor da interpretação adotada pelo Conselho, mas também quando fosse contra ela. Ademais, essas ações diretas permitiriam que, havendo sucessivos questionamentos judiciais das próprias normas do Conselho que comprometessem a segurança jurídica, o STJ fosse acionado para eliminar de vez as dúvidas também no âmbito judicial.

De outro lado, em face de aplicações específicas seria possível realizar o controle concreto e difuso, de constitucionalidade ou de legalidade, das normatizações do CNE, por via de exceção.

Seria relevante que o Congresso Nacional também pudesse realizar o controle dos atos do colegiado por meio de sua competência constitucional para sustar atos administrativos que exorbitem o poder regulamentar ou os limites de delegação legislativa.

Como os poderes do CNE alcançariam todos os entes federativos nacionais, seria ideal que sua composição contemplasse pessoas experientes em administração pública dos diversos níveis da federação, escolhidas em sistema que envolvesse interação entre Poderes, devendo-se excluir agentes públicos políticos. A diversidade na composição traria a este órgão de cúpula as peculiaridades, complexidades e preocupações que cada uma das administrações e dos tribunais de contas enfrenta, fazendo com que as deliberações, em que pese nacionais, refletissem as diferentes realidades da gestão pública brasileira.

Com a autonomia funcional, decisões do Conselho não dependeriam da concordância ou homologação de outros órgãos ou Poderes. Mas haveria freios e contrapesos para impedir que ele se transformasse em fator de instabilidade. Seria interessante que seu presidente fosse o Advogado Geral da União, autoridade do Executivo. O Conselho não deveria agir de ofício, sendo ideal que dependesse em todos os casos da iniciativa do Executivo federal. Só editaria regulamentos por autorização expressa do Legislativo, em leis gerais, limitada às matérias taxativas já previstas na Constituição e na dependência de iniciativa do Executivo.

A proibição de o Conselho agir de ofício, inspirada na experiência institucional do Judiciário, impediria que o colegiado desenvolvesse agenda própria que afetasse sua neutralidade. No caso das súmulas administrativas, viabilizaria que órgãos de gestão com atuação transversal (como a Advocacia Geral da União e os órgãos administrativos do Planejamento, da Transparência e da Controladoria), ficassem incumbidos de identificar problemas de conflito ou de instabilidade da legislação administrativa, que exigissem a intervenção neutra uniformizadora (exemplo: divergências importantes de interpretação normativa entre o controle externo dos tribunais de contas e as administrações públicas). No caso dos regulamentos técnico-administrativos, isso tem a ver com a necessidade de a edição de normas administrativas com novas soluções de gestão pública nascer não da agenda isolada do Conselho, mas de estudos e propostas de órgãos efetivamente atuantes na gestão pública concreta.

## 5 CONCLUSÃO

A legislação brasileira tem evoluído constantemente em busca de mais segurança jurídica no campo público. Sucessivas reformas constitucionais vêm procurando aprimorar a função estabilizadora do Judiciário (por meio, por exemplo, das súmulas vinculantes do STF). O novo Código de Processo Civil, de 2015, também foi nessa linha, reforçando os meios para a expansão da função dos precedentes judiciais. Mais recentemente, a modernização da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (lei 13.655, de 2018) – veio na forma de novas e importantes disposições sobre segurança jurídica na aplicação do direito público. Trata-se de movimento positivo, cujos efeitos se irão somando no tempo.

Somando-se a esse movimento, esta apresentação chamou atenção para um enfoque que tem passado despercebido nesse debate sobre segurança jurídica: a existência de falha estrutural do Direito brasileiro da gestão pública por conta da pulverização federativa de órgãos administrativos e de órgãos de controle interno. O argumento que aqui se buscou explorar é que, embora as citadas reformas nos instrumentos de atuação judicial tenham sido importantes, no campo da gestão pública elas foram incapazes de estabilizar o sistema. Precisamos de reformas pelo lado das administrações públicas e dos controles externos dos tribunais de contas.

Uma proposta normativa detalhada para a reforma que se discutiu em linhas gerais nesta apresentação está publicada: Carlos Ari Sundfeld, *Parcerias de investimento em empreendimentos públicos: qual reforma jurídica pode fazer diferença?* em “Infraestrutura – Eficiência e Ética”, org. Afonso Celso Pastores, editora Elsevier, 2017, p. 101-103. Em

2018, a ideia foi incluída pela Transparência Internacional em um pacote de 80 propostas para debate público, de reforma institucional, inclusive lidando com o desafio de diminuir a corrupção no Brasil.

É uma possível contribuição para o amadurecimento da reflexão a respeito. Está lançado o debate.





# Considerações a respeito do controle dos Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) pelos Tribunais de Contas

**Christianne de Carvalho Stroppa<sup>1</sup>**  
**Newton Antônio Pinto Bordin<sup>2</sup>**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Considerações a respeito do Procedimento de Manifestação de Interesse; 3 Papel dos Tribunais de Contas na Constituição Federal de 1988; 4 Incidência do controle externo nos PMIs; 5 Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal estabelece, nos artigos 70 e seguintes, uma série de atribuições e de competências relacionadas ao exercício do controle externo da Administração Pública por meio dos Tribunais de Contas.

A realização dessas atividades tem sido pautada por um aperfeiçoamento do momento do controle, considerando-se que a atuação preventiva e concomitante dos Tribunais de Contas sobre os atos e sobre os contratos administrativos é mais eficaz na prevenção de irregularidades que podem ensejar danos ao erário ou utilização ineficiente de recursos públicos.

Em aprofundada análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, André Rosilho e Juliane Erthal de Carvalho<sup>3</sup> fazem uso da expressão “praticar atos de comando” para demonstrar a possibilidade de as Cortes de Contas – no caso do estudo referido, o objeto é o Tribunal de Contas da União –, inter alia, adotarem medidas cautelares e ordenarem a prática de atos por terceiros. Nesse aspecto, merece destaque a seguinte passagem:

Nos casos que julgou, o STF tem destacado a competência do TCU para realizar o exame de editais de licitação já publicados. De acordo com a Suprema Corte, não é dado ao TCU exigir que órgãos e entes da Administração Pública a ele encaminhem minutas de edital ou de contratos não publicados (material relativo à parte interna da licitação) e, muito menos, ordenar que essas minutas, caso delas venha a tomar conhecimento, sejam modificadas por conta da existência de supostas falhas ou inconsistências. Sobre o tema, vejam-se os seguintes julgados: [...] (destaque no original).<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela PUC/SP. Agente de fiscalização lotado na Assessoria Jurídica de Controle Externo do Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

<sup>3</sup> ROSILHO, André; CARVALHO, Juliane Erthal de. A visão do STF sobre a competência do TCU para praticar atos de comando. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 185-195.

<sup>4</sup> ROSILHO, André; CARVALHO, Juliane Erthal de. A visão do STF... Op. cit., p. 190.

No presente estudo, serão apresentadas considerações a respeito da atuação dos Tribunais de Contas no controle de Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) publicados pela Administração Pública com fundamento no art. 21 da Lei Federal n. 8.987/95, de modo que não se estão analisando os Procedimentos de Manifestação de Interesse Social estabelecidos pela Lei Federal n. 13.019/14.

A publicação do edital de PMI, que dá ensejo a uma “suspensão” da fase interna de elaboração da modelagem de uma eventual concessão, atrai a realização do controle externo, na medida em que busca regulamentar como a Administração Pública irá vincular-se a um estudo técnico que poderá ser utilizado posteriormente na seleção e na contratação de projetos de longo prazo de execução.

## 2 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

A adoção de Procedimentos de Manifestação de Interesse pela Administração Pública representa uma abertura à participação da sociedade (pessoas físicas ou jurídicas) no planejamento da atuação estatal, seja para a exploração de atividade econômica, seja para a prestação de serviços públicos.

Em apertada síntese, pode-se mencionar uma série de princípios e de garantias constitucionais que fundamentam referido instituto, como: o republicanismo, o pluralismo, o direito de petição e os consagrados princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

De igual forma, destaque-se o “caput” do art. 174 da Constituição Federal:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e *planejamento*, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (grifo nosso).

Referencie-se também o “caput” do art. 175 do texto constitucional,<sup>5</sup> que dispõe quanto à incumbência ao Poder Público da prestação de serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão – nesses casos, sempre mediante processo licitatório.

A colaboração particular com a Administração, para a formação dos processos licitatórios de concessão de serviços públicos, encontra amparo no art. 21 da Lei Federal n. 8.987/95, nos seguintes termos:

Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, *de utilidade para a licitação*, realizados pelo poder concedente *ou com a sua autorização*, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital (grifos nossos).

---

<sup>5</sup> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Dáí resultam algumas considerações relativas ao PMI, a saber: (i) não se trata de contratação pública para que um particular realize estudos técnicos; (ii) a autorização é requisito para que os estudos elaborados pelos interessados sejam passíveis de ressarcimento pelo vencedor da licitação, desde que tenham utilidade para a licitação; razão pela qual (iii) se trata da assunção de um risco por parte dos agentes privados interessados.

Deve-se destacar que há reforço da transparência de todo o procedimento licitatório que pode advir do PMI, na medida em que o Edital de Chamamento Público é aberto à participação de quaisquer interessados que cumpram os requisitos dele constantes, de modo que a Administração deixa exposta à sociedade a intenção de outorgar a concessão de determinado bem ou serviço, ainda que não tenha definido pormenorizadamente os critérios para tanto. Além disso, o estabelecimento de PMIs possibilita a que os agentes interessados compitam pela elaboração do melhor projeto possível, uma vez que uma apresentação preterida pela Administração significa a impossibilidade de ressarcimento pelos estudos elaborados.

Nesse sentido, abalizada doutrina<sup>6</sup> argumenta favoravelmente ao relacionamento pré-licitação entre o poder concedente e o mercado interessado na eventual futura concessão, ressaltando a importância de o Poder Público estar preparado para a realização de análise crítica dos estudos apresentados:

Pode-se dizer que o PMI institucionaliza o relacionamento pré-licitação entre o poder concedente e o mercado interessado na futura PPP. Trata-se de um instrumento importante, porque (i) permite que o poder público desenvolva o mercado interessado no projeto, de modo que poderá ampliar o grau de competitividade da futura licitação a depender do modo como o PMI for desenhado e gerido; e porque (ii) é salutar que o poder público entre em contato com a visão da iniciativa privada sobre o projeto durante a fase de desenvolvimento dos estudos de viabilidade.

Entretanto, PMIs não substituem a capacidade institucional do poder público para avaliar criticamente os estudos de viabilidade recebidos. Adicionalmente, o PMI não é uma estratégia que necessariamente torna mais ágil o processo de tomada de decisão do poder público sobre um potencial projeto de PPP. Se o poder público não estiver preparado, poderá receber os estudos de viabilidade e não ter condições de tomar uma decisão sobre o projeto de PPP.

A transparência do PMI também se relaciona com a divulgação dos agentes autorizados à elaboração de estudos, bem como, ao final do procedimento, com a publicação da análise dos projetos, realizada pela Comissão de Avaliação. Nesse aspecto, pode-se considerar resguardada a necessidade de motivação dos atos administrativos, na medida em que a Comissão de Avaliação deve justificar a seleção de determinados estudos, bem como os motivos para a preterição das demais apresentações.

Disso resulta que, ao mesmo tempo em que há maior transparência, existe, em tese, maior controle social sobre os atos, uma vez que é possível a comparação entre os diferentes estudos apresentados e as justificativas utilizadas na apreciação deles. Em decorrência da maior transparência do processo, o controle social resta fortalecido, uma vez que ela não

---

<sup>6</sup> PEREIRA, Bruno. PMI e insegurança jurídica. *PPP Brasil*, jun. 2013. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-pmi-e-inseguranca-juridica>>. Acesso em: 2 fev. 2018.

se dará apenas na etapa de audiências públicas de um procedimento licitatório já iniciado (fase interna), mas sim uma possibilidade de interferência direta na própria instrução do processo – o qual, posteriormente, também será objeto de consulta pública.

Nesse sentido, de um momento que, nos casos de licitações sem chamamento público, ocorre estritamente *interna corporis*, o estabelecimento de um PMI possibilita a participação de interessados na definição da modelagem de uma eventual concessão, de modo aberto, competitivo e com maior transparência.

Disso se constata uma autonomia do Procedimento de Manifestação de Interesse, relacionada à publicação do edital de chamamento público, não se confundindo com a fase interna de um certame convencional. Dessa autonomia também resulta a incidência do controle finalístico sobre os atos administrativos relacionados ao PMI, passível de ser exercido pelas Cortes de Contas.

Isso também reforça o planejamento das ações estatais, uma vez que, *prima facie*, a participação de interessados na etapa de PMI representa a existência de um efetivo interesse privado no objeto da futura concessão, reduzindo-se, desse modo, o risco de fracasso no certame decorrente do procedimento.

Ora, se a uma oferta pública de concessão não incorrem interessados, o planejamento para o procedimento foi falho. Embora o Estado tivesse interesse na outorga, a formação apresentada não foi adequada para o atingimento do resultado almejado, de modo que a política pública deficiente continuará a ser executada pela Administração. Nesse sentido, o PMI é instrumento hábil para reforçar o planejamento estatal, pois pode mitigar a ocorrência de procedimentos fracassados.

Em estudo abrangente sobre a temática, Mário Márcio Saadi Lima ressalta o caráter dúplice do PMI,<sup>7</sup> favorecendo não apenas o planejamento de eventuais concessões, mas também a compreensão sobre a viabilidade delas:

O procedimento em si, também é forma de explicitação da atividade administrativa, das funções administrativas a serem desempenhadas. É meio de controle da atuação da Administração Pública, pois impõe que todos os atos sejam adequadamente realizados, motivados, tornados públicos. Ainda, é meio de participação dos interessados na formação da escolha pública, pois determina que seja feita de forma transparente.

O PMI corrobora esses aspectos em sede da construção das justificativas para a realização de concessões e permissões. A eventual participação de interessados nessa construção deverá ser autorizada às claras, de forma isonômica, e as escolhas realizadas, devidamente motivadas. Isso porque todos os interessados deverão ter o direito igualitário de participar do procedimento instaurado pela Administração Pública, independentemente de se realizado de ofício ou a pedido de outras pessoas da iniciativa privada.

Tal aspecto fica ainda mais claro quando se tem em vista que a instauração de Procedimento de Manifestação de Interesse deve ter como objetivo não meramente selecionar determinada pessoa para a elaboração de estudos técnicos, mas o de permitir o levantamento ordenado de informações que poderão subsidiar as escolhas públicas referentes a outorgas de concessões e permissões.

---

<sup>7</sup> LIMA, Mário Márcio Saadi. *O procedimento de manifestação de interesse*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 84.

### 3 PAPEL DO TRIBUNAL DE CONTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Administração Pública, direta ou indireta, assujeita-se a controles internos e externos. O interno é o controle exercido por órgãos da própria Administração, isto é, integrantes do aparelho do Poder Executivo<sup>8</sup>; por sua vez, o externo, é o efetuado por órgãos alheios à Administração.

O sistema de controle externo, conceituado por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes como o “conjunto de ações de controle desenvolvidas por uma estrutura organizacional, com procedimentos, atividades e recursos próprios, não integrados na estrutura controlada, visando à fiscalização, verificação e correção dos atos”,<sup>9</sup> compreende (i) o controle parlamentar direto; (ii) o controle exercido pelo Tribunal de Contas e (iii) o controle jurisdicional.<sup>10</sup>

Nesses termos, os Tribunais de Contas são órgãos constitucionais aos quais compete o exercício do controle externo em auxílio ao Poder Legislativo, nos termos dos arts. 70 a 75 da Constituição Federal de 1988.

A Constituição da República, em seu art. 2º, através de norma de observância obrigatória – no que couber – aos demais entes da Federação, estabelece a coexistência harmônica e independente dos Poderes da União, consagrando, assim, o afamado princípio da separação dos Poderes.

Mais à frente, ao dispor sobre as atribuições do Presidente da República, partilhando, assim, as ditas funções estatais dentre os aludidos Poderes, estabelece que cabe ao Chefe do Poder Executivo da União, privativamente, o exercício da direção superior da administração federal, com auxílio dos Ministros de Estado (*ex vi* de seu art. 84, inciso II). Ou seja, é lição comezinha de direito constitucional que a atividade administrativa foi atribuída como função típica ao Poder Executivo.

Mas, como corolário do princípio republicano, a própria Constituição também se encarrega de fixar mecanismos de controle dos Poderes uns sobre os outros, dando concreção à teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*). E, assim, estabelece como uma das funções típicas do Poder Legislativo o controle externo da Administração Pública sob os critérios político e financeiro<sup>11</sup> – este último exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, nos termos do artigo 71 da Constituição de 1988.

A toda prova, portanto, para que haja equilíbrio entre os poderes – no exercício do controle do poder pelo poder e sem prejuízo da separação harmônica e da independência recíproca que constituem princípio estruturante da República Federativa do Brasil – faz-se imprescindível

<sup>8</sup> Ou do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário, quando estiverem eles agindo no exercício de sua *atípica* função administrativa.

<sup>9</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de contas do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 94.

<sup>10</sup> Odete Medauar destaca que, “desprovido de um ou mais elementos caracterizadores do controle em sentido restrito, poder-se-ia cogitar do chamado *controle extraorgânico* ou *controle social*, inserido dentre os controles em sentido amplo, realizado, por exemplo, pelo povo, imprensa etc.”. MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 43.

<sup>11</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 932.

reconhecer a existência de núcleos fundamentais e intangíveis nas funções estatais cominadas aos ditos Poderes. Daí porque a mesma proteção que confere a inalterabilidade da coisa julgada que é fruto da função típica do Poder Judiciário, e que torna defeso restringir a decisão do Poder Legislativo acerca da conveniência da edição de novas leis, também obsta a incursão no mérito do ato administrativo<sup>12</sup> senão pela própria Administração Pública.

É bem verdade, porém, que a intangibilidade do mérito do ato administrativo não é por assim dizer absoluta. A proteção não afasta de toda e qualquer sorte o exame do juízo de conveniência e oportunidade, pois há muito já se reconhece que o controle externo exercido pelo Poder Legislativo com auxílio do Tribunal de Contas pode se dar tanto sob o aspecto de legalidade como de legitimidade<sup>13</sup> e economicidade<sup>14</sup>, que, a rigor, abarcam em certa medida o mérito do ato.

Sendo assim, imperativo que o adentrar o mérito do ato administrativo não importe em negativa do núcleo fundamental que constitui o instrumento de concreção do princípio estruturante da Separação dos Poderes<sup>15</sup>.

Consoante fixado acima, a intangibilidade do mérito do ato administrativo não é absoluta; a sua proteção não afasta de toda e qualquer sorte o exame do juízo de conveniência e oportunidade, pois há muito já se reconhece que o controle externo pode se dar tanto sob o aspecto de legalidade como de legitimidade e economicidade.

No que diz respeito à atuação dos Tribunais de Contas no exercício do controle externo ou, em outras palavras, às competências de controle dos Tribunais de Contas, Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara<sup>16</sup> destacam que é preciso considerar três noções bastante simples:

<sup>12</sup> “Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 928-929 – g.n.). O mesmo não se diga quanto à discricionariedade, porquanto, enquanto exercício de competência administrativa se sujeita à sindicabilidade.

<sup>13</sup> “*Legitimidade*. Quando se distingue legitimidade de legalidade, é exatamente para sublinhar que aquela concerne à substância do ato o ato legítimo não observa apenas as formas prescritas ou não defesas pela lei, mas também em sua substância se ajusta a esta, assim como aos princípios não-jurídicos da boa administração” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. II. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 125).

<sup>14</sup> “*Economicidade*. Aqui se autoriza a apreciação se o ato foi realizado de modo a obter o resultado a custo adequado, razoável, não necessariamente ao menor custo possível” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição...* Op. cit.).

<sup>15</sup> Ao tratar sobre o *controle da Administração*, Maria Sylvania Zanella di Pietro ressalva a limitação, advertindo que “o controle pode ser de legalidade ou de mérito, conforme o aspecto da atividade administrativa a ser controlada. O primeiro pode ser exercido pelos três Poderes; o segundo cabe à própria Administração e, *com limitações*, ao Poder Legislativo” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2006. p. 695 – g.n.).

<sup>16</sup> SUNDFELD, Carlos Ary; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ary (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 182.

a) Objeto da fiscalização – como o conjunto de fatos, atos e procedimentos da Administração Pública ou de terceiros que o Tribunal examina e, a seguir, avalia, positiva ou negativamente;

b) Parâmetro de fiscalização – referência que o Tribunal adota para avaliar positiva ou negativamente certo objeto;

c) Produto da fiscalização – os atos que o Tribunal produz em decorrência dos procedimentos que realiza.

Os autores concluem, então, que *a fiscalização do Tribunal de Contas é bem ampla no que se refere a seu objeto e parâmetro*, mas, de outra sorte, *muito condicionada quanto a seu produto, ou seja, quanto ao seu poder de comandar*. Por suas palavras:

[...] a fiscalização do Tribunal pode ter por objeto *quase tudo* que se relaciona à Administração Pública. É que, além da fiscalização financeira, orçamentária, contábil e patrimonial – matérias sob a jurisdição específica do Tribunal de Contas –, cabe-lhe, no exercício da fiscalização operacional, um exame do todo, do conjunto da atuação administrativa (CF, art. 70, *caput*).

Os parâmetros que o Tribunal pode usar em sua avaliação *também são muito variados*, não se restringindo à legalidade, pois se estendem também, como dita o art. 70, *caput*, da CF, à economicidade e à legitimidade (ou, para usar fórmula mais consagrada no debate internacional, à economicidade, à eficiência e à efetividade). (grifos nossos).<sup>17</sup>

No mesmo diapasão, Helio Saul Mileski assevera que o controle com base na legitimidade pressupõe uma fiscalização pautada não só pelas normas legais, porquanto estruturada na moralidade. A legitimidade identificar-se-ia com os valores, princípios e fins que regem a ação administrativa, enfim, com o interesse público. Desse modo, aproxima-se do sentido de justiça, de racionalidade no exercício da atividade financeira.<sup>18</sup>

Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara defendem, ainda, que “os atos de comando que o Tribunal pode produzir são a aplicação de sanções (CF, art. 71, VIII), a *sustação de atos* (CF, art. 71, X, e §1º) e o registro de certos atos de pessoal (CF, art. 71, III). Não lhe cabe dar ordens cogentes em geral às autoridades administrativas, anular diretamente atos ou contratos, nem suspender ou sustar contratos (pois isto é tarefa do Legislativo – CF, art. 71, §1º)”<sup>19</sup>. E “esses atos de comando só podem ser editados para *correção ou punição de irregularidades* (‘ilegalidades’), em virtude da avaliação do Tribunal de que uma violação de norma jurídica está em curso ou foi cometida (CF, art. 71, VIII e IX)”<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> SUNDFELD, Carlos Ary; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas... Op. cit., p. 182.

<sup>18</sup> MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*, São Paulo: RT, 2003. p. 249.

<sup>19</sup> André Luiz Freire ressalta que, embora o “Tribunal de Contas da União possa declarar a ilegalidade de atos administrativos unilaterais e sustar a sua execução, a Constituição de 1988 estabeleceu que, em relação aos contratos administrativos, ‘o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis’” (FREIRE, André Luiz. *Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 167).

<sup>20</sup> SUNDFELD, Carlos Ary; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas... Op. cit., p. 183-184.

Em complemento, vale registrar o que adverte Guilherme Corona Rodrigues Lima<sup>21</sup>, para quem, o caput do art. 113 da Lei Federal n. 8.666/93,

[...] em consonância com o que dispõem o artigo 71 e seguintes da Constituição Federal, em especial seu inciso IX, confere ao Tribunal de Contas a função de realizar, quando provocado e nos limites de sua competência, o controle das despesas decorrentes de todos os instrumentos previstos na Lei 8.666/93, imputando à Administração Pública o ônus da prova da legalidade de seu proceder na prática dos atos administrativos previstas na Lei de Licitações.

[...], o §2º do artigo 113 da Lei de Licitações traz a previsão legal acerca da possibilidade de controle ou exame prévio de editais de licitações, por parte dos Tribunais de Contas, bem como a possibilidade de tais órgãos de controle imporem medidas corretivas ao órgão licitante, que está obrigado, nos limites que se demonstrará, a observá-los na condução do certame.

Assim, embora discutida na doutrina,<sup>22</sup> comungamos do entendimento de que a missão constitucional dos Tribunais de Contas

[...] abarca o controle da licitação porque esta culmina em um contrato administrativo e gera despesa. A dicção constitucional 'contratos' deve ser lida com toda a força normativa que a Constituição reservou à função fiscalizatória dos tribunais de contas, devendo abarcar a fase prévia que antecede a conclusão do contrato, as licitações, mormente seu edital, um dos maiores responsáveis pelos desvios administrativos na realização da despesa pública. Não pode controlar a juridicidade de um contrato administrativo se não se puder controlar os atos que o originam.<sup>23</sup>

Estabelecida a possibilidade do controle de instrumento editalício pelo Tribunal de Contas, a questão que emerge é: está inserida na mesma competência constitucional a possibilidade de controle dos Procedimentos de Manifestação de Interesse – PMIs?

#### 4 INCIDÊNCIA DO CONTROLE EXTERNO NOS PMIS

O Tribunal de Contas da União, no TC n. 028.129/2014-8,<sup>24</sup> ao julgar representação formulada pela Secretaria de Fiscalização de Obras Portuárias, Hídricas e Ferroviárias (SecobHidroFerrovia) e pela Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação de Transportes (SefidTransporte) do mesmo Tribunal, a respeito de possíveis irregularidades ocorridas em 6 (seis) Editais de Chamamento Público de Estudos (6/2014, 7/2014, 8/2014, 9/2014, 10/2014 e 11/2014), do Ministério dos Transportes – MT, relacionadas a Procedi-

<sup>21</sup> LIMA, Guilherme Corona Rodrigues. *O controle prévio dos editais de licitação pelos tribunais de contas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 52.

<sup>22</sup> Lembra Marcio dos Santos Barros que "O exame dos editais pelo Tribunal de Contas tem sido objeto de inúmeros questionamentos. Alguns entendem que, por se tratar de fiscalização a priori, não deveria ser realizada, pois o Tribunal de Contas realizaria, apenas, fiscalização a posteriori – quando as despesas já ocorreram – ou, no máximo, de maneira concomitante, nos casos de inspeções ou auditorias. (BARROS, Marcio dos Santos. *Comentários sobre licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: NDJ, 2005 p. 542).

<sup>23</sup> BIM, Eduardo Fortunato. O Poder geral de cautela dos Tribunais de Contas nas licitações e nos contratos administrativos. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, n. 36, p. 363-386, mar./abr. 2006.

<sup>24</sup> TCU, Acórdão n. 1873/2016 – Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues.



mentos de Manifestação de Interesse – PMI lançados com intuito de complementar os estudos de viabilidade técnica, a fim de se subsidiar a implantação da infraestrutura ferroviária, entendeu que:

O TCU não define política pública, inerente aos estamentos políticos, nem realiza escolhas discricionárias, privativas do administrador, ou delas participa. Ele apenas verifica se as escolhas feitas estão consonantes com a legislação em vigor e, com o suporte fático naquele momento existente, à disposição do administrador, se ele procedeu de acordo com o interesse público. Caso contrário, o órgão de controle estaria a travestir-se em administrador, o que em nenhum momento se pretende.

À identificação de empreendimento de infraestrutura e à decisão de delegar sua exploração à iniciativa privada, mediante concessão ou permissão de serviços públicos, parceria público-privada, arrendamento de bens públicos, ou de concessão de direito real de uso, segue-se a etapa de estruturação, que compreende elaboração de estudos técnicos - engenharia, meio ambiente, demanda etc. - estudos de modelagem econômico-financeira, minutas jurídicas de contrato e do edital de licitação. Somente após o cumprimento dessa etapa, a Administração torna-se apta a apresentar o novo empreendimento ao mercado e a dar início ao procedimento licitatório, etapa que compreende interação com o mercado, com agentes econômicos, aprofundamento dos estudos, definição dos documentos finais da licitação e escolha da melhor proposta, entre as apresentadas, por meio do certame licitatório.

A Administração Pública dispõe, então, de três alternativas para estruturar empreendimentos de infraestrutura: empregar seu quadro de servidores; celebrar contratos com empresas projetistas e de consultoria, para que a apoiem em maior ou menor grau; ou, como é o caso destes autos, autorizar a iniciativa privada para que o faça, por sua própria conta e risco, a partir dos balizamentos por ela previamente estabelecido.

As duas primeiras alternativas enquadram-se no modelo *solicited proposals*, definido pela literatura especializada como procedimento de identificação e preparação de projetos pelo próprio governo, ainda que com o apoio de consultores independentes, normalmente adotado em países desenvolvidos. A terceira enquadra-se no modelo *unsolicited proposals*, adotado em países emergentes, que consiste na transferência ao setor privado da responsabilidade pela preparação dos estudos e projetos em que se basearão futuras licitações e, por vezes, também, pela identificação de novos empreendimentos.

Ao longo dos anos, o Estado brasileiro vem perdendo significativa capacidade técnica de elaboração de estudos e projetos internamente, como bem evidenciam inúmeros processos submetidos à apreciação desta Corte de Contas, com gravíssimas deficiências de forma e conteúdo, o que lhe impõe a busca de soluções fora de seus quadros. Exemplo disso foi a situação do DNER que, de entidade de primeira linha, atravessou período de decadência e esvaziamento, até o seu final desaparecimento e perda de capacidade e conhecimentos acumulados.

A contratação de projetos regida pela Lei 8.666/1993, por sua vez, é pouco atraente ao administrador, haja vista a complexidade do procedimento, a necessidade de indicação de recursos orçamentários que assegurem o pagamento pelos serviços (art. 7º, § 2º, III), a incerteza quanto ao tempo necessário à sua conclusão e a dificuldade de estabelecer condicionantes objetivas que assegurem a contratação de parceiros realmente confiáveis.

Por essas razões, não é de surpreender que o gestor público venha optando pela flexibilidade do PMI, em contraposição à rigidez das contratações administrativas, com fulcro na Lei Geral das Licitações, quando necessita de projetos de infraestrutura. E esta é escolha que incumbe ao administrador, na persecução do interesse público.

[...]

Mesmo que se reconheça ser subjacente à instituição do PMI o estabelecimento de procedimento mais ágil que o disciplinado pela Lei Geral das Licitações, com o objetivo de facilitar a obtenção de estudos/projetos pelo setor público, a presença de interesse público relevante e o ônus indiretamente arcado pelo Erário ou pela sociedade atraem, inexoravelmente, os princípios que orientam a atuação da Administração Pública e, em especial, as diretrizes principiológicas das contratações públicas, entre os quais se destacam os princípios da moralidade, publicidade, do julgamento por critérios objetivos, isonomia, competitividade, seleção da proposta mais vantajosa, impessoalidade, vinculação ao instrumento convocatório.

Nessa toada, não há como fugir ao fato de que o procedimento estabelecido pelo Decreto 8.428/2015, ainda que faça referência à autorização, regula espécie de contratação pública.

Na forma aduzida neste voto, o atual modelo de contratação de estudos e projetos estabelecido pelo Decreto 8.428/2015, em apreciação preliminar, aparenta ostentar contornos não isonômicos, de potencial frustração ao caráter competitivo do certame, de comprometimento dos princípios da moralidade e impessoalidade da licitação, além de não favorecimento à realização de contratações potencialmente vantajosas sob a ótica do interesse público.

Contribui, ainda, para essa crítica ao atual modelo a ausência de marco legal que possa regulamentar a forma de contratação pelo PMI, observados os preceitos reitores da licitação pública insculpidos no caput art. 37 da Constituição Federal. Parece-me questionável o fato de que, a partir de autorização genérica conferida pela legislação e sem balizamento legal, possa o executivo, mediante expedição de decreto regulamentar, disciplinar procedimento de ajuste, contendo disposições dissonantes com princípios basilares atinentes às regras de contratações do poder público.

[...]

Em que pesem as limitações intrínsecas dos Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI), destacadas neste voto e evidenciadas em estudos que versam sobre a experiência nacional e internacional, corroboradas a partir dos editais de chamamento de que tratam estes autos, impende levar em conta que alguns empreendimentos, com grande importância social, hoje em andamento, poderiam não ter ocorrido não fossem o mecanismo.

[...]

Em vista da opção do legislador e em reconhecimento à premência de viabilizar empreendimentos de infraestrutura, em período que requer projetos capazes de estimular os investimentos do setor privado, bem mais profícuo a opor-se ao mecanismo é esta Corte valer-se dos instrumentos conferidos pela legislação para autorizar sua utilização desde que ajustada aos ditames que regem o exercício da Administração Pública e suas contratações, sem cercear a outorga de autorizações a partir de rigor formal excessivo ou do uso de analogias que o tornem letra morta.

Nesse ponto, coloco-me em plena consonância com o Ministro-Substituto Weder Oliveira, relator da proposta não acolhida pelo Colegiado por ocasião da prolação do Acórdão 1.155/2014-Plenário, na parte em que afirma que não se trata de o TCU “acabar com o modelo das autorizações previstas no art. 21 da Lei 8.987/1998, mas dotá-lo de maior legitimidade, afastar os questionamentos hoje existentes que pairam sobre o processo e viabilizar

o integral atendimento dos objetivos do poder concedente quanto à obtenção de estudos por meio desse instituto”.

Igualmente importante o TCU tomar parte na discussão que já vem sendo travada na literatura especializada sobre como tornar o PMI instrumento efetivo, para melhor contribuir com o desenvolvimento da infraestrutura do país e o bem-estar da população.

Como mencionado acima, os Tribunais de Contas podem e devem realizar controle finalístico sobre os PMIs, não se confundindo com os acompanhamentos e com as análises feitas em editais que ensejam a celebração de um contrato administrativo típico, até porque, como destacado pelo Min. Walton Alencar Rodrigues, o objetivo é dotar o procedimento de manifestação de interesse de maior legitimidade, afastando os questionamentos hoje existentes que pairam sobre o processo e viabilizando o integral atendimento dos objetivos do poder concedente quanto à obtenção de estudos por meio desse instituto.

Assim, embora o objetivo do procedimento seja a seleção de um projeto adequado para a elaboração de uma possível concessão, a participação de diversos interessados e a concorrência entre os projetos apresentados favorecem a que a Administração Pública obtenha dos particulares informações a respeito de técnicas e de metodologias atuais que informam a atuação da iniciativa privada de modo eficiente, no regular desempenho de atividades econômicas.

Em realidade, as principais problemáticas que ensejam a atração do controle externo nos PMIs estão relacionadas à própria manutenção da credibilidade dessa forma de cooperação entre particulares com a Administração Pública, como a delimitação dos mecanismos de seleção dos estudos apresentados, de modo a não resultar em apreciação estritamente subjetiva e/ou arbitrárias pela Comissão de Avaliação de Projetos.<sup>25</sup> É evidente que o controle dessa temática não dependeria apenas da verificação das regras estabelecidas no edital de chamamento público, mas da própria motivação das análises realizadas por referida Comissão, na medida em que o trabalho a ser por ela exercido não se restringe a demonstrar a aceitação total ou parcial de um projeto, mas também de expor os motivos pelos quais os demais seriam insuficientes ou estariam em desacordo com os objetivos do PMI.

<sup>25</sup> Augusto Neves Dal Pozzo apresenta outras temáticas relevantes, destacando que a situação concreta irá delimitar o juízo discricionário da Administração Pública:

“As questões mais relevantes são ligadas (i) aos critérios de avaliação e seleção dos estudos; (ii) ao valor e ao critério de pagamento dos que forem escolhidos; (iii) ao prazo para elaboração dos estudos e projetos e (iv) à possibilidade, ou não, de serem oferecidos estudos ou documentos parciais.

Todas essas questões integram, naturalmente, o âmbito da competência discricionária da Administração e deverão, à luz da *ratio legis* do instituto, serem devidamente sopesadas, caso a caso, de modo a se poder extrair do procedimento a maior quantidade possível de elementos úteis e do maior número possível de interessados.

Desse modo, dada a natural assimetria de informações que existe entre o Estado e a iniciativa privada especializada em cada ramo, a Administração poderá obter daqueles que conhecem de perto a realidade técnica e econômico-financeira dos serviços, os melhores dados e informações para estabelecer as metas e parâmetros que informarão a concessão que pretende levar a termo.” (DAL POZZO, Augusto Neves. *Procedimento de manifestação de interesse e o planejamento estatal de infraestrutura*. In: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 66-67)

## 5 CONCLUSÃO

A utilização de Procedimentos de Manifestação de Interesse representa uma forma de abertura da Administração à interação com particulares de modo que se quer que seja isonômica e republicana, voltada à obtenção de estudos que informem uma atuação estatal com maior grau de eficiência, na medida em que se pretende incorporar perspectivas da iniciativa privada na modelagem de uma eventual concessão, atraindo maior número de interessados no procedimento de outorga.

É inafastável a competência das Cortes de Contas no controle de PMIs, na medida em que se trata de procedimento público, não se confundindo com atos interna corporis do Poder Executivo, e do qual poderão decorrer obrigações à Administração Pública. Isso não obstante, em razão da ausência de certeza quanto à utilização do estudo selecionado por meio do PMI na eventual concessão, o que confere aos participantes algum grau de risco, o exercício do controle externo deve restar mais voltado a aspectos finalísticos do procedimento, por meio, por exemplo, da verificação da motivação da Comissão de Avaliação de Projetos, que a aspectos estritamente formais ou materiais que podem inviabilizar a própria obtenção desses estudos, afastando interessados e reduzindo a credibilidade do instituto.

## REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARROS, Marcio dos Santos. *Comentários sobre licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: NDJ, 2005.
- BIM, Eduardo Fortunato. O Poder geral de cautela dos Tribunais de Contas nas licitações e nos contratos administrativos. *Interesse Público – IP*. Belo Horizonte, n. 36, mar./abr. 2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- DAL POZZO, Augusto Neves. Procedimento de manifestação de interesse e o planejamento estatal de infraestrutura. In: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2006.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de contas do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. II. São Paulo: Saraiva, 1992.
- FREIRE, André Luiz. *Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos*. São Paulo; Malheiros, 2008.
- LIMA, Guilherme Corona Rodrigues. *O controle prévio dos editais de licitação pelos Tribunais de Contas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- LIMA, Mário Márcio Saadi. *O procedimento de manifestação de interesse*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. São Paulo: RT, 2003.

PEREIRA, Bruno. PMI e insegurança jurídica. *PPP Brasil*, jun. 2013. Disponível em: <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-pmi-e-inseguranca-juridica>. Acesso em: 2 fev. 2018.

PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *A visão do STF sobre a competência do TCU para praticar atos de comando*. Controle da administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ary; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ary (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

TCU. Acórdão n. 1873/2016 – Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues.





# A LINDB – alterações

**Clovis Beznos<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** 1 exame das alterações introduzidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; Referências.

## **1 EXAME DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO.**

Coube-nos o exame das alterações introduzidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, efetivada pela Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018.

A LINDB, como já é designado, com intimidade, o Decreto Lei n 4.657, de 4 de setembro de 1942, em sua origem foi titulado como a “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro”, veiculando, todavia, normas gerais, preordenadas à disciplina da aplicação do direito em geral.

A Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010 alterou a denominação do Diploma, supostamente ampliando sua abrangência, modificando a sua Ementa, para designá-lo como “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”.

Todavia, foi pelo novo Diploma, a Lei n. 13.655, editada em 25 de abril de 2018, que foram introduzidos preceitos relevantes, e necessários, disciplinando a aplicação do Direito Público, sob vários e importantes aspectos.

Assim, foram introduzidos os artigos 20 a 30, ao Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, quanto aos quais, é nosso objetivo observar, numa primeira leitura, aspectos que nos parecem de suma relevância. Destarte, vejamos o artigo 20 e seu parágrafo único:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

---

<sup>1</sup> Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Conforme é consabido, a tipologia administrativa, frente a infinitude de situações, que se apresentam ao administrador, frequentemente se utiliza de conceitos indeterminados, deixando a sua concretização, por conta do agente público, sendo relevante anotar, que inclusive a previsão infracional administrativa, também se utiliza desses conceitos indeterminados, e nisso se distingue do tipo penal criminal, voltado para uma desejável especificidade.

Há quem sustente, que a utilização pela lei de conceitos indeterminados enseja a incidência da competência discricionária ao agente, abrindo-se-lhe a manifestação de vontade, para a escolha de uma opção, entre as que se oferecem à sua competência, enquanto outros, sustentam que a discricionariedade não reside nesses conceitos indeterminados, cuja determinação deve se verificar pela interpretação, e não por escolha do gestor público.

Para um aprofundamento sobre o tema, consulte-se a pesquisa, magistralmente elaborada pela Professora Doutora Dinorá Adelaide Mussetti Grotti, ao ensejo da elaboração do seu magnífico trabalho “Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa”.<sup>2</sup>

Todavia, em que consiste a previsão do artigo 20, da LINDB, quando veda, nas decisões administrativas, seja na gestão ativa, seja em sede de controle, inclusive ao que tange ao judicial, o embasamento em valores jurídicos abstratos, e, além disso, sem a consideração das consequências práticas resultantes da decisão?

Para a consecução dessa primeira empreitada, o primeiro passo reside na dissipação da névoa que paira sobre a expressão: *decisão embasada em valores jurídicos abstratos*.

A adjetivação dos valores jurídicos como abstratos, pressupõe a existência de valores jurídicos concretos, bem como que as decisões, tanto da gestão ativa administrativa como a controladora, seja em sede administrativa, seja judicial, não se embasem em valores jurídicos abstratos, sem a consideração das consequências práticas das decisões.

Pois bem, considerando que os tais valores jurídicos podem embasar, positiva ou negativamente, decisões administrativas, submetidas à função de controle, evidencia-se que esses valores nada mais são, que o próprio objeto da função administrativa, ou seja: configuram o interesse público a ser concretizado, conforme a previsão normativa, determinante da atuação do agente público, o que vale dizer, que configuram a própria Ordem Jurídica, cujo cumprimento inexoravelmente cabe ao agente.

Os comandos constitucionais e legais que impõem o agir do gestor público, em variadas circunstâncias se traduzem em comandos dotados de conceitos indeterminados, cuja concretização deve ser realizada tanto no exercício da gestão pública, como também na atividade de controle.

Objetiva o dispositivo da LINDB impedir o uso de conceitos jurídicos indeterminados? É evidente que não, eis que o artigo 20 somente lhes veda o uso, sem a consideração das consequências práticas das decisões, o que significa que o intérprete deverá obrigatoriamente trazer o conceito indeterminado, para a zona de certeza, positiva ou negativa, declinando as específicas consequências práticas da decisão.

---

<sup>2</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 24, p. 61-115, dez./mar. 1998/1999. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/20046>. Acesso em: 5 jun. 2019.



Portanto, o que é vedado pelo dispositivo é a solução de uma hipótese normativa, veiculada por conceitos indeterminados, com a utilização de outros conceitos indeterminados, sem a tradução *in concreto* da hipótese normativa aplicada.

Suponha-se a contratação por inexigibilidade de licitação, de serviços de advocacia, nos termos do artigo 25, inciso II, c/c o artigo 13, inciso VI, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

O artigo 25, inciso II prevê a inexigibilidade de licitação, para a contratação dos serviços técnicos enumerados no artigo 13, *de natureza singular*, e além disso, *com profissionais ou empresas de notória especialização*.

Quanto à notória especialização, o § 1º objetiva o conceito, declinados aspectos práticos e específicos, pelos quais, com tranquilidade, se pode aferir se o profissional, ou a empresa, são dotados ou não, de notória especialização.

Todavia, ao que tange ao conceito pertinente à *natureza singular* dos serviços enumerados no artigo 13, ao exame das situações concretas, tanto a doutrina como a jurisprudência se utilizam de conceitos indeterminados, que culminam por conduzir a qualificação da singularidade, a um subjetivismo do controlador, porque igualmente colhida de conceitos indeterminados, sem a análise da situação concreta, e o que é pior, qualificando o próprio ato de voluntariedade da contratação, como ação movida por *dolo genérico*, com a condenação do gestor público às mais duras penas da improbidade administrativa.

Com efeito, costuma-se designar a natureza do serviço como singular, quando este seja dotado de caráter excepcional, não corriqueiro, extraordinário, sem atentar-se para uma primeira questão, quanto ao fato de que inexistente um conceito uniforme da natureza singular de um serviço, vez que o seu caráter de excepcionalidade é relativo, sendo certo de que o que é excepcional, inusitado, extraordinário, para certas entidades ou órgãos públicos, pode ser trivial, corriqueiro, comum, para outras.

Em verdade, o conceito de “natureza singular de um objeto” somente pode ser aferido relativamente ao contratante dos serviços.

Um objeto reveste-se de singularidade, quando a entidade contratante não possua condições, por seus próprios meios, para a sua efetivação. Assim, é impróprio dizer-se que tal ou qual serviço jurídico era de natureza simples, por um conceito apriorístico, e por essa razão, não ostentava condições para a sua contratação direta. A indagação a ser efetivada reduz-se exclusivamente à condição da entidade contratante, de realizar, *por seus próprios meios*, o serviço almejado.

A singularidade do objeto é reflexa da necessidade e, portanto, singular é a necessidade e não a priori o objeto. Este só adquire singularidade, quando a necessidade, por não poder ser satisfeita ordinariamente, pelos meios da própria entidade, confere singularidade ao objeto da contratação, que assim não é ordinário, comum, corriqueiro, mas singular.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Confira-se a lição de Marçal Justen Filho em artigo publicado no ano de 1997 (Cautelas e formalidades necessárias no processo de contratação por dispensa, inexigibilidade por notória especialização: contratação de advogados

Destarte, o artigo 20 da LINDB impede que a decisão da administração ativa, e igualmente da controladora, administrativa ou judicial, diante de regra veiculada mediante conceitos indeterminados, seja concretizada com a replicação da utilização de conceitos indeterminados, não se podendo *ipso facto*, no exemplo utilizado, precisar a expressão indeterminada utilizada pela lei: “serviços técnicos de natureza singular”, com outra determinação: serviços de caráter excepcional, serviços incomuns, serviços extraordinários.

Ainda mais, que o que normalmente se verifica, quando do controle efetivado dessa maneira, a mera opinião pessoal do controlador, afirmando que tal e qual atividade configura serviço de rotina, e, portanto, não singular, sem o menor exame da situação da entidade contratante, com a verificação *in concreto* de sua condição de efetivar ou não, por seus próprios meios, a contento a tarefa almejada.

O artigo 20 da LINDB veda a decisão embasada em valores abstratos, sem a consideração das consequências práticas da decisão, ou seja: veda o dispositivo a solução com base em valores abstratos, mediante o uso de outros valores abstratos.

O parágrafo único desse art. 20 corrobora essa interpretação, uma vez que exige que a motivação torne expressa, em variadas situações restritivas de direitos, a adequação da medida imposta, ou da invalidação de diversos dispositivos – atos, contratos, ajustes, processo, norma etc.

Por outro lado, além da adequação, a motivação haverá de ter presente a demonstração da necessidade, inclusive em face de possíveis alternativas.

Quer isso dizer, que não se aplicam medidas restritivas de direito, sem a verificação de que a medida adotada oferece propensão ao cumprimento da finalidade legal almejada, e ainda, com a aferição de que não existia medida menos restritiva, com idêntica propensão.

Significa isso que, em situações determinantes de restrições de direito, imperativamente o uso da proporcionalidade se faça presente, inclusive com a utilização de dois de seus subprincípios: a adequação e a necessidade, para aferir-se se a medida adotada, consistente em restrição de direito, se revela propensa ao atingimento do fim a que se preordena, e além disso, se é necessária, no sentido de uma possível alternativa, menos agressiva ao atingido. Vejamos, em seguida, o artigo 21 e seu parágrafo único:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

---

e demais serviços técnicos, preço superfaturados ou inexecutáveis e responsabilidade de autoridade competente. *Boletim de licitações e contratos*, São Paulo, Editora NDJ, v. 10, n. 6, p. 271-2745, jun. 1997): “porque o problema não é a singularidade do serviço em si mesmo, o problema é a singularidade do interesse público a ser satisfeito. Ou seja, quando se alude a singularidade do serviço, está se aludindo a uma espécie de singularidade reflexa; o que é singular, o que é especial, o que é diferente, o que é peculiar não é o serviço que vai ser ofertado propriamente dito; o que é singular, especial, diferente, peculiar é o interesse público que tem que ser satisfeito através desse serviço”. “[...] O serviço é singular na medida em que ele reflete a singularidade do interesse público. Onde está a peculiaridade do assunto? Está no interesse público que tem que ser defendido; depara-se com uma situação em que o Estado, supõe-se, não pode ser satisfatoriamente atendido; a necessidade pública não vai ser eliminada na medida em que o Estado não recorra aos préstimos de um particular, particular esse que é o único ou é o mais adequado ou é, certamente, inquestionavelmente adequado a satisfazer o interesse público”.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

O artigo 21 impõe tanto ao controle interno, como ao externo, quando da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, a indicação expressa das consequências jurídicas e administrativas, resultantes da retirada desses atos, como por exemplo a situação gerada, em caso de anulação do contrato administrativo, consistente no dever de pagamento do serviço efetivado pelo contratado, quando não se lhe possa imputar culpa pela anulação do contrato.

Em hipótese da possibilidade de regularização, nos termos do parágrafo único do artigo, cabe ao órgão de controle indicar as condições para que isso se verifique, de modo proporcional e equânime, preservados os interesses gerais, da administração e terceiros, além do interesse público, limitando a aplicação de ônus ou perdas, considerando as peculiaridades do caso, a um sopesamento e respectiva dosimetria aos padrões de normalidade e não excessividade.

Disso decorre que as penalidades impostas, pela LIA, a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, devem ser aplicadas, apenas quando inexistir a possibilidade de regularização e convalidação do ato viciado, e, nessa hipótese, tais penas devem ser aplicadas com comedimento, seguindo-se a um padrão de normalidade, com a utilização de critérios de proporcionalidade, em tal atividade punitiva.

Vejamos, em seguida, o artigo 22 e seus parágrafos:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

O artigo 22 impõe relevante regra de interpretação de gestão pública, consistente nas dificuldades e obstáculos reais, que se apresentem ao gestor, ao que se refere a sua decisão de agir, no cumprimento da atividade administrativa, que lhe é imposta em razão de sua competência, sem prejuízo da preservação dos direitos dos administrados.

Com efeito, não pode o controlador ignorar os casos dotados de relevante complexidade, cuja solução caiba ao gestor público, e nesse sentido não cabe a indiferença

dos órgãos controladores, diante de complexidade jurídica a enfrentar-se, para solução de problemas, que comumente exigem imediata solução, por parte do administrador público.

Nesse sentido, anota o Professor Eduardo Jordão, que as dificuldades que o gestor público enfrenta, não se reduzem a dificuldades e obstáculos materiais, temporários, orçamentários e de pessoal, mas enfrentam outro tipo de dificuldade a considerar-se, consistente nas *dificuldades jurídicas*, decorrentes da previsão legislativa, e as normas dela emanadas, muitas vezes de alta complexidade e com “alto grau de indeterminação”, reportando-se também à prodigalização dos princípios, usados de forma livre e maleável.

Afirma o autor que essa dificuldade do gestor há de ser considerada, para concluir que o controlador haverá de aferir a razoabilidade da interpretação dada pelo gestor: “O controlador, portanto, deverá *prestar deferência* a esta escolha interpretativa *razoável* da administração, mesmo que ela não corresponda à escolha interpretativa específica que ele próprio (controlador) faria, se coubesse a ele a interpretação em primeira mão”.

Com tais observações, refere o autor a influência nessa formulação, da *doutrina Chevron*, do direito americano.<sup>4</sup> Nessa trilha, o parágrafo 1º do artigo impõe, ao exame da validade e regularidade do ato do gestor, a obrigatória consideração das circunstâncias práticas, impositivas, limitativas ou condicionantes da ação do agente.

Caso entenda o controlador ser irregular a ação do gestor, sendo passível a sua conduta de penalização, impõe o parágrafo segundo do artigo, na dosimetria de sanções que lhe venham a ser aplicadas, a ponderação da gravidade da infração, os danos causados ao erário, as circunstâncias atenuantes e agravantes, bem como os antecedentes do agente.

Finalmente, o parágrafo terceiro impõe a consideração das sanções aplicadas ao agente, na dosimetria da aplicação de outras sanções, de igual natureza, e relativas ao mesmo fato. Vejamos o artigo 23:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Parágrafo único. (VETADO).

O artigo 23, disciplina a necessidade do estabelecimento de regime de transição, quando venha a incidir decisão administrativa, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, sobre norma de conteúdo indeterminado.

---

<sup>4</sup> “O *caput* do art. 22 é o fundamento explícito para adoção de uma teoria semelhante no direito brasileiro. A doutrina americana faz referência aos “dois passos” da formulação mais básica de *Chevron*: no primeiro, o controlador verifica se há indeterminação ou ambiguidade legislativa a propósito de uma questão específica; no segundo, havendo essa indeterminação, o controlador se limita a verificar a razoabilidade ou “permissibilidade” da interpretação adotada pela administração pública” (JORDÃO, Eduardo. O art. 22 da LINDB e as “dificuldades jurídicas” do gestor público. *Revista Eletrônica Direito do Estado*, n. 417, 2018).

Esse regime de transição deverá ser estabelecido, quando seja o mesmo indispensável, para o cumprimento do dever ou condicionamento de direito, de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo dos interesses gerais. Vejamos o artigo 24, e parágrafo único:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

O artigo 24 veda a retroatividade de nova orientação geral de ato, contrato, ajuste, processo, ou norma administrativa, que já tenham cumprido seu ciclo de aperfeiçoamento, vedando que sua validade seja revista com base nas mesmas, impondo para a efetivação dessa revisão a orientação geral vigente à época da produção dessas atividades administrativas, proibindo ipso facto que com base em alteração posterior de orientação geral sejam declaradas inválidas situações plenamente constituídas.

O parágrafo único desse artigo limita-se a estabelecer o conceito de orientações gerais, fixando constituírem as mesmas as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Art. 25. (VETADO).

Vejamos o artigo 26:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial".

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO).

O artigo 26 prevê a possibilidade da celebração de ajustamento de conduta, com os interessados, com a observação da legislação aplicável, visando a eliminação de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa, inclusive ao que respeita à expedição de licença administrativa. Nessas hipóteses obrigatoriamente impõe-se à autoridade administrativa, a prévia oitiva do órgão jurídico, e quando for a hipótese, ante a presença de razões relevantes de interesse geral, efetivar consulta pública. Os efeitos desse ajustamento somente produzirão efeitos, após a sua publicação.

Trata-se de previsão salutar que admite o atingimento do interesse público de maneira muito mais expedita do que a promoção de processo judicial, ou mesmo administrativo, preordenado ao mesmo objetivo, com as delongas naturais. Ou seja: se o interesse público pode ser alcançado de maneira consensual e muito mais expedita, não há porque vedar o acordo, tal como o previa a Lei de Improbidade Administrativa.

Nesse sentido o Professor Luciano Ferraz, em artigo publicado no “Consultor Jurídico” (Conjur), edição de 07 de junho de 2018, ao apreciar esse dispositivo, refere seu trabalho de doutoramento, apresentado na Universidade Federal de Minas Gerais há quase 15 anos, defendeu a tese de que os Tribunais de Contas poderiam firmar “Termos de Compromisso de Gestão”, como meio de controle consensual da Administração Pública.

De outra parte, refere o Professor Luciano Ferraz sua experiência pioneira à frente da Controladoria do Município de Belo Horizonte, dando conta de que os resultados apurados foram magníficos, apontados no primeiro monitoramento regular dos termos do compromisso de gestão, que revelaram uma melhoria de desempenho da administração municipal, com percentual de resolução negociada de problemas, da ordem de 87%, bem como que a difusão dessa experiência de controle interno inúmeras Cortes de Contas no Brasil, passaram a inserir em suas leis orgânicas a previsão de termos de ajustamento de conduta.<sup>5</sup>

O § 1º, incisos I a IV estabelece as condições para a celebração desse compromisso, prevendo o inciso I o objetivo do ajustamento consistente em objetivar solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais.

O inciso II foi vetado, enquanto o inciso III veda no compromisso a desoneração permanente de dever ou condicionamento de direitos reconhecidos por orientação geral.

Por último, o inciso IV estabelece que o compromisso deve prever de modo claro as obrigações das partes, o prazo para o cumprimento das mesmas e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Com efeito, o § 1º desse artigo estabelece que o objetivo do ajustamento, agora possibilitado, é conseguir uma composição obediente ao princípio da proporcionalidade, equânime e eficiente, o que resulta na compatibilidade com o interesse geral.

De outra parte, proíbe-se a conferência de desoneração permanente, de dever ou condicionamento de direito estabelecidos por orientação geral, significando isso, que salvo

---

<sup>5</sup> FERRAZ, Luciano. A expectativa é que a previsão da LINDB incremente a utilização dos termos de compromisso ou ajustamento de gestão, reduzindo custos e diminuindo o tempo de resposta da ação. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, jun. 2018.

hipótese em que a proporcionalidade o exija, afastando-se a desoneração permanente, é possível a transitória, a título de ajustamento de conduta, objetivando o interesse geral.

Finalmente, é claro que as obrigações resultantes da composição devem ficar expressas no ajuste, bem como o prazo para o cumprimento das mesmas, e sanções aplicáveis em hipótese de descumprimento. Vejamos, na sequência, o artigo 27 e parágrafos:

Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

§ 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§ 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.

O artigo 27 fixa a possibilidade da imposição, por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos, resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos, de compensação.

Estabelece o § 1º desse artigo que a decisão sobre compensação há de ser motivada, com a prévia oitiva das partes sobre seu cabimento, sua forma e, sendo a hipótese, o seu valor, prevendo o § 2º a possibilidade de prevenir ou regular a compensação, mediante a celebração de compromisso processual entre os envolvidos.

Esse § 2º, na esteira do artigo 26 novamente acena com compromisso, firmado entre as partes envolvidas a evidenciar o rumo da administração consensual, como objetivo de desenvolvimento do Direito Administrativo do futuro, a prestigiar a consensualidade na Administração Pública, como meio ágil de atingir-se de modo célere o interesse geral. Vejamos, o artigo 28:

Art. 28. *O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.*

§ 1º (VETADO).

§ 2º (VETADO).

§ 3º (VETADO).

Esse dispositivo tem o nítido objetivo de limitar a responsabilidade pessoal do agente público apenas às hipóteses de *dolo ou erro grosseiro*, possibilitando-lhe a atuação sem o temor de vir a ser responsabilizado, em caso de entendimento da existência de mero erro, inclusive quanto à interpretação da conduta adequada.

Fica claro que a responsabilidade do agente público, seja quanto às suas decisões, seja quando na qualidade de emissor de opinião limita-se às hipóteses de *dolo* ou de *erro grosseiro*, significando isso, que o mero erro, seja ao que tange a aspectos decisórios, seja ao que respeita à manifestação de opinião, não enseja responsabilidade alguma, tratando-se

de ônus dividido pela comunidade, em consequência de erro não grosseiro, de quem exerce atividade pública e social em prol dessa mesma comunidade.

A limitação de responsabilidade de Agentes Públicos pela lei não se constitui novidade entre nós. Tenha-se presente que os membros da Magistratura e do Ministério Público não respondem civilmente, senão por dolo ou fraude, conforme o prevê o Estatuto Processual Civil, artigos 143, inciso I e 181.

Todavia, cabe a indagação quanto ao que caracteriza o *erro grosseiro*.

O Professor Joel Menezes Niebuhr, em análise crítica do Acórdão do Tribunal de Contas da União, de n. 2.391/2018, publicada no “Blog Zenite” dá conta de que a Corte de Contas, nesse *decisum* resolveu “definir balizas” sobre a caracterização de erro grosseiro, criando mesmo uma tabela, com a gradação do erro, ao cotejo com a capacidade perceptiva do autor desse erro, o que foi considerado um avanço, vez que como noticia o autor do exame crítico, que vinha a Corte tratando o erro grosseiro, sem o menor balizamento.<sup>6</sup>

Trata-se de uma expressão construída com conceitos indeterminados, cuja inteligência somente pode se dar, mediante o exame da situação em concreto a que o erro diga respeito. É evidente que o erro somente pode ter uma classificação, a partir de quem o comete, parecendo que é muito difícil criar-se uma tabela de erros, pois o que é erro grosseiro para uns, não será para outros.

Nunca é demais recordar que muitas das Pessoas Políticas da Federação são devedoras de *escolas de governo*, preordenadas à formação e aprimoramento de seus servidores, conforme a previsão do artigo 39, § 2º, da Constituição de República.

É, portanto, difícil a caracterização do erro grosseiro, de parte de quem não tenha recebido o treinamento adequado, para o exercício de suas funções, não obstante a obrigação governamental da instituição de tais escolas.

De outra parte, a exigência de erro grosseiro, para a responsabilização do agente público, torna evidente que o elemento subjetivo é inafastável para a caracterização da sua responsabilidade, e que, se o erro grosseiro somente pode ter referência a *um erro específico*, afastando a possibilidade da responsabilização pela prática de *erro genérico*, com muito maior razão, para a caracterização da responsabilidade do agente público, pela violação de um princípio da Administração, se deve afastar a suficiência de *dolo genérico*, mas exigir-se a demonstração do *dolo específico*, como elemento subjetivo necessário, para a caracterização da responsabilidade do agente.

O que não é jurídico é confundir-se a mera voluntariedade, com o elemento subjetivo dolo, seja genérico, seja específico. Nesse sentido, escreve Celso Antônio Bandeira de Mello:

---

<sup>6</sup> “O Tribunal de Contas da União passou a tecer considerações sobre erro grosseiro. Nesse particular os ministros merecem elogios, o Acórdão representa avanço importante na jurisprudência da Corte. É que até então o Tribunal de Contas da União tratava do erro grosseiro sem amparo em baliza conceitual, sem explicar minimamente o seu significado (confira-se, por exemplo, o Acórdão n. 2.504/2016, Plenário, o Acórdão n. 1.628/2018, Plenário, e o Acórdão n. 362/2018, Plenário). A grande virtude do Acórdão foi a de explicar, definir balizas conceituais sobre o erro grosseiro”. NIEBUHR, Joel Menezes. O erro grosseiro – análise crítica do acórdão n. 2.391/2018 do TCU. *Blog Zenite*, Curitiba, 14 nov. 2018.



O Direito propõe-se a oferecer às pessoas uma grande segurança, assentada na previsibilidade de que certas condutas podem ou devem ser praticadas e suscitam dados efeitos, ao passo que outras não podem sê-lo, acarretando consequências diversas, gravosas para quem nelas incorrer. Donde é de meridiana evidência que descaberia qualificar alguém como incurso em infração quando inexistir a possibilidade de prévia ciência e prévia eleição, **in concreto**, do comportamento que o livraria da incidência na infração e, pois, na sujeição às sanções para tal caso previstas. Note-se que aqui não se está a falar de culpa ou dolo, mas de coisa diversa: meramente do **animus** de praticar dada conduta<sup>7</sup>.

Vejamos, de outra parte, o artigo 29 e seu parágrafo 1º, transformado em único, porque o 2º foi vetado.

Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.

§ 1º A convocação conterà a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

§ 2º (VETADO).

O artigo 29 preconiza a possibilidade da consulta, para edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, preferencialmente por meio eletrônico, consulta essa cujo resultado deverá ser considerado na decisão. O § 1º estatui as condições da consulta, cuja convocação deverá conter a minuta do ato normativo, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

Finalmente, vejamos o artigo 30 e seu parágrafo único:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

O artigo 30, e seu parágrafo único, determinam às autoridades administrativas que observem atuação objetivando a aplicação das normas veiculadas pela Lei, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas às consultas, fixando a obrigatoriedade dos instrumentos previstos no caput do artigo, com caráter vinculante quanto ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

<sup>7</sup> Sobre o tema arremata o autor: "É muito discutido na doutrina se basta a mera voluntariedade para configurar a existência de um ilícito administrativo sancionável, ou se haveria necessidade ao menos de culpa. Quando menos até o presente, temos entendido que basta a voluntariedade, sem prejuízo, como é claro, de a lei estabelecer exigência maior perante a figura tal ou qual. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 884-885.

Eram essas as observações que nos pareceram relevantes, em uma primeira leitura das normas acrescidas à LINDB, sendo certo que outras considerações deverão advir de maior meditação e da aplicação prática das novas normas.

## REFERÊNCIAS

FERRAZ, Luciano. A expectativa é que a previsão da LINDB incremente a utilização dos termos de compromisso ou ajustamento de gestão, reduzindo custos e diminuindo o tempo de resposta da ação. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, jun. 2018.


GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariiedade administrativa. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 24, p. 61-115, dez./mar. 1998/1999. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/20046>. Acesso em: 5 jun. 2019.

JORDÃO, Eduardo. O art. 22 da LINDB e as “dificuldades jurídicas” do gestor público. *Revista Eletrônica Direito do Estado*, n. 417, 2018

JUSTEN FILHO, Marçal. Cautelas e formalidades necessárias no processo de contratação por dispensa, inexigibilidade por notória especialização: contratação de advogados e demais serviços técnicos, preço superfaturados ou inexecutáveis e responsabilidade de autoridade competente. *Boletim de licitações e contratos*, São Paulo, Editora NDJ, v. 10, n. 6, p. 271-2745, jun. 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

NIEBUHR, Joel Menezes. O erro grosseiro – análise crítica do acórdão n. 2.391/2018 do TCU. *Blog Zenite*, Curitiba, 14 nov. 2018.



# Direitos e deveres dos usuários de serviços públicos à luz da Lei n. 13.460/2017

**Dinorá Adelaide Musetti Grotti<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Direitos dos usuários; 3 Deveres dos usuários; 4 Observações finais; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Sempre se disse que os serviços públicos, quer sejam os prestados por pessoas públicas, quer sejam os executados por pessoas privadas, se submetem a um regime próprio, a um conjunto de normas que imponham deveres e atribuam direitos, distinguindo-os de todos os outros institutos, inclusive daquelas atividades desempenhadas pelo Estado.

Nesse sentido é que aludia Louis Rolland, discípulo de Duguit, nos anos 30 do século passado, às leis, princípios, regras ou caracteres que se impõem a todo serviço público, a saber: a continuidade de funcionamento do serviço, a adaptação ou modificação em todo momento de sua organização e de seu funcionamento pela autoridade pública competente e a igualdade dos particulares perante todos os serviços públicos.<sup>2</sup>

Às chamadas “Leis de Rolland”, vários princípios foram sendo adicionados, decorrentes de elaboração doutrinária, jurisprudencial ou legislativa.

Os autores dissentem quanto ao nome, número, conteúdo ou valor jurídico dos princípios inerentes ao regime jurídico dos serviços públicos. Muitas vezes a divergência radicaliza-se em que fundem ou desdobram os mesmos preceitos.

Verifica-se, porém, em face da diversificação de serviços públicos de alguma forma afetos ao Estado, em função da crescente complexidade da sociedade, que não existe uma totalidade normativa que se aplique a todos eles.<sup>3</sup> O que existe são pontos comuns entre os diferentes serviços públicos, princípios fundamentais que se aplicariam independentemente de seu modo de exercício, que lhes conferem prerrogativas especiais em relação aos parti-

---

<sup>1</sup> Doutora e mestre pela PUC/SP. Professora de Direito Administrativo da PUC/SP. Ex-Procuradora do município de São Paulo.

<sup>2</sup> ROLLAND, Louis. *Droit administratif*, curso copiado de D.E.S., Les cours de droit, 1934, apud VALETTE, Jean-Paul. *Le service public à la française*. Paris: Ellipses, 2000. p. 85.

<sup>3</sup> A doutrina por diversas vezes tem salientado que a prestação dos serviços públicos não se reveste, necessariamente, de um único regime jurídico. GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 9. ed. v. 2. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2009. p. VI-43-44; GUGLIELMI, Gilles J. *Introduction au droit des services publics*. Paris: L.G.D.J., 1994. p. 39.

culares. Isto não impede que os serviços sejam regidos por outras normas específicas, de acordo com as peculiaridades da atividade exercida, de forma a possibilitar o atendimento dos seus objetivos.

Tais princípios estão consagrados no direito positivo de cada sociedade sob várias formulações normativas e visam assegurar a qualidade do serviço e oferecer garantias aos usuários. Relacionam-se estes princípios com os fins do Estado e com os princípios constitucionais garantidores da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CF/88), igualdade (art. 5º, “caput”), bem como com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, arrolados no artigo 3º CF/88.

A Constituição Brasileira de 1988, desde sua redação originária, determina que a lei, ao dispor sobre a prestação dos serviços públicos, estabeleça os direitos dos usuários, imponha a seus prestadores a “obrigação”, (o “dever”, rigorosamente) de manter serviço adequado (artigo 175 parágrafo único, incisos II e IV, respectivamente) e que “as reclamações relativas à prestação de serviços públicos serão disciplinadas *em lei*” (art. 37, § 3º).

Por muito tempo, os direitos dos usuários e as diretrizes de prestação de um serviço adequado tiveram apenas vetores de caráter genérico e precário em determinados dispositivos da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos e em alguns regulamentos setoriais.

O conceito de serviço adequado foi delineado na Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, como sendo “o que satisfaz as condições de: regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” (art. 6º, § 1º). Se esse diploma legal estabelece as qualificações para caracterizar o serviço público, a ele aplicáveis enquanto objeto de concessão ou permissão, tais índices de exigência também devem prevalecer na prestação de serviços efetuada diretamente pelo poder público.<sup>4,5</sup>

E o Código Brasileiro do Consumidor (Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) incluiu as pessoas jurídicas públicas no conceito de fornecedor e dispôs sobre os princípios a serem observados na prestação dos serviços públicos.

Com a edição da Emenda Constitucional n. 19/1998, o art. 37, § 3º, foi substancialmente ampliado ao preceituar:

A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros

<sup>4</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum; Revista dos Tribunais, 2018. p. 322.

<sup>5</sup> Consoante a Lei paulista n. 7.835, de 08 de maio de 1992, que foi anterior à lei federal, “serviço adequado é o que atende ao interesse público e corresponde às exigências da qualidade, continuidade, regularidade, modicidade, cortesia e segurança (art. 17). A Lei Orgânica do Município de São Paulo afirma que “é função do Município prestar um serviço eficiente e eficaz, com servidores justamente remunerados e profissionalmente valorizados” (art. 89). Essa Lei ainda garante, ao usuário, “serviço público compatível com sua dignidade humana, prestado com eficiência, regularidade, pontualidade, uniformidade, conforto e segurança sem distinção de qualquer espécie”(parágrafo único do art. 123).

administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Ao que se deduz do advérbio “especialmente”, ao final do caput do § 3º do artigo 37, as previsões elencadas em seus incisos não são taxativas, mas exemplificativas de prioridades, embora devam ser necessariamente reguladas, e a lei integradora poderá acrescentar outras formas de participação dos usuários. Expandiu-se a anterior previsão de lei para regular as reclamações relativas à prestação de serviços públicos, que não chegou a ser cumprida, “para englobar não apenas os serviços públicos, como antes se lia, mas todas as prestações administrativas, diretas ou indiretas e para abranger não apenas as reclamações mas quaisquer outras formas de participação dos usuários”.<sup>6</sup>

A mesma Emenda reforçou os mandamentos constitucionais ao estabelecer no artigo 27 um prazo de *cento e vinte dias da sua promulgação para o Congresso Nacional elaborar a lei de defesa do usuário de serviços públicos*.

Diante da inércia do Congresso o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil interpôs, em 2013, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) 24, solicitando cautelarmente que se determinasse aos Presidentes da Câmara e do Senado, bem assim à Presidência da República, a adoção das providências para que a análise do Projeto de Lei n. 6.953/2002 e sua conversão em lei ocorressem no prazo máximo de 120 dias. Requereu, ainda, que, enquanto não editada a referida lei específica, o STF confirmasse a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (CDC) aos usuários de serviços públicos.

O Ministro Dias Toffoli, na qualidade de relator, reconheceu a mora legislativa e determinou em decisão monocrática a elaboração da lei em 120 dias e preferiu deixar o pedido de aplicação subsidiária e provisória do CDC às relações de usuários de serviços públicos para “análise mais aprofundada por parte do Tribunal – caso ainda subsista a mora –, e após colhidas as informações das autoridades requeridas e as manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República”.

Com a publicação da Lei 13.460, de 26 de junho de 2017 (DOU de 27.6.2017), que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública, conhecida como Código de Defesa do Usuário de Serviço Público, a ADO foi extinta por perda de objeto.

A CF/88 em seu art. 37, § 3º, com a redação da EC 19/1998, dispôs que a lei deveria regulamentar seus três incisos. O inc. II, fora satisfatoriamente atendido com a edição da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011) – como reforçado no parágrafo único do artigo 2º do Código. A Lei 13.460/2017 regulamenta o inc. I, mas não disciplina o inc. III, que exigia “a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública”. Sobre isso a lei não é

---

<sup>6</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a reforma administrativa: emenda constitucional n. 19 de 4 de junho de 1998*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 64.

específica, remanescendo à Lei n. 4.898, de 09 de dezembro de 1965 cuidar (de maneira insuficiente) da matéria.

Em seus 25 artigos e 7 capítulos, trata de: I) disposições preliminares, incluindo normas de aplicabilidade e conceitos; II) dos direitos básicos e deveres dos usuários; III) das manifestações dos usuários de serviços públicos; IV) das ouvidorias; V) dos conselhos de usuários; VI) da avaliação continuada dos serviços públicos e VII) das disposições finais e transitórias.

A lei entrará em vigor, a contar da sua publicação, em: I – trezentos e sessenta dias para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com mais de quinhentos mil habitantes; II – quinhentos e quarenta dias para os Municípios entre cem mil e quinhentos mil habitantes; e III – setecentos e vinte dias para os Municípios com menos de cem mil habitantes.

O novo Código, de alcance nacional, aplica-se à administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sem prejuízo da incidência de normas específicas pertinentes a atividades sob regulação e da Lei n. 8.078/1990 (CDC-Código de Defesa do Consumidor) quando caracterizada relação de consumo (art. 1º, § 2º, II), assim como reconhece a qualidade de usuário a qualquer pessoa, física ou jurídica, que se utilize ou se beneficie de serviço público, seja efetiva ou apenas potencialmente (art. 2º, I).

Nada obsta, porém, que os entes estaduais e municipais, assim como as próprias entidades estatais em seu âmbito, complementem e até aumentem as previsões do CDUSP, para lhes dar mais efetividade. E isso fica claro em muitos dispositivos, como o art. 17, que atribui a cada Poder e esfera de governo a competência para editar atos normativos específicos acerca da organização e do funcionamento das suas ouvidorias.<sup>7</sup>

Alguma polêmica pode aparecer em relação à divisão dos poderes, tendo em conta que o Código se refere somente à Administração Direta e Indireta no art. 1º, § 1º e no art. 2º, II. No entanto, não há dúvida de que o CDUSP vincula órgãos especializados e com autonomia mais alargada dentro do próprio Executivo, como o Ministério Público e as Defensorias.

Dúvida também não pode surgir quanto à aplicabilidade do diploma e seus instrumentos a serviços do Judiciário e do Legislativo, pois, de longa data há uniformidade doutrinária que a administração pública não equivale a Poder Executivo. Ela representa um complexo de funções que se concentra no Executivo, mas nele definitivamente não se esgota. Ao desempenharem serviços públicos ou exercerem outras funções administrativas, também o Judiciário e o Legislativo restarão subordinados a todos os seus preceitos, salvo na presença de norma especial. Ademais, embora o CDUSP tenha se referido à administração direta e indireta, sem fazer menção expressa aos Poderes Legislativo e Judiciário nos art. 1º, § 1º e no art. 2º, II, ele usa a expressão “cada Poder” em vários outros trechos, dando a entender que seus mandamentos vinculam as três esferas sem exceção. Isso se vislumbra, por exemplo, nos art. 3º, 7º, § 5º e 17. Assim, sempre que esses poderes prestarem serviços públicos – como se vislumbra, por

<sup>7</sup> MARRARA, Thiago. O Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos (Lei n. 13.460/2017): seis parâmetros de aplicabilidade. *Revista Direito do Estado*, n. 383, 2018. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/o-codigo-de-defesa-do-usuario-de-servicos-publicos-lei-n-13460-2017-seis-parametros-de-aplicabilidade>. Acesso em: 26 nov. 2018.

exemplo, nos vários cursos que escolas do legislativo e da magistratura, mesmo sem serem universidade, oferecem ou vendem à população –, esse Código se aplicará.<sup>8</sup>

A lei estipula a aplicação subsidiária a “serviços públicos prestados por particular”, ou seja, quando não houver regramento específico para determinada situação (art. 1º, § 3º).

Diante desse novo diploma de regência da matéria vários questionamentos jurídicos surgirão para interpretar seus dispositivos, haja vista a flexibilidade dos conceitos de “serviço público” e de “particular”.

O artigo 2º, inciso II da Lei 13.460/2017 define serviço público como “atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública”. Trata-se de uma definição ampla adotada para fins assinalados no referido diploma legal. Via de consequência, suas regras são aplicáveis extensivamente às atividades da Administração Pública em face do cidadão, até mesmo hipóteses em que se caracteriza atividades de outra natureza, tal como o exercício do poder de polícia.

A amplitude do diploma extrapola os limites dos serviços públicos em sentido técnico-jurídico (aqueles do art. 175 da CF/88).

De qualquer forma, há algumas disposições da Lei 13.460/2017 que têm pertinência com o serviço público na sua acepção técnico-jurídica.<sup>9</sup>

A matéria abordada neste artigo se restringirá à apreciação dos direitos e deveres dos usuários com a aprovação da Lei n. 13.460/2017.

## 2 DIREITOS DOS USUÁRIOS

Como concreção dos princípios do serviço público, vários direitos são reconhecidos aos usuários como fundamento para a exigibilidade de sua prestação.

No Brasil, prescreveu o Texto Constitucional de 1988 que a disciplina legal dos serviços públicos disporá sobre a fixação dos direitos dos usuários (art. 175, parágrafo único, II).

E a Lei Federal n. 8.987, de 13-02-95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, ao enunciá-los, no artigo 7º, teve o cuidado de salientar que o elenco apontado não prejudica aquele constante no Código do Consumidor, com os indispensáveis meios processuais de defesa.

Os direitos mesclados a tecnicamente com os deveres (ou obrigações, na dicção legal do art. 7º da Lei n.º 8.987/95) dos usuários são, basicamente, os de receber serviço adequado (inc. I); de informar-se e ser informado das condições a ele relativas (inc. II); de participar de sua administração, tanto pela fiscalização quanto pelo opinamento sobre a sua

<sup>8</sup> MARRARA, Thiago. O Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos (Lei n. 13.460/2017):... Op. cit.

<sup>9</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters; Revista dos Tribunais, 2018. p. 632.

prestação (incs. IV e V); de escolher o serviço dentre o de distintos prestadores, quando for o caso (inc. III com a redação dada pela Lei n. 9.648/98). Posteriormente foi contemplado o direito do usuário de escolher, dentro do mês de vencimento, os dias de vencimento de seus débitos, no mínimo entre seis datas opcionais ofertadas pelas concessionárias de serviços públicos, de direito público e privado, nos Estados e no Distrito Federal, nos termos do art. 7º A, da Lei n. 8.987/95, acrescentado pela Lei n. 9.791, de 24-03-99 (DOU. de 25-03-99).

O rol estipulado no art. 7º não é exaustivo, pois outros direitos-poderes decorrem de dispositivos esparsos ou também poderão ser reconhecidos, à luz dos princípios que disciplinam essa área, do regulamento específico do serviço público ou das particularidades do caso concreto. Assim o usuário tem direito à modicidade das tarifas, previsto nos arts. 6º, § 1º e 11, bem como à indenização pelos prejuízos sofridos, valendo o princípio consagrado da teoria do risco não-integral previsto na Lei Suprema, art. 37, § 6º e nas leis infraconstitucionais n. 8.987/95, art. 25 e 8.078/90, art. 22, parágrafo único.<sup>10</sup>

Existe ainda a legislação pontual para cada espécie de serviço público, que arrola vários direitos dos usuários.

Em que medida os direitos dos usuários foram expandidos com a aprovação do Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos?

Em disciplina similar à constante do artigo 6º, § 1º da Lei 8.897/1995, o CDUSP, em seu artigo. 4º, reza que os serviços públicos e o atendimento ao usuário deverão ser realizados adequadamente, com observação dos princípios da regularidade, continuidade, efetividade, segurança, atualidade, generalidade, transparência e cortesia.

Com esse objetivo, o art. 5º da Lei 13.460/2017 indica, em seus quinze incisos, diretrizes a serem observadas para a execução do serviço, tais como urbanidade, respeito, acessibilidade e cortesia no atendimento aos usuários, a presunção de boa-fé do usuário, cumprimento de prazos e normas procedimentais, atendimento por ordem de chegada, ressalvadas as prioridades legais, casos de urgência e a possibilidade de agendamento; igualdade de tratamento, vedada qualquer forma de discriminação; definição, publicidade e observância de horários e normas compatíveis com o bom atendimento ao usuário; adoção de medidas visando a proteção à saúde e a segurança dos usuários; manutenção de instalações salubres, seguras, sinalizadas, acessíveis e adequadas ao serviço e ao atendimento; observância dos códigos de ética ou de conduta aplicáveis às várias categorias de agentes públicos; aplicação de soluções

---

<sup>10</sup> No Estado de São Paulo foi editada a Lei n. 10.294, de 20-04-99, alterada pela Lei 12.806, de 01-02-08, relativa à proteção e defesa do usuário do serviço público, aplicando-se aos serviços públicos prestados por particular, mediante concessão, autorização ou qualquer outra forma de delegação, e prestados pela Administração direta e indireta. Estabelece, em seu art. 3º, como direitos dos usuários a informação (inc. I); a qualidade na prestação do serviço (inc. II); e o controle adequado do serviço público (inc. III). Referido diploma legal não prevê qualquer aplicação do CDC, disciplinando de modo integral a relação entre os usuários e o titular ou o prestador do serviço público.

No âmbito do Município de São Paulo foi editada a Lei n.14029, de 13 de julho de 2005 que disciplina direitos e garantias dos usuários dos serviços públicos municipais. Em consonância a esse diploma legal, a Lei Municipal n.15.410, de 11 de julho de 2011 institui boas práticas e padrões de qualidade no atendimento ao usuário de serviços públicos na cidade de São Paulo e dá outras providências.



tecnológicas que visem a simplificar processos e procedimentos de atendimento ao usuário e a propiciar melhores condições para o compartilhamento das informações.

Algumas regras procedimentais básicas são bastante óbvias, mas vale avivá-las quase que só para observar lição de Oliver Holmes, tantas vezes repetida por Francisco Campos em seus pareceres, de que, “nos tempos em que estamos vivendo, a educação no óbvio é mais necessária do que a investigação do obscuro”.<sup>11</sup> Apesar de feita há muitas décadas o registro do juiz da Suprema Corte americana é, ainda, atual, como mostra sua frequente inobservância na concreta atividade administrativa. Assim, ao determinar que os prazos e normas devem ser cumpridos, ela está apenas reconhecendo que a aplicação das normas e prazos fixados na legislação em vigor é negligenciada.

Mas há aspectos relevantes que encontram guarida no princípio da proporcionalidade, que enuncia a ideia de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Assim, é um direito do usuário “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de exigências, obrigações, restrições e sanções não previstas na legislação” (inc. IV) e a “eliminação de formalidades e de exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco envolvido” (inc. XI).

Tendo em conta as mudanças propiciadas pela evolução tecnológica e prestigiando a adoção de procedimentos eletrônicos pela Administração Pública, o CDUSP registra como diretriz a “aplicação de soluções tecnológicas que visem a simplificar processos e procedimentos de atendimento ao usuário e a propiciar melhores condições para o compartilhamento das informações” (inc. XIII).

A Lei renova a previsão<sup>12</sup> da “autenticação de documentos pelo próprio agente público, à vista dos originais apresentados pelo usuário, vedada a exigência de reconhecimento de firma, salvo em caso de dúvida de autenticidade” (inc. IX). E estatui a “vedação da exigência de nova prova sobre fato já comprovado em documentação válida apresentada” (inc. XV).

Essa última regra deve ser interpretada não apenas restritivamente a cada repartição pública. Deve ser aplicada na acepção trazida pelo Dec. Federal 9.094 (de 17.07.2017), que dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no País e institui a Carta de Serviços ao Usuário.

No art. 2º, esse Decreto reza que

Salvo disposição legal em contrário, os órgãos e as entidades do Poder Executivo federal que necessitarem de documentos comprobatórios da regularidade da situação de usuários dos serviços públicos, de atestados, de certidões ou de outros documentos comprobatórios que

<sup>11</sup> Selected Legal Papers, p. 292-293, apud CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 178.

<sup>12</sup> O revogado Decreto n. 6.932/2009, que dispunha sobre a simplificação do atendimento público prestado ao cidadão, já previa a possibilidade de a autenticação ser realizada pelo próprio servidor a quem o documento deveria ser apresentado, mediante cotejo da cópia com o original.

constem em base de dados oficial da administração pública federal deverão obtê-los diretamente do órgão ou da entidade responsável pela base de dados, nos termos do Dec. 8.789, de 29 de junho de 2016, e não poderão exigí-los dos usuários dos serviços públicos.

Salienta Marçal Justen Filho que “o Decreto Federal 9.094/2017 consagrou uma regra que deve ser reputada como inerente à proteção da dignidade do cidadão. Fixou que “as exigências necessárias para o requerimento serão feitas desde logo e de uma só vez ao interessado, justificando-se exigência posterior apenas em caso de dúvida superveniente” (art. 6º). A ausência formal dessa previsão na Lei 13.460/2017 é lamentável, eis que dá oportunidade a despropósitos frequentes. É evidente que a ausência de manifestação exaustiva da autoridade administrativa viola os princípios da República, da eficiência e do respeito ao cidadão. A ausência de sua inscrição formal em algum documento normativo é invocada como fundamento para práticas claramente reprováveis”.<sup>13</sup>

Também são relacionados os direitos básicos dos usuários, entre eles a participação no acompanhamento da prestação e na avaliação dos serviços, liberdade de escolha, acesso a informações e proteção dos dados pessoais (art. 6º, incisos I a VI).<sup>14</sup>

Para dar cumprimento à diretriz traçada no inciso VII do art. 5º, cada órgão ou entidade administrativa deverá divulgar uma Carta de Serviços ao Usuário, contendo informações claras e precisas sobre os serviços prestados (artigo 7º).<sup>15</sup>

Em muitos ordenamentos europeus já foram editadas as Cartas de Serviços (França, em 1992 e Itália, em 1994, e as Cartas dos Cidadãos (p. ex. Inglaterra), mencionando-se inclusive indicadores de qualidade e avaliação da satisfação dos usuários de serviços públicos, prestados ou não por entes governamentais.

<sup>13</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 221.

<sup>14</sup> Art. 6º São direitos básicos do usuário:

- I - participação no acompanhamento da prestação e na avaliação dos serviços;
- II - obtenção e utilização dos serviços com liberdade de escolha entre os meios oferecidos e sem discriminação;
- III - acesso e obtenção de informações relativas à sua pessoa constantes de registros ou bancos de dados, observado o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal e na Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011;
- IV - proteção de suas informações pessoais, nos termos da Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011;
- V - atuação integrada e sistêmica na expedição de atestados, certidões e documentos comprobatórios de regularidade; e
- VI - obtenção de informações precisas e de fácil acesso nos locais de prestação do serviço, assim como sua disponibilização na internet, especialmente sobre:
  - a) horário de funcionamento das unidades administrativas;
  - b) serviços prestados pelo órgão ou entidade, sua localização exata e a indicação do setor responsável pelo atendimento ao público;
  - c) acesso ao agente público ou ao órgão encarregado de receber manifestações;
  - d) situação da tramitação dos processos administrativos em que figure como interessado; e
  - e) valor das taxas e tarifas cobradas pela prestação dos serviços, contendo informações para a compreensão exata da extensão do serviço prestado.

<sup>15</sup> A determinação de elaboração de uma Carta de Serviços ao Usuário não é nova, pois já era imposta no âmbito federal pelo Decreto n.6.932/2009, que dispunha sobre a simplificação do atendimento público prestado ao cidadão.

O Decreto n. 9.094/2017, que revogou o mencionado Decreto, não só manteve o objetivo de simplificar o atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, como também reviu o conteúdo da Carta de Serviços.

Segundo Pia Marconi, “A política da Carta de Serviço é elemento inovador de uma ampla estratégia de racionalização e modernização da Administração, contendo três elementos de inovação: a) a prestação de serviços deve ocorrer em função dos usuários; b) prevê a fixação de padrões e o confronto entre objetivos e resultados; c) confere voz ao usuário; este vem dotado de instrumentos que lhes permitem participar da definição das características dos serviços oferecidos e controlar se os encargos do prestador são respeitados’. Segundo a mesma autora, a Carta de Serviço prevê os seguintes princípios: igualdade, eficácia e eficiência, direito de escolha entre diversos prestadores, participação do usuário.<sup>16</sup> Para Nicinski, “[...] as cartas de direitos dos usuários vêm reorientadas sob uma ótica consumerista, sem que se equipare o usuário ao consumidor”.<sup>17</sup>

Como forma de garantir os direitos dos usuários dos serviços públicos, o artigo 9º do CDUSP possibilita a apresentação de manifestações diversas perante a Administração Pública, que não podem ser recusadas em nenhuma hipótese (art.11), compreendendo, de acordo com o art. 2º, inciso V, reclamações, denúncias, sugestões, elogios ou qualquer outro pronunciamento acerca da prestação de serviços públicos e da conduta dos agentes públicos na prestação e fiscalização desses serviços.

Referidas manifestações poderão ser feitas por meio eletrônico, correspondência convencional ou verbalmente, hipótese em que deverá ser reduzida a termo e deverão ser dirigidas à ouvidoria do órgão ou da entidade responsável, e conterà a identificação do requerente. Caso inexista ouvidoria, deverão ser encaminhadas ao órgão ou entidade responsável pela execução do serviço e ao órgão ou à entidade a que se subordinem ou se vinculem (art.10).

O legislador conferiu grande relevo ao papel das ouvidorias na relação com os usuários de serviços públicos, atribuindo-lhes competências próprias, sem prejuízo de outras fixadas em regulamento próprio (artigos 13 ao 17). Como pontua Adilson Moreira de Medeiros, as ouvidorias “não mais podem ser concebidas como meros receptáculos de queixas e sugestões dos interessados, com atuação amplamente deficitária em termos de resolutividade, como sói acontecer na atual quadra.

Em linha diametralmente oposta, a nova lei encarrega tais órgãos de atribuições voltadas diretamente à obtenção de resultados concretos, cumprindo-lhes, dentre outros misteres, previstos no rol do art. 13, garantir a efetividade e buscar o aperfeiçoamento dos serviços públicos, auxiliar na prevenção e correção de atos e procedimentos incompatíveis com os princípios estabelecidos na lei, além das funções de mediação e conciliação de interesses das partes.”<sup>18</sup>

<sup>16</sup> MARCONI, Pia. La carta dei servizi e l'actizen charter. *Revista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, p. 197, 1998, apud MEDAUAR, Odete. Usuário, cliente ou consumidor. In: SALETTI, Achile (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 153.

<sup>17</sup> NICINSKI, Sophie. *L'usager du service public industriel e comercial*, p. 82, apud MEDAUAR, Odete. Usuário, cliente ou consumidor. In: SALETTI, Achile (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 153.

<sup>18</sup> MEDEIROS, Adilson Moreira de. A Lei 13.460/2017 como instrumento do controle de qualidade e eficiência dos serviços públicos e de efetividade do direito fundamental à boa administração. *CNPGC*, jul. 2017. Disponível em: <https://www.cnp.gc.org.br/?p=1835>. Acesso em: 27 nov. 2018.

Vale apontar que a atuação das ouvidorias, por força do art. 12 da lei, percorre a análise das demandas apresentadas e a obtenção das informações necessárias, só restando cumprida a missão depois de obtida uma “decisão administrativa final” a ser comunicada ao interessado. Nos termos desse dispositivo, os procedimentos concernentes à análise das manifestações deverão ser eficientes e céleres, visando a sua efetiva resolução.

A lei fixou o prazo de trinta dias, prorrogável justificadamente, por única vez e igual período, para encaminhamento da decisão administrativa ao usuário (art. 16).

De igual modo, consignou o prazo de vinte dias, prorrogável nas mesmas condições antes mencionadas, para que os agentes públicos vinculados prestem as informações às respectivas ouvidorias (art. 16, parágrafo único).

Foi aventada, ainda, a instituição de conselho de usuários previsto nos arts. 18 a 22, órgãos consultivos com atribuições de acompanhamento, avaliação e proposição de melhorias dos serviços e contribuição na definição de diretrizes para o adequado atendimento ao usuário, bem como de acompanhamento e avaliação do ouvidor (art. 18, parágrafo único, I a V), podendo ser consultado quanto à indicação daquele (art. 20).

Sua composição será efetuada segundo critérios de representatividade e pluralidade dos interessados, com vistas ao equilíbrio em sua representação”, sendo que a “escolha dos representantes será feita em processo aberto ao público e diferenciado por tipo de usuário a ser representado” (art. 19, caput e parágrafo único).

Também foi contemplada a exigência formal de avaliação continuada dos serviços quanto aos aspectos da satisfação dos usuários (no mínimo, a cada um ano, ou por qualquer outro meio que garanta significância estatística aos resultados), da qualidade do atendimento e do atingimento dos objetivos predeterminados, facilitando a adoção de medidas para melhoria e aperfeiçoamento dos serviços (art. 23). É ainda prevista uma classificação das entidades conforme a incidência de reclamações dos usuários.

### 3 DEVERES DOS USUÁRIOS

Alguns serviços públicos são prestados aos utentes sem necessidade do cumprimento de obrigações por parte destes, não lhes acarretando, dessa forma, qualquer ônus. No entanto, outros há que, para serem fruídos, exigem a observância de certas obrigações por parte dos administrados. Conforme Diógenes Gasparini, essas obrigações, em número de três, “são de natureza administrativa, técnica e pecuniária. [...] As primeiras são as que iniciam o procedimento de fruição e se consubstanciam no pedido. As segundas dizem respeito à própria prestação dos serviços solicitados [...]. As últimas relacionam-se com, a remuneração do serviço”.<sup>19</sup>

Resta claro, portanto, que aos usuários não correspondem apenas direitos, mas que, a par desses, lhes são exigidas obrigações para com a Administração Pública, contempladas no art. 8º da Lei n. 13.460/2017, quais sejam: :- utilização adequada dos serviços,

<sup>19</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 363.

procedendo com urbanidade e boa-fé; II – prestação das informações pertinentes ao serviço prestado quando solicitadas III - colaboração para a adequada prestação do serviço; e IV – preservação das condições dos bens públicos necessários à prestação dos serviços

Nesse sentido, tendo em vista que os serviços públicos atendem a toda a coletividade, é de suma importância o usuário estar consciente da necessidade de preservação dos bens públicos, evitando qualquer tipo de depredação como forma de expressão de sua insatisfação com o serviço recebido, ou deixado de receber.<sup>20</sup>

De acordo com Marçal Justen Filho, o usuário pode ser considerado como parte interessada na prestação do serviço e elevado “à condição de titular de interesses na sua concepção e organização”, passado da condição de mero beneficiário das benesses estatais a sujeito responsável pelo serviço, integrando “as relações jurídicas atinentes à organização do serviço e à própria delegação à iniciativa privada. Esse princípio significa o dever de o Estado e o prestador do serviço fornecerem ao usuário todos os esclarecimentos e admitirem a participação de representantes dos usuários na estrutura organizacional do serviço público.”<sup>21</sup>

#### 4 OBSERVAÇÕES FINAIS

Os princípios dos serviços públicos constitucionais e infraconstitucionais, ao estabelecerem deveres à Administração Pública, delinham os contornos dos direitos dos usuários dos serviços públicos.

A bem da verdade, o CDUSP avançou ao reconhecer o protagonismo do usuário e introduzir no ordenamento jurídico regras específicas no que diz respeito à participação, proteção e defesa dos seus direitos, e se constituir em mais um instrumento viabilizador do exercício da cidadania.

O Poder Público terá que observar uma série de critérios e vários mecanismos deverão ser implementados pelos Poderes para garantir a prestação de um serviço de qualidade à sociedade.

Segundo Marçal Justen Filho, a Lei 13.460/2017

poderia ser qualificada como a Lei de Redenção da Cidadania. O diploma reconhece o protagonismo do cidadão como sujeito fundamental das relações de direito público. Torna ilícita a concepção herdada do autoritarismo de que o cidadão é um “administrado”, um “subordinado”, um “entreve” ao desenvolvimento das atividades estatais. Reconduz a administração pública ao conceito fundamental de “serviço público”. Enfim, é um diploma que todos nós, cidadãos do Brasil, necessitamos conhecer e bem caberia que dele tivéssemos uma cópia no bolso permanentemente.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 221-222.

<sup>21</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 648.


<sup>22</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A lei da redenção da cidadania. *Migalhas*, 28 nov. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI278830,11049-A+Lei+de+Redencao+da+Cidadania>. Acesso em: 28 nov. 2018.

É preciso tornar efetiva a ampla proteção contemplada no âmbito normativo para que o sistema de proteção dos usuários de serviços públicos não resulte em mais uma promessa não cumprida pelo Poder Público.<sup>23</sup> Para tanto, é fundamental que os usuários estejam alertas e presentes no controle do desempenho dos serviços para exigir sua adequada prestação e denunciar irregularidades e abusos que ocorram.

## REFERÊNCIAS

- CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 9. ed. v. 2. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2009.
- GUGLIELMI, Gilles J. *Introduction au droit des services publics*. Paris: L.G.D.J., 1994.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters; Revista dos Tribunais, 2018.
- JUSTEN FILHO, Marçal. A lei da redenção da cidadania. *Migalhas*, 28 nov. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI278830,11049-A+Lei+de+Redencao+da+Cidadania>. Acesso em: 28 nov. 2018.
- MARRARA, Thiago. O Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos (Lei n. 13.460/2017): seis parâmetros de aplicabilidade. *Revista Direito do Estado*, n. 383, 2018. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/o-codigo-de-defesa-do-usuario-de-servicos-publicos-lei-n-13460-2017-seis-parametros-de-aplicabilidade>. Acesso em: 26 nov. 2018.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum; Revista dos Tribunais, 2018.
- MEDAUAR, Odete. Usuário, cliente ou consumidor. In: SALETTI, Achile (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.
- MEDEIROS, Adilson Moreira de. A Lei 13.460/2017 como instrumento do controle de qualidade e eficiência dos serviços públicos e de efetividade do direito fundamental à boa administração. *CNPGC*, jul. 2017. Disponível em: <https://www.cnpgc.org.br/?p=1835>. Acesso em: 27 nov. 2018.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a reforma administrativa: emenda constitucional n. 19 de 4 de junho de 1998*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A Lei de Defesa do Usuário do Serviço Público: promessa ou realidade? *Revista Direito do Estado*, n. 404, 2018. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/a-lei-de-defesa-do-usuario-do-servico-publico-promessa-ou-realidade>. Acesso em: 10 set. 2018.
- VALETTE, Jean-Paul. *Le service public à la française*. Paris: Ellipses, 2000.

<sup>23</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A Lei de Defesa do Usuário do Serviço Público: promessa ou realidade? *Revista Direito do Estado*, n. 404, 2018. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/a-lei-de-defesa-do-usuario-do-servico-publico-promessa-ou-realidade>. Acesso em: 10 set. 2018. Na mesma linha: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 359.



# O controle da administração pública pelo Judiciário em tempos de neoconstitucionalismo: os limites do ativismo judicial na concretização dos direitos fundamentais em proteção ao mérito administrativo

**Emerson Affonso da Costa Moura<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 O mérito administrativo e o estado constitucional e democrático de direito; 3 A expansão do controle da administração pública pela jurisdição constitucional; 4 O controle judicial do mérito administrativo; 5 Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, observa-se a ascensão dos pilares não apenas de um Estado Democrático de Direito no Brasil, mas de um novo constitucionalismo, voltado ao compromisso com a proteção e concretização dos bens e valores fundamentais da sociedade, mas igualmente com a preservação e garantia do princípio democrático.

O amplo processo de constitucionalização com a previsão do regime da Administração Pública na lei fundamental aliado à consagração de um amplo princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional conduziu à uma ampliação na atuação do Poder Judiciário no que tange ao controle das matérias de índole administrativa.

Reforça-se tal fenômeno na última quadra histórica onde se antes a jurisdição constitucional atuava com respeito ao princípio da separação dos poderes e os legítimos espaços de conformação legislativa e discricionariedade administrativa em típica postura de autocontenção judicial tem atuado com ingerência sobre os atos dos demais poderes à título de promoção dos direitos fundamentais.

Inevitável que a adoção do ativismo judicial no que tange aos atos administrativos reforça a tensão imanente entre constitucionalismo e democracia, uma vez que à guisa de realização dos direitos constitucionais, o Poder Judiciário acaba por adentrar sobre o mérito administrativo e o lícito campo de decisão da Administração Pública decorrente do espraio do princípio majoritário.

---

<sup>1</sup> Professor convidado do mestrado e doutorado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor regente da Pós-Graduação em Direito Administrativo da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e de Advocacia Pública do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor convidado da Pós-Graduação em Direito Administrativo Econômico da Pontifícia Universidade Católica do RJ (PUC/RJ). Professor adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Colíder do grupo de pesquisa “Laboratório de Estudos de Direito Administrativo Comparado (Ledac) certificado pelo CNPQ da Universidade Federal Fluminense (UFF). E-mail de contato: emersonacmoura@yahoo.com.br.

Busca o presente trabalho investigar em que medida tal ascensão de uma nova modelagem teórico-institucional da jurisdição constitucional não pode importar no âmbito do controle judicial dos atos administrativos um indevido estreitamento do legítimo espaço do mérito administrativo à luz de promoção dos direitos fundamentais sob pena de violação do princípio democrático.

Pretende-se, portanto, a partir de singela homenagem à capital obra do professor Sergio de Andréa Ferreira “O Controle da Administração Pública pelo Judiciário” verificar em que medida tais perspectivas no exercício da jurisdição constitucional não elidem o campo do mérito administrativo, mas reforçam a necessidade de sua preservação na proteção do próprio Estado Democrático.

Para tanto, investiga-se os limites e possibilidades do mérito administrativo à luz do Estado Democrático de Direito, de modo a verificar se a decisão administrativa não pode estar desvinculada das decisões políticas fundamentais através da consagração dos bens e valores essenciais consagrados na Constituição Federal igualmente isto não importa em esvaziamento do mérito administrativo.

Após, volta-se à expansão do controle jurisdicional dos atos dos outros poderes e a ascensão político-institucional do Poder Judiciário com a Constituição Federal de 1988 para extrair os pressupostos do ativismo judicial no que tange ao controle da Administração Pública, mas igualmente, os seus limites e riscos.

Por fim, verifica-se qual será o papel da jurisdição constitucional na promoção dos bens e valores constitucionais, porém, de forma a garantir a proteção do mérito administrativo enquanto irradiação do princípio democrático, o que importa em um limite da atuação do Poder Judiciário no que tange ao legítimo espaço de escolhas realizadas pela Administração Pública.

Utiliza-se por metodologia a crítica dialética com apoio na literatura jurídica pátria e estrangeira através dos principais expoentes do Direito Administrativo e Constitucional, em uma necessária interface entre as disciplinas, bem como, em alguns julgamentos do Supremo Tribunal Federal com fins de ilustração da operatividade do debate acadêmico no âmbito da práxis jurídica.

## **2 O MÉRITO ADMINISTRATIVO E O ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Embora o Direito Administrativo tenha origem liberal e garantidora, sua construção teórica ocorreu pelas decisões da jurisdição administrativa francesa, que importou na sujeição da Administração à vontade da lei, mas, também, igualmente na sua imunização ao menos inicial ao controle pelos demais poderes.<sup>2</sup>

Desta forma, na Administração Pública no Estado Moderno Liberal é marcada por um compromisso teórico entre elementos tipicamente protetivos do cidadão – como a consagra-

---

<sup>2</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 461-462.



ção do Princípio da Separação dos Poderes e a garantia dos direitos individuais – do ente estatal – como a criação de um estatuto especial de atuação e de controle para a Administração.<sup>3</sup>

O regime jurídico-administrativo moderno, portanto, se conformou, portanto, sob uma tensão dialética entre autoridade e liberdade,<sup>4</sup> que se exteriorizou na consagração de espaços legítimos de atuação dos cidadãos – com a consagração de seus direitos públicos subjetivos em face dos poderes públicos – e do Estado – com a previsão de um mérito administrativo não controlado pelo Judiciário.

Inevitável, que tal esfera insindicável de ingerência de outros poderes sob a atuação do Estado-Administração no momento inicial do Estado Moderno é apontado pela literatura francesa como um enraizamento de elementos de origem monárquica<sup>5</sup> e acabou convergindo para uma concepção de Estado de Direito em sentido fraco pela sua sujeição à legalidade apenas formalmente.<sup>6</sup>

Isto porque, embora os atos da Administração correspondam ao exercício muitas das vezes de uma função governamental ou o mérito tenha sua legitimidade decorrente do próprio princípio democrático, não formam uma categoria jurídica autônoma destituída de controle judicial, isto porque no Estado de Direito há limites previamente estabelecidos na lei e nos seus fins.<sup>7</sup>

É próprio da técnica de separação e harmonia entre poderes orgânicos, que embora os atos possam ser dotados de certo grau de criatividade e liberdade, sujeitam-se a limites previamente estabelecidos na ordem jurídica, na proteção dos direitos já consagrados e na persecução dos fins almejados pela sociedade.<sup>8</sup>

Sob tal viés, que se consagra a ideia de controle judicial dos atos da Administração Pública no reconhecimento de uma esfera de autonomia pública – no que tange ao mérito e o lícito campo de escolha da conveniência e oportunidade – porém, sujeito ao controle pelo Poder Judiciário, no que tange ao respeito à legalidade, decorrente do próprio *checks and balances* da separação dos poderes.

Não obstante, com a transformação da própria noção de Estado de Direito há uma profunda alteração na relação entre os poderes públicos e, portanto, no que tange ao controle dos atos do Estado-Administração decorrentes do reconhecimento do caráter normativo da Constituição e da afirmação de sua supremacia formal e axiológica na ordem jurídica.<sup>9</sup>

<sup>3</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Op. cit., p. 38.

<sup>4</sup> Note, que autoridade não se confunde com autoritarismo. Para assegurar a liberdade sujeita-se a Administração Pública à observância de leis, porém, são outorgados prerrogativas e privilégios que se permite a persecução do interesse público colocam a Administração Pública em posição de supremacia perante o particular. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 61-62.

<sup>5</sup> CHEVALLIER, Jacques. *Le Droit Administratif entre Science Administrative et Droit Constitutionnel*. In: CHEVALLIER, Jacques; GUGLIELMI, Gilles J.; LOCHAK, Danièle. *Le droit administratif en mutation*. Paris: Centre Universitaire de Recherches Administratives Et Politiques de Picardie; PUF, 1993. p. 13.

<sup>6</sup> ZAGRELBESKY, Gustavo. *El derecho dúctil: leyes, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 22-23.

<sup>7</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no Estado de Direito – o problema do controle jurídico do poder*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 127.

<sup>8</sup> PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: RT, 2004. p. 150-171.

<sup>9</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

Com a compreensão que Constituição é lei, isto implica no reconhecimento que seus preceitos antes remetidos à natureza programática e sujeitos às escolhas políticas passam a ser dotados de normatividade e, por efeito, instituem direitos aos cidadãos e obrigações aos poderes públicos, que passam vincular suas decisões à concretização dos seus preceitos.<sup>10</sup>

Nesse viés, os direitos fundamentais antes previstos nas cartas liberais do século XIX sofrem um processo de expansão pelas constituições que assumem feições garantistas e passam a exigir a proteção de situações individuais em face do poder público como um núcleo de garantia contra os arbítrios do Estado e de irradiação no sistema normativo.<sup>11</sup>

No que tange ao controle dos atos da Administração Pública isto significa uma maior sindicabilidade do mérito administrativo, já que se antes bastava a sua congruência com o princípio da legalidade, passam-se a permitir uma avaliação da adequação aos objetivos definidos pela Constituição, embora resguardado o espaço de conveniência e de oportunidade.<sup>12</sup>

Isto porque, com a elevação da Constituição a parâmetro de validade formal e material de todos os atos e normas que compõem o ordenamento jurídico, a legalidade passa a corresponder, em primeiro grau, à compatibilidade dos atos oriundos da Administração Pública com a carta magna e não com a lei ou com a espécie normativa próxima.<sup>13</sup>

Produz-se uma vinculação direta e imediata da atividade administrativa à Constituição independente da conformação legislativa, sem que resulte na exclusão como parâmetro de validade da atividade administrativa a regulamentação dada pelo legislador ordinário através da lei ou demais espécies normativas adequadas.<sup>14</sup>

Por um lado, isso não significa uma ampliação do mérito administrativo, sob a ideia de uma aplicação otimizada da Constituição, em detrimento da regulação infraconstitucional que permita a criação de regulamentos autônomos, pois significaria em violação ao sensível equilíbrio entre os poderes públicos.

Porém, igualmente não importa em uma redução do mérito administrativo, já que aponta a literatura jurídica com destreza deslocamento da Constituição para o centro do

<sup>10</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro Del Estado de Derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política*, Universidad Autónoma Metropolitana, Espanha, n. 17, p. 31-34, 2001.

<sup>11</sup> Com a introdução dos direitos fundamentais da segunda geração, passou-se a compreender os critérios objetivos de valores, bem como, os princípios básicos que animam a Constituição, projetando a sua unidade e fazendo a congruência fundamental de suas regras. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 569.

<sup>12</sup> PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. Op. cit., p. 209.

<sup>13</sup> Isso representa a substituição do parâmetro de juridicidade, ou seja, da reserva vertical da lei pela reserva vertical da Constituição. Neste tocante, a introdução pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004 do efeito vinculante de súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal para a Administração Pública, demonstra que a Constituição passa a ser o fundamento primeiro de validade da atividade administrativa, e não o último, verificada após a compatibilidade com o decreto, regulamento, portaria ou demais que o ensejou. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 836.

<sup>14</sup> Corresponderia em último grau, a concessão ao agente administrativo de uma ampliação de sua margem de discricionariedade, de modo a ensejar sob a falsa alegação de aplicação da Constituição, uma burla a obrigatoriedade da lei, com fundamento em eventual desinteresse político na realização do interesse público nela colimado, afetando, por conseguinte a segurança jurídica, advinda do caráter geral, abstrato e obrigatório da lei, ao assegurar a previsibilidade das condutas e estabilidade das relações sociais. OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 735.

ordenamento jurídico, não pode importar na ocupação de todo o espaço jurídico no Estado Constitucional e Democrático de Direito.<sup>15</sup>

Se o mérito administrativo abrange o legítimo campo para eleição da conveniência e oportunidade em busca da satisfação dos interesses públicos com a eleição da Constituição como centro formal e axiológico da ordem jurídica, isso significa que a Administração Pública em geral passa a encontrar-se, também, sob uma reserva dos direitos fundamentais.<sup>16</sup>

Em certa medida, é o reconhecimento de que se antes o mérito administrativo deveria ser com respeito ou tolerância – em razão de sua dimensão negativa – significa a assunção que tais eleições, por vezes, envolverão o oferecimento de bens e necessários à fruição destes – devido a sua dimensão positiva.

Tal compreensão sepulta qualquer tentativa de considerar a discricionariedade como antagonica ou autoritária no que tange aos direitos fundamentais, mas ao revés, reconhece que a concretização dos referidos bens e valores constitucionais se sujeitam à realização de prestações estatais que decorrem da ação do Estado-Administração e, portanto, de suas escolhas.

Poderia se sustentar, que há um redimensionamento na interpretação dos critérios de conveniência e oportunidade, com reconhecimento que a discricionariedade passa de uma ampla esfera de escolha à um campo de concretização dos direitos fundamentais, mas o mérito administrativo igualmente se sujeitará a realização de outros interesses também constitucionais.<sup>17</sup>

Isso por si só, já demonstra a necessidade de ampliação do mérito administrativo, pois a consagração de múltiplas demandas e a inviabilidade de atendimento de variados interesses reforça a necessidade de eleição pela Administração Pública, inclusive, com a participação do cidadão nessa tomada de decisão coletiva.<sup>18</sup>

Além disso, importa no reconhecimento que ao lado dos direitos fundamentais – como o direito de propriedade – na realização de interesses constitucionalmente privados haverá a realização de deveres fundamentais – como a desapropriação – interesses constitucionalmente públicos, ao qual compete à Administração Pública o processo de tomada de decisão.

Nesse viés, embora o Estado Democrático e Constitucional de Direito imponha ao mérito administrativo o respeito à legalidade formal e o cumprimento aos preceitos constitucionais determina, igualmente, a realização do princípio democrático através representatividade que assumem determinados poderes no que tange às decisões políticas.

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. p. 38.

<sup>16</sup> Note que a vinculação não abrange apenas a Administração Pública Direta, mas também, a Indireta, não apenas as pessoas jurídicas de direito público, mas aquelas de direito privado vinculadas à Administração, em todas as suas formas de atuação, seja desde os actos normativos típicos (regulamentos...) às várias medidas administrativas ou decisões de cunho jurisdicional, passando pelas próprias intervenções fácticas, nenhum atos dos entes públicos são livres dos direitos fundamentais. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 579-580.

<sup>17</sup> CUNHA, Rubem Dário Peregrino. *A juridicização da discricionariedade administrativa*. Salvador: Vercia, 2005. p. 168-172.

<sup>18</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 26-27.

Isso produz uma tensão imanente entre controle judicial – responsável pela proteção das deliberações promovidas no âmbito da constituição através da proteção dos bens e valores fundamentais – e mérito administrativo – enquanto fruto das deliberações atuais com a legitimidade decorrente da representatividade do chefe do executivo para escolhas dos programas e ações.

Em um contexto, onde há expansão da atuação do Poder Judiciário isto tem resultado em uma adoção de uma postura ativista, que à título de proteção e promoção dos direitos fundamentais tem adentrado no mérito administrativo ignorando, portanto, o seu papel na concretização do princípio democrático e na própria realização dos respectivos bens constitucionais a partir destes.

O tema será tratado a seguir.

### 3 A EXPANSÃO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 é marcada pela expansão da jurisdição constitucional, mediante a ampliação do elenco de legitimados para a propositura das ações de controle de constitucionalidade e a criação de novos instrumentos de controle concentrado, que pretende garantir a preservação dos direitos fundamentais do processo político majoritário reservando sua tutela a seara do Poder Judiciário.<sup>19</sup>

Decorrente de uma natural preocupação com os poderes públicos oriunda de um longo processo de ditadura militar e maciça violação dos direitos fundamentais, essa ampliação de competência do Poder Judiciário para o controle dos atos emanados pelos poderes públicos acabou criando um processo de juridicização da política e limitação do poder de atuação dos demais atores.<sup>20</sup>

Aliada à expansão do controle de constitucionalidade, a ampla incorporação de matérias pela Constituição faz com que as questões políticas e sociais sejam reconduzidas da esfera política à jurídica, pois com a cláusula da inafastabilidade da tutela jurisdicional e o papel de guarda da Constituição, conduz à um protagonismo judicial.<sup>21</sup>

Nesse viés, ao controlar os atos dos demais poderes públicos, os juízes atuam como protagonistas da transformação social, tutelando os princípios democráticos, mas, também,

<sup>19</sup> Insere-se, portanto, o exercício da jurisdição constitucional orgânica e das liberdades no complexo de mecanismos de natureza normativa, institucional ou processual tendentes a assegurar a plena realização dos direitos fundamentais. COELHO, Rosa Júlia Plá. *Mecanismos de proteção dos direitos fundamentais*. 1. ed. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2005. p. 34.

<sup>20</sup> Como ilustrações têm-se os temas conduzidos ao Supremo Tribunal Federal nos últimos tempos: os limites de investigação das Comissões Parlamentares, a fidelidade partidária, a Reforma da Previdência e a Reforma do Judiciário. Quanto aos direitos fundamentais têm-se a interrupção da gestação de fetos inviáveis, as pesquisas com células-troncos embrionárias e as políticas públicas de distribuição de medicamentos. Voltaremos ao assunto no tópico seguinte.

<sup>21</sup> O Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Direito do Estado*, Salvador, ano 4, n. 13, p. 73, jan./mar. 2009. p. 3.

protegendo os bens e interesses fundamentais da sociedade, de violações advindas de processos majoritários de deliberação<sup>22</sup> protegendo, portanto, os direitos fundamentais.

Assim, a judicialização das questões políticas e sociais decorre do desenho institucional vigente – que apoiado na ampla constitucionalização-inclusão de matérias infraconstitucionais, a adoção do sistema de jurisdição una e o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional – que conduz ao Poder Judiciário, as principais controvérsias da sociedade.

Todavia, esse exercício do controle das questões que cabem a decisão dos demais Poderes Estatais, pode importar na adoção pela Corte Constitucional de uma postura autocontida - de deferência à decisão política majoritária realizada pelos poderes constituídos – ou ativista – de proteção das normas constitucionais criada pelo poder constituinte.

Em nossa atual quadra histórica, tem se observado um intenso ativismo judicial, portanto, a atuação ativa exercida pelo Poder Judiciário no controle dos atos emanados dos demais Poderes Públicos, de forma a garantir a concretização dos valores e fins veiculados pelos preceitos constitucionais e preservar a supremacia axiológica e formal da Constituição e de suas normas.<sup>23</sup>

É comum se verificar no Poder Judiciário, inúmeras vezes, a invalidação de atos emanados dos outros poderes dotados de constitucionalidade discutível – como no caso das coligações eleitorais<sup>24</sup> – ou na imposição de condutas ou abstenções aos poderes públicos visando a realização de direitos fundamentais – como em questões de saúde.<sup>25</sup>

Inegável, que no Brasil o ativismo judicial está diretamente relacionado com a crise de legitimidade e representatividade democrática, que gera um descolamento entre os órgãos representativos e a sociedade, e a incapacidade ou desinteresse em atender as demandas sociais, produzindo um deslocamento do exercício da cidadania para o âmbito do Poder Judiciário.

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 25-32.

<sup>23</sup> O termo ativismo judicial foi empregado pela primeira vez em 1947 pelo historiador e político Arthur Schlesinger Jr. em artigo na revista *Fortune*, todavia, não há um consenso sobre a sua definição, adotando alguns autores um critério quantitativo - para definir como a atuação demasiada do Poder Judiciário nas decisões dos demais poderes - e outros um critério qualitativo - de forma minimalista ou maximalista - na concretização dos valores constitucionais, que adotamos neste trabalho. Sobre o tema vide: DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade*. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Grotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. São Paulo: Jus Podvím, 2011. p. 460-464.

<sup>24</sup> Nesse caso da verticalização (ADIn 3685) o artigo 2º da Emenda Constitucional 52 de 8 de Março de 2006 alterava o artigo 17 §1º da Constituição da República, fixando data para alteração, em violação ao princípio da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16). O Supremo Tribunal Federal para proteger a norma constitucional, que embora não tivesse uma violação frontal perderia sua eficácia, declarou inconstitucional a emenda constitucional dando a norma do artigo 16 o status de cláusula pétreia embora não se enquadre ao rol de cláusulas elencadas na Constituição. Sobre este tema consulte-se: GALLACCI, Fernando Bernardi. *O STF e as cláusulas pétreas: o ônus argumentativo em prol da governabilidade?* São Paulo: SBDP, 2011. p. 25-27.

<sup>25</sup> O Supremo Tribunal Federal na ADPF 45/DF se manifestou, no sentido, que não obstante a formulação e a execução das políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, neste domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo, de modo que não podem proceder com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais. Sobre o tema, em seus limites e possibilidades, vide: MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Do controle jurídico ao controle social: parâmetros a efetividade dos direitos sociais*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - IBDC*, v. 77, dez. 2011.

A redução da deliberação pública ao processo eletivo,<sup>26</sup> a histórica e perniciosa influência econômica sobre os agentes políticos e a Administração Pública<sup>27</sup> e a captação dos agentes políticos e públicos por grupos de interesse,<sup>28</sup> conduz a um distanciamento entre eleitor e eleito, administrador e administrado promovendo estreitamento da decisão pública que se transfere para os órgãos judiciários.

Porém, o Poder Judiciário não pode a título de proteção dos direitos fundamentais violar a Constituição exercendo um controle judicial dos atos dos outros poderes onde exerça preferências políticas, sem a devida legitimidade e responsabilidade política em evidente violação ao princípio majoritário e ao processo democrático.

Ainda entre aqueles que sustentam o papel proativo da jurisdição constitucional admitem que há princípio sensíveis à democracia, a saber, questões notadamente políticas que se sujeitam a vontade da maioria e, portanto, estão a rigor fora da ingerência do Poder Judiciário e devem ser objeto de deliberação nas searas adequadas.<sup>29</sup>

Na Administração Pública, o mérito administrativo corresponde à resíduo da legitimidade dos agentes políticos eleitos, de modo que, compete aos agentes públicos no âmbito daquela densificação a escolha entre opções legítimas, daquelas que produzam melhores resultados no que se refere aos interesses que pretendam se concretizar.<sup>30</sup>

Neste viés, torna-se necessário então verificar em que medida o Poder Judiciário pode realizar o controle da Administração Pública, no que tange ao mérito, de forma a promover os direitos fundamentais, mas sem que importe em violação ao legítimo espaço de tomada de decisão administrativa.

O tema será tratado a seguir.

#### 4 O CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO ADMINISTRATIVO

O Estado Democrático de Direito se erige sob a dialética entre constitucionalismo – enquanto técnica de limitação do poder como forma de garantia dos direitos básicos do ci-

<sup>26</sup> Trata-se de fenômeno com fundamentos diversos, que variam desde a impossibilidade de participação devido às condições de pobreza extrema e baixo nível de educação de grande parte da população, da dificuldade de acesso às informações sobre as questões políticas e a falta de tempo para debater e manifestar sobre tais assuntos, até mesmo a descrença de que sua participação seja capaz de influenciar na ação pública. BARCELLOS, Ana Paula de. Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. *RDE*, ano 3, n. 12, out./dez. 2008. p. 82-84.

<sup>27</sup> Remonta ao período colonial brasileiro a adoção de um modelo patrimonialista marcado pelo predomínio da corrupção, nepotismo e uso do poder econômico que se exterioriza até os dias atuais na corrupção persistente e nas políticas paternalistas que marcam a política e a administração brasileira. Sobre o tema, vide: FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 15. ed. São Paulo: Globo, 2000.

<sup>28</sup> A captura de partidos e candidatos por grupos de interesse que patrocinam as campanhas eleitorais para posteriormente cobrar favores, por meio da satisfação de políticas distributivas a seu favor é uma das formas de captura, mas não único meio de influência dos grupos de interesse, em especial, econômicos, na captura dos membros do Congresso. Sobre o tema, vide: MANCUSO, Wagner Pralon. *O lobby da indústria no Congresso Nacional*. São Paulo: Edusp, 2007. p. 110.

<sup>29</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Op. cit., p. 129; 224.

<sup>30</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 25-26; 76.

dadão<sup>31</sup> – e democracia – enquanto soberania popular e vontade da maioria<sup>32</sup> – e, portanto, sob uma tensão imanente entre os direitos fundamentais e o governo democrático.

De um lado, portanto, cabe a Constituição garantir as condições necessárias ao processo democrático, mediante a garantia das condições procedimentais e da reserva do espaço próprio do pluralismo político, assegurando um ambiente para o adequado funcionamento da deliberação política, inclusive, com a garantia das liberdades fundamentais essenciais ao exercício democrático.<sup>33</sup>

Porém, por outro, abrange preservação de um conjunto de valores e objetivos que traduzem um compromisso com a transformação social e não permite que os poderes constituídos disponham livremente dos bens essenciais da sociedade, gerando o esvaziamento da eficácia das normas constitucionais a título de exercício da democracia.

Nesse sentido, a lei fundamental, portanto, veicula consensos mínimos para proteção dos indivíduos e funcionamento do regime democrático, protegendo os direitos fundamentais do exercício do princípio majoritário e das decisões proferidas por maiorias políticas ocasionais, inclusive, mediante o controle de deliberações políticas que o violem.<sup>34</sup>

Compete ao exercício da jurisdição constitucional<sup>35</sup> não apenas a proteção dos direitos fundamentais contra à manifestação da vontade da maioria, mas igualmente, o processo de concretização das normas constitucionais envolve o reconhecimento de legítimo espaço da conformação legislativa e da discricionariedade administrativa.<sup>36</sup>

De tal sorte, cabe ao Poder Judiciário garantir a proteção e promoção dos direitos fundamentais mediante o controle dos atos dos demais poderes públicos que violem ou não

<sup>31</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 47.

<sup>32</sup> Na teoria contemporânea da Democracia confluem três grandes tradições do pensamento político: a teoria clássica de Aristóteles, da Democracia, como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania; a teoria medieval, de origem Romana, que identifica Democracia com soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior; e a teoria moderna, de Maquiavel, onde Democracia é o governo genuinamente popular. BOBBIO, Norberto Bobbio; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 320.

<sup>33</sup> A Constituição não pode e nem deve ter a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária, mas deve proteger as condições procedimentais que permitam o desenvolvimento do processo político deliberativo. Assim, a Constituição da República de 1988 veiculou o princípio democrático e majoritário (Art. 1º caput), garantiu o pluralismo político (Art. 1º inciso V), a inserção como cláusula pétrea a tendência abolir o voto direto, secreto, universal e periódico e a forma federativa (art. 60 §4º) dentre outros. No viés procedimentalista vide: ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2011; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

<sup>34</sup> A Constituição deve proteger e as cortes judiciais implementar os direitos e princípios que realizem os valores de justiça, liberdade e igualdade. No viés substancialista vide: RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Belo Horizonte: Martins Fontes, 2008; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Belo Horizonte: Martins Fontes, 2010.

<sup>35</sup> Cabe a todo órgão que possua o *status* de realizar a jurisdição constitucional, zelar pela aplicação das normas constitucionais, inclusive, se for necessário contra a vontade da maioria. HARBELE, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de uma jurisdicción constitucional autónoma. In: HARBELE, Peter. *Estudios sobre la jurisdiccional constitucional*. México: Porrúa, 2005. p. 166.

<sup>36</sup> VITAL, Moreira. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: BRITO, José de Sousa e, et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 179.

os concretize, sem que isto, necessariamente resulte em violação do princípio democrático, mas, inclusive, exteriorize a proteção dos pressupostos básicos da democracia.

Isso porque, nas democracias contemporâneas o processo democrático deve abranger a deliberação pública que ocorre em um contexto de livre circulação de ideias e de informações, isto ocorre mediante o respeito e concretização de direitos fundamentais que permitem à igualdade de condições no debate democrático, racionalizando e legitimando as decisões políticas.<sup>37</sup>

Isto importa, na adjudicação pelo Poder Judiciário das prestações materiais necessárias à fruição do direito à liberdade e a igualdade, permitindo que o indivíduo possa exercer efetivamente sua autonomia na esfera privada e pública<sup>38</sup> e tenha possibilidade de participar e cooperar de forma igualitária no processo político democrático<sup>39</sup>.

Todavia, o conteúdo que devem ter e a forma de distribuição entre grupos e indivíduos uma vez que sujeito a intenso desacordo entre os participantes<sup>40</sup> na sociedade deve ser definido no âmbito da realização do princípio democrático com a deliberação majoritária pela própria sociedade ou através dos seus representantes.

Isto não importa desconsiderar que há influência de fatores políticos mesmo em decisões técnicas na discricionariedade administrativa<sup>41</sup>, que podem resultar por vezes, que o mérito administrativo não corresponda de fato à deliberação majoritária almejada enquanto irradiação do princípio majoritário.

Todavia, se cabe ao Poder Judiciário a correção da discricionariedade, isto ocorre apenas no que tange a sua conformidade com o Direito, a racionalidade do discurso que a

<sup>37</sup> Para que a deliberação ocorra em efetivo, deve existir um contexto aberto, livre e igualitário, onde todos possam participar com iguais possibilidades e capacidades para influenciar e persuadir. Esses pressupostos de uma deliberação justa e eficiente são institucionalizados através do Estado de Direito e da garantia dos direitos fundamentais que são pressupostos da verdadeira democracia. Assim, quando uma corte constitucional garante os direitos fundamentais contra a vontade da maioria não estão violando o princípio democrático, mas estabelecendo as condições para a sua plena realização. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 79-80.

<sup>38</sup> Como ilustração, no que tange ao direito de educação, não envolve apenas as prestações referentes à educação fundamental, pois o ingresso nos níveis mais avançados de ensino depende da capacidade de cada um e envolve a necessária igualdade de condição, ou seja, o acesso ao Ensino Médio, permitindo que o indivíduo possa buscar um projeto razoável para a sua vida (faculdade) e seja capaz de participar da deliberação política de forma igualitária com os demais.

<sup>39</sup> A igualdade envolve, em certa medida, uma igualdade econômica e social razoável que permita que todos os indivíduos e grupos em um contexto de pluralismo tenham condições e se vejam motivados a cooperar no processo político democrático. É inverossímil sustentar que uma pessoa que não tem acesso a alimentação adequada ou a saúde curativa, bem como, um grupo hipossuficiente sem saneamento básico ou acesso a programas sociais, sejam capazes de participar do debate democrático em igual condição com os demais indivíduos e grupos.

<sup>40</sup> Frisa-se a expressão pode, pois se reconhece como Dworkin que não há apenas uma resposta possível para as questões envolvendo direitos. Sobre o tema, vide: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Op. cit., cap. 13.

<sup>41</sup> É o que ocorre quando os critérios técnicos não constituem único fundamento possível na decisão administrativa, deixando margem para juízo de conveniência e oportunidade, como, por exemplo, o tombamento, ou quando existem diferentes soluções técnicas equivalentes, que impõe um juízo político na escolha administrativa. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. Op. cit., p. 93. DAROCA, Eva Desdentado. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*. Madrid: Civitas, 1997. p. 49.



legítima, o atendimento ao código dos valores dominantes e a proporcionalidade na correlação lógica entre motivos, meios e fins<sup>42</sup>, porém, jamais no que tange à substituição da escolha da Administração.

As escolhas administrativas envolvem questões de considerável complexidade que demandam conhecimento específico, onde o emprego da técnica, permite tornar o ato administrativo instrumento racional e manejável garantindo a clareza e previsibilidade do fenômeno administrativo<sup>43</sup> algo que o Poder Judiciário não está preparado para realizar.

Falta à jurisdição constitucional o conhecimento dos juízos técnicos formulados no processo de tomada de decisão administrativa, na medida em que o mérito administrativo envolve a complexidade de inúmeros interesses públicos, ao qual o Poder Judiciário não necessariamente possui capacidade institucional.

Por esta razão, há clara violação ao princípio da separação dos poderes, ao se ignorar que a especialização funcional se densifica na competência técnico-operacional dos órgãos especializados da Administração Pública, em razão da especialização funcional,<sup>44</sup> para avaliação dos fatores exógenos a partir dos atores, métodos e subsídios envolvidos na ação estatal que permitem a visão global sobre o tema.

Neste sentido, quando o Poder Judiciário promove a adjudicação de prestações relativas à fruição dos direitos fundamentais, ignorando a racionalização dos fatores limitados na satisfação das múltiplas demandas, desencadeia distorções no sistema globalmente considerado que inviabilizam a eficiência da atuação estatal.

Não obstante, seja responsável a Administração Pública pelo desenho institucional das políticas públicas, mediante o emprego de conhecimento, recursos e atividade nas decisões operacionais voltadas a satisfação dos direitos fundamentais é incontestável que a realização destes interesses subjetivamente abstratos impõe a observância deles individualmente delimitados.<sup>45</sup>

Ignora-se que o mérito administrativo é ponto de distribuição entre macrojustiça e a microjustiça, de forma que a atuação do Poder Judiciário sem considerar uma atitude de reserva no que tange ao impacto institucional e a própria organização da Administração Pública no que se refere a gestão dos interesses resulta em violação clara a separação dos poderes.

<sup>42</sup> CUNHA, Rubem Dário Peregrino. *A juridicização da discricionariedade administrativa*. Salvador: Vercia, 2005. p. 168-172.

<sup>43</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Op. cit., p. 461-462.

<sup>44</sup> Compreende o princípio da separação dos poderes uma vertente técnico-operacional na atribuição das funções entre os poderes orgânicos, que traduz em uma organização construída a partir de órgãos técnicos, com estruturas, recursos e pessoas qualificados a soluções nos campos macropolíticos superiores ao Poder Judiciário, que não dispõe de iguais subsídios. GOUVÊA, Marcos Maselli de. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 22-23.

<sup>45</sup> Seria considerar, por exemplo, que a política pública de fornecimento gratuito de medicamentos de dado ente federativo atua na promoção ao direito à saúde, quando encontramos titulares que se encontram em condições idênticas de fruir tais bens, não adjudicam as relativas prestações pelo poder público. A promoção coletiva dos bens sociais depende da sua realização individualmente considerada.

Em um Estado Democrático de Direito a Constituição não pode ocupar todo espaço jurídico inviabilizando a expressão da soberania popular ou impondo um projeto social às próximas gerações.<sup>46</sup> Tão pouco, em um cenário de pluralismo social e de complexidade da vida, a interpretação constitucional restringe-se a um processo judicial e a corte constitucional.<sup>47</sup>

Porém, o sistema de separação de poderes, com o epicentro em uma Constituição formal, atribui em razão da especialização funcional e independência orgânica ao Poder Legislativo e Executivo funções cujo exercício, que ocorre de forma preponderante e sem interferência, correspondem em último grau à realização das normas constitucionais.

Cabe, portanto, à Administração Pública na concretização dos preceitos fundamentais, observadas as possibilidades das regras e princípios constitucionais e limitada ao respectivo campo de discricionariedade a decisão do mérito administrativo de forma atender as necessidades almejadas pelo grupo social.<sup>48</sup>

## 5 CONCLUSÃO

Como infirmava o professor Sergio de Andréa Ferreira embora a função de controle pressuponha todos os poderes orgânicos, não há como negar, a relevância do papel da jurisdição<sup>49</sup> no que se refere à proteção dos direitos fundamentais, a preservação da Constituição e a garantia da própria perpetuação do Estado Democrático de Direito.

Em sua função contramajoritária, o Poder Judiciário controla os atos advindo dos outros poderes resguardando da conformação legislativa ou da discricionariedade administrativa os bens e valores constitucionais essenciais à comunidade, reconduzindo sempre que possível sua argumentação à razão prática de forma a garantir a legitimidade e a racionalidade de suas decisões.

Porém, não se pode desconsiderar a existência dos excessos,<sup>50</sup> bem como, o risco da consolidação de uma hegemonia judicial ou o perigo do exercício de preferências políti-

<sup>46</sup> Ao contrário, o direito constitucional deve atuar no aprimoramento do processo democrático, permitindo que os cidadãos decidam os valores e bens jurídicos a serem alcançados pelo grupo social em um contexto de livre circulação de ideias e de informações. Sobre a democracia nesta vertente: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais:... Op. cit., p. 79-112.

<sup>47</sup> HÄRBELE, Peter. El Tribunal Constitucional Federal... Op. cit., p. 73.

<sup>48</sup> Isso não importa, todavia, na intangibilidade do conteúdo do ato do Poder Público. O princípio da razoabilidade tem sido utilizado para aferir à adequação de sentido entre os motivos, os meios e os fins empregados, permitindo a invalidação dos atos tidos *inadequados*, *desnecessários* ou *excessivos* em relação aos valores vigentes da sociedade. Sobre o tema consulte: OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios*: o princípio constitucional da razoabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

<sup>49</sup> FERREIRA, Sérgio de Andréa. *O controle da administração pública pelo judiciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 390.

<sup>50</sup> Como exemplo, podemos citar as ações que versam sobre tratamentos médicos exorbitantes no exterior, medicamentos não essenciais como Viagras, além de próteses, aparelhos de audição, ultrassom, próteses, tratamentos psicológicos de adolescentes carentes, transplantes de medula, marca-passos e afins. Sobre o Tema, vide: HOFFMAN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). *Direitos sociais fundamentais, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 391-400.

cas, pois muitas das vezes, o Poder Judiciário à título de promoção dos direitos fundamentais acaba por adentrar nos espaços legítimos de atuação dos poderes públicos.

Neste sentido, o mérito administrativo corresponde a mais do que instrumento de afirmação da autoridade – como em sua construção liberal e perpetuação no século XIX – mas diante de uma ordem jurídico-constitucional plural corresponde à instrumento de eleição de múltiplos interesses constitucionais e oferecimento das prestações necessárias aos direitos fundamentais.

Sob tal viés, embora o Poder Judiciário possa exercer uma atuação corretiva reforçando a promoção dos direitos fundamentais e garantindo a reordenação da relação administrativa aos fins e valores protegidos pela Constituição Federal, compete igualmente preservar o princípio democrático e a própria separação dos poderes que orientam o Estado Democrático de Direito.

Cabe a Administração Pública dentro da partilha constitucional e em razão de sua especialização funcional determinar a gestão de interesses públicos dentro dos bens e valores constitucionalmente protegidos, porém, como decorrência do princípio democrático, fazendo as escolhas legais e legítimas que atendam as finalidades pretendidas.


Sob tal viés, a adoção de uma postura ativista que pretenda concretizar direitos fundamentais adentrando no mérito administrativo antes importa na violação da constituição por atentar contra o princípio majoritário, a separação dos poderes e os próprios direitos constitucionais, já que importa em microjustiça que impede a realização da macrojustiça e concretização desses bens e valores.

Neste sentido, impossível não considerar que entre o insindivíduo mérito administrativo sujeito exclusivamente à jurisdição administrativa e o amplo controle da decisão administrativa pela jurisdição constitucional deve-se buscar a justa medida que garanta controle e liberdade, na proteção tanto dos valores constitucionais quanto democráticos.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Direito do Estado*, Salvador, ano 4, n. 13, p. 73, jan./mar. 2009.
- BOBBIO, Norberto Bobbio; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CHEVALLIER, Jacques. Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel *In*: CHEVALLIER, Jacques; GUGLIELMI, Gilles J.; LOCHAK, Danièle. *Le droit administratif en mutation*. Paris: Centre Universitaire de Recherches Administratives Et Politiques de Picardie; PUF, 1993.
- COELHO, Rosa Júlia Plá. *Mecanismos de proteção dos direitos fundamentais*. 1. ed. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2005.

- CUNHA, Rubem Dário Peregrino. *A juridicização da discricionariedade administrativa*. Salvador: Vercia, 2005.
- DAROCA, Eva Desdentado. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*. Madrid: Civitas, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Grotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. São Paulo: Jus Podvim, 2011.
- DWORK, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política*, Universidad Autónoma Metropolitana, Espanha, n. 17, p. 31 e 34, 2001.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. *O controle da administração pública pelo judiciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- HARBELE, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. In: HARBELE, Peter. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. México: Porrúa, 2005.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. atual e ampla Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Legitimidade e discricionariedade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MOURA, Emerson Affonso da Costa. Do controle jurídico ao controle social: parâmetros a efetividade dos direitos sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional – IBDC*, v. 77, dez. 2011.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: RT, 2004.
- QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no Estado de Direito – o problema do controle jurídico do poder*. Coimbra: Almedina, 1990.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- VITAL, Moreira. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: BRITO, José de Sousa e, et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- ZAGRELBESKY, Gustavo. *El derecho dúctil: leys, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.



# Tratados de direitos humanos e direito administrativo: impactos da convencionalidade

Felipe Klein Gussoli<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil; 3 Dever de interpretação convencionalmente adequada das normas jurídicas nacionais; 4 Fundamento normativo convencional do Direito Administrativo: art. 30 da Convenção Americana; 5 Interpretação convencionalmente adequada do art. 37, *caput* da Constituição Federal; 6 Dever da Administração Pública de realizar controle de convencionalidade; 7 Conclusões; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O Brasil é signatário de um vasto número de tratados internacionais de direitos humanos. Entre eles, destacam-se aqueles assinados no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O Decreto n. 678/1992 recepcionou no Brasil o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) e o Decreto n. 3.3321/1999 promulgou o Protocolo de São Salvador, no qual a proteção do meio ambiente insere-se como direito humano<sup>2</sup> de elevada importância.<sup>3</sup> A integração desses tratados no ordenamento jurídico brasileiro é indiscutível.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direito Humanos também deve legalmente ser considerada fonte de direito na ordem brasileira. O principal motivo para tanto é reconhecimento oficial pelo Brasil de sua competência obrigatória em casos relativos à interpretação e aplicação do Pacto de São José da Costa Rica (Decreto Legislativo n. 89/1998 e Decreto Executivo n. 4.463/2002).

A investigação sobre a influência daqueles e outros tratados internacionais de direitos humanos no Direito Administrativo permite desvendar uma série de importantes altera-

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Coordenador adjunto e professor do curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Professor do curso de Especialização em Licitações e Contratos Administrativos da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisador do Nuped – Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da PUC/PR. Advogado. E-mail: gussoli@hotmail.com.

<sup>2</sup> A vida saudável de qualquer ser humano depende do meio ambiente sadio e equilibrado. O ser humano é parte da natureza. O art. 11 do Pacto de São Salvador prevê: “Art. 11. Direito a um meio ambiente sadio. 1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos. 2. Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente.”.

<sup>3</sup> Sobre o meio ambiente na jurisprudência da Corte Interamericana, cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. Tutela jurídica do meio ambiente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (Coords.). *Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2016. p. 445-471.

ções na base daquele ramo do Direito. Afinal, no ordenamento jurídico reconhece-se para tais tratados ao menos a hierarquia supralegal e um dever de interpretar convencionalmente as normas jurídicas nacionais. O objetivo deste breve artigo é jogar luz sobre esse tema até o momento pouco explorado: os impactos das normas de direitos humanos previstas em tratados internacionais válidas e vigentes no Brasil no Direito Administrativo nacional.

## 2 HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Romeu Felipe Bacellar Filho registra que “após a ratificação, o tratado é promulgado por decreto do Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União, integrando-se ao ordenamento jurídico infra constitucional e passando a ter aplicabilidade e executoriedade internas”.<sup>4</sup> A partir daquela integração as normas internacionais ganham indiscutível força normativa no ordenamento jurídico brasileiro, irradiando seus efeitos em todos os ramos do Direito.

Para as cortes internacionais, como por exemplo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, os tratados de direitos humanos firmados pelos países têm hierarquia supraconstitucional. O princípio *pacta sunt servanda* faz com que os países se obriguem aos termos dos tratados, independentemente das normas de Direito interno. Jaime Orlando Santofimio Gamboa lembra que nos casos *Última Tentação de Cristo vs. Chile*;<sup>5</sup> *Hilare, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*;<sup>6</sup> *Caesar vs. Trinidad e Tobago*;<sup>7</sup> *Boyce e outros vs. Barbados*<sup>8</sup> e *Dacosta Cadogan vs. Barbados*<sup>9</sup> ficou claro que para a Corte Interamericana o parâmetro de convencionalidade frente qualquer norma, inclusive a Constituição, é só o tratado internacional. No paradigmático *Caso Última Tentação de Cristo vs. Chile*, a Corte Interamericana decidiu que o dispositivo constitucional que previa a censura prévia de espetáculos cinematográficos no Chile era contrário à Convenção Americana, por afrontar o

<sup>4</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Tratados - integração regional: Mercosul - perspectivas e desenvolvimento. In: MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana *et al.* (Coord.). *Fuentes del derecho administrativo: tratados internacionales, contratos, como regla de derecho, jurisprudencia, doctrina y precedente administrativo*. Buenos Aires: RAP, 2010. p. 122.

<sup>5</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso A Última Tentação de Cristo vs. Chile*. Publicado em 5 fev. 2001.

<sup>6</sup> Nesse caso, a Corte considerou anticonvencional por afronta ao art. 4 da Convenção Americana a Lei de Delitos contra a Pessoa de Trinidad e Tobago, de 1925, por determinar a aplicação obrigatória de pena de morte na hipótese de homicídio doloso. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Hilare, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Publicado em 27 nov. 2003. § 103).

<sup>7</sup> A Corte, nesse caso, julgou anticonvencional a Lei de Penas Corporais de Trinidad e Tobago que considerava lícita a ordem de Tribunais nacionais de aplicar a homens penas corporais. Os flagelos admitidos pela legislação interna foram declarados contrários à Convenção por afronta ao art. 5, sobre o direito à integridade corporal. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*. Publicado em 11 mar. 2005).

<sup>8</sup> Nesse caso foi declarada contrária à Convenção Americana a Lei de Delitos contra as Pessoas de Barbados, de 1994, que impunha a pena de morte. A lei interna afrontou, de acordo com o julgado internacional, o art. 4 do Pacto de São José da Costa Rica. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Boyce e outros vs. Barbados*. Publicado em 20 nov. 2007).

<sup>9</sup> Igualmente, a Corte considerou a legislação sobre pena de morte contrária à Convenção de que é intérprete. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Publicado em 24 set. 2009).

direito à liberdade de expressão do art. 13. Condenou por isso o Estado chileno a *alterar* sua Lei Fundamental para adequá-la às obrigações internacionais assumidas.

O art. 27 da Convenção de Viena, vigente no Brasil (Decreto n. 7.030/2009), positivou o princípio da obrigatoriedade dos tratados e da boa-fé em sua aplicação. Obriga a aplicação das normas internacionais de direitos humanos com precedência sobre qualquer outra norma nacional ao dispor que “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.” Logo, há um dever de compatibilização de todo o ordenamento jurídico com as convenções de que o Brasil faz parte.<sup>10</sup> Nem se esqueça, ademais, que é um princípio da República a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II da Constituição),<sup>11</sup> o que reforça a interpretação em prol da hierarquia privilegiada dos tratados.

Todavia, não é essa a interpretação adotada hoje na jurisprudência brasileira. E conquanto a doutrina defenda ao menos a hierarquia *constitucional* dos tratados,<sup>12</sup> o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal indica hierarquia superlegal aos tratados de direitos humanos não incorporados pelo procedimento do art. 5º, §3º da Constituição. Esse posicionamento consolidado na Súmula Vinculante n. 25, proibitiva da prisão civil por dívidas, originou-se no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-SP. No julgamento ocorrido em 2008, a Corte reconheceu a impossibilidade de manutenção do entendimento retrógrado e fechado que pretendia apenas hierarquia legal dos tratados de direitos humanos incorporados. Em que pese essa posição ser menos benéfica ao ser humano do que aquelas que defendem hierarquia supraconstitucional ou constitucional, o fato é que ao reconhecer a importância das convenções de direitos humanos a corrente da supralegalidade já condiciona mudanças importantes. Por exemplo, um dever de interpretar todo o Direito conforme as convenções internacionais.

### 3 DEVER DE INTERPRETAÇÃO CONVENCIONALMENTE ADEQUADA DAS NORMAS JURÍDICAS NACIONAIS

A mera incorporação das normas internacionais já altera a aplicação do Direito Administrativo. Entre duas ou mais interpretações possíveis, aquela que melhor se coaduna com as normas de tratados de direitos humanos é preferível. Uma *interpretação convencionalmente adequada ou conforme os tratados* é uma exigência jurídica decorrente da incorporação dos tratados de direitos humanos, porquanto não faria sentido lógico assumir o compromisso internacional, recepcionando na forma definida constitucionalmente o tratado de direitos humanos, para posteriormente acatar a leitura da legislação nacional *contrária* à

<sup>10</sup> LEAL, Mônia Clarissa; ALVES, Felipe Dalenogare. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Conta. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 109-129, jan./abr. 2017. p. 111.

<sup>11</sup> (Constituição Federal) Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos.

<sup>12</sup> Cf., por todos, PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

previsão do tratado. Sendo assim, a interpretação conforme é uma técnica de interpretação que faz com que as Constituições de cada país sejam “‘harmonizadas’ com os postulados e princípios que surgem dos tratados sobre direitos humanos assim como da jurisprudência da Corte IDH, *para alcançar uma maior eficácia*”.<sup>13</sup>

Todos os Poderes Públicos estão vinculados ao conteúdo dos direitos humanos previstos em tratados internacionais, os quais têm força normativa após internalizados. Essa constatação obriga que a aplicação de qualquer norma jurídica por agentes públicos aconteça em conformidade com os direitos humanos.<sup>14</sup> Agustín Gordillo definiu de modo exemplar o que seria uma interpretação convencionalmente adequada, muito embora não tenha apelidado a técnica do mesmo modo. Segundo ele: “Uma interpretação a) realista e sensata, b) valiosa ou justa, c) teleológica ou finalista, d) que se dê conta da circunstância fática que determinou nossa adesão, não pode senão buscar aqueles métodos de interpretação que em cada caso melhor assegurem a efetividade e vigência de tais normas e princípios”.<sup>15</sup> O cumprimento da obrigação internacionalmente assumida só pode se realizar se os órgãos estatais interpretam as normas e editam seus atos em à luz da normativa internacional. Essa conclusão decorrente do regime convencional vigente no Brasil provoca um deslocamento do próprio fundamento normativo do Direito Administrativo.

#### 4 FUNDAMENTO NORMATIVO CONVENCIONAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO: ART. 30 DA CONVENÇÃO AMERICANA

Antes de encontrar seu fundamento nas Constituições nacionais, o Direito Administrativo dos países integrantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem base *convencional* na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Há uma mudança do fundamento normativo do regime jurídico-administrativo a partir da aceitação de que a convencionalidade altera as bases de todo o Direito. Hoje se vive em um mundo integrado social, política, econômica e também juridicamente. Conforme destaca Cançado Trindade, “O reconhecimento de que os direitos humanos permeiam todas as áreas da atividade humana corresponde a um novo *ethos* de nossos tempos”.<sup>16</sup> Assim, o regime jurídico-administrativo tem origem em normas internacionais de direitos humanos, que independem até mesmo do que prevê a Constituição brasileira.

O conjunto de normas que compõe o Direito Administrativo o caracteriza como um regime de prerrogativas e sujeições.<sup>17</sup> O Direito Administrativo tem um regime jurídico marcado pela supremacia do interesse público sobre o privado e pela indisponibilidade dos

<sup>13</sup> HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad: adelantos y retrocesos. *Estudios constitucionales*, Talca, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015. p. 133.

<sup>14</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 99.

<sup>15</sup> GORDILLO, Agustín Alberto *et al.* *Derechos humanos*. 6. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2007. p. II-12.

<sup>16</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. v. 1. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 40.

<sup>17</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 60.



interesses públicos,<sup>18</sup> os quais não pertencem individualmente ao administrador, mas à coletividade em nome de quem se exerce a atividade administrativa. É o art. 30 da Convenção Americana<sup>19</sup> que dá base normativa internacional ao princípio da supremacia do interesse público, bem como reforça que as limitações aos direitos individuais somente serão válidas se provocadas por lei formal editada pelo Legislativo de acordo com o processo legislativo constitucional.<sup>20</sup> Portanto, o regime jurídico-administrativo tem acima de tudo fundamento normativo<sup>21</sup> em tratados internacionais de direitos humanos.

Há, destarte, uma mudança na coluna edificadora do Direito Administrativo no Direito positivo: antes de estar na Constituição, seu fundamento jurídico está nos tratados de direitos humanos.<sup>22</sup> Mais que isso, perde força o critério de classificação das relações jurídicas entre particulares como *horizontais* e entre particulares e Poder Público como *verticais*. O princípio da igualdade do modo como é tratado nos tribunais internacionais<sup>23</sup> leva à reclassificação dessas relações jurídicas. Seja em qual relação for, entre Estado e particulares ou entre particulares, o princípio da igualdade e não discriminação passa a ser lido na ação estatal como modo “*de impedir que as assimetrias jurídicas existentes possam produzir desigualdades de trato, tanto positivas como negativas, que possam ser consideradas discriminatórias*”.<sup>24</sup> Pouco importa quem componha a relação, porque, como efeito do princípio da não discriminação, a Corte Interamericana já decidiu na Opinião Consultiva n. 18/2003 que “os Estados só poderão estabelecer distinções objetivas e razoáveis, quando estas se realizem com o devido respeito aos direitos humanos e em conformidade com o princípio da aplicação da norma que melhor proteja a pessoa humana”.<sup>25</sup>

<sup>18</sup> Segundo leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, “Só se pode, portanto, falar em Direito Administrativo, no pressuposto de que existem princípios que lhe são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo. [...] Juridicamente esta caracterização consiste, no Direito Administrativo, segundo nosso modo de ver, na atribuição de uma disciplina normativa peculiar que, fundamentalmente, se delinea em função da consagração de dois princípios: a) *supremacia do interesse público sobre o privado*; b) *indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos*”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 53, 55-56).

<sup>19</sup> (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) Artigo 30. Alcance das restrições - As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

<sup>20</sup> Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva n. 06/1986*. A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Publicada em 09 maio 1986.

<sup>21</sup> A identificação completa do princípio da supremacia do interesse público na Constituição brasileira foi realizada por HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

<sup>22</sup> GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Tratados de derechos humanos e internacionalización del Derecho Administrativo. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, Ediciones RAP, a. XXIX, n. 348, p. 63-80, set. 2007. p. 69.

<sup>23</sup> Atenta contra a igualdade toda distinção entre pessoas não baseada em critérios objetivos, razoáveis e justificáveis de diferenciação, momento em que a “distinção” passa a ser “discriminação”. Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva n. 18/2003*. Condição jurídica e direitos dos migrantes sem documentos. Publicada em 17 set. 2003. §89.

<sup>24</sup> GONZÁLEZ MORAS, Juan M. La internacionalización del Derecho Administrativo argentino. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, Ediciones RAP, a. XXIX, n. 348, p. 15-53, set. 2007. p. 35. Grifos ausentes no original.

<sup>25</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva n. 18/2003... Op. cit.*, §105.

Nesse horizonte de transformações, cumpre resgatar o afirmado na Opinião Consultiva n. 06/1986, em que a Corte Interamericana tratou expressamente de delimitar o significado da expressão “leis” contido no art. 30 da Convenção, concluindo pela reserva de lei formal do Parlamento para *limitação* de direitos humanos previstos no Pacto e concluindo pela identificação entre *interesse geral e bem comum*.<sup>26</sup> Para Jorge Luis Salomoni, a interpretação da Corte sobre o conceito de bem comum permite compreendê-lo como sinônimo de *interesse público, ordem pública e interesse geral*, de modo que todos se referem “às condições da vida social, que permitem aos integrantes da sociedade alcançar o maior grau de desenvolvimento pessoal e a maior vigência dos valores democráticos”.<sup>27</sup>

De resto, é exatamente esta a posição da Corte IDH manifestada também na Opinião Consultiva n. 05/1985, em que o tribunal ao mesmo tempo em que reconheceu a dificuldade de justificar a restrição de um direito humano por razões de interesse público, condicionou qualquer limitação em nome do bem comum a uma interpretação ligada “às ‘justas exigências’ de ‘uma sociedade democrática’ que tenha em conta o equilíbrio entre os distintos interesses em jogo e a necessidade de preservar o objeto e fim da Convenção”.<sup>28</sup>

A tensão natural entre liberdades do cidadão e prerrogativas da Administração ganha contornos especiais a partir dos impactos dos tratados de direitos humanos, cujo conteúdo normativo obriga que a atividade administrativa se guie pela maior e melhor proteção do ser humano, “sua dignidade e sua liberdade debaixo da visão social de tais atributos do homem”.<sup>29</sup> Ou seja, embora se admitam restrições a direitos com base na ordem pública (art. 30 e 32.2 da Convenção Americana), isso não significa que o conceito possa ser usado com o fim de anular os direitos garantidos convencionalmente, “pois em termos convencionais o bem comum em uma sociedade democrática não pode ser outro que o pleno desfrute dos direitos individuais”.<sup>30</sup>

A filosofia que fundamenta os tratados de direitos humanos fortalece o que a doutrina brasileira já identificou: os direitos fundamentais e humanos são manifestação do interesse público, de forma que as limitações àqueles direitos passam por critérios como (i) previsão de lei em sentido estrito que autorize a limitação; (ii) fundamentação/motivação do ato restritivo, com exposição dos fatos e do Direito que autoriza a limitação; (iii) respeito ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade e (iv) compensação jurídica ao particular que teve o direito restringido ou extinto de modo anormal em nome do interesse público.<sup>31</sup> Se descumpridos esses requisitos, a interferência do Poder Público na esfera privada será

<sup>26</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva n. 06/1986...* Op. cit., § 30.

<sup>27</sup> SALOMONI, Jorge Luis. Impactos de los tratados de derechos humanos sobre el derecho administrativo argentino. In: SALOMONI, Jorge Luis; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SESIN, Domingo J. *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2006. p. 25.

<sup>28</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva n. 05/1985*. A filiação obrigatória de jornalistas. Publicada em 13 nov. 1985. §67.

<sup>29</sup> GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Derecho administrativo, Constitución y derechos humanos. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 239-250, abr./jun. 2010. p. 248.

<sup>30</sup> GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. *Administración pública, juridicidad y Derechos Humanos*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009. p. 91-92.

<sup>31</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Principio constitucional da supremacia...* Op. cit., p. 206-213.

ilegítima e arbitrária, contrária ao posicionamento da Corte Interamericana manifestado em suas opiniões consultivas e contrária ao Pacto de São José da Costa Rica.

O princípio *pro persona* indica linha orientadora similar.<sup>32</sup> De modo a favorecer a melhor interpretação e aplicação das normas ao ser humano, entre as consequências do princípio *pro persona* no regime jurídico-administrativo estão: (i) a de entregar ao Estado o ônus da argumentação e da prova da necessidade de uma limitação a um direito; (ii) a de priorizar a finalidade protetiva dos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico antes de priorizar as prerrogativas estatais (a atuação da Administração deve ser orientada pela finalidade última do Direito que é a preservação da vida digna, e não pelo exercício puro do poder).<sup>33</sup> Assim, a *ratio* dos tratados de direitos humanos sepulta definitivamente a noção de que é possível sacrificar os direitos dos particulares ou ambientais em nome do interesse público em abstrato, no mais das vezes coincidente com o interesse da Fazenda Pública. Da perspectiva convencional não existe um interesse realmente público que seja exclusivo da *Administração Pública* enquanto pessoa jurídica.

## 5 INTERPRETAÇÃO CONVENCIONALMENTE ADEQUADA DO ART. 37, CAPUT DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Os tratados de direitos humanos incorporados orientam a revisão de todos os institutos do Direito Administrativo.<sup>34</sup> Vale a pena identificar de que forma os tratados de direitos humanos afetam princípios classicamente identificados com o regime jurídico-administrativo. Para se restringir aos previstos de forma expressa no art. 37, *caput* da Constituição, mencione-se os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O princípio da *legalidade* tem sua compreensão alterada para, no que tange especialmente à ampliação dos direitos, compreendê-lo como afeto ao princípio da juridicidade.<sup>35</sup> Diante disso, à Administração Pública está facultado aplicar as normas convencionais auto-aplicáveis diretamente nos casos em que tal conduta servir à ampliação de direitos. A ampliação da esfera jurídica do cidadão permite a atuação da Administração independentemente de lei e com base exclusiva nos tratados de direitos humanos, os quais tem aplicabilidade imediata.<sup>36</sup> Morre o dogma da impossibilidade de a Administração agir na ausência de lei. A leitura atualizada do princípio da legalidade assim o permite, sem desconsiderar a importância de que ainda se exige a lei formal no caso de *limitações a direitos*. Com base Opinião

<sup>32</sup> Entre diversas normas de tratados internacionais incorporados no Brasil, o art. 29 da Convenção Americana e o art. 5º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos asseguram o princípio *pro persona*: a prevalência da norma mais favorável (GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional*: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 118).

<sup>33</sup> GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. *Administración pública...* Op. cit., p. 82-83.

<sup>34</sup> GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. *Tratados de derechos humanos...* Op. cit., p. 78.

<sup>35</sup> A juridicidade alarga a legalidade, e compreende “não só a lei formal, mas também os princípios gerais do Direito, a Constituição Nacional, os tratados internacionais, os regulamentos e os precedentes administrativos”. A juridicidade é o pressuposto de atuação da Administração Pública no Estado de Direito. (GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. *Tratados de derechos humanos...* Op. cit., p. 79).

<sup>36</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 125.

Consultiva n. 06/1986, quando se trata de restrições a direitos, o princípio da legalidade só admite uma leitura: para limitar um direito fundamental e humano a Administração não pode agir *praeter legem*, e a lei que limita direitos humanos previstos em tratados e direitos fundamentais constitucionais deve ser a lei produzida pelos representantes eleitos do povo segundo as normas do processo legislativo constitucional.<sup>37</sup> Por outro lado, em algumas hipóteses a Administração também poderá agir *contra legem*, como nos casos em que uma lei é inconvenção. O controle de convencionalidade será explorado no próximo tópico, e altera drasticamente a compreensão do princípio da legalidade administrativa.

O princípio da *impessoalidade* igualmente está reconfigurado no Estado Convencional. No Caso Tribunal Constitucional vs. Peru a Corte Interamericana entendeu que no exercício da função jurisdicional pelo Poder Legislativo deve haver ampla imparcialidade do Congresso, mesmo nos julgamentos políticos. A lógica manifestada pela Corte nos processos de *impeachment* deve ser compartilhada com a função administrativa, orientação já alavancada pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Essa Corte, com a qual o diálogo jurisdicional é inevitável, diferencia a (a) dimensão objetiva da (b) dimensão subjetiva do princípio da imparcialidade ou impessoalidade para julgá-lo violado quando existe ofensa à primeira.<sup>38</sup> O aspecto (a) subjetivo vincula-se à inexistência de impedimentos de ordem pessoal dos agentes públicos em trato com o cidadão, sem que exista por parte do Estado a aposição de privilégios ou tentativas de prejudicar quem quer que seja. O aspecto (b) objetivo diz respeito ao dever de condução imparcial da atividade administrativa sob o ângulo estrutural e funcional. Aí está o maior impacto no princípio da impessoalidade (e no *princípio da moralidade* de forma indireta): da perspectiva objetiva do princípio, haverá violação à ordem jurídica quando houver simples *aparência* de mácula à impessoalidade ou moralidade. Nas atividades administrativas, não basta ser impessoal ou de acordo com a moralidade administrativa (sentido subjetivo), há também o dever de *parecer* impessoal ou moral (sentido objetivo).

A Corte Europeia de Direitos Humanos assim se expressou no Caso Piersack vs. Bélgica sobre o dever estatal de imparcialidade: “Pode-se assim distinguir entre um aspecto subjetivo, que busca verificar a convicção pessoal de um juiz particular em um caso concreto e um aspecto objetivo, que se refere a se este juiz oferece garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável a esse respeito”.<sup>39</sup> Em diálogo com a Corte Europeia, essa linha interpretativa traz novas compreensões no relacionamento do princípio da impessoalidade e da moralidade com o princípio da legalidade, fazendo com que qualquer situação fática em que existe *dúvida* objetiva sobre um possível favorecimento de alguém em detrimento da posição jurídica de outrem faça com que a Administração desatenda ilicitamente o princípio da impessoalidade por infração ao dever de imparcialidade o derivados do princípio conven-

<sup>37</sup> “Em consequência, as *leis* a que se refere o artigo 30 são atos normativos endereçados ao bem comum, emanados do Poder Legislativo democraticamente eleito e promulgados pelo Poder Executivo. Essa aceção corresponde plenamente ao contexto geral da Convenção dentro da filosofia do Sistema Americano. Só a lei formal, entendida como fez a Corte, tem aptidão para restringir o gozo ou exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção”. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva n. 06/1986*... Op. cit., § 35).

<sup>38</sup> GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. *Administración pública*... Op. cit., p. 121.

<sup>39</sup> CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Piersack vs. Bélgica*. Publicado em 01 out. 1982. § 30.

cional da igualdade e não discriminação. Não bastaria que o ato ou a ação administrativa não fossem contra a lei ou algum outro ato normativo para serem lícitos, pois se *aparentassem dúvida objetiva a respeito da impessoalidade* seriam anticonvencionais e inconstitucionais por infração à impessoalidade. Esse entendimento, não obstante os bons intentos em que se apoia, desconsidera as interferências de outras normas, a exemplo da legalidade. Desse modo, a tendência jurisprudencial das Cortes internacionais deve ser analisada com cautela. Tanto a impessoalidade quanto os outros princípios devem ser compreendidos sistematicamente. Por isso, haverá situações em que a dúvida objetiva sobre o desrespeito à impessoalidade ou moralidade não significará *necessariamente* uma violação normativa, notadamente naquelas situações fáticas em que o ato ou a conduta está de acordo com a lei vigente ou quando, em relação à limitação de direitos, não há lei proibindo a conduta.

No Brasil inequivocamente o art. 37 da Constituição prevê o princípio da *publicidade* como regente da atuação administrativa, sendo essa e outras normas de transparência o fundamento jurídico do dever da Administração Pública de dar ampla publicidade aos seus atos, fazendo do sigilo a exceção. Mas normas convencionais são ainda mais protetivas, como por exemplo o art. 13 do Pacto de São José sobre liberdade de pensamento e expressão. Esses direitos dependem da possibilidade de acesso amplo e praticamente irrestrito às fontes de dados e informações públicas, eis que sem transparência não se pode efetivar o direito do art. 13.1 que “compreende a *liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza*, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha”.<sup>40</sup> O ser humano e cidadão deve ter a liberdade de buscar e receber *informações e ideias de toda natureza*, no que estão englobadas principalmente aquelas detidas pela Administração Pública. A lógica convencional da publicidade, portanto, associada às previsões da Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011)<sup>41</sup> elevam o direito à informação ao patamar supraconstitucional, porque previsto no Pacto de São José da Costa Rica.

Mais do que isso, a leitura convencional do princípio da publicidade orienta que a Administração (em sua atuação administrativa em favor dos cidadãos e principalmente entre seus servidores integrantes da estrutura administrativa) dê ampla publicidade e divulgação aos tratados internacionais firmados pelo Brasil, mormente os tratados de direitos humanos, tudo em direção ao fomento de uma *cultura favorável aos direitos humanos* que deve se espalhar por todo o quadro de servidores de todos os entes da Administração. É que se no plano teórico não há quem duvide da importância da publicidade e dos seus efeitos na rotina administrativa, na prática administrativa muitas vezes o que se nota é uma cultura autoritária de resguardo da informação pública e dificuldade de acesso à documentação (incluídos processos) em posse do Poder Público. A incidência do art. 13 da Convenção Americana demanda o reconhecimento da presunção de que todos os atos estatais praticados devem

<sup>40</sup> Grifos ausentes no original.

<sup>41</sup> Flávia Piovesan atrela a criação e publicação da Lei de Acesso à Informação ao Caso Gomes Lund vs. Brasil julgado pela Corte Interamericana no ano de 2010. Se não uma consequência direta da condenação, a lei é exemplo da importância da regra da publicidade da informação em posse do Estado, sendo o sigilo exceção. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito...* Op. cit., p. 448-449.

ser realizados de forma aberta à população,<sup>42</sup> algo que deveria ser o mantra de todo servidor público. Como regra, não deve haver sequer questionamento por parte do servidor sobre qual a finalidade do acesso. O direito humano de liberdade de buscar e receber informações e ideias de toda natureza não está condicionado a explicações sobre o que se deseja fazer ao acessá-las. O cidadão tem direito de receber documentos não sigilosos sem que precise justificar a motivação do pedido. De outro lado, se o documento for sigiloso, sua classificação como tal deve ser detalhadamente motivada, pois o ônus de justificação de restrição a um direito humano previsto no art. 13 do Pacto de São José é inteiro da Administração Pública. Restrições a direitos devem, além de estar previstas em lei, ser fundamentadas pelo Estado.

Sobre o *princípio da eficiência*, não cabe igualmente teorizar pormenorizadamente acerca de seu significado e efeitos, tarefa desnecessária nesta sede diante do que já foi exaustivamente trabalhado no Direito brasileiro pela doutrina.<sup>43</sup> Cabe lembrar, de todo modo, que a Corte IDH já se manifestou acerca do princípio da eficiência e sua violação no procedimento administrativo nos casos *Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai* e *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. No primeiro caso, ficou consignado que os recursos administrativos que buscavam a entrega de terras ancestrais a comunidades indígenas, além de simples e céleres, deveriam ser efetivos, o que não se verificou em concreto.<sup>44</sup> No segundo caso, a Corte IDH cita o mesmo Caso Yakye Axa para reiterar a necessidade de processos administrativos eficientes.<sup>45</sup>

Para a Corte, é anticonvencional a atuação administrativa ineficiente e ineficaz, porque a Administração deve levar em conta as especificidades dos grupos afetados pelas decisões do Poder Público para expedição de ordens que realmente atendam de modo ótimo à finalidade das normas invocadas, sempre levando em conta a simplificação no procedimento administrativo. O reconhecimento de um direito pela Administração desacompanhado de técnicas e ações destinados ao seu cumprimento/exercício é inútil e desatende o princípio da eficiência.

Para além de uma imposição constitucional que pode ou não estar prevista no ordenamento jurídico interno de forma expressa, a atuação eficiente e eficaz da Administração é uma imposição reconhecida como *convencional* pela Corte Interamericana. A imposição

<sup>42</sup> FLAX, Gregorio. La sumisión del derecho administrativo a los tratados internacionales de derechos humanos. *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, Ciudad de México, a. 8, n. 16, p. 353-382, jul./dez. 2014. p. 368.

<sup>43</sup> Cf., por todos, GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

<sup>44</sup> Afirmou a Corte IDH em seu voto condutor: "Os procedimentos estabelecidos na Lei n. 854/63 e na Lei nº 904/81 apenas permitem ao IBR e ao INDI, respectivamente, dispor de terras fiscais, expropriar terras exploradas irracionalmente ou negociar com proprietários privados para fins de entregá-las às comunidades indígenas, mas quando os proprietários privados se recusam a vender terra e demonstram a exploração racional da terra, os membros das comunidades indígenas não têm um recurso administrativo efetivo para reivindicá-las. [...] Ademais, o Tribunal observa que este procedimento se mostrou abertamente ineficiente para atender as solicitações de reivindicação das terras que os membros da Comunidade Indígena Yakye Axa consideram como seu habitat ancestral e tradicional". (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Publicada em 17 jun. 2005. §97-98).

<sup>45</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. Publicado em 29 mar. 2006. § 102.

jurídica deriva como “regra da eficácia” dos artigos 1.1 e 2 do Pacto de São José da Costa Rica, normas pelas quais o Estado se compromete a respeitar e garantir direitos previstos na Convenção e adotar disposições de Direito interno “para tornar efetivos tais direitos e liberdades” (art. 2). A regra inclusive dá fundamento ao princípio da tutela administrativa efetiva, de que são elementos o (i) papel preventivo de conflitos por parte da Administração; (ii) privilégio da função administrativa em detrimento da função judicial.<sup>46</sup>

## 6 DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE REALIZAR CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Um dos mais relevantes impactos da convencionalidade é o dever que todo agente público possui de realizar de ofício controle de convencionalidade. Esse dever impacta na noção clássica do princípio da legalidade, modificando-o, pois permite ao Poder Público em certas ocasiões agir *contra a lei*. O controle de convencionalidade é técnica criada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que obriga o Estado compatibilizar suas normas e atuação aos tratados de direitos humanos. Dita doutrina molda-se da interpretação conjunta do art. 1.1 e art. 2 do Pacto de São José.<sup>47</sup> Caso o Estado não adote as medidas adequadas para preservar a normatividade da Convenção Americana, outras medidas devem ser tomadas. A doutrina se apoia na interpretação de que na falha do Poder Legislativo de adequar o ordenamento para compatibilizá-lo com a Convenção,<sup>48</sup> cabe aos outros Poderes estatais, inclusive à Administração Pública, proceder no controle de convencionalidade das normas para garantir a preservação das normas convencionais que o Estado se comprometeu seguir.<sup>49</sup>

No Caso *Guelman vs. Uruguai* a Corte Interamericana categorizou referido controle como “função e tarefa de qualquer autoridade pública e não só do Poder Judiciário”.<sup>50</sup> Quer dizer que é possível a qualquer autoridade pública no exercício da função administrativa, em processos administrativos, declarar a inconvenção de normas jurídicas nacionais. O efeito da declaração de inconvenção é a invalidação da norma, o que altera radicalmente o funcionamento da Administração Pública e o dogma da impossibilidade de o Poder Público agir *contra legem*.

Ao outorgar aos órgãos administrativos o dever de controlar a convencionalidade das normas internas está-se contribuindo para a promoção dos direitos humanos da Convenção

<sup>46</sup> GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. *Administración pública...* Op. cit., p. 98-100.

<sup>47</sup> TORELLY, Marcelo. *Governança transversal dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 239-240.

<sup>48</sup> O controle de convencionalidade não se limita a tomar como parâmetro só a Convenção Americana. Qualquer tratado de direitos humanos incorporado serve para verificação da compatibilidade entre norma nacional e convencional.

<sup>49</sup> A base da teoria é de raiz internacionalista, e assenta-se na responsabilidade do Estado pelo descumprimento dos compromissos assumidos. (BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD*, Rio de Janeiro, v.1, n. 19, p. 1-39, jun./dez. 2011. p. 14).

<sup>50</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Guelman vs. Uruguai*. Publicado em 24 fev. 2011. §239.

Americana e de outros tratados. A razão de fundo que justifica o exercício do controle difuso de convencionalidade por todo agente público é o princípio da subsidiariedade (art. 46 do Pacto de São José).<sup>51</sup> Uma vez que o sistema internacional funciona apenas após o esgotamento das medidas e recursos internos, não haveria porque negar a realização do controle de convencionalidade e a declaração de invalidade de normas a todos os agentes públicos no exercício de suas atividades, seja ele servidor público da Administração direta ou indireta, seja ele magistrado. O sistema de proteção internacional só funciona em caso de falha estatal no cumprimento do piso mínimo de direitos humanos previsto nos tratados, e, deste modo, *reservar a toda função estatal competência para invalidar normas inconventionais é a maneira mais eficaz de dar efetividade aos direitos humanos e de evitar o acionamento internacional do Estado e evitar responsabilização em Cortes de direitos humanos.*

## 7 CONCLUSÕES

1. Os tratados de direitos humanos incorporados no Direito brasileiro impactam o Direito Administrativo. Eles obrigam a uma interpretação convencionalmente adequada de todo o Direito, o que leva a uma leitura do Direito Administrativo à luz das convenções de direitos humanos.

2. Os fundamentos do regime jurídico-administrativo (princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público) têm base originalmente convencional. A Convenção Americana sobre Direitos precede a Constituição de 1988 quanto às bases do Direito Administrativo, com destaque para a norma do art. 30 e para a razão de ser do Direito: a garantia de uma vida digna ao ser humano e preservação do meio ambiente de que é parte. Igualmente, os princípios do art. 37, *caput* da Constituição são ressignificados pela convencionalidade.

3. Há um dever de todo agente público no exercício da função administrativa realizar controle de convencionalidade de ofício em processos administrativos. O efeito da declaração de inconventionalidade de normas jurídicas incompatíveis com os tratados internacionais de direitos humanos incorporados é a invalidade em privilégio da disposição da convenção utilizada como parâmetro de controle. O controle de convencionalidade rompe com a impossibilidade de a Administração agir contra a lei.

## REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Tratados - integração regional: Mercosul - perspectivas e desenvolvimento. In: MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana *et al.* (Coord.). *Fuentes del derecho administrativo: tratados internacionales, contratos, como regla de derecho, jurisprudencia, doctrina y precedente administrativo*. Buenos Aires: RAP, 2010.

<sup>51</sup> (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) Art. 46. 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos (grifou-se).



- BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD*, Rio de Janeiro, v.1, n. 19, p. 1-39, jun./dez. 2011.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Piersack vs. Bélgica*. Publicado em 01 out. 1982.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso A Última Tentação de Cristo vs. Chile*. Publicado em 5 fev. 2001.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Boyce e outros vs. Barbados*. Publicado em 20 nov. 2007.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*. Publicado em 11 mar. 2005.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Publicada em 17 jun. 2005.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. Publicado em 29 mar. 2006.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Publicado em 24 set. 2009.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Guelman vs. Uruguai*. Publicado em 24 fev. 2011.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Publicado em 27 nov. 2003.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva n. 06/1986*. A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Publicada em 09 maio 1986.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva n. 05/1985*. A filiação obrigatória de jornalistas. Publicada em 13 nov. 1985.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva n. 18/2003*. Condição jurídica e direitos dos migrantes sem documentos. Publicada em 17 set. 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- FLAX, Gregorio. La sumisión del Derecho Administrativo a los tratados internacionales de derechos humanos. *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, Ciudad de México, a. 8, n. 16, p. 353-382, jul./dez. 2014.
- GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- GONZÁLEZ MORAS, Juan M. La internacionalización del derecho administrativo argentino. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, a. XXIX, n. 348, Ediciones RAP, p. 15-53, set. 2007.
- GORDILLO, Agustín Alberto *et al.* *Derechos humanos*. 6. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2007.
- GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. *Administración pública, juridicidad y Derechos Humanos*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.
- GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Derecho administrativo, Constitución y derechos humanos. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 239-250, abr./jun. 2010.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Tratados de derechos humanos e internacionalización del Derecho Administrativo. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, a. XXIX, n. 348, Ediciones RAP, p. 63-80, set. 2007.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad: adelantos y retrocesos. *Estudios constitucionales*, Talca, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015.

LEAL, Mônia Clarissa; ALVES, Felipe Dalenogare. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Conta. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n.1, p. 109-129, jan./abr. 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. Tutela jurídica do meio ambiente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (Coords.). *Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2016. p. 445-471.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

IOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SALOMONI, Jorge Luis. Impactos de los tratados de derechos humanos sobre el derecho administrativo argentino. In: SALOMONI, Jorge Luis; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SESIN, Domingo J. *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2006.

TORELLY, Marcelo. *Governança transversal dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. v. I. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

# Parcerias público-privadas como instrumento de desenvolvimento da infraestrutura educacional no Brasil<sup>1</sup>

**Fernando Borges Mânica<sup>2</sup>**  
**William Geraldo Azevedo<sup>3</sup>**

**SUMÁRIO:** **1** Introdução; **2** O direito fundamental à educação na Constituição de 1988; **3** A multifuncionalidade dos direitos fundamentais e o dever do estado no desenvolvimento da infraestrutura educacional; **4** As parcerias público-privadas no Brasil; **5** A Concessão administrativa como instrumento de desenvolvimento da infraestrutura educacional; **6** Considerações finais; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que uma das formas de se alcançar e promover a educação perpassa, obrigatoriamente, pelo investimento na infraestrutura escolar. Ocorre que, a despeito de todas as Constituições brasileiras terem previsto a educação como direito, observa-se, ao longo do período constitucional, a ausência de investimentos passíveis de proporcionar aos alunos da rede pública educacional infraestrutura educacional de qualidade.<sup>4</sup>

Prédios antigos e deteriorados, equipamentos de sala de aula sucateados, reformas e obras que superam mandatos, são exemplos constantes que afetam o desempenho dos alunos e diminuem a qualidade do ensino público brasileiro. Diante desse quadro que se perdura até hoje, não restam dúvidas que os entes federativos, a fim de promover e executar o direito fundamental à educação, devem investir continuamente na promoção da infraestrutura educacional.

A continuidade de investimento não se restringe exclusivamente a aportes maiores de recursos públicos – até porque, em tempos de crise financeira e limitação de gastos públicos, aumentar o investimento público é tarefa praticamente impossível –, mas se refere à aplicação e à utilização diversificada desses recursos.

---

<sup>1</sup> Uma primeira versão deste artigo foi publicada na A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional: MÂNICA, Fernando Borges; AZEVEDO, William Geraldo. Parcerias público-privadas como instrumento de desenvolvimento da infraestrutura educacional no Brasil. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 195-215, jan./ mar. 2019.

<sup>2</sup> Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Positivo. Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo.

<sup>3</sup> Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

<sup>4</sup> É conhecido o déficit que a infraestrutura educacional se encontra no Brasil. Esse cenário foi analisado pela ONG Transparência Brasil, a qual, a partir de dados oriundos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), constatou que 25% das obras já iniciadas estão ou paralisadas ou inacabadas. (TRANSPARÊNCIA Brasil e Observatório Social lançam projeto Obra Transparente. *Transparência Social*, maio 2017. Disponível em: <https://www.transparencia.org.br/blog/transparencia-brasil-e-observatorio-social-lancam-projeto-obra-transparente/>. Acesso em: 10 ago. 2017).

Nesse contexto, o presente artigo tem por escopo verificar a viabilidade de se transferir à iniciativa privada a gestão da infraestrutura da rede pública educacional, especificamente no que se refere ao trespasses da implantação, conservação e execução de obras de equipamentos educacionais públicos, mediante a celebração de contratos de concessão disciplinados pela Lei Federal n. 11.079/2004.

Para alcançar o objetivo proposto, o desenvolvimento do trabalho encontra-se organizado em quatro capítulos. No primeiro capítulo será analisado, sob a perspectiva jurídico-dogmática, o regramento conferido pela Constituição Federal de 1998 ao direito fundamental à educação. Em seguida, será apresentada a teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, da qual se extrai a incumbência da Administração Pública de promover adequadamente o serviço público educacional, incluindo-se na sua perspectiva organizacional. O terceiro capítulo tem por objetivo analisar as características dos instrumentos contratuais dispostos pela Lei das parcerias público-privadas (Lei n. 11.079/04), com ênfase nos pressupostos e limitações normativas necessárias à constituição dessas parcerias. No quarto capítulo, será avaliado se a concessão administrativa é instrumento juridicamente viável a promover o desenvolvimento da infraestrutura pública, especificamente pela transferência da gestão pela infraestrutura da educação pública à iniciativa privada. Ao fim serão tecidas algumas considerações finais.

## 2 O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988, acolhendo a tendência jurídico-dogmática que se consolidou na Europa Ocidental a partir da primeira metade do Século XX<sup>5</sup> e objetivando romper com Regime Ditatorial que vigorava no país desde a década de 60, positivou no seu texto um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, os quais conferiram aos cidadãos direitos de natureza tanto individual quanto social.

A grande gama de preceitos fundamentais positivadas na Constituição Federal, atentando-se especificamente para os direitos sociais e aos os direitos fundamentais da igualdade e liberdade, conferem ao regime jurídico-constitucional do Estado brasileiro a característica de ser um regime não apenas democrático, mas também Social de Direito. Paulo Bonavides, há tempo, defende que a “Constituição de 1988 é basicamente “em muitas das suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado Social”.<sup>6</sup>

No que concerne especificamente ao direito à educação, cabe noticiar que a sua importância foi reconhecida por todas as Constituições da história brasileira. No entanto, foi com a Constituição de 1934, sob o nacionalismo de Getúlio Vargas, que o direito “à educação foi minuciosamente descrito, pois nesta ocasião passou-se a entender a educação do povo como um problema nacional”.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Menciona-se que “ao lado dos ordenamentos jurídicos domésticos, consolidava-se, na segunda metade do século 20, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, estruturado em inúmeras declarações e tratados de direitos humanos, muitos deles voltados à proteção específica do direito à educação”. (LIMA, Carolina Alves de Souza. A conquista da educação como direito fundamental. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 9, n. 32, maio/ago. 2015. p. 1130-1131).

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros: São Paulo, 1996, p. 336.

<sup>7</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner; MANGULLO, Marcella Querino; LAGE, Ricardo Teixeira. O direito à educação e a Lei 12.711/2012 (Lei de Cotas). *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, Belo Horizonte, n. 58, 2014. p. 150.

No atual diploma Constitucional, a ordem social é disciplinada pelo Capítulo II (Dos direitos Fundamentais), inserido no Título I (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). O artigo 6º, *caput*, prescreve que são direitos fundamentais sociais “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.<sup>8</sup>

Dessa análise, percebe-se que, dentre a longa lista de direitos fundamentais sociais previstos no Diploma Constitucional, o direito social à educação foi o primeiro a ser positivado pelo Constituinte. Talvez a escolha do legislador em colocar esse direito por primeiro decorra do fato de ser a educação o instrumento necessário à construção e ao alcance dos objetivos da República Federativa do Brasil,<sup>9</sup> como também por ela consistir na salvaguarda dos direitos de liberdade.<sup>10</sup>

A Constituição de 1998, nessa feita, não apenas disciplinou a educação como direito fundamental social, como também dedicou uma seção própria (artigos 205 a 214) para regular a questão. Ressalta-se que o Constituinte originário pormenorizou os alicerces normativos do direito à educação no diploma constitucional, garantindo um maior grau de aplicabilidade e subjetividade ao direito e também impossibilitando o legislador infraconstitucional retroceder nas conquistas sociais em relação a esse direito fundamental.<sup>11,12</sup>

O artigo 205 da vigente Constituição, nesse contexto, prescreve que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, objetivando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Ao se reportar às relações familiares, em seu artigo 277, a Constituição novamente disciplina ser “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação [...]”.

<sup>8</sup> Cumpre mencionar que o rol de direitos sociais previsto no *caput* do artigo 6º não permaneceu estaque desde a promulgação do texto constitucional, tendo sofrido acréscimos durante estes anos de vigência. Como exemplo, destaca-se a inserção, com a promulgação da Emenda Constituição 90 de setembro de 2015, do direito ao transporte como direito social.

<sup>9</sup> Alexandre Godoy Dotta é enfático ao afirmar que a educação é o direito que garante outros direitos. Assim, a necessidade de uma educação de qualidade se torna um dos principais desafios para alcançar o Estado Democrático e Social de Direito. (Tradução livre). (DOTTA, Alexandre Godoy. Public policies for the assessment of quality of the Brazilian higher education system. *Revista de Investigações Constitucionais – NINC*, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 53-69, set./dez. 2016).

<sup>10</sup> CARMO, Erinaldo Ferreira do; ROCHA, Enivaldo Carvalho da. A educação como direito universal. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 45, p. 137-148, abr./jun. 2014, p. 144.

<sup>11</sup> Nesse sentido, Paulo Ricardo Schier e Adriana Costa Ricardo Schier aludem que “a regulamentação dos direitos sociais, vinculada à sua concretização no plano da realidade, estará protegida contra a ação do legislador futuro, de maneira que não seja possível retroceder nas conquistas já asseguradas” (SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Revista de Direito da Administração Pública*; Universidade Federal Fluminense, ano 2, v. 2, n. 1, jan./jun. 2016, p. 204).

<sup>12</sup> Acerca dos limites à revisão constitucional, Luísa Cristina Pinto e Netto defende que “os direitos sociais, como imposições da dignidade das pessoas humana e da igualdade material [...] são limites materiais à revisão constitucional; comparecem como elementos do núcleo identificador material-valorativa da Constituição, imune a atuação revisora. (NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 138).

O artigo 206, por sua vez, estabelece amplo rol de princípios que estabelecem as diretrizes para a prestação do ensino no Brasil, realçando-se, dentre outros princípios, o dever de ser garantida a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, a proteção ao padrão de qualidade no ensino e a valorização dos profissionais da educação escolar, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas.

Por fim, a importância conferida ao direito fundamental à educação também pode ser observada em outros dispositivos espalhados pela Constituição. Dentre os mais importantes, evidencia-se o artigo 212, o qual impõe aos Entes políticos o dever de aplicarem percentuais mínimos, vinculados aos impostos, para manutenção e desenvolvimento do ensino.

No que toca à organização federativa, a Constituição de 1988 atribuiu explicitamente competências materiais e legislativas de cada ente político. Tais competências foram divididas em (a) horizontais, as quais compreendem as competências exclusivas e privativas de cada ente federal e (b) verticais, abrangendo as competências comuns e concorrentes.

O texto constitucional, nos termos do art. 23, V, conferiu a todos os entes da federação (União, estados membros, municípios e Distrito Federal), concomitantemente, a competência material para promover e executar a educação pública. Ainda, e objetivando coordenar a execução do direito à educação, o texto constitucional, no artigo 201 e parágrafos, impõe expressamente para a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a atribuição de organizarem, em regime de colaboração, seus sistemas de ensino.

À título exemplificativo, observe que por exemplo o próprio texto constitucional, no que tange aos Municípios, delimita a competência destes a manutenção de programas de educação infantil e de ensino fundamental, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado. Compreende-se, assim, que “dentro do espaço da predominância do interesse local, caberá ao Município, de acordo com os princípios constitucionais federais e estaduais, eleger a melhor maneira de atender, dentre as previstas no art. 23 da CF, as necessidades de seus cidadãos”.<sup>13</sup>

Já no que se alude à competência legislativa sobre educação, a Constituição a atribuiu a todos os Entes da Federação (art. 24, inciso IX), excetuando-se a disposição acerca das diretrizes básicas da educação nacional, as quais foram conferidas em caráter privativo para União (art. 22, inciso XXIV).

Pode-se perceber, portanto, que a Constituição de 1988 não só positivou o direito à educação no capítulo dos direitos sociais, como também esmiuçou o seu conteúdo, atribuindo-lhe significativa densidade normativa. Também se pode consignar que os comandos normativos constitucionais impõem deveres explícitos ao Estado, a exemplo do que disciplina o artigo 205, o qual estabelece que a promoção da Educação é, somando-se a família, dever do Estado.

Verificada a importância conferida pela Constituição Federal ao direito fundamental à educação, analisar-se-á, sob a perspectiva da multifuncionalidade dos direitos fundamentais,

<sup>13</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Autonomia municipal no Estado federal brasileiro. *Revista Erolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 1, n. 2, p. 199-208, jul./dic. 2014. p. 202.

quais são os feixes de múltiplas posições que emergem da educação e as consequências que se impõem ao Estado para sua efetiva promoção.

### 3 A MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DEVER DO ESTADO NO DESENVOLVIMENTO DA INFRAESTRUTURA EDUCACIONAL

A teoria clássica do direito constitucional, pautando-se pela perspectiva histórica, classifica os direitos fundamentais em três grandes grupos: os direitos individuais; os direitos sociais e os direitos transindividuais (ou direitos coletivos).

Nos termos em que leciona Camaratta e Rivero, os direitos individuais (civis e políticos), provenientes das Constituições liberais do século XIX, caracterizam-se pela desnecessidade de qualquer atuação estatal para efetivá-los, bastando que o Estado se abstenha de interferir na liberdade das pessoas para que eles produzam os efeitos. Por outro lado, os direitos sociais (sentindo amplo da palavra, compreendendo os direitos sociais, econômicos e culturais), os quais nascem dos movimentos sociais do Século XX e ganham maior importância jurídica após a segunda guerra mundial, caracterizam-se pela imposição de deveres positivos ao Estado, pelos quais se concretizam. Por último, os direitos transindividuais ou coletivos, emergentes no último quarto do século XX, possuem como traço específico a titularidade que transcende ao próprio indivíduo ante a necessidade de serem tutelados como bem jurídicos de toda uma sociedade.<sup>14</sup>

No entanto, a referida classificação, diante da limitação estrita que impõe aos direitos fundamentais, agrupando-os em categorias pré-fixadas e limitando-os o âmbito de eficácia, há um bom tempo, vem sofrendo críticas.

Nesse contexto, a teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais exsurge com o objetivo de, sob um novo paradigma, demonstrar que todos os direitos fundamentais pertencem a uma mesma categoria, de modo que, sua idêntica estrutura bidimensional normativa gera feixes de posições jurídicas idênticas a todos os direitos fundamentais. Noutros termos, pode-se dizer que os direitos fundamentais consagrados nos textos constitucionais, independentemente de possuírem o rótulo de individuais ou sociais, podem ser caracterizados, a partir do paradigma da multifuncionalidade, por fruírem de idêntico tratamento. Explica-se.

Os direitos fundamentais, no contemporâneo Estado Constitucional, não só conferem “posições subjetivas ao cidadão no marco de uma relação jurídica com o Estado, [...] expandem deveres objetivos ao Poder Público que o obrigam a proporcionar condições de exercício e de proteção de tais direitos, independente da provocação do particular”.<sup>15</sup> Assim, independentemente de como as normas de direito fundamental são dispostas na Consti-

<sup>14</sup> CAMARATTA, Martín. RIVERO, Antonela. Nuevos paradigmas desde la Administración Pública para la tutela efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, v. 2, n. 2, p. 123-142, jul./dic. 2015. p. 128-129. Tradução livre.

<sup>15</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (Unibrasil)*, Curitiba, Unibrasil, v. 14, n. 14.1, ago./dez. 2013. p. 624.

tuição, todas elas são detentoras de uma estrutura típica cujo conteúdo fundamenta-se na imposição ao Estado tanto de obrigações quanto de deveres.

Trata-se da estrutura bidimensional supracitada: a norma de direito fundamental, independente da “classificação” a ela conferida – natureza individual, social ou transindividual –, detém conteúdo que confere ao cidadão posições subjetivas em face do Estado (dimensão subjetiva) e, ao Estado, impõe deveres de cunho objetivo (dimensão objetiva). Isto, porque “da própria existência de um direito subjetivo [...] dirigido ao Estado, resulta sempre uma dimensão objetiva”.<sup>16</sup>

A análise estruturada dessas duas dimensões dos direitos fundamentais permite concluir pela multifuncionalidade dos direitos fundamentais. E, sob o olhar da multifuncionalidade, entende-se que não é mais possível associar os direitos fundamentais a uma função única: de cada direito fundamental podem ser extraídos variados deveres – respeito, proteção e promoção –, decorrentes de incumbências de distintas naturezas que eles dirigem ao Estado. Noutros termos, aduz-se que de todas as normas jusfundamentais deriva a “imposição ao Estado ou às entidades públicas – enquanto destinatários primários dos direitos fundamentais – de particulares deveres jurídicos de *fazer, de não fazer ou suportar*”.<sup>17</sup>

Observa-se, nesse influxo, que todas as normas de direito fundamental, quando consideradas no sentido amplo, desdobram-se em cinco funções, quais sejam: (i) de defesas contra agressões do Estado; (ii) de prestações materiais oferecidas no mundo dos fatos; e (iii) de prestações normativas, as quais estão associadas (iii.a) à proteção do direito fundamental contra ações de particulares e (iii.b) à criação de órgãos e instituições [organização] e (iii.c) à estruturação de procedimentos passíveis de permitir o desempenho universalizado das demais funções.<sup>18</sup>

Nesse mesmo sentido, porém com outro enfoque, observa-se outra classificação, a qual tem como arrimo as facetas de defesa e de prestação acima mencionadas. A primeira (faceta de defesa) refere-se à função de respeito, donde a ameaça provém do próprio Estado e este, portanto, deve abster-se de interferir na esfera dos cidadãos. A segunda faceta (prestacional) relaciona-se com a função de promoção e proteção e concerne-se à criação de pressupostos fáticas e jurídicos necessários ao exercício do direito, as quais são divididas em prestações de sentido estrito e de sentido amplo.

Essas funções dos direitos fundamentais, quando associadas à segunda classificação apresentada, podem ser organizadas da seguinte forma: a faceta da defesa abrange a função de proteção dos cidadãos contra agressões do Estado; a faceta prestacional em sentido estrito corresponde às prestações materiais, oferecidas no mundo dos fatos; por último, a faceta prestacional em sentido amplo diz respeito às prestações normativas asso-

<sup>16</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 68.

<sup>17</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos...* Op. cit., p. 53.

<sup>18</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, Curitiba, UniBrasil, v. 14, n. 14.1, ago./dez. 2013. p. 628.



ciadas à proteção do direito fundamental contra ações de particulares e à criação de órgãos, instituições e procedimentos, os quais permitam o desempenho universalizado das demais funções.<sup>19</sup>

Nesse prisma, vejamos os resultados obtidos quando os elementos da classificação apresentada são aplicados para o direito fundamental à educação,<sup>20</sup> utilizando por base os preceitos que o disciplinam na vigente Constituição.

O cidadão pode escolher em qual escola matriculará o seu filho, se na pública ou na privada, devendo o Estado abster-se (não interferir) nesta decisão (dimensão da defesa). O Estado, por sua vez, deve promover a educação (art. 205 da CFRB 1988), assegurando a existência de professores qualificados nas salas de aula, os quais, no dia-a-dia, se incumbirão da tarefa de lecionar (prestação fática). No que concerne à função de proteção contra os particulares, cabe ao Estado a criação de normas que definam padrões de qualidade, para que os particulares não prestem serviços educacionais abaixo dos níveis adequados. Ainda, cabe ao Estado regular como se dará o acesso ao ensino público, tais como a divisão de acesso por bairros, a forma de se efetuar a matrícula etc. (função de procedimento). Por fim, é de competência do Estado a criação, ampliação e a manutenção das escolas públicas, estruturando-as e equipando-as adequadamente (função de organização), a fim de garantir a prestação da educação básica gratuita aos cidadãos.<sup>21</sup>

Exatamente em relação à faceta organizacional do direito fundamental à educação que se origina o dever da Administração em estruturar estabelecimentos adequados, garantindo-se, assim, a “participação efetiva dos cidadãos nas instituições públicas e nos processos susceptíveis de afetar os seus direitos fundamentais”.<sup>22</sup> Noutros termos, é dizer: no que se refere à perspectiva de organização do direito educação, compete à Administração, seja direta ou indiretamente, estruturar adequadamente infraestrutura educacional, proporcionando aos cidadãos estabelecimentos e ambientes educacionais devidamente organizados e aparelhados.

#### 4 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO BRASIL

Com a Reforma Administrativa dos anos 90 ocorreram significativas alterações na forma de atuação da Administração Pública, principalmente no que concerne à maneira pela qual a elaboração e a celebração dos contratos administrativos seriam realizadas, pautados sob o paradigma da consensualidade. Por consequência dessas mudanças, a Administração

<sup>19</sup> Trata-se de síntese elaborada por Daniel W. Hachem. (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007 apud HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014).

<sup>20</sup> Perceba que não se fez qualquer referência à educação como direito social, mas sim a direito fundamental. Tal terminologia abarca a concepção, anteriormente afirmada, de que os direitos fundamentais possuem identidade estrutural e pertencem a uma única categoria.

<sup>21</sup> Observe que o artigo 208, inciso I, da Constituição Federal, determina o dever do Estado na prestação do serviço de educação básica (4 aos 17 anos) de forma gratuita.

<sup>22</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos...* Op. cit., p. 84

burocrática, fundada em prerrogativas contratuais arbitrárias, cedeu espaço à Administração consensual,<sup>23</sup> multipolar,<sup>24</sup> a qual preza pela busca de soluções consensuais e conta com a participação do setor privado na efetivação das atividades públicas.

Foi nesse contexto que, dentre outros instrumentos contratuais inseridos no ordenamento pátrio, foi editada a Lei Federal n. 11.079/04, denominada “lei das parcerias público-privadas” e que teve por escopo a introdução no ordenamento jurídico de duas novas modalidades de concessões, quais sejam: a concessão patrocinada e a administrativa.<sup>25</sup>

Imperioso destacar que os conceitos estruturantes das parcerias público-privadas foram importados da experiência europeia, em especial do Reino Unido. Na experiência inicial daquele país, as parcerias “foram introduzidas no cenário internacional na década de 80 pelo governo de Margaret Thatcher, tendo sido retomadas em 1992 [...] pela fórmula denominada de Programa de Financiamento Privado (*Private Finance Initiative – PFI*)”.<sup>26</sup> Posteriormente, em 1997, remodelaram-se os tais PFIs e, finalmente, foi desenvolvido o conceito de *Public-Private Partnership*.

Na esteira, a ideia motriz da lei das parcerias público-privadas não foi uma solução criada pelo Poder Político nacional: trata-se do acolhimento, a partir da experiência internacional, das sugestões emanadas pelos organismos de financiamento internacionais.<sup>27</sup> O que se objetiva com essas modalidades de concessões é atrair o investimento privado para que o Estado execute, indiretamente, as atribuições constitucionalmente a ele atribuídas, especificamente quando associada à necessidade de se investir em infraestrutura.

O texto normativo em análise é preciso ao conceituar as duas modalidades contratuais por ele inseridas. Define a concessão patrocinada como sendo a concessão prevista na Lei n. 8.789/95 – concessão de serviços públicos ou obras públicas – e que ainda envolva, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.<sup>28</sup>

Por sua vez, conceitua a concessão administrativa como sendo “o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que

<sup>23</sup> MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. Administração Pública gerencial. *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 37-44, jul./dez. 1998. p. 43.

<sup>24</sup> Eurico Bitencourt Neto, ao tecer considerações sobre a Administração Multipolar, afirma que “a Administração contemporânea, em boa medida, substitui modos de atuação que se constituem por relações bilaterais, com efeitos restritos aos seus sujeitos, por intervenções que geram efeitos espalhados.” (BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais – MNC*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017. p. 214).

<sup>25</sup> Destacando que existem diversas modalidades de parcerias público-privadas, as quais não se limitam àquelas prescritas na lei em comento, Carlos Ari Sundfeld assevera que “a Lei das PPPs não é uma lei geral de parcerias, e sim uma lei sobre duas de suas espécies: a concessão patrocinada e a administrativa” (SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 22).

<sup>26</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Desafios jurídicos das parcerias público-privadas (PPPs) e desenvolvimento nacional sustentável. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 184-203, jul./dez. 2014. p. 187.

<sup>27</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Desafios jurídicos das parcerias público-privadas (PPPs)... Op. cit., p. 187.

<sup>28</sup> Lei 11.079/04, art. 2º, § 1º.

envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.<sup>29</sup> Elemento basilar das concessões patrocinadas, diferenciando-as da concessão comum, portanto, é o sistema tarifário, o qual pressupõe, necessariamente, contraprestações pecuniárias da Administração.<sup>30</sup>

No que concerne ao objeto das concessões previstas na legislação, a norma autoriza a celebração dos contratos nela inseridos para qualquer objeto passível de delegação, excluídas as funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.<sup>31</sup> Além disso, não é permitida a celebração de contratos de parcerias público-privadas “que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública”.<sup>32</sup> Por fim, há expressa vedação para a celebração de contratos cujo valor e período da prestação de serviços sejam inferiores, respectivamente, a 10 milhões de reais.<sup>33, 34</sup>

A legislação concentra uma série de outros elementos que se dirigem não só a melhorar a credibilidade e confiabilidade institucional do parceiro público, mas também a convencer o particular – conferindo-lhe segurança jurídica e financeira – a participar e firmar estas modalidades contratuais, ressaltando: (a) o oferecimento de um amplo rol de garantias financeiras, dentre elas, a vinculação de receitas e a criação de um fundo garantidor; (b) a estruturação da repartição objetiva de riscos; (c) a imposição de valor contratual mínimo, além de tempo hábil para a amortização dos investimentos (5 a 35 anos); (d) a necessidade de criação de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) para executar o objeto contratual; (e) a imposição do emprego da arbitragem para a resolução dos conflitos.<sup>35</sup>

A Lei em referência também apregoa uma série de garantias voltadas à Administração Pública, dentre as quais, elenca-se: (a) o aumento significativo dos serviços a serem concedidos à iniciativa privada, diante da ampla abertura conferida pelo texto normativo (b) a possibilidade de remuneração do parceiro privado pela vinculação de taxas pertinentes ao serviço; (c) a remuneração do concessionário mediante o alcance dos parâmetros envolvidos, admitindo-se a remuneração a menor, caso os resultados sejam inferiores aos contratualmente estabelecidos; (d) a possibilidade de abertura de Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI), o qual permite subsidiar a Administração na estruturação de empreendimentos objeto de concessão ou permissão de serviços públicos e de parceria público-privada.

<sup>29</sup> Lei 11.079/04, art. 2º, §2º

<sup>30</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 91.

<sup>31</sup> Trata-se de previsão contida no art. 4º, inciso III, da lei em comento: “Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: [...] III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado”.

<sup>32</sup> Lei 11.079/04, art. 2º, §4º, inciso III.

<sup>33</sup> Lei 11.079/04, art. 2º, §4º, incisos I e II, respectivamente.

<sup>34</sup> Com o objetivo de permitir que um maior número Municípios, especialmente aqueles com orçamentos públicos exíguos, usufruam das vantagens inerentes a celebração de parcerias público-privadas, a recém-publicada Lei Federal n. 13.529, de 04 de dezembro de 2017, diminuiu o valor-piso originalmente previsto na Lei das PPPs, alterando-o de 20 milhões para 10 milhões de reais. Com efeito, a alteração legislativa permitirá que inúmeros projetos de PPPs – seja porque o ente federativo não possuía receita mínima necessária para celebrá-los, seja porque a modelagem do projeto era insuficiente a alcançar o valor financeiro mínimo – possam a ser impulsionados.

<sup>35</sup> FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desafios regulatórios. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, n. 23, ano 6, p. 145-177, jan./mar. 2006. p. 146.

Na mesma linha, Fernando Mânica e Fernando Menegat chamam atenção a outras possíveis vantagens propiciadas pela Lei, tais quais: (a) mobilização de financiamento privado, para construir, reformar ou implantar infraestruturas públicas, com seus próprios recursos, amortizados a longo prazo; (b) possibilidade de obtenção de estudos e projetos gratuitos, por intermédio dos PMI's;<sup>36</sup> (c) via de regra, os pagamentos ao parceiro privado ocorrem após a implantação da infraestrutura e início da prestação dos serviços; (d) transferência de inúmeras dificuldades gerenciais ao setor privado e alocação de riscos contratuais;<sup>37, 38</sup> (e) a remuneração não é computada como despesa de pessoal para fins de Lei de Responsabilidade Fiscal; (f) remuneração do parceiro privado é variável, de acordo com o atingimento de metas de desempenho quantitativas e qualitativas fixadas pelo parceiro público.<sup>39</sup>

Lado outro, deve-se anotar que a experiência inicial concernente à estruturação dos contratos de PPPs tem demonstrado que a Administração Pública encontra inúmeras dificuldades para absorver todas as vantagens inerentes à modalidade contratual em comento. E são diversos os desafios que permeiam à Administração, dentre os quais, destacam-se: postura administrativa pautada em atos autoritários; a falta de qualificação técnica dos gestores e dos servidores públicos; a problemática inerente às interferências políticas e a mudança de governo; a demora na tomada de decisão pelo ente público; e, também, a ausência de procedimentalização no gerenciamento e na fiscalização da execução contratual.<sup>40</sup>

Embora essas dificuldades possam postergar a escolha da Administração em delegar alguns dos seus serviços via contratos de PPPs, entende-se que tais obstáculos podem ser suprimidos pela capacitação dos agentes públicos acerca desses instrumentos contratuais, especialmente por meio da contratação de profissionais especializados aptos a instruírem a Administrativa tanto no comportamento perante o parceiro privado, quanto na gestão de todo o processo de delegação do serviço e gerenciamento do futuro contrato.

<sup>36</sup> Qualquer empreendimento público deve ser precedido por numerosos estudos, como viabilidade econômica, política e social, ambiental, técnica etc. Tais estudos costumam se constituir em um projeto básico, ou anteprojeto de engenharia. São serviços técnico-especializados que, nas licitações tradicionais são contratadas por uma licitação própria. No regime concessório, no entanto, há a possibilidade em instituir o Procedimento de Manifestação de Interesse, por meio do qual, empresas especializadas oferecem tais estudos, que são escolhidos pela Administração, e a remuneração correspondente ficará a cargo do vencedor da licitação para a concessão, que se utilizará destes dados. Deste modo, há a possibilidade de coleta de inúmeras informações acerca do empreendimento, e a remuneração não será exercida pela Administração Pública. (Sobre o tema: MÂNICA, Fernando B.; MIRANDA, Gustavo. *Participação privada no planejamento e modelagem do objeto dos contratos administrativos de infraestrutura*. Inédito.)

<sup>37</sup> Assim preceitua a Lei no artigo 4º, inciso VI, ao designar que a contratação da PPP deverá observar a "repartição objetiva de riscos entre as partes". E ainda, no Art. 5º, inciso III, o qual estabelece que o contrato deverá prever "repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária".

<sup>38</sup> Sobre o assunto, Fernando Vernalha Guimarães faz exposição da alocação de riscos identificáveis como: (i) Risco de Demanda; (ii) Risco do Projeto de Engenharia, Construção e Operação (iii) Riscos Regulatórios; (iv) Risco Geológico; (v) Riscos de desapropriação/desocupação e (vi) Risco Cambial. (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alocação de Riscos na PPP*. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Walbach. *Parceria-público privadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 246-256).

<sup>39</sup> MÂNICA, Fernando; MENEGAT, Fernando. *Teoria jurídica da privatização: fundamentos limites e técnicas de interação público-privada no direito brasileiro*: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 198-199.

<sup>40</sup> PRADO, Inês Coimbra Almeida. *Regulação e gestão pública de contratos de logo prazo. Oficina de PPPs e Concessões*: palestra. São Paulo, 9 nov. 2017.

## 5 A CONCESSÃO ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO DA INFRAESTRUTURA EDUCACIONAL

Infraestrutura, em sentido amplo, pode ser entendida como a totalidade de bens materiais que servem de suporte para as redes de serviços ou das atividades que satisfazem, principalmente, as necessidades de interesse público, as quais são essenciais para o desenvolvimento econômico social e cultural dos países.<sup>41</sup> Redimensionando o referido conceito para a seara do sistema público educacional, conceitua-se como infraestrutura educacional todos os bens materiais (toda estrutura física escolar) que servem para dar apoio a execução do processo pedagógico e ensino.

Nessa esquadra, em que pese ser claro o comando constitucional de impor ao Estado o dever de promover a educação, sabe-se que o *déficit* de investimento Público nessa área é de longa data. Além disso, é enorme o número de escolas que não possuem infraestrutura educacional adequada para atender os alunos. Os problemas organizacionais abarcam desde a insuficiência de escolas para todos os que necessitam, passando por problemas na construção estrutura física das escolas,<sup>42</sup> colocando estudantes em perigo diariamente, e refletindo na ausência de equipamentos mínimos – quando presentes, precários – para instrumentalizar e permitir a prestação do ensino.

Diante dessa incapacidade da Administração Pública, a qual não consegue edificar e aparelhar estabelecimentos educacionais minimamente adequados, é que emerge a viabilidade de se conferir à iniciativa privada a gestão pela infraestrutura escolar a partir de concessões administrativas.<sup>43</sup> Isto porque ao se analisar as parcerias inseridas pela Lei 11.079/04, compreende-se que essas modalidades contratuais – mormente a concessão administrativa – consistem em “instrumento(s) para viabilizar o atendimento a relevantes necessidades de interesse coletivo, insuscetíveis de satisfação mediante a atuação isolada do poder público”.<sup>44</sup>

Relembre-se que a concessão administrativa é “o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”, consoante se retira do texto legal. De frente a amplitude que o texto legal conferiu às concessões administrativas, pode-se concluir que, ressalvados as vedações expressas na própria lei, “tudo o mais pode ser objeto de concessão”,<sup>45</sup> sendo a administração direta ou indiretamente beneficiária do serviço.

<sup>41</sup> VALDEZ, Oscar Rafael Aguilar. Reflexiones sobre la titularidad y el título de intervención estatal en las infraestructuras públicas. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 6, n. 1, 2015. p. 116. Tradução livre.

<sup>42</sup> No que concerne a infraestrutura educacional, a ONG Transparência Brasil, a partir de dados oriundos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), constatou que 25% das obras já iniciadas estão ou paralisadas ou inacabadas. (TRANSPARÊNCIA Brasil e Observatório Social lançam projeto Obra Transparente. *Transparência Social*, maio 2017. Disponível em: <https://www.transparencia.org.br/blog/transparencia-brasil-e-observatorio-social-lancam-projeto-obra-transparente/>. Acesso em: 10 ago. 2017.

<sup>43</sup> Afasta-se, de pronto, a concessão patrocinada, porquanto é requisito estrutural desta modalidade de concessão a contraprestação financeira do ente público contratante.

<sup>44</sup> JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. Introdução: Reflexões iniciais a partir dos 10 anos da lei das PPP. In: \_\_\_\_\_. *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 31-50. p. 34.

<sup>45</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *Parcerias na administração pública*. Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 160.

É no campo das concessões administrativas, portanto, que a infraestrutura do sistema público de educação pode ser desenvolvida, porquanto essa modalidade de concessão pode contemplar como objeto serviços não privativos do Estado, a exemplo da educação, que deve ser prestada de forma gratuita pelo Estado. Explica-se.

O ente político detém a prerrogativa de escolher a maneira pela qual aumentará e melhorará a infraestrutura escolar. A regra geral seria seguir os ritos da Lei 8.666/93, com todas as limitações decorrentes dela.<sup>46</sup> No entanto, a Administração poderá, mediante a utilização do instrumento contratual da concessão administrativa – adotando a posição de usuária indireta – organizar toda a infraestrutura escolar.

Ressalva-se, entretanto, que os contratos de concessão administrativa não poderão ter por objeto, única e exclusivamente, a execução de obra pública ou o fornecimento e instalação de equipamentos, por força da vedação contida no artigo 2º, §4º, inciso III, da Lei 11.079/04. A fim de respeitar essa restrição legal, anota-se que os objetos das concessões na seara educacional deverão conter, além da previsão para a construção ou manutenção das escolas e o fornecimento e a instalação de equipamentos, deveres correlacionados à realização de serviços circundantes àquele objeto. Tais serviços, a título exemplificativo, podem consistir na realização da manutenção das instalações prediais, da limpeza e da segurança dos prédios escolares, bem como no fornecimento de merendas aos alunos.

Em contrapartida aos serviços prestados, o concessionário receberá, integralmente do Poder Público, contraprestação pecuniária previamente determinada no contrato.<sup>47</sup> Tal contraprestação deverá, ao longo do contrato, amortizar os investimentos de construção, remunerar os serviços prestados no período da vigência contratual e, também, garantir o lucro do parceiro privado.

Nessa perspectiva, a concessão administrativa pode ser adotada para ampliação e manutenção da infraestrutura escolar brasileira em seus diversos níveis: (I) educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio; e (II) educação superior.

A Lei Federal n. 9.394/96 – conhecida como Lei de Diretrizes e Bases da Educação organiza a estrutura formal da educação nacional da seguinte maneira: à União incumbe, dentre uma série de outras atribuições, “prestar assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o desenvolvimento de seus sistemas de ensino e o atendimento prioritário à escolaridade obrigatória, exercendo sua função redistributiva e supletiva”;<sup>48</sup> aos Estados membros compete “assegurar o ensino fundamental e oferecer, com prioridade, o

---

<sup>46</sup> Floriano de Azevedo Marques Neto cunhou a expressão “maldição do regime único” para criticar o estabelecimento de um regime jurídico único de contratação em contraposição as mais variadas diversificações da natureza das compras governamentais”. (AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano de. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 107, p. 77-79, 2009).

<sup>47</sup> Além da prestação privada dos serviços abarcados pela Lei das Parcerias Público-Privadas, os quais pressupõe uma intervenção empresarial, Rafael Arruda Oliveira chama atenção à possibilidade do Poder Público celebrar parcerias com entidades do terceiro setor, ou seja, sem fins lucrativos. (OLIVEIRA, Rafael Arruda. Parcerias na educação pública com entidades do Terceiro Setor: limites e possibilidades na atividade de fomento. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 163, p. 53-60, jul. 2015).

<sup>48</sup> Lei 9.394/96, art. 9º, inciso III.

ensino médio<sup>49</sup> a todos que o demandarem”,<sup>50</sup> já aos Municípios atribui-se o dever de “oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental”.<sup>51</sup>

No que tange à educação superior, a norma em análise não restringe a sua organização pelos entes federativos, já que essa etapa da educação “será ministrada em instituições de ensino superior, públicas ou privadas, com variados graus de abrangência ou especialização”.<sup>52</sup> No entanto, relembra-se que a atuação dos Municípios em outros níveis de ensino somente é permitida “quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino”.<sup>53</sup>

Nesse plano, pode-se perceber que cada ente federativo possui autonomia para escolher o meio pelo qual irá “organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino”.<sup>54</sup> Verticalizando para o presente estudo, significa dizer: a Administração pode eleger o meio pelo qual arquitetará e concretizará, de modo adequado e eficiente, a ampliação e manutenção da infraestrutura educacional, consistindo em a celebração de concessões administrativas uma das possibilidades.

E essa escolha foi efetuada pelo Município de Belo Horizonte, o qual utilizou do instrumento da concessão administrativa não apenas para ampliar o número de creches e escolas da rede municipal (o projeto previa a construção de 32 Unidades Municipais de Ensino Infantil – UMEIs), o qual foi acrescido de 14 dessas unidades, e ainda 5 Escolas Municipais de Ensino),<sup>55</sup> como também para executar a gestão de toda a infraestrutura escolar (manutenção das instalações elétricas e hidráulicas, segurança, limpeza, lavanderia, compra de materiais e equipamento).<sup>56</sup>

Ao Município não mais incumbe a preocupação de gerir todo o procedimento necessário para manter a escola estruturada (construção, reformas, compra de equipamentos etc.), o qual ficou a cargo do concessionário.<sup>57</sup> Assim, ao ente público cabe convergir os esforços, apenas, para o gerenciamento do projeto pedagógico municipal – através do melhoramento da qualificação dos professores – para a execução das aulas.

Observe-se, nessa medida, que no caso de Belo Horizonte não houve delegação da gerência do sistema pedagógico local para a iniciativa privada ou burla à regra constitucional do concurso público: o objeto da concessão administrativa limita-se à reestruturação da

<sup>49</sup> Lembre-se que o ensino médio, nos termos do artigo 36-A da Lei 9.394/96, dispõe que “o ensino médio, atendida a formação geral do educando, poderá prepará-lo para o exercício de profissões técnicas”. Alude-se, portanto, a possibilidade de o ente Estatal estruturar escolas com ensino médio profissionalizante.

<sup>50</sup> Lei 9.394/96, art. 10, inciso II.

<sup>51</sup> Lei 9.394/96, art. 11, inciso V.

<sup>52</sup> Lei 9.394/96, art. 45.

<sup>53</sup> Lei 9.394/96, art. 11, inciso V, segunda parte.

<sup>54</sup> Tais deveres são imputados a todos os Entes federativos, consoante se retira dos art. 9º, II, 10, I, e 11, I, todos da Lei 9.394/96.

<sup>55</sup> BELO Horizonte multa concessionária de PPP de escolas. *PPP Brasil*, jan. 2017. Disponível em: <http://www.pppbrasil.com.br/porta/content/belo-horizonte-multa-concession%C3%A1ria-de-ppp-de-escolas>. Acesso em: 6 fev. 2018.

<sup>56</sup> INOVA BH. *Obrigações do privado*. Disponível em: <http://www.inovabh.com.br/>. Acesso em: 7 fev. 2018.

<sup>57</sup> Logicamente que ao Município compete a fiscalização do Contrato de Parceria. Contudo, percebe-se a enorme diferença entre gerir apenas um contrato de PPP em face da gestão integral da infraestrutura escolar.

infraestrutura escolar mediante a ampliação, em qualidade e quantidade, das escolas e da estruturação de todos os instrumentos necessários a uma escolarização adequada (quadros-negros, carteiras, cadeiras, banheiros, salas de informática, áreas externas etc.).<sup>58</sup>

Nesse ponto, deve-se atentar para o alerta de Irene Nohara, para quem a contratação de concessões administrativas não deve ser utilizada para a desestruturação de algumas das atividades fins do Estado, de modo a provocar impacto na sustentabilidade da gestão pública futura.<sup>59</sup> É importante destacar, a propósito da crítica trazida pela autora, que toda a infraestrutura criada e mantida pela iniciativa privada por meio de contratos de concessão administrativa possui natureza de bem público, de modo que sua ampliação e manutenção não trazem qualquer risco à preservação do interesse público e à continuidade de atividades essenciais, como é o caso da educação.

Ainda, a Administração tem o dever cumprir eficientemente as tarefas a ele outorgadas pela Constituição. Neste caso, se os serviços públicos estiverem sendo prestados de maneira mais adequada e eficiente, a Administração tem o dever de, ao término do contrato, agir no sentido de manter os níveis de qualidade alcançados, pactuando-se uma nova concessão ou encontrando outros meios para tal. E é exatamente nesta direção que caminha o posicionamento de Ciro Di Benati Galvão ao afirmar que “um bom planejamento, contendo metas a serem alcançadas, mediante a escolha e a utilização adequada dos meios facilita a superação de problemas e/ou obtenção de melhores resultados públicos”.<sup>60</sup>

Imperioso notar, nessa medida, que a realização da função de organização educacional por meio de contratos de concessão administrativa não configura privatização do ensino, mas apenas trespasse ao particular da criação, ampliação, manutenção e reestruturação da infraestrutura escolar a partir dos novos instrumentos inseridos no ordenamento pátrio. Bitencourt Neto, nessa esteira, expõe que a Administração do Século XXI deve reconhecer dos “novos instrumentais jurídicos, revendo velhos dogmas, repensando antigas verdades, para que possa oferecer meios de realização dos fins do Estado de Direito democrático e social que sejam compatíveis com as turbulências e a complexidade do tempo em que se vive”.<sup>61, 62</sup>

Nesse plano, importante ter claro que a celebração de parcerias público-privadas na modalidade concessão administrativa, com a execução dos serviços meios necessários expandir e gerir a infraestrutura educacional, é medida que se mostra juridicamente possível

<sup>58</sup> Deve-se rememorar, conforme já tratado, que a delegação das atividades específica de ensino não é objeto de vedação legal, conforme prevê o já mencionado artigo 4º, inciso III da Lei n. 11.079/04.

<sup>59</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Desafios jurídicos das parcerias público-privadas (PPPs) e desenvolvimento nacional sustentável. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 184-203, 2014. p. 198.

<sup>60</sup> GALVÃO, Ciro di Benatti. Planejamento administrativo e concretização das atribuições administrativas dos entes municipais. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. n. 62, p. 221-235, 2015. p. 226.

<sup>61</sup> BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. Op. cit., p. 221-222.

<sup>62</sup> No mesmo sentido, caminha o posicionamento de Vivian Cristina Lima López Valle, a qual leciona que “o Direito Administrativo precisa se libertar das fórmulas construídas no Século XIX e XX”. (VALLE, Vivian Cristina Lima López. Autoridade e consenso nos contratos administrativos: um reposicionamento do regime jurídico contratual brasileiro à luz da doutrina europeia dos contratos administrativos. In: GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder; SALGADO, Eneida Desiree (Coords.). *Direito administrativo e suas transformações atuais*. Curitiba: Ithala, 2016. p. 469).



e, também, passível de garantir o padrão de qualidade educacional determinado pela Constituição Federal, sem retirar do Estado o poder estatal de gestão e execução pedagógica.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do direito fundamental à educação à luz da teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais permite constatar que o Estado tem o dever de efetivar, promover e garantir o direito fundamental à educação nas suas cinco frentes: defesa (abstenção); prestação fática (promoção); prestação normativa de defesa (proteção), organização e procedimento (promoção). É sob o enfoque da perspectiva organizacional que exsurge à Administração o dever de implementar a infraestrutura necessária à promoção do direito fundamental à educação.

Relacionando-se o direito fundamental à educação com as características do contrato de concessão administrativa – modalidade contratual que legitima à Administração pactuar contratos de concessão para fins de prestação de serviço, podendo envolver a execução de obra e a instalação de bens –, permite-se defender pela viabilidade de o Estado desenvolver a infraestrutura educacional mediante a contratação de concessões administrativas.

O trespasse da gestão da infraestrutura educacional para a iniciativa privada consiste em uma nova configuração da expansão e manutenção do sistema escolar, na qual se transfere ao particular a atribuição de criar, ampliar e conservar a infraestrutura necessária à promoção das atividades de ensino.

Ressalva-se que, nesse modelo, não se transfere ao privado a atribuição por todo processo educacional: pelo contrário, a delegação da atribuição restringe-se à criação e à gestão da infraestrutura dos prédios educacionais públicos. Essa restrição não apenas permite concentração de esforços da Administração na gestão pedagógica e na execução das atividades propriamente educacionais, como também impede que o particular exerça atribuição constitucionalmente dirigida à Administração.

A delegação da gestão da infraestrutura escolar pública ao particular concessionário pode ser benéfica tanto para a Administração, quanto para os administrados, eis que aquela dedicar-se-á à promoção do ensino propriamente dito, incluindo-se aí a concentração de esforços na delimitação do projeto pedagógico, o que poderá ocasionar a melhora da qualidade da educação aos cidadãos. À Administração Pública incumbe empregar os instrumentos gerenciais mais adequados para superar o modelo atual, que até agora, não se mostrou apto a produzir os efeitos previstos pela Constituição da República, mormente quando o que se está em jogo é o direito à educação.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano de. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 107, 2009.

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e direito administrativo. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, v. 1, n. 2, p. 247-254, jul./dic. 2014.
- BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais – NINC*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CAMARATTA, Martin. RIVERO, Antonela. Nuevos paradigmas desde la Administración Pública para la tutela efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, v. 2, n. 2, p. 123-142, jul./dic. 2015.
- CARMO, Erinaldo Ferreira do; ROCHA, Enivaldo Carvalho da. A educação como direito universal. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 45, p. 137-148, abr./jun. 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- DOTTA, Alexandre Godoy. Public policies for the assessment of quality of the Brazilian higher education system. *Revista de Investigações Constitucionais – NINC*, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 53-69, set./dez. 2016.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Autonomia municipal no Estado federal brasileiro. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 1, n. 2, p. 199-208, jul./dic. 2014.
- FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desafios regulatórios. *A & C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, n. 23, ano 6, p. 145-177, jan./mar. 2006.
- GALVÃO, Ciro di Benatti. Planejamento administrativo e concretização das atribuições administrativas dos entes municipais. *A & C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 62, p. 221-235, 2015.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_. Alocação de Riscos na PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Parceria-público privadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, Curitiba, UniBrasil, v. 14, n. 14.1, p. 618-688, ago./dez. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.
- INOVA BH. *Obrigações do privado*. Disponível em: <http://www.inovabh.com.br/>. Acesso em: 7 fev. 2018.
- JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. Introdução: Reflexões iniciais a partir dos 10 anos da lei das PPP. In: \_\_\_\_\_. *Parcerias públicos-privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 31-50.
- LIMA, Carolina Alves de Souza. A conquista da educação como direito fundamental. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 9, n. 32, p. 1115-1137, maio/ago. 2015.
- MÂNICA, Fernando; MENEGAT, Fernando. *Teoria jurídica da privatização*: fundamentos limites e técnicas de interação público-privada no Direito Brasileiro: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- MÂNICA, Fernando; MIRANDA, Gustavo. *Participação privada no planejamento e modelagem do objeto dos contratos administrativos de infraestrutura*. Inédito.
- MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. Administração pública gerencial. *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 37-44, jul./dez. 1998.

- NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2009.
- NOHARA, Irene Patrícia. Desafios jurídicos das parcerias público-privadas (PPPs) e desenvolvimento nacional sustentável. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 184-203, 2014.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- OLIVEIRA, Rafael Arruda. Parcerias na educação pública com entidades do Terceiro Setor: limites e possibilidades na atividade de fomento. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 163, p. 53-60, jul. 2015.
- PRADO, Inês Coimbra Almeida. Regulação e gestão pública de contratos de logo prazo. *Oficina de PPPs e Concessões*: palestra. São Paulo, 9 nov. 2017.
- BELO Horizonte multa concessionária de PPP de escolas. *PPP Brasil*, jan. 2017. Disponível em: <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/belo-horizonte-multa-concession%C3%A1ria-de-ppp-de-escolas>. Acesso em: 6 fev. 2018.
- SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social. *Revista de Direito da Administração Pública*, Niterói, v. 2, n. 1, p. 204-223, jan./jun. 2016.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TRANSPARÊNCIA Brasil e Observatório Social lançam projeto Obra Transparente. *Transparência Social*, maio 2017. Disponível em: <https://www.transparencia.org.br/blog/transparencia-brasil-e-observatorio-social-lancam-projeto-obra-transparente/>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- VALDEZ, Oscar Rafael Aguilar. Reflexiones sobre la titularidad y el título de intervención estatal en las infraestructuras públicas. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 114-139, 2015.
- VALLE, Vivian Cristina Lima López. Autoridade e consenso nos contratos administrativos: um reposicionamento do regime jurídico contratual brasileiro à luz da doutrina europeia dos contratos administrativos. In: GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder; SALGADO, Eneida Desiree (Coords.). *Direito administrativo e suas transformações atuais*. Curitiba: Íthala, 2016.
- ZOCKUN, Carolina Zancaner; MANGULLO, Marcella Querino; LAGE, Ricardo Teixeira. O direito à educação e a Lei 12.711/2012 (Lei de Cotas). *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, Belo Horizonte, n. 58, 2014.





# O controle judicial do processo administrativo disciplinar

**Florivaldo Dutra de Araújo<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Processo disciplinar: do Estado liberal ao Estado Democrático de Direito; 3 Extensão do controle judicial do processo disciplinar; 3.1 Infrações disciplinares e conceitos jurídicos indeterminados; 3.2 Processo disciplinar e “escolha” da pena a ser aplicada pela autoridade sancionadora; 3.3 Tendências judiciais de ampliação do controle do sancionamento disciplinar; 4 Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito disciplinar, como sub-ramo do direito administrativo, apresenta-se nas vertentes material e formal, esta também dita processual.

O direito disciplinar material compõe-se das normas que estabelecem a prerrogativa estatal de punir os agentes públicos e demais sujeitos submetidos à disciplina interna da administração pública, definindo os ilícitos administrativos e as penalidades correspondentes.

O direito disciplinar processual constitui-se das normas que definem os procedimentos que conduzem à possível declaração de ocorrência da ilicitude e à fixação da responsabilidade administrativa daqueles que a praticaram.

Dentre os temas do direito administrativo, o direito disciplinar é um dos que muito evoluíram entre as últimas décadas do século XX e o início do século XXI. Ao nosso ver, essa evolução foi maior no campo do processo e seu controle, em comparação com o aspecto material, tendo em vista, especialmente, que as definições dos ilícitos e correspondentes sanções poderiam ser mais claras e específicas, contribuindo melhor para a segurança jurídica. Não será este, contudo, o foco deste trabalho.

O presente texto ocupar-se-á do desenvolvimento do controle jurisdicional do processo disciplinar no Brasil, com vistas a indicar aspectos nos quais essa evolução resultou em incremento da segurança jurídica, por meio da abertura para novas hipóteses de cabimento do controle judicial. Outro objetivo desta dissertação é apresentar uma breve análise crítica de pontos de vista em relação aos quais entendemos haver um déficit perante os princípios do Estado Democrático de Direito, indicando a ampliação do controle jurisdicional como aspecto relevante para a adequada juridicização do processo disciplinar.

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Administrativo na UFMG.

## 2 PROCESSO DISCIPLINAR: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O chamado poder disciplinar da administração pública é a prerrogativa que esta possui, de punir os servidores públicos e demais pessoas que com ela mantêm uma relação especial de sujeição, em face de infrações cometidas contra os deveres desse específico vínculo.

As relações jurídicas mantidas entre a administração pública e demais sujeitos de direito, conforme clássica distinção construída pela doutrina alemã, podem ser divididas em relações gerais de sujeição e relações especiais de sujeição.

As relações gerais de sujeição, também ditas relações gerais de poder, são as que existem entre a administração pública e a generalidade dos sujeitos de direito, decorrente do simples fato de que todas as pessoas, desde o começo de suas existências, encontram-se assujeitadas ao poder estatal. O exercício do poder de polícia, que se revela pela imposição de restrições à liberdade e à propriedade, em função de interesses coletivos, assenta-se nessas relações gerais.

As relações especiais de sujeição, ou relações especiais de poder, são as que decorrem da formação, compulsória ou voluntária, de vínculo específico entre uma pessoa e a administração pública, para além da já referida vinculação geral. Estas relações desenvolvem-se em campos específicos de atuação do poder público, a exemplo dos órgãos administrativos, nos quais atuam os servidores públicos; das escolas públicas e das prisões. Assim, tal como os servidores, os alunos de estabelecimentos públicos e os presidiários encontram-se em uma especial relação de sujeição, à qual se aplicam normas específicas de conduta, que lhes atribuem direitos e deveres próprios. Para garantir a observância dessas normas, a administração pública detém o poder disciplinar.

Em sua formulação originária, que data do século XIX, a teoria das relações especiais de sujeição sustentava que tais vínculos eram característicos de áreas nas quais a ação do estado se desenrolava sob isenção jurídica. Enquanto o exercício do poder de polícia – típico das relações gerais de poder – deveria fundar-se em prévia autorização legal, nas relações especiais as prerrogativas estatais, especialmente o poder disciplinar, decorriam diretamente e apenas da própria administração pública, como poderes que lhe eram inerentes, regulados por atos internos, tidos até meados do século XX como atos não-jurídicos e, portanto, subtraídos ao princípio da legalidade. Neste sentido é o ensinamento de Rivero: “A Administração não está regida pelo direito quando as regras a que obedece lhe são puramente interiores, obrigatórias para os agentes em relação aos seus superiores, mas não em relação aos administrados”.<sup>2</sup>

O caráter ajurídico dessas relações especiais, logicamente, serviu de fundamento à sua exclusão do controle jurisdicional, uma vez que, conforme a clássica teoria da separação dos poderes, que se constitui em um dos pilares do Estado de Direito, somente cabe aos órgãos jurisdicionais o exame da legalidade dos atos da administração pública.

---

<sup>2</sup> RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 1975. p. 14.

A concepção e sistematização dessas relações como ajurídicas devem-se principalmente a Paul Laband e Otto Mayer. Trata-se de concepção que, sobrevivendo à República de Weimar e à democratização pós Segunda Guerra Mundial, só veio a encontrar o ocaso de sua formulação original em 1972, quando o Tribunal Constitucional Federal alemão, julgando lide relativa às relações entre o Estado e o indivíduo, no contexto da execução penal, decidiu que também nas chamadas relações especiais de poder vigoram os direitos fundamentais e sua juridicidade pode ser examinada pelo Judiciário.<sup>3</sup>

Atualmente a classificação dos vínculos entre administração pública e demais sujeitos de direito em relações gerais e especiais de sujeição tem repercussões muito mais restritas, como a de explicar os distintos fundamentos do poder de polícia e do poder disciplinar, como acima já referido. O mais importante é que não mais se admite que as relações especiais de poder sejam subtraídas da regência do princípio da legalidade, tampouco se possa excluir de seu âmbito a proteção aos direitos fundamentais.

Contudo, na doutrina e na jurisprudência brasileiras ainda subsistem posições muito restritivas no tocante à extensão do controle judicial do processo administrativo disciplinar. A principal linha de fundamentação deste posicionamento é a alegação da discricionariedade que, segundo se defende, prevalece na aplicação das normas disciplinares.

Embora originariamente essa discricionariedade tenha sido associada à isenção jurídica das relações especiais de poder, o ocaso desta noção não foi suficiente para levar a uma substancial redução da defesa de prerrogativas discricionárias da administração pública no campo disciplinar.

Para ilustrar a defesa dessa discricionariedade, trazemos a lume a lição de Hely Meirelles, um dos mais influentes nomes do Direito Administrativo brasileiro:

Outra característica do poder disciplinar é seu discricionarismo, no sentido de que não está vinculado a prévia definição da lei sobre a infração funcional e a respectiva sanção. Não se aplica ao poder disciplinar o princípio da pena específica que domina inteiramente o Direito Criminal comum, ao afirmar a inexistência da infração penal sem prévia lei que a defina e apene: “nullum crimen, nulla poena sine lege”. Esse princípio não vigora em matéria disciplinar. O administrador, no seu prudente critério, tendo em vista os deveres do infrator em relação ao serviço e verificando a falta, aplicará a sanção que julgar cabível, oportuna e conveniente, dentre as que estiverem enumeradas em lei ou regulamento para a generalidade das infrações administrativas.<sup>4</sup>

Meirelles leciona que o administrador público não goza de discricionariedade para escolher se pune ou não o subordinado faltoso, registrando que “A aplicação da pena disciplinar tem para o superior hierárquico o caráter de um poder-dever, uma vez que a condescendência na punição é considerada crime contra a Administração Pública.”

<sup>3</sup> LABAND, Paul. *Le droit public de l'empire allemand*. T. II. Paris: V. Giard & E. Brière, 1901. p. 100-107; MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 9. Aufl. München: C. H. Beck, 1994. p. 105-106, p. 158-161; SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

<sup>4</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 146.

O juízo discricionário da autoridade disciplinar reside essencialmente, segundo a doutrina tradicional, em dois aspectos.

Primeiro, na subsunção do fato punível às previsões legais das infrações disciplinares. Como afirma Di Pietro, a discricionariedade surge, neste aspecto,

com relação a certas infrações que a lei não define; é o caso do “procedimento irregular” e da “ineficiência no serviço”, puníveis com pena de demissão, e da “falta grave”, punível com suspensão; são expressões imprecisas, de modo que a lei deixou à Administração a possibilidade de enquadrar os casos concretos em uma ou outra dessas infrações.<sup>5</sup>

Trata-se, portanto, da aplicação dos chamados conceitos jurídicos indeterminados, que grande parte da doutrina brasileira continua a considerar ensejadora de discricionariedade administrativa, diferentemente dos conceitos determinados, que por utilizarem referenciais rígidos (grandezas matemáticas, por exemplo), resultariam em vinculação do administrador público ao aplicá-los nos casos concretos.

O segundo aspecto da discricionariedade no exercício do poder disciplinar diz respeito à definição da pena a ser aplicada. Conforme Meirelles: “Conforme a gravidade do fato a ser punido, a autoridade escolherá, entre as penas legais, a que consulte ao interesse do serviço e a que mais bem reprima a falta cometida.”<sup>6</sup>

Assim como a generalidade da doutrina administrativista, Meirelles adverte não se confundir a discricionariedade com arbitrariedade e, para que esta não se caracterize, indica os dois condicionamentos jurídicos da aplicação válida de sanções disciplinares. O primeiro é a apuração da falta disciplinar por meio de processo administrativo regular que, embora mais simples e menos formal que o processo judicial, deve mostrar-se obediente às prescrições legais, o que inclui a observância do direito de defesa do acusado. O segundo é a motivação do ato sancionatório, no qual deve ser feita a demonstração “quanto à existência da falta e aos motivos em que a Administração embasa a punição”.<sup>7</sup>

Ressalva, no entanto, que o dever de motivação não permite que o poder judiciário reavalie o seu conteúdo. Confira-se a conclusão de Meirelles:

Ao motivar a imposição da pena, o administrador não se está despojando da discricionariedade que lhe é conferida em matéria disciplinar. Está, apenas, legalizando essa discricionariedade, visto que a valoração dos motivos é matéria reservada privativamente à sua consideração, sem que outro Poder possa rever o mérito de tais motivos.<sup>8</sup>

É importante observar que, embora as linhas mestras dessa tradicional concepção do processo administrativo disciplinar e seu controle tenham sido construídas no mesmo contexto ideológico que defendia a impermeabilidade das relações especiais de sujeição ao

<sup>5</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 126.

<sup>6</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Op. cit., p. 147.

<sup>7</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Op. cit., p. 148.

<sup>8</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Op. cit., p. 149, grifos no original.



controle judicial, com o passar do tempo elas foram incorporando modulações, na medida em que os avanços da cidadania, na passagem do Estado Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito, ampliavam as garantias materiais e procedimentais das pessoas em face da administração pública.

Assim, aproximadamente até a primeira metade do século XX, predominou a noção de que o controle judicial dos atos disciplinares somente poderia alcançar três indagações: se as formalidades procedimentais básicas foram observadas (o que incluía a emissão do ato punitivo na forma legalmente prevista); se a punição aplicada encontrava-se prevista, abstratamente, no ordenamento jurídico aplicável ao caso; e se o agente que expediu o ato punitivo possuía competência legal para tanto.<sup>9</sup>

Essa concepção ainda encontrou guarida legal na revogada Lei n. 1.533, de 31/12/1951, que até há alguns anos disciplinava o mandado de segurança. No seu art. 5º, III, previa-se que não se concederia mandado de segurança quando se tratasse “de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial”. Embora constante de lei relativa a essa ação especial, reconhecia-se que a citada vedação abrangia também as demais ações com as quais se pudesse impugnar atos disciplinares, uma vez que se tratava de restrição fundada na discricionariedade inerente à aplicação de sanções administrativas disciplinares.<sup>10</sup>

A nova Lei do Mandado de Segurança, n. 12.1016, de 07/08/2009, não mais contém essa restrição, o que se deve à superação das noções que embasavam o art. 5º, III, da Lei revogada.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Manifestação exemplar dessa concepção encontramos no seguinte trecho de voto vencedor do Ministro Costa Manso no Supremo Tribunal Federal (STF), proferido em 1938, no qual reitera argumentação já vertida em decisão anterior: “Quando a lei estabelece garantias para o funcionário, podem os tribunais judiciais verificar se os preceitos da lei foram ou não violados. A lei, por exemplo, declara qual o funcionário competente para demitir, enumera os casos de demissão e estabelece um processo para apurá-los. Se a demissão é decretada por funcionário diverso do designado na lei, o ato é *nulo*, pela *incompetência* de quem o executou. Se a demissão é decretada por motivo não previsto na lei, o ato é *nulo* por *excesso de poder*. Se, finalmente, a demissão é decretada sem observância das formalidades substanciais do processo estabelecido para a apuração do motivo legal, o ato é *nulo*, por cerceamento dos meios de defesa. [...] Desde, porém, que a autoridade seja competente, que a demissão tenha uma das causas previstas em lei, e que hajam sido observadas as formalidades legais, o ato poderá ser injusto, mas não é nulo.” (Apelação Cível n. 6.845, Relator *ad hoc*: Ministro Costa Manso).

<sup>10</sup> Nesse sentido, a lição de Celso Agrícola Barbi, contido em obra clássica sobre o mandado de segurança: “Exclui-se, porém, expressamente, do âmbito do mandado de segurança o ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial. Esse princípio, aliás, não é peculiar ao mandado de segurança, pois não se refere à forma processual adotada para o controle da Administração. A restrição legal é devida à natureza discricionária do ato disciplinar, que não se coaduna com o exame do mérito da pena, seja qual for a via processual escolhida. A intervenção do Poder Judiciário é, assim, limitada ao exame apenas da legalidade do ato disciplinar e não de sua justiça.” (*Do Mandado de Segurança*, 1998, p. 96.) Deve-se, porém, registrar que a doutrina e a jurisprudência cuidaram de dar interpretação mais garantista a esse dispositivo da Lei 1.533/1951, de modo a ampliar as hipóteses de cabimento do mandado de segurança em matéria disciplinar, tal como registra José Armando da Costa (COSTA, José Armando da. Controle externo do ato disciplinar. *Fórum administrativo*: direito público, Belo Horizonte, v. 5, n. 55, p. 6095-6111, set. 2005.).

<sup>11</sup> O não cabimento do mandado de segurança para controle do processo disciplinar pode decorrer, porém, da impropriedade dessa ação em casos nos quais seja necessária dilação probatória para comprovação de alegações, tendo em vista que o seu rito especial somente admite prova documental, pré-constituída. A respeito, cf. PEREIRA, Flávio Henrique Unes. O controle jurisdicional das sanções disciplinares no mandado de segurança. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 9, n. 45, p. 69-75, set./out. 2007.

Porém, até o alcance dessa conquista legislativa, a doutrina e a jurisprudência, como registrado, foram paulatinamente incorporando aberturas ao controle judicial do processo disciplinar, que continuavam – e em parte continuam – a conviver, de modo contraditório, com as antigas restrições dantes defendidas.

O texto clássico de Meirelles é um bom exemplo desse processo evolutivo e algo contraditório. Ao mesmo tempo em que defende as restrições tradicionais ao controle judicial do processo disciplinar, as suas lições incorporam exigências que se prestam a ampliar esse controle. Assim, embora afirme que o “Judiciário deter-se-á no exame material e jurídico dos motivos invocados, sem lhes adentrar a substância administrativa”, Meirelles confere papel e consequências maiores à motivação do que a princípio delimitara. Confira-se:

A motivação destina-se a evidenciar a conformação da pena com a falta e a permitir que se confirmem a todo tempo a realidade e a legitimidade dos atos ou fatos ensejadores da punição administrativa. Segundo a moderna doutrina francesa, hoje aceita pelos nossos publicistas e pela nossa jurisprudência, todo ato administrativo é inoperante quando o motivo invocado é falso ou inidôneo, vale dizer, quando ocorre inexistência material ou inexistência jurídica dos motivos. Esses motivos, na expressão de Jèze, devem ser “materialmente exatos e juridicamente fundados”. Tal teoria tem inteira aplicação ao ato disciplinar, que é espécie do gênero — ato administrativo.<sup>12</sup>

Ora, se o controle judicial pode verificar a idoneidade do motivo invocado para a aplicação da sanção e se esse controle verifica, por meio da motivação, se os atos infra-cionais legitimam a punição aplicada, já se está admitindo que a fiscalização pelo poder judiciário não é apenas aquela restrita aos aspectos da competência, forma e previsão abstrata, em lei, da punição aplicada. Esta nova perspectiva, que até a primeira metade do século XX fora uma posição minoritária<sup>13</sup>, tornou-se predominante nas últimas décadas do mesmo século, culminando com o posicionamento legislativo já referido, que excluiu da regulação do mandado de segurança a analisada restrição ao cabimento desta ação em matéria disciplinar.

Com efeito, ainda na vigência das constituições de 1946 e 1967 avolumaram-se nos tribunais brasileiros decisões em favor do sopesamento dos motivos ensejadores de sanções disciplinares.

Não cabe aqui um levantamento minucioso de todas essas decisões, mas é importante ilustrar essa evolução com duas decisões emblemáticas.

Em dezembro de 1944, o STF julgou Embargos na Apelação Cível n 7.307, cujo relator foi o Ministro Castro Nunes. Essa decisão foi publicada na Revista de Direito Ad-

<sup>12</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Op. cit., p. 148-149, grifos no original.

<sup>13</sup> Na referida decisão do STF adotada em 1938, o relator originário do feito, Ministro Laudo de Camargo, concorda que “Na apreciação (de ato sancionatório disciplinar pelo poder judiciário), o que se deve ter em vista é a legalidade ou não do ato incriminado.” Contudo, objeta: “Terá ele (ato punitivo) de ser examinado pela forma com que se apresentar e pelos motivos que o determinam.” Onde o questionamento então feito à corrente então majoritária, que sustentava profunda restrição ao controle judicial dos atos disciplinares: “Como saber se o ato foi ou não lícito sem pesar os motivos que o determinaram, nem apreciar os elementos colhidos?” (Apelação Cível n 6.845, Relator *ad hoc*: Ministro Costa Manso).

ministrativo<sup>14</sup>, comentada por Victor Nunes Leal, que a qualifica como *leading case* na mudança de alteração do STF, não apenas no tocante ao controle da aplicação de sanções disciplinares, mas também em relação ao reexame, pelo Poder Judiciário, dos atos administrativos, tendo em vista que o conceito de legalidade é definido de maneira mais ampla do que até então se concebera.

A ementa do acórdão ainda registra que o Judiciário “Deve inclinar-se antes a placitar a medida disciplinar do que a revogá-la<sup>15</sup>, quando encontre razoáveis fundamentos no ato administrativo”. Mas, no caso em análise, o STF afasta a existência desses razoáveis fundamentos e, em vista disso, decide-se em sentido bem distinto do que até então predominara naquela Corte e no Judiciário brasileiro em geral. A síntese dessa nova orientação acha-se sintetizada nas seguintes afirmações contidas na ementa:

– O Poder Judiciário, no julgamento das demissões dos funcionários públicos, pode rever o ato administrativo nos aspectos que configurem a sua ilegalidade, excluída a apreciação de mera conveniência ou oportunidade da medida.

– A apreciação de mérito interdita ao Judiciário é a que se relacione com a conveniência ou oportunidade da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses que se enquadram, de um modo geral, na ilegalidade por indevida aplicação do direito vigente.<sup>16</sup>

Como observa Victor Nunes Leal em seus comentários, o STF, rompendo a posição restritiva até então imperante, admitiu “que o Judiciário reexamine a prova do inquérito e possa contrapor-lhe novas provas produzidas em juízo”.<sup>17</sup>

Em seu voto, Castro Nunes afirma que o ato de punição de funcionário estável, condicionado ao processo administrativo, não pode ser considerado discricionário. Quanto a esse aspecto, Nunes Leal comenta:

A demissão é, pois, no caso de funcionários estáveis, um ato para cuja validade são pressupostos certos requisitos não só formais como também substanciais. É um ato que deve ser motivado, que se baseia em determinadas ocorrências de fato, sem as quais o ato seria uma conclusão aberrante das premissas. Não é, pois, um ato discricionário, porque a Administração, ao praticá-lo, tem seus poderes balizados por pressupostos definidos.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> NUNES LEAL, Victor. Atos administrativos – exame da sua validade pelo poder judiciário (comentário aos embargos na Apelação Cível n. 7.307 – STF, contendo a íntegra do acórdão). *Revista de Direito Administrativo*, v. 3, p. 69-98, 1946. p. 69.

<sup>15</sup> O termo “revogá-la”, aqui, claramente não é usado no sentido estrito com que atualmente se encontra consagrado no Direito Administrativo, de retirada de um ato administrativo válido, por razões de conveniência e oportunidade (Lei Federal nº 9.784, de 20/01/1999, art. 53). Naquela ocasião, o termo foi utilizado como sinônimo de extinção do ato por motivo de contrariedade ao direito, fenômeno jurídico que hoje se acha consolidado sob as denominações de *anulação* e *invalidação*.

<sup>16</sup> NUNES LEAL, Victor. Atos administrativos... Op. cit., p. 69.

<sup>17</sup> NUNES LEAL, Victor. Atos administrativos... Op. cit., p. 71.

<sup>18</sup> NUNES LEAL, Victor. Atos administrativos... Op. cit., p. 72.

Em setembro de 1975, o STF julgou os Embargos no Recurso Extraordinário n. 75.421. O voto do Relator, Ministro Xavier de Albuquerque, retrata a evolução do tema no STF nas três décadas anteriores, incluindo a menção ao já citado acórdão de 1944, além de outros que se seguiram, na mesma linha de ampliação do controle dos atos do processo disciplinar. A conclusão unânime do Plenário do STF encontra-se assim resumida na ementa do julgado: “Controle jurisdicional de ato administrativo vinculado. O exame, pelo Poder Judiciário, de sua legalidade, compreende quer os aspectos formais, quer os materiais, nestes se incluindo os motivos e pressupostos que o determinaram.”.<sup>19</sup>

O advento da Constituição de 1988 consolidou a tendência de ampliação dos conceitos de legalidade e de vinculação dos atos administrativos, inclusive os disciplinares, o que se deve, entre outros fatores, à consagração dos princípios da administração pública como normas jurídicas e à expressa extensão da exigência do devido processo legal aos procedimentos administrativos, em especial, os contenciosos.

A declaração de direitos fundamentais da Constituição vigente estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV) e que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV).

É nesse novo contexto, fruto da referida ampliação dos parâmetros da atuação judicial desde meados do século XX e consolidado pelas três décadas de vigência da nova Constituição, que se deve conceber hoje o controle jurisdicional do processo disciplinar.

### **3 EXTENSÃO DO CONTROLE JUDICIAL DO PROCESSO DISCIPLINAR**

Como acima registrado, significativa parcela da doutrina e da jurisprudência brasileiras defende haver discricionariedade em favor da autoridade disciplinar no tocante à subsunção do fato punível às previsões legais indicadoras das infrações e quanto à definição da pena a ser aplicada, cabendo à autoridade a escolha com base em seu juízo de conveniência e oportunidade. Neste segundo aspecto inclui-se a apreciação conferida ao agente sancionador para, no caso de suspensão e multa, fixar o quantum da sanção, entre um valor mínimo e um valor máximo, legalmente estabelecidos.

Na sequência, faremos a análise crítica de ambos os aspectos.

#### **3.1 Infrações disciplinares e conceitos jurídicos indeterminados**

A primeira dessas alegadas origens da discricionariedade disciplinar funda-se no fato de que a maior parte dos deveres e das infrações não é definida com precisão, ou seja, empregam-se os chamados conceitos indeterminados, também chamados conceitos vagos ou elásticos. São exemplos, extraídos do vigente estatuto dos servidores públicos federais (Lei 8.112, de 11/12/1990) as proibições de “promover manifestação de apreço ou desapeço

<sup>19</sup> ALBUQUERQUE, Xavier de. Embargos no recurso extraordinário n. 75.421 – BA. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 79, p. 478-491, fev. 1977. p. 478.

no recinto da repartição” (art. 117, V) e de “proceder de forma desidiosa” (art. 117, XV); os deveres de “ser leal às instituições a que servir” (art. 116, II) e de “manter conduta compatível com a moralidade administrativa” (art. 116, IX). Algumas transgressões a normas com essa textura aberta são até mesmo punidas com a mais grave das sanções disciplinares, ou seja, a demissão, como determina a Lei 8.112/1990 em relação à citada conduta desidiosa e à infração consistente em “incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição” (art. 132, V).

Nesse aspecto, cabe inicialmente observar que a expressão conceito jurídico indeterminado, ou simplesmente conceito indeterminado, considerada em si mesma, não é expressão correta, pois traz uma *contradictio in terminis*. Como já tivemos ocasião de expor com maior detalhamento,<sup>20</sup> os seres humanos comunicam-se por convenções linguísticas, nas quais o significante e o significado ligam-se por acordo entre os usuários de uma dada linguagem. Assim, a determinação convencional dos significantes e seus significados são *conditio sine qua non* da comunicação. Por isso, delimitamos os conceitos, associando-os a determinados objetos, e escolhemos os termos que utilizaremos para nos referir aos conceitos. Nesse sentido, termos e conceitos são determinados convencionalmente. Todo conceito é uma delimitação de ideias em relação a determinados objetos aos quais se referem. Se esses significantes aos quais associamos dados objetos fossem indeterminados, a comunicação seria impossível. Por exemplo, se ao termo cadeira e seu respectivo conceito não correspondesse um conjunto de ideias delimitadas, que se referem a certos objetos, cada indivíduo poderia associar a esse significante qualquer ideia, tornando inviável a comunicação interpessoal. O mesmo ocorre quando empregamos termos designativos de substantivos abstratos. Se alguém utiliza o termo “urgência”, suscitar-se-á nos interlocutores um conjunto de ideias que serão expressas analiticamente por outros termos, tais como “situação que exige rápida providência”, “qualidade do que é indispensável e iminente”. Repita-se: o termo (urgência) e o conceito (as ideias abstratas por ele suscitadas) são determinados por acordo linguístico, ou seja, são fruto de uma delimitação convencional.

Porém, quando a teoria jurídica refere-se a “conceitos indeterminados”, a imprecisão reside em outro aspecto da comunicação, qual seja: se alguém, numa comunidade de linguagem, indaga se uma específica situação, real ou fictícia, é, por exemplo, ensejadora de “urgência”, muito provavelmente encontrar-se-ão pessoas que responderão afirmativamente; outras, negativamente.

Nessa perspectiva, a imprecisão não se encontra nos signos abstratos da comunicação, nem nos objetos concretos (coisas, fatos) que existem ou ocorrem, mas na subsunção aos signos desses múltiplos objetos que cotidianamente com eles desejamos indicar. Trata-se, portanto, não de “conceitos indeterminados”, mas de expressões designadoras de conceitos que, aplicados a situações concretas, tendem a gerar dissenso, entre diversos interlocutores, sobre a ocorrência ou não, do que é indicado por tais expressões.

<sup>20</sup> ARAÚJO, Flórida Dutra de. Discricionariedade e motivação do ato administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Correa (Coord.). *Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 107-112.

Assim, numa situação concreta, um ato praticado por um servidor público pode ser entendido por alguns como “conduta escandalosa”; mas outros, por possuírem concepções diversas de mundo e de costumes, poderão entender que o mesmo fato nada representa de escandaloso.

Ou seja, conceito indeterminado significa, propriamente, expressão designativa de ideias especialmente suscetíveis de gerar dissenso na sua aplicação aos casos concretos (subsunção). Neste sentido é a lição de Bachof, ao dissertar sobre o que chama “verdadeiro problema” dos conceitos jurídicos indeterminados: “São, na realidade, duas diferentes ‘questões jurídicas’: de um lado, se um fato objetivamente é subsumível sob um suposto jurídico, e, doutro lado, se, a propósito de uma devida apreciação, à autoridade pública é permitido subjetivamente subsumir um fato sob um suposto jurídico”.<sup>21</sup>

Pode-se concluir, então, que a locução conceitos jurídicos indeterminados só faz sentido se entendida como expressão de síntese. Com ela se quer dizer “indeterminação (imprecisão) na subsunção do fato ao conceito previsto na lei”. Para se evitar a todo momento a utilização de tão extensa expressão, cunhou-se uma mais sintética, a qual, desde que corretamente contextualizada e entendida, é inteiramente válida para indicar o fenômeno a que se reporta.

A primeira objeção ao posicionamento dos conceitos indeterminados no campo da discricionariedade administrativa vem de observação de outros campos do direito.

Tais conceitos não se constituem em particularidade do direito administrativo, ou mesmo do direito público, encontrando-se em qualquer ramo do direito. Se na esfera publicística é comum encontrarem-se referências à “utilidade pública”, “ordem pública”, “interesse coletivo” etc., no direito privado comparecem amiúde termos como “boa fé”, “bons costumes”, conduta de bom pai de família”, “mau comportamento” etc.

Trata-se, portanto, de um fenômeno existente em todo o direito, e não uma particularidade do direito administrativo, a conferir esse poder especial, chamado discricionariedade administrativa, com seu consectário, que é a imunidade jurisdicional do pronunciamento da administração pública.

Não se põe em dúvida que um juiz pode, a propósito de um litígio entre particulares, examinar as provas e argumentos contidos nos autos e decidir se houve “boa fé”, “mau comportamento”, “honestidade” etc. Mas se expressões da mesma natureza surgem numa regra dirigida à conduta da administração pública, então, como que por um passe de mágica, o juiz se torna inapto para saber se a condição abstratamente apontada pela norma efetivamente ocorre no caso concreto.

Só isso já seria o suficiente para demonstrar que a tese de que conceitos indeterminados implicam discricionariedade não tem justificação material – que, se houvesse, seria

<sup>21</sup> “Es sind eben zwei verschiedene ‘Rechtsfragen’, ob einerseits ein Sachverhalt objektiv unter einen gesetzlichen Tatbestand zu subsumieren ist, und ob andererseits die Behörde subjektiv einen Sachverhalt bei pflichtmässiger Beurteilung unter einen Tatbestand subsumieren darf” (BACHOF, Otto. Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht. *Juristenzeitung*, Tübingen: J. C. Mohr, n. 4, p. 97-102, feb. 1955. p. 99).

igualmente aplicável a todos os ramos do direito. Trata-se de um resquício das imunidades jurisdicionais da administração pública que, originárias dos tempos do Estado Absolutista, sobreviveram ao advento do Estado de Direito, agora sob outro discurso fundamentador.

Outra objeção, ligada a essa primeira, é a de que os conceitos indeterminados devem, tal como nos demais ramos do direito, ser objeto de interpretação, na busca da sua melhor aplicabilidade, cujo referencial deve ser a máxima otimização dos princípios e valores em jogo em cada caso concreto.

Entendemos que a vinculação caracterizará um aspecto do ato administrativo sempre que a norma de direito positivo o regular de modo a indicar que, na consideração do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, deve o administrador, ao aplicar essa norma, fazê-lo da melhor maneira possível. Como a utilização de conceitos indeterminados não afasta esse dever de buscar a melhor aplicação possível, a sua presença na norma jurídica a ser aplicada pelo agente administrativo não caracteriza, por si só, a previsão de prerrogativa discricionária de atuação.

Por outro lado, a discricionariedade caracterizará um aspecto do ato administrativo se a norma de direito positivo regulá-lo de modo a indicar que, na apreciação do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, está o administrador diante de número determinado ou indeterminado de opções que se caracterizam como indiferentes jurídicos, ou seja, face ao direito positivo é irrelevante que o administrador adote esta ou aquela alternativa.

No campo do direito administrativo punitivo, inclusive o disciplinar, não pode haver solução indiferente para o direito.

O fato punível é somente aquele enquadrável nas condutas hipoteticamente descritas como infrações. A infração ocorre ou não ocorre e por isso a instrução deve ser cuidadosa, para deixar patente, se for o caso, a existência do ato ilícito. A pena tem de corresponder, legalmente, à infração apurada. E a dosimetria da pena deve ser proporcional às circunstâncias da infração e aos fatores agravantes e atenuantes do caso.

A legalidade, no campo do direito punitivo, implica, portanto, a tipicidade das infrações, exigência válida tanto para o direito penal, como para o direito administrativo sancionador.

A tipicidade não deve ser entendida como a descrição “exata” de condutas infratoras, capaz de excluir toda subjetividade no seu reconhecimento. Deve-se recordar aqui as clássicas lições de Recaséns Siches que, nas primeiras décadas do século XX, elaborou primorosa obra para demonstrar que raciocínios exatos, como os matemáticos, não são apropriados como critérios exclusivos ou mesmo preponderantes da atividade jurídica.

A lógica da razão pura, do racional, da inferência, tem aplicação somente ao estudo das formas a priori ou essenciais do jurídico, mas não tem aplicação à matéria ou conteúdo das normas jurídicas.

A lógica do racional, da razão pura, pode, ademais, ter alguma intervenção, mas muito limitada e simplesmente incidental, quando em um assunto humano se ache incrustado um problema de tipo matemático, como, por exemplo, o de medir um prédio, ou de calcular rendimentos, ou bem o problema de determinar a igualdade de duas situações.

Mas a determinação dos conteúdos do direito, tanto das normas gerais, como das normas individualizadas, deve reger-se pelo logos do humano e do razoável.

[...]

A solução estimativa ou valorada não está reservada exclusivamente ao legislador. Pelo contrário, a função estimativa ou axiológica penetra e satura todos os graus na produção do direito. A função do órgão jurisdicional, neste sentido, ainda mantendo-se, como deve fazê-lo, dentro da obediência à ordem jurídico-positiva, é sempre criadora, pois se alimenta de um rico complexo de valorações particulares sobre o singular, as quais podem ser levadas a cabo com autoridade somente pelo órgão jurisdicional.<sup>22</sup>

Assim, também os códigos penais são textos legislativos com abundante presença de conceitos indeterminados, tais como “estado de necessidade”, “sacrifício (que) não era razoável exigir-se”, “agressão injusta”, “motivo fútil” e “meio insidioso ou cruel”. Nem por isso supõe-se discricionariedade na subsunção dos fatos às descrições normativas, nem na aplicação das penas.

Portanto, a tipicidade, no direito penal e nos demais ordenamentos punitivos, não deve ser entendida como “precisão absoluta”, o que seria quase sempre impossível ao legislador. A tipicidade deve ser entendida em dupla vertente: 1) a vedação de tipos excessiva e desnecessariamente abertos, sempre que seja possível maior precisão na descrição hipotética do fato punível; 2) a vedação do emprego da analogia e da interpretação extensiva para qualificar um fato como infração.<sup>23</sup>

### 3.2 Processo disciplinar e “escolha” da pena a ser aplicada pela autoridade sancionadora

Outra ideia a ser superada no campo do direito disciplinar é de que cabe à autoridade administrativa a discricionariedade de “escolher” a pena a ser aplicada, quando a lei não impuser uma sanção exclusiva para dada infração, ou de fixar o quantum da sanção, entre um valor mínimo e um valor máximo, legalmente estabelecidos, como normalmente ocorre nos casos de previsão de suspensão e multa.

Essa alegação de discricionariedade é contrária a um princípio geral do direito punitivo estatal, também aplicável no campo disciplinar, que é o da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), cuja observância pressupõe respeito a outro princípio jurídico, que é o da proporcionalidade.<sup>24</sup>

Decorrem desses princípios o disposto no caput do art. 128 da Lei 8.112/1990: “Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração come-

<sup>22</sup> RECASÉNS SICHES, Luis. Algunos criterios y análisis sobre el logos de lo “razonable”. In: RECASÉNS SICHES, Luis. *Antología (1922-1974)*. México: Fondo de Cultura Económica, 1976. p. 361-362.

<sup>23</sup> Nesse mesmo sentido e com amplas remissões bibliográficas, cf. BACELAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 169-181.

<sup>24</sup> COSTA, José Armando da. Proporcionalidade da punição disciplinar. *Fórum administrativo: direito Público (Recurso Eletrônico)*, Belo Horizonte, v. 1, n. 9, nov. 2001. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=923>. Acesso em: 5 jun. 2019.



tida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”.

Portanto, longe de conferir discricionariedade à administração pública, o Estado Democrático de Direito exige-lhe a fixação da pena adequada a cada circunstância e infrator.<sup>25</sup>

Ademais, essa adequação deve ser demonstrada por meio da motivação do ato sancionador, que tem de estar lastreada nos elementos colhidos no processo disciplinar e registrados nos respectivos autos. Neste sentido, o disposto no parágrafo único do citado art. 128: “O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar”.

Consequentemente, a aplicação das sanções no âmbito do direito disciplinar, pela administração pública, deve estar submetida ao controle jurisdicional, sob pena de os direitos fundamentais tornarem-se mera retórica constitucional, com graves riscos à legalidade e à segurança jurídica.

### 3.3 Tendências judiciais de ampliação do controle do sancionamento disciplinar

As teses aqui defendidas, no sentido da ampliação do controle jurisdicional do processo disciplinar, vêm paulatinamente encontrando mais guarida nos pronunciamentos dos órgãos judiciais brasileiros.<sup>26</sup>

No tocante aos tribunais superiores, a grande maioria dos pronunciamentos relativos ao processo disciplinar é proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Isso se explica pelo fato de as regras regentes do direito disciplinar encontrarem-se em leis, portanto, atos infraconstitucionais.

A atuação do STF, nesta matéria, fica restrita aos casos que envolvem diretamente princípios e regras constitucionais, o que cria um filtro redutor do potencial de conhecimento de recursos nesta matéria. Cabe, como exemplo, a citação da seguinte manifestação:

1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90.
2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de “conceitos indeterminados” estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.

<sup>25</sup> Sobre a adequabilidade normativa na aplicação de sanções disciplinares, cf. PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções administrativas: o alcance do controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

<sup>26</sup> Para um ótimo panorama relativo a essa temática, cf. CARVALHO, Juliana Brina Corrêa Lima de. Controle jurisdicional do ato que aplica sanção disciplinar. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, v. 21, n. 11, p. 831-844, nov. 2005; FORTINI, Cristiana; AVELAR, Mariana Magalhães; FERREIRA, Raquel Bastos. Controle judicial dos conceitos jurídicos indeterminados utilizados no processo administrativo disciplinar: uma visão da abordagem dos Tribunais Superiores. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte*, Belo Horizonte, v. 5, n. 9, p. 67-89, jan./jun. 2012.

3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos.<sup>27</sup>

Em relação ao STJ, a título ilustrativo, citem-se os seguintes pronunciamentos:

Em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar a Servidor Público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia aos servidores públicos contra eventual excesso administrativo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais do procedimento sancionatório. Precedentes.<sup>28</sup>

O Poder Judiciário pode e deve sindicá-lo amplamente, em Mandado de Segurança, o ato administrativo que aplica a sanção de demissão a Servidor Público, porquanto não há juízo de discricionariedade no ato administrativo sancionador, conferindo garantia a todos os Servidores contra eventual arbítrio; não se limita, portanto, somente aos aspectos legais e formais, como algumas correntes doutrinárias ainda defendem.<sup>29</sup>

As sanções disciplinares não se aplicam de forma discricionária nem automática, senão vinculadas às normas e sobretudo aos princípios que regem e norteiam a atividade punitiva no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar ou Sancionador; a jurisdição sancionadora deve pautar-se pelo garantismo judicial, aplicando às pretensões punitivas o controle de admissibilidade que resguarda os direitos subjetivos do imputado, ao invés de apenas viabilizar o exercício da persecução pelo órgão repressor [...].<sup>30</sup>

No que tange ao controle jurisdicional de atos impositivos de sanção a servidor público, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça evoluiu no sentido de que, diante dos princípios que vinculam o regime jurídico disciplinar, não há falar em discricionariedade da Administração, devendo o controle exercido pelo Poder Judiciário incidir sobre todos os aspectos do ato.<sup>31</sup>

I - Tendo em vista o regime jurídico disciplinar, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade, inexistente aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar.

II - Inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais.<sup>32</sup>

<sup>27</sup> RMS 24.699, Primeira Turma, Relator: Ministro Eros Grau, julgado em 30/11/2004, DJ 01/07/2005, p. 56.

<sup>28</sup> Trecho da ementa do MS 17.981, Primeira Seção, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 25/02/2016, DJe 03/03/2016.

<sup>29</sup> Trecho da ementa do MS 19.487, Primeira Seção, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 13/09/2017, DJe 17/11/2017.

<sup>30</sup> Trecho da ementa do MS 21.645, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 13/09/2017, DJe 17/11/2017.

<sup>31</sup> Trecho da ementa do REsp 1.001.673, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 06/05/2008, DJe 23/06/2008.

<sup>32</sup> Trecho da ementa do MS 12.983/DF, Relator Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 12/12/2007, DJ 15/02/2008, p. 79.

## 4 CONCLUSÃO

Não obstante subsistirem posições mais restritivas, algumas das quais ainda alinhadas com pressupostos teóricos da primeira metade do século XX, é nítida a tendência de ampliação do alcance do controle jurisdicional do ato sancionatório disciplinar, em consonância com a evolução do tema no Estado Democrático de Direito.

Tal como já se verificou em outros campos da atuação administrativa, as novas aberturas para o controle judicial não representam apequenamento da administração pública. Ao contrário, a existência de efetivo controle pelo poder judiciário apenas demonstra que os diferentes setores do estado, assumindo os seus respectivos papéis na repartição de funções estatais, poderão otimizar a contribuição de cada qual no Estado de Direito, melhor contribuindo para a efetivação dos direitos fundamentais, em ambiente de maior segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Xavier de. Embargos no recurso extraordinário n. 75.421 – BA. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 79, p. 478-491, fev. 1977.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e motivação do ato administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Correa (Coord.). *Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99-125.
- BACELAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BACHOF, Otto. Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht. *Juristenzeitung*, Tübingen: J. C. Mohr, n. 4, p. 97-102, fev. 1955.
- BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CARVALHO, Juliana Brina Corrêa Lima de. Controle jurisdicional do ato que aplica sanção disciplinar. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, v. 21, n. 11, p. 831-844, nov. 2005.
- COSTA, José Armando da. Controle externo do ato disciplinar. *Fórum administrativo: direito público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 55, p. 6095-6111, set. 2005.
- COSTA, José Armando da. Proporcionalidade da punição disciplinar. *Fórum administrativo: direito Público (Recurso Eletrônico)*, Belo Horizonte, v. 1, n. 9, nov. 2001. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=923>. Acesso em: 5 jun. 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- FORTINI, Cristiana; AVELAR, Mariana Magalhães; FERREIRA, Raquel Bastos. Controle judicial dos conceitos jurídicos indeterminados utilizados no processo administrativo disciplinar: uma visão da abordagem dos Tribunais Superiores. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte*, Belo Horizonte, v. 5, n. 9, p. 67-89, jan./jun. 2012.
- LABAND, Paul. *Le droit public de l'empire allemand*. T. II. Paris: V. Giard & E. Brière, 1901.
- MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 9. Aufl. München: C. H. Beck, 1994.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- NUNES LEAL, Victor. Atos administrativos – exame da sua validade pelo poder judiciário (comentário aos embargos na Apelação Cível n. 7.307 – STF, contendo a íntegra do acórdão). *Revista de Direito Administrativo*, v. 3, p. 69-98, 1946.


PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções administrativas: o alcance do controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. O controle jurisdicional das sanções disciplinares no mandado de segurança. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 9, n. 45, p. 69-75, set./out. 2007.

RECASÉNS SICHES, Luis. Algunos criterios y análisis sobre el logos de lo "razonable". In: RECASÉNS SICHES, Luis. *Antología (1922-1974)*. México: Fondo de Cultura Económica, 1976. p. 341-364.

RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 1975.

SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.



## O ressarcimento na improbidade prescrita: a questão do dolo “generalizante” sem enriquecimento ou desvios intencionais<sup>1</sup>

**Georghio Alessandro Tomelin<sup>2</sup>**

Direitos patrimoniais prescrevem. Não fosse assim, o cidadão não saberia nem mesmo por quanto tempo terá que guardar memória sobre a comprovação de seus atos e palavras. Não existe sistema de composição jurídica de conflitos, públicos ou privados, que sobreviva sem uma regra de encerramento das relações jurídicas por decurso de prazo.

Estamos, todavia, em um tempo histórico no qual a inversão da presunção de inocência criou a regra do “defenda-se quem puder e se conseguir”. A Constituição é clara no sentido de que apenas após o trânsito em julgado inicia-se o cumprimento da pena condenatória. Claro que cautelarmente situações de risco sempre puderam ser dirimidas pela força das decisões judiciais. Mas a regra de que as penas não-cautelares somente começam a impactar na vida do indivíduo após o trânsito em julgado<sup>3</sup> parece não estar com muito prestígio depois de 30 anos de Constituição “Cidadã”.

Em matéria de ressarcimento na improbidade prescrita<sup>4</sup>, foi dada repercussão geral pelo STF no RE 852.475, que ficou assim afetado ao Plenário da Corte Suprema como processo objetivo de discussão da interpretação constitucional sobre as regras legais envolvidas. A tese de fundo que o STF julgou é a da existência ou não de um prazo de prescrição das ações de ressarcimento ao erário público, fundadas em ações de improbidade designadamente prescritas, posto ajuizadas após o prazo de cinco anos.

---

<sup>1</sup> Reflexões decorrentes do debate ocorrido no painel sobre “Controle da Administração e Segurança jurídica”, durante o XXXII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), entre 17 e 19 de setembro de 2018 no Centro de Convenções de Florianópolis, por convite dos professores Fabrício Motta, Emerson Gabardo e Maurício Zockun, aprovado também para publicação na obra “30 Anos da Constituição Federal do Brasil”, sob a coordenação de Belisário dos Santos Junior e Rafael Valim (Imprensa Oficial do Governo do Estado de São Paulo).

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela USP. Professor da Unisa. Advogado.

<sup>3</sup> CF: Art. 5º, inc. LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

<sup>4</sup> LF 8.429/92: Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:  
I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;  
II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.  
III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei. (Incluído pela Lei n. 13.019, de 2014).

A Constituição de 88 é clara ao dizer que as ações de improbidade sim prescrevem, pois sempre que se desejou imprescritibilidade esta veio explicitamente lançada no texto constitucional<sup>5</sup>. Isto é assim, ainda que os parágrafos 4º e 5º do art. 37<sup>6</sup> não refiram em qual prazo, deixando o tema para a lei ordinária (e a doutrina mais autorizada tem aplicado o prazo quinquenal, até que outro seja fixado pelo legislador). Não há dúvidas nisso, e a maior parte dos doutrinadores de peso estão de acordo, sejam eles diretamente da área de direito administrativo, ou de direito processual adjetivo ou de direito criminal substantivo, estas duas últimas atingidas reflexamente pelo tema (assim pensam Celso Antônio Bandeira de Mello, Cassio Scarpinella Bueno, Romeu Felipe Bacellar Filho, Fernando Dias Menezes de Almeida, André Ramos Tavares, Pedro Estevam Serrano, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Emerson Gabardo, Nelson Nery Junior, Alamiro Velludo Salvador Netto, Miguel Reale Junior etc.).

Pois bem. O que o STF julgou então em agosto de 2018 foi a possibilidade de (a) ajuizar-se uma ação de improbidade fundada em direito prescrito após o quinquênio legal; (b) tramitar tal ação por 20 ou 30 anos na justiça brasileira; para ao final (c) decidir que a ação que já se sabia prescrita, no concernente ao direito material alegado (o que é unânime entre os Ministros), serviria agora como título judicial para fins de executar-se o ressarcimento da obrigação prescrita, isto é claro, acaso o processo comprove algum dano causado dolosamente por alguém que se tenha enriquecido pessoalmente (e aqui a votação foi por ténue maioria entre os Ministros no RE 852.475 em 08.08.2018).

Imagine-se um exemplo. Um dado caso concreto não era grave, as alegações iniciais eram frágeis e o diligente promotor cuidou de outros temas mais importantes. Na vida real é assim que ocorre na maioria das vezes, pois o promotor ficaria assoberbado se todas as representações tivessem necessariamente que gerar ações de improbidade. Anos depois, algum outro promotor ajuiza ação de improbidade já prescrita em relação ao caso não-grave que ficou parado, ao fundamento de que poderiam subsistir prejuízos ao erário, os quais, se provados, ainda poderão vir a ser ressarcidos mesmo após o prazo prescricional.

É nesse tipo de ação, fundada em direito prescrito (por ação culposa ou dolosa), que agora a Suprema Corte decide que poderá haver cobrança, desde que comprovada a intenção dolosa do agente (com enriquecimento ilícito de seu patrimônio pessoal).

Diga-se, de início, que tal prejuízo por improbidade prescrita dolosa sequer ocorreu no caso do RE 852.475: seja porque não houve prejuízo (o TCE/SP julgou o caso e ali demonstrou-se a inexistência de qualquer prejuízo ao erário), seja porque não houve sequer

<sup>5</sup> CF: Art. 5º, inc. XLII, "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei", e inc. XLIV, "constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático", e art. Art. 231, § 4º, "As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis".

<sup>6</sup> CF: Art. 37, § 4º, "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, e §5º, "A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento".

alegação de dolo (nem o MP em primeiro grau, nem a sentença, nem o acórdão do TJSP tratam de dolo). E sequer foi ali adotado o rito da ação de improbidade (mas sim o rito da LACP, fundado o direito material no art. 10 da LIA e o ressarcimento no art. 159 do antigo CCB/16). Desse referido Recurso Extraordinário julgado em agosto de 2018, conhecido como Kombigate, não se poderá tirar qualquer indenização. A tese foi fixada no sentido da possibilidade de ressarcimento por improbidade dolosa prescrita. Ocorre que tal possibilidade não existe no caso, pois nenhuma conduta dolosa é imputada aos réus, que não se enriqueceram ilícitamente (até porque o TCE/SP disse que não houve prejuízos para os cofres públicos). E este caso paradigma é relevante pois é a realidade material da maioria das ações de improbidade.

Ademais disso tudo, a Lei de Improbidade foi alterada em 2009,<sup>7</sup> em seu artigo 21, inc. I, para deixar claro que no concernente à pena de ressarcimento este só pode ser pleiteado nas ações não-prescritas, e se houver comprovação individualizada do dano efetivo. Assim, dolosa ou culposa a improbidade, somente haverá ressarcimento contra quem causou efetivamente prejuízo (e nunca por dano ou dolo presumido). Do ponto de vista civilista isto significa que a responsabilidade pelo pagamento é matéria de prova individualizada, e não mais tema que se trate no regime da responsabilidade solidária genérica.

O Ministério Público tem, portanto, a responsabilidade de comprovar os prejuízos efetivos, e não de ajuizar ações genéricas enquadrando as condutas em todos os incisos dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade. É importante ressaltar (e qualquer pessoa que trabalha com tais ações o sabe) que o Ministério Público tem ajuizado ações generalíssimas, empurrando nas costas do magistrado toda a atividade investigativa que deveria ter sido feita na fase de inquérito civil.<sup>8</sup>

No caso julgado pelo STF, em agosto de 2018, com repercussão geral, se discute a redução do valor de dois carros de 1980 e 1984 vendidos em 1995, após mais de uma década de uso em estrada de barro. Com base em uma variação de 25 a 30% no valor dos carros, o autor da ação pede a devolução de todo o preço de venda dos veículos, pois o procedimento de alienação não seria aquele que o Ministério Público julga mais adequado (ainda que a Lei de Licitação não seja peremptória neste sentido).

O STF em verdade decidiu: “senhores prefeitos, quando houver algum bem em vias de se tornar inservível, joguem no lixo, esperem pela força do sol e da chuva, pois o tempo resolve o assunto”. Seria esta, talvez, uma reinterpretação da famosa frase do Juiz Louis Brandeis: “o melhor desinfetante é a luz do sol”? Se fosse adotada a modalidade leilão ou concorrência para venda de bens tão módicos (como pretendeu o autor da ação de improbidade a partir de uma visão desconectada da realidade), o custo das publicações em jornais de grande circulação seria superior ao valor dos veículos alienados.

<sup>7</sup> LF 8.429/92: Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público; (revogado)

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento; (Redação dada pela Lei n. 12.120, de 2009).

II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

<sup>8</sup> LF 8.429/92: Art. 22. Para apurar qualquer ilícito previsto nesta lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.

Não por outra razão, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro foi alterada em abril de 2018 para inserir em seu art. 22 o princípio do consequencialismo.<sup>9</sup> Estamos em um tempo histórico no qual o óbvio precisa ser escrito com negritos no texto legal. Ninguém pode interpretar as normas de gestão pública sem levar em consideração os obstáculos e dificuldades reais do gestor público. Até porque, a ser assim, qualquer conclusão abstrata é possível, e ninguém mais administra nada em lugar nenhum. Desde a Roma antiga sabemos que “na impossibilidade ninguém está obrigado” (*“ad impossibilia nemo tenetur”*).

Em relação à interpretação da parte final do parágrafo 5º do art. 37 da CF, foi fixada pelo Supremo Tribunal Federal em agosto de 2018 a tese de que: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”. Perceba-se que o STF, em sua erudita composição de agosto de 2018, inexplicavelmente parou no plano normativo e se desconectou da realidade jurídica nacional. Se Miguel Reale (1910-2006) ainda estivesse entre nós, ele diria: a “*Weltanschauung*” (visão de mundo) aniquilou o “*Lebenswelt*” (mundo da vida). Como tantas vezes ouvimos dele nos saudosos Congressos do IBF (Instituto Brasileiro de Filosofia), quando sempre enfatizava que no tridimensionalismo concreto a famosa tríade deve ser lida sempre em sua imersão na conjuntura.

A tese de que são imprescritíveis os atos de ressarcimento decorrentes de alegada improbidade dolosa prescrita é um contrassenso. Vai contra a Lei, contra a Constituição, e cria um poder, para os mal-intencionados, de utilizarem o dolo como palavra mágica (“Abracadabra: alego que é doloso”). Ou seja, sem a comprovação do dolo específico poderemos ter ações de improbidade fundadas em direito material prescrito. E nestas ações seria de rigor o arquivamento de ofício conforme determina o CPC. Entretanto, tais ações poderão tramitar por 30 anos nas barras dos tribunais, para somente ao final decidir-se que não há o que ressarcir pois ou não há dolo, ou não há prejuízo, ou não há enriquecimento do agente (que pode até ter atuado com culpa). Depois que o Ministério Público ajuizar uma ação contra o um dado sujeito (com a ampla discricionariedade que possui para selecionar réus) onde está o magistrado que de plano determinará o arquivamento de uma ação “*ictu oculi*” incabível?

Teremos ações que, frise-se novamente, pelas regras do CPC, estariam destinadas ao arquivamento “de ofício”, mas que irão tramitar por décadas consumindo a vida dos réus e o tempo do judiciário. Claro que o art. 18 da Lei de Improbidade<sup>10</sup> obrigaria a que apenas os

<sup>9</sup> LF 4.657/42 alterada pela LF 13.655/18: Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

<sup>10</sup> LF 8.429/92: Art. 18. A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilícitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.



bens acrescidos ilicitamente sejam recuperados, quando for o caso. O tema é que o Ministério Público não tem ajuizado ações que respeitem este limite legal, sendo certo que a possibilidade de o Judiciário aplicar de plano a inépcia da inicial<sup>11</sup> é praticamente zero. E mais: a baliza sobre o que causou ou não prejuízo, depende de perícia técnica, que muitas vezes se torna impossível em razão dos altíssimos valores de causa lançados a esmo a partir de números reais que refletem o valor total dos contratos e não o prejuízo efetivo ou potencial que seria de rigor.

Perceba-se o perigo de se aceitar que a improbidade está prescrita, mas que a mesma ação de ressarcimento pode, ainda assim, ser ajuizada quando haja mera alegação genérica de ato doloso de improbidade. O perigo está justamente em que os órgãos de controle não possuem estrutura para perscrutar, por antecipação, um mínimo de indícios que aponte para ato doloso de improbidade (pois se tivessem teriam ajuizado a ação a tempo e modo). Isso porque, nos casos em que haja ato doloso de improbidade com enriquecimento ilícito, parece inaceitável que o Ministério Público leve mais de 5 anos do início do prazo prescricional (que ainda conta com causas interruptivas do seu dia inicial) para aí sim começar a persecução judicial. E se havia ato doloso de improbidade, o responsável por deixar de instaurar a investigação a tempo e modo precisaria ser sindicado (como diria Juvenal: “*quis custodiet ipsos custodes?*”).

Que dolo então é este que o STF visualiza e aprova agora, por ténue maioria, 30 anos depois da promulgação da Constituição? Um dolo genérico-em-tese no plano estritamente normativo? Um dolo “abracadabra” desconectado da realidade? Uma palavra mágica que basta ser alegada e assim qualquer ação de improbidade pode ser ajuizada, mesmo que prescrita, ao argumento de que o patrimônio público teria sido lesado em termos de responsabilidade objetiva?

Como compatibilizar essa nova forma de responsabilidade objetiva decorrente de ato prescrito com o texto claro do art. 37, §6º, da CF<sup>12</sup> que assegura “o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”?

Uma tal compreensão facilitaria o mau uso da ação de improbidade, com petições iniciais genéricas que mais se aproximam de uma irregular ação de responsabilidade objetiva. Em verdadeiros casos de responsabilidade objetiva, basta a comprovação do nexo de causalidade entre o fato e o ato, requerida a prova da intenção do agente em lesar (ou minimamente sua imperícia, negligência ou imprudência no caso de atuação culposa) apenas para fins de imputar responsabilidade pessoal ao agente. Mas aqui, na nova categoria das ações de improbidade prescritas, ditas dolosas (pois o ato culposo foi excluído pelo STF), parece que o Supremo teria criado uma nova forma de responsabilidade objetiva genérica (não categorizável nas fileiras do direito material).

<sup>11</sup> CPC/15: Art. 330. A petição inicial será indeferida quando:  
I - for inepta;

§1º Considera-se inepta a petição inicial quando:

II - o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico;

<sup>12</sup> CF: Art. 37, § 6º, “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

As categorias do dolo e da culpa, pela própria natureza das coisas, não podem residir exclusivamente no plano normativo abstrato, mas sim no plano da realidade. A cosmovisão é importante, mas não pode se desconectar do mundo da vida. Até podemos admitir, como diagnóstico contemporâneo, um Estado Jurislador operando e condicionando a vida em sociedade, o que não significa aceitar a criação de institutos cuja eficácia real seja a de destruir o Estatuto do Cidadão em sua relação com os poderes constituídos (neste sentido ver o “O Estado Jurislador”, Editora Fórum, 2018).

Após ler e analisar centenas de ações de improbidade, estamos seguros em afirmar que ainda não encontramos uma única ação de improbidade, daquelas “bem estruturadas pelos bons promotores do MP” (e são muitos), que tenha levado mais de um ou dois anos até o ajuizamento (nestes tempos de informática fácil). Os temas sérios nunca passam do prazo quinquenal (e por isso ele foi escolhido por outras normas<sup>13</sup> e recheado de causas interruptivas<sup>14</sup>), até porque depois disso a prova se esfacela.

A porta da Justiça existe para todos. Só não vale matar o jurisdicionado, e depois oferecer à sua família um necrológio de absolvição tardia. Permitir eternamente o ajuizamento de ações de improbidade prescritas, pelo rito da ação de improbidade, destrói o direito de defesa, pois não será possível aos judicialmente sindicados instruírem o seu advogado para um patrocínio razoável da causa que leve a uma defesa eficaz (e pior ainda os herdeiros de o fazerem, se o iniquinado já houver falecido após anos e anos passados).

Suporta a regra que tu mesmo fizeste STF. “*Tu patere legem quam is fecisti*” (aludindo aqui a ordem do general Manlius Torquato, que mandou executar o próprio filho por descumprimento de uma ordem sua). Atender ao reclamo da ineficiência não pode ser meta da justiça. O mesmo Tribunal, que é Corte de Garantias, não pode obliterar o acesso aos meios de prova e defesa, ao argumento de que resquícios de interesse público podem ser buscados por toda eternidade (contra o cidadão e não contra o promotor que deixou de ajuizar a ação a tempo e modo).

Os advogados querem trabalhar. Precisamos que o MP ajuíze as ações enquanto as provas ainda existem, sem o que não há direito de defesa nem segurança jurídica possíveis: “tempo que passa é verdade que foge”. Prestigiar a inércia e a preguiça leva apenas à atuação tardia dos órgãos de controle e à impossibilidade de se identificar quem seria o responsável pela atuação vagarosa das competências públicas.

Algumas regras de ouro estão plasmadas em nosso regime constitucional, e se espalham pela legislação de direito material e de direito procedimental brasileiros. São elas:

<sup>13</sup> Lei de Ação Popular: Art. 21. A ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos.

LF 9.494/97: Art. 1º-C. Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

<sup>14</sup> LF 8.429/92: Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:  
I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;  
II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.  
III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei. (Incluído pela Lei n. 13.019, de 2014).

1. Se até os crimes contra a vida prescrevem, o patrimônio não poderia ter regime infinito sem que isso seja texto expresso da Constituição (“*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”).

2. A Constituição Federal, impondo a prescrição da ação de ressarcimento, obriga os órgãos de controle a agirem com eficiência, e no tempo em que o cidadão ainda tenha condições de amealhar as provas da sua inocência.

3. A isonomia constitucional determina que o prazo quinquenal tenha duas mãos de direção, até que o legislador ordinário validamente aumente o prazo de prescrição das ações de ressarcimento, hipótese de alargamento contemplada no art. 37, §5º, da CF.

4. Tempo que passa é verdade que foge, e não há nada que justifique deixar de levar imediatamente fatos já conhecidos à apreciação do foro competente (perdendo tantos anos para se iniciar uma investigação que tenderá a se esfacelar em ações mal propostas).

5. Fatos novos podem sempre ser trazidos ao conhecimento das autoridades a qualquer tempo, sem esquecer das eventuais causas interruptivas ou suspensivas do prazo prescricional, que aumentam ainda mais o prazo de investigação.

6. Seria um contrassenso entender-se prescrita a ação de improbidade para em seguida obrigar o investigado a litigar em uma conexa ação de ressarcimento despida de fundamento jurídico e causal.

7. Mesmo para os que leem na Constituição a imprescritibilidade do ressarcimento por improbidade, e para qualquer hipótese de lesão patrimonial pública, a comprovação do prejuízo, da conduta dolosa e do enriquecimento ilícito, condicionam a atuação dos órgãos de controle, sem o que caberia ressarcir e devolver até mesmo o que não se perdeu (e aí perdidos ficam os valores Constitucionais aos quais todos nos filiamos).

A Constituição é mais de dar do que de tirar. Permitir que a interpretação degluta direitos constitucionais representa uma inaceitável autofagia jurídica. O caminhar para a frente do direito e da eficiência não se coaduna com uma visão retrospectiva para uma eternidade pregressa e insindicável.





# Novo regime de direito público: relevância da aplicabilidade

**José dos Santos Carvalho Filho<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Aplicabilidade das leis; 3 Valores abstratos e consequências práticas; 4 Motivação; 5 Condições para a regularização de atos; 6 Obstáculos e dificuldades do gestor; 7 Circunstâncias práticas; 8 Considerações finais; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei n. 13.655, de 25.4.2018, incluiu no Decreto-lei n. 4.657, de 4.9.1942 (LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), diversas disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, numerando-as com os arts. 20 a 30.

Como é sabido, a LINDB denominava-se anteriormente Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), expressão realmente inadequada pelo fato de a lei não se voltar exclusivamente à lei civil, mas, ao contrário, irradiar seus efeitos sobre as normas de todas as disciplinas jurídicas. A alteração se consumou pela Lei n. 12.376, de 30.12.2010, numa demonstração de reforço à ideia de que se tratava de um microssistema, representando a concepção que espelha um “sobredireito”, pairando, por conseguinte, sobre todos os demais diplomas legais.

A LINDB, classicamente, tratava de vários temas genéricos relativos à aplicação das leis. Cuida de vigência das normas (arts. 1º e 2º), obrigatoriedade das leis (art. 3º), integração e interpretação das normas (arts. 4º e 5º), aplicação da lei no tempo (art. 6º) e aplicação da lei no espaço (arts. 7º a 19).

Sucede que a citada Lei n. 13.655/2018 acrescentou novos dispositivos especialmente destinados a dispor sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Na verdade, cuida-se de normas que tratam de temas de direito público, especificamente sobre controle estatal, mas não custa anotar que a nova legislação tem provocado funda polêmica, com críticas de alguns e aplausos de outros.

Nestas breves observações, que, obviamente, não comportam maior aprofundamento de análise, vamos cingir-nos ao tema da aplicabilidade, buscando trazer a debate algumas dificuldades nesse aspecto, à ocasião em que se tiver que recorrer à Lei de Introdução na área do direito público.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela UFRJ. Professor-palestrante da Emerj – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado).

## 2 APLICABILIDADE DAS LEIS

São inesquecíveis, tanto quanto precisas, as lições ministradas por Carlos Maximiliano a respeito da interpretação e da aplicação das leis. A despeito de a 1ª edição de sua clássica obra – *Hermenêutica e aplicação do Direito* – ter vindo à tona em 1924, sua visão de jurista ainda permanece válida e atual. As presentes observações terão supedâneo, sucinamente, nas ideias do grande, senão o maior, estudioso da hermenêutica jurídica.

A interpretação tem por escopo a explicação, o esclarecimento, a busca do significado de palavras, atitudes ou gestos. Por meio da interpretação, procura o intérprete mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão, extraindo de frases, sentenças ou normas tudo o que nela representa conteúdo. Aduz o celebrado autor: “Pode-se procurar e definir a significação de conceitos e intenções, fatos e indícios; porque tudo se interpreta; inclusive o silêncio”.<sup>2</sup>

Já a aplicação retrata o enquadramento do caso concreto na norma jurídica adequada. Por ela, submete-se uma relação da vida real às prescrições de uma lei, procurando e indicando o dispositivo adaptável a um fato determinado. Ensina o autor que, uma vez verificado o fato e todas as circunstâncias a ele pertinentes, cabe ao aplicador indagar a que tipo jurídico pertence. Mas adverte: “Nas linhas gerais antolha-se fácil a classificação; porém, quando se desce às particularidades, à determinação da espécie, as dificuldades surgem à medida das semelhanças frequentes e embaraçadoras”.<sup>3</sup>

Confrontando-se tais etapas, não é difícil constatar que a aplicação da lei pressupõe a sua interpretação, já que primeiramente é preciso buscar o sentido da norma, para só então proceder à absorção do fato ao comando nela existente. E, nesse aspecto, não cabe agir de forma automática. Incumbe ao aplicador vestir-se de todos os elementos que permitam o correto enquadramento do fato, e entre esses elementos estão o conhecimento global e específico, a maturidade, a neutralidade e a sensibilidade jurídica.

A verdade é que o conhecimento por si só não rende ensejo a uma adequada aplicabilidade normativa, e isso pela singela razão de que o aplicador nem sempre estará imbuído de sensibilidade amadurecida que lhe permita fazer a correta adequação do fato à norma. Tais lineamentos são oferecidos apenas à guisa de consideração inicial para o exame da aplicabilidade de alguns dispositivos do novo regime.

## 3 VALORES ABSTRATOS E CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

No art. 20 da LINDB, ficou estabelecido que, nas esferas administrativa, controladora e judicial, “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

A norma contém dois pressupostos que, por sua natureza, padecem de objetividade para o aplicador da lei. Primeiramente, nem sempre será fácil identificar quais são os “valo-

<sup>2</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. RJ: Forense, 1988. p. 9.

<sup>3</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Op. cit., p. 6-7.

res jurídicos abstratos” que não podem servir de base para decisões. Depois, poderão surgir dificuldades em antever quais podem ser as consequências práticas advindas de decisão.

Numa primeira via de interpretação, devem-se considerar valores jurídicos abstratos os postulados que compõem os princípios gerais, realmente despidos de concretude que possa ensejar uma perfeita adequação do fato à norma. Normalmente estão contidos na Constituição e retratam axiomas genéricos caracterizados pela potencialidade de irradiação de efeitos em virtude de determinados fatos.

Esses valores são marcados pela indeterminação de sentido e, por isso mesmo, formalizam-se habitualmente como conceitos jurídicos indeterminados. Vários deles estão inscritos na Constituição. É o caso, entre outros, dos princípios relativos à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), aos valores sociais do trabalho (art. 1º, IV), à função social da propriedade (art. 5º, XXIII), à necessidade e utilidade pública na desapropriação (art. 5º, XXIV), à segurança nacional ou a relevante interesse público para a exploração direta da atividade econômica pelo Estado (art. 173).

Ninguém desconhece a faceta positiva e a solidez dos princípios jurídicos, algo que deve nortear todas as ações do Estado e as funções a seu cargo. Princípios incidem sobre todas as funções estatais - leis, sentenças e atos de administração -, servindo como guia inescapável para a garantia dos cidadãos. Por outro lado, na esteira dos modernos paradigmas hermenêuticos, os princípios incluem-se com categoria integrante das normas jurídicas, e destas ressaí sua natureza coercitiva e pertencente ao sistema normativo.

Não obstante, é mister reconhecer que tais postulados têm figuração abstrata, marca que pressupõe certo subjetivismo em sua interpretação e aplicabilidade. Esse é o lado obscuro da aplicação dos valores abstratos. Qual a consequência desse aspecto? A má aplicação desses valores pode conduzir a resultados indesejáveis e, no fundo, incongruentes com o próprio núcleo do princípio. De outro lado, há ensejo a que visões diferentes do aplicador propiciem efeitos paradoxais.

Não raras vezes o ativismo judicial tem pecado por excesso, permitindo indevida interferência do Judiciário na função dos demais Poderes, com fundamento em princípios dotados de abstração e dentro dos quais, dependendo do aplicador, pode caber qualquer tipo de pretensão, ainda que seja necessário forçar o cabimento. A verdade é que o juiz nem sempre é dotado do sentimento de equilíbrio e razoabilidade, e nesse caso o ativismo judicial irresponsável pode ser extremamente pernicioso.

Justamente para evitar esses disparates, frequentes nas esferas judicial e de controle, é que o art. 20 vedou que a base das decisões tenha escora em valores jurídicos abstratos, a não ser que tenham sido consideradas as suas consequências práticas. Mas, ainda assim, a ressalva do dispositivo não aumenta o grau de objetividade na aplicação da norma, pois que, afinal, também não será muito fácil, em determinadas situações, antever as consequências práticas de decisão.

Em outro momento, a lei exige previsão de consequências, agora não mais consequências práticas, mas sim consequências jurídicas e administrativas (art. 21). Tanto naquele

quanto neste caso, será fundamental o método relativo à aplicabilidade. Se o autor da decisão não tem bom senso ou equilíbrio, com certeza não conseguirá vislumbrar nenhum tipo de consequência advinda de seu ato.

Ao analisar esses dispositivos, o intérprete consegue apreender a intenção que terá mobilizado o legislador para criá-los. Em outras palavras, compreende-se o sentido dos dispositivos. Mas, sem dúvida, o resultado alvitrado pelo legislador só será positivo se o julgador ou outro agente público se amoldar aos paradigmas da razoabilidade e da proporcionalidade quando proferir a sua decisão. Por conseguinte, é o regime de aplicabilidade da norma que dará o tom de sua efetiva concretização.

#### **4 MOTIVAÇÃO**

Para mitigar o subjetivismo que gira em torno dos referidos dispositivos, determinou-se que a motivação seria o instrumento de comprovação da “necessidade e da adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face de possíveis alternativas” (art. 20, parágrafo único).

Como se sabe, a motivação corresponde aos fundamentos expressos que ensejam a manifestação do autor do ato ou da decisão, como já assinalamos em obra de nossa autoria.<sup>4</sup> Representa a justificativa concreta adotada pelo agente para a prolação da decisão. Por meio da motivação, podem o intérprete e o aplicador da lei verificar a congruência entre os elementos mobilizadores da vontade e o objeto que resultou dessa manifestação. Sua relevância está no fato de que, em certas situações, é possível inferir que o agente se socorreu de falsas razões ou amparou-se em fatos inexistentes ou inverídicos, contaminando o ato com vício de legalidade.<sup>5</sup>

Entretanto, alguns problemas podem surgir no que concerne à exigência de motivação. Um deles é a falta de hábito de nossos agentes de explicar e justificar as ações que empreendem, como que demonstrando certo temor de que se conheçam suas razões. Outro entrave seria a apresentação de motivação inverídica e dissimulada, algo que sempre dificulta o controle do ato e a identificação dos fatos verdadeiros que inspiraram a tomada de decisão.

Por conseguinte, ainda aqui será exigido que a aplicabilidade seja executada com precisão e seriedade, além de equilíbrio e razoabilidade.

#### **5 CONDIÇÕES PARA A REGULARIZAÇÃO DE ATOS**

A regularização de atos, contratos, processos e normas oferece constantemente grandes dificuldades, notadamente em virtude dos efeitos dela decorrentes, os quais alteram e às vezes prejudicam situações pretéritas.

Considerando essa dificuldade, o novo art. 21, parágrafo único, da LINDB, prescreve que o processo de regularização obriga à prolação de decisão em que se indiquem “as

<sup>4</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. SP: Gen/Atlas, 2018. p. 119.

<sup>5</sup> CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais de direito administrativo*. RJ: Forense, 1977. p. 148.



condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos”.

A título de maior facilidade, deixamos marcadas no texto as expressões verdadeiramente ambíguas e indeterminadas, que decerto causarão alguns problemas ao momento da aplicação da norma. Com efeito, como se procederá de “modo proporcional e equânime” quando da regularização de atos? Por outro lado, como se podem identificar os “interesses gerais”? Ainda: como descobrir quando ônus ou perdas são “anormais ou excessivos”?

Tais expressões – não é difícil perceber – são dotadas de conteúdo indeterminado e, portanto, despidas de exatidão. Retratam conceitos e ideias, e comportam compreensão de seu sentido, mas evidentemente não permitem uma fácil aplicação diante de casos concretos, haja vista o subjetivismo e o juízo de valor de que se revestem.

O grande problema quanto à aplicabilidade, em se tratando de conceitos indeterminados, é que cada intérprete pode assumir um juízo de valor, propiciando diferentes percepções sobre um mesmo conceito. Ou seja, afasta-se a objetividade hermenêutica e permite-se a individualização do intérprete quanto à ideia representada pelo conceito.

Para exemplificar, a lei, impondo que a regularização ocorra de modo equânime, do latim *aequanimus* (*aequi: igual, anime: ânimo*), pretende que o aplicador atue com justiça, retidão, imparcialidade. No entanto, cuida-se de juízo de valor, variável de pessoa para pessoa e resultado de vários componentes, como ideologia, tradição, grupo social, opção religiosa etc.

Desse modo, por mais que não se queira, haverá espaço para uma diversidade de atuação ao momento da aplicação do requisito da equanimidade. E isso causa inegavelmente uma certa insegurança jurídica.

Outro exemplo é o relativo à expressão “interesses gerais”. Diz a lei que a regularização não pode prejudicar os interesses gerais. A expressão traduz clara dubiedade e indeterminação. Pode-se colocá-la em oposição aos “interesses individuais” e entendê-la como dotada do sentido aproximado ao de “interesse público”, neste caso quando indica o conjunto de interesses que pertencem à coletividade em geral. Mas ainda aqui poderá ser complexa a aplicabilidade, já que não se pode esquecer que os interesses gerais podem assumir diversa extensão, vale dizer, alguns interesses são mais gerais que outros.

Por via de consequência, mais uma vez a aplicabilidade do dispositivo será fundamental para atender ao comando da norma, visando à regularização de decisões que decretam a invalidação de atos, contratos, processo ou norma administrativa.

## 6 OBSTÁCULOS E DIFICULDADES DO GESTOR

A gestão administrativa submete-se a inúmeras variáveis que, não raramente, deixam conturbado o exercício dessa função. Se, de um lado, é verdade que alguns administradores não desempenham a contento as suas funções, não menos verdadeiro é que, no curso de seu desempenho, podem surgir algumas intercorrências que indiscutivelmente afetam a normalidade do exercício regular da competência.

Tendo em vista tais situações, o art. 22 da LINDB estabeleceu que, na interpretação de normas sobre gestão pública, “serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

De fato, podem ocorrer obstáculos e dificuldades para o gestor público, e entre eles ressaltar, de plano e costumeiramente, o aspecto financeiro. A carência de recursos e a impossibilidade de atender a todas as demandas das coletividades acabam por produzir efeitos negativos que culminam por recair sobre os administradores. Significa que estes não conseguem cumprir seu dever de agir por total impossibilidade material, o que os coloca na condição de indiciados ou acusados por omissões caracterizadoras de improbidade administrativa.

Ao que parece, o legislador, referindo-se a dificuldades reais e obstáculos, pretendeu abarcar aquelas situações que envolvem o gestor independentemente de sua vontade, sem que este tenha poderes para superá-las. Dificuldades reais são as que resultam de certos fatos, tornando mais árdua a gestão. Obstáculos espelham efetivos fatos impeditivos, isto é, fatos que não permitem ao gestor a execução normal de sua competência. Como dissemos acima, é comum que dificuldades ou obstáculos provenham da área financeira, quando não há recursos ou estes são insuficientes.

Políticas públicas também podem interferir no desempenho das funções do gestor. Aqui entra frequentemente a compulsoriedade oriunda do poder hierárquico, pela qual, em face de ordens emanadas de autoridades superiores para alcançar determinada ação administrativa, o gestor situado em patamar inferior nenhuma alternativa pode ter senão acatar as determinações e, na medida do possível, cumpri-las. Todavia, se alguma irregularidade reveste a política idealizada pelos superiores, efeitos punitivos recaem não somente sobre eles, como também sobre aqueles que, obedecendo às ordens, executaram efetiva e concretamente as atividades.

Diante disso, é de se indagar onde o fator aplicabilidade será de suma importância para aferir a conduta do gestor e considerar dificuldades, obstáculos e políticas públicas. A importância está na avaliação a ser feita pelo agente que proferir a decisão - agente que com certeza terá que fazer algum juízo de valor sobre a natureza e a repercussão dos impedimentos.

Realmente, para alguns as dificuldades, obstáculos ou políticas públicas não serão justificativas plausíveis para considerar a conduta do gestor, visando isentá-lo de culpa ou mitigar eventual sanção. Já para outros tais incidentes deverão ser considerados de forma a não carrear para o gestor toda a força dos efeitos negativos decorrentes de sua decisão. Nesse aspecto é que se nota a relevância da aplicabilidade da norma por aquele que, com alguma subjetividade, decidirá sobre a questão.

## **7 CIRCUNSTÂNCIAS PRÁTICAS**

Dispõe o art. 22, § 1º, que, ao decidir-se sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, processo ou norma administrativa, “serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”.

A intenção do legislador é plenamente compreensível: para que não se atribua ao agente responsabilidade integral e exclusiva, deve o intérprete analisar quais as circunstâncias práticas que ensejaram a imposição, a limitação ou o condicionamento como fatores responsáveis pelo indevido exercício da competência pelo agente. Na verdade, trata-se de complemento ao disposto no caput do art. 22.

É de se corroborar aqui o que foi dito anteriormente. Muitas ações e decisões a cargo do agente são produzidas com alguma defecção sem a interferência de sua exclusiva vontade. Em várias ocasiões, circunstâncias práticas impõem determinada ação; em outras, elas a limitam; e, em outras ainda, elas a condicionam. Quer dizer: se essas circunstâncias traduziram elementos de imposição de conduta ao agente, não se lhe pode atribuir exclusividade quanto aos eventuais resultados negativos dela oriundos.

Com efeito, não haveria qualquer tom de equanimidade se a conduta do agente fosse considerada a exclusiva responsável pelos efeitos dela decorrentes, quando, na verdade, teria sido ela instada por fatores alheios à vontade daquele que praticou o ato ou proferiu a decisão. Basta ter um mínimo sentimento de justiça para concluir na direção da desproporcionalidade desse tipo de atribuição. Apesar disso, há opiniões que sugerem que o dispositivo servirá para escamotear e proteger maus administradores, o que mostra a importância da aplicabilidade no caso.

O problema, porém, é identificar quais são as “circunstâncias práticas” que impuseram, limitaram ou condicionaram a ação do agente. A expressão, como se nota, é muito vaga, não permitindo ao intérprete saber, de plano, que circunstâncias concorreram efetivamente para a ação. E mais: pode haver múltiplas circunstâncias, mas só devem ser consideradas as que realmente afetarem a conduta do agente.

O que se quer ressaltar, mais uma vez, é que, a despeito da compreensão da norma e da finalidade que a inspirou, é a aplicabilidade que vai indicar se a intenção do legislador será realmente cumprida. A razão é simples: pode o intérprete, numa vertente, considerar algumas circunstâncias práticas que em nada afetaram a ação do agente. Ou, ao contrário, pode não qualificar devidamente fatos alheios à vontade do agente, deixando de considerá-los em favor do gestor, como impõe a lei.

## **8 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As presentes observações tiveram apenas o escopo de comentar, de modo sucinto, um aspecto relativo a alguns dos novos dispositivos da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluídos pela Lei n. 13.655/2018: a aplicabilidade.

É imperioso que se registre esse objetivo, porque muitas críticas têm sido desferidas contra as novas normas. Uma delas diz respeito à suposta inconstitucionalidade. Com a devida vênia, não vislumbramos qualquer ofensa à Constituição, nem do ângulo formal, visto que a competência para a lei é efetivamente da União, nem do ângulo material, porquanto o conteúdo das normas, tanto quanto o daquelas já existentes no Decreto-lei n. 4.657/1942, é próprio de lei ordinária.

Por outro lado, urge consignar que, antes de críticas prematuras ou de certa má vontade dos estudiosos quanto aos dispositivos acrescidos, torna-se necessário buscar a *ratio legis*, vale dizer, os dados mobilizadores da nova legislação.

Em relação a eles, cumpre notar que há muito a sociedade jurídica se tem insurgido contra excessos ou desvios cometidos por autoridades administrativas e judiciais, inclusive na função controladora, cujos efeitos se revelam deletérios para o princípio da segurança jurídica. Noutro giro, algumas decisões oriundas do ativismo judicial exorbitante, vale dizer, aquele que interfere em outros círculos de poder sem permissão constitucional, têm provocado distorções na adequada e proporcional aplicação da lei. Por tudo isso, é compreensível que o legislador tenha buscado conter alguns excessos, podendo-se entender realmente o que pretendeu com o novo quadro normativo.

O que preocupa não é a compreensão da disciplina, mas sim a forma como as normas serão aplicadas. Significa que o problema não é de constitucionalidade ou de hermetismo normativo. A questão principal recai sobre a aplicabilidade. Afinal, é inócuo ter um bom conjunto de normas se estas não forem adequadamente aplicadas, sobretudo quando o preceito se compõe de alguns conceitos indeterminados.

E, sabemos todos, a aplicabilidade normativa, efetivamente, está longe de ser um ponto forte em nosso sistema judicial, controlador ou administrativo.

## REFERÊNCIAS

- CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais de direito administrativo*. RJ: Forense, 1977.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. SP: Gen/Atlas, 2018.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. RJ: Forense, 1988.



# Política pública como estratégia de controle socioambiental no Estado Democrático de Direito

**José Osório do Nascimento Neto<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Política pública como estratégia de controle; 3 Política pública no Estado de Direito Socioambiental; 4 Considerações finais; Referências.

## **1 INTRODUÇÃO**

Honrado pela oportunidade de participar, em Florianópolis/SC, do XXXII Congresso Brasileiro De Direito Administrativo, entre os dias 17 e 19 de setembro de 2018, uma realização do IBDA (Instituto Brasileiro de Direito Administrativo) e do IDASC (Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina), escrevo este artigo sobre “política pública como estratégia de controle socioambiental no Estado Democrático de Direito”, por gentil convite da Coordenação Geral do Evento, representada pelos Professores Fabrício Motta (GO), Cristiana Fortini (MG), Emerson Gabardo (PR), Maurício Zockun (SP) e Rodrigo Valgas dos Santos (SC).

## **2 POLÍTICA PÚBLICA COMO ESTRATÉGIA DE CONTROLE**

A palavra estratégia vem do grego *strategos* e significa literalmente “general”. Na literatura sobre Administração, porém, seu significado extrapola o conceito simplista de base militar. Compilando uma série de conceitos a respeito, Valdete Noveli Rhoden coloca que a estratégia pode ser considerada como um conjunto de regras de tomada de decisão para a orientação do comportamento de uma organização e que envolve padrões, processos e metas. Nesse contexto, a estratégia tem sete características específicas e seu conceito é abstrato: 1) as estratégias nem sempre resultam em ações imediatas, assim, 2) a estratégia deve gerar projetos estratégicos por meio de um processo de busca; 3) a estratégia é desnecessária quando historicamente a dinâmica organizacional a leva aonde ela quer ir (objetivo); 4) a estratégia baseia-se em informações agregadas, incompletas e incertas sobre as alternativas disponíveis; 5) o uso apropriado da estratégia exige “feedback estratégico”, ou seja, tanto a escolha quanto o resultado da decisão devem gerar o mínimo ou nenhuma dúvida; 6) os objetivos são os fins e a estratégia é o meio para se atingir os fins; e 7) as estratégias e os objetivos são intercambiáveis, ou seja, há uma relação

---

<sup>1</sup> Pós-doutorado em Direito Político pela Universidade Mackenzie/SP. Doutor e mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR. Professor de Direito Administrativo na UFPR, Unibrasil e Estácio.

hierárquica: os elementos da estratégia num nível gerencial mais elevado transformam-se em objetivos em níveis mais baixos.<sup>2</sup>

Uma decisão estratégica é um processo complexo e dinâmico de relações entre fatores econômicos, financeiros, tecnológicos, administrativos, políticos, sociológicos, culturais e psicológicos que influenciam a escolha do caminho a seguir para alcançar uma ou mais metas da empresa. Esses fatores são expressões da razão, dos sentimentos e emoções, com espaço possível para a intuição.<sup>3</sup> Nesse ambiente, pode-se dizer que são formas de se pensar em estratégia:

1) estratégia enquanto plano – também chamada de estratégia pretendida. É a definição que percebe a estratégia enquanto uma direção, um guia ou um curso de ação para o futuro. É considerada uma definição clássica, lato sensu.

2) estratégia enquanto padrão – também chamada de estratégia realizada, denota uma consistência de comportamento no tempo, ou seja, algo que já vem sendo feito e que, possivelmente, vem dando resultados positivos e está incorporado ao comportamento.

3) estratégia enquanto posição – enfatiza o posicionamento. É a busca pelo nicho em que se encontra. Geralmente, diz respeito a uma posição que lhe dê condições para se sustentar e se defender.

4) estratégia enquanto perspectiva – diz respeito às pretensões, do que gostaria de ser e como visualiza as situações. Geralmente, relacionada a sua ideologia e percepções internas/externas.

5) estratégia enquanto truque – destaca as manobras específicas para enganar o concorrente ou oponente. Geralmente, relacionada a jogos ou situações de embate, como guerra.<sup>4</sup>

Pode uma política pública ser meramente simbólica, sem qualquer eficácia para solucionar o problema ao qual se propôs resolver, tendo em vista apenas dar satisfação à sociedade?<sup>5</sup> A natureza do processo de escolha estatal, por vezes eminentemente política, não permite a aplicação exclusiva da lógica de meios e resultados, porém, esta constatação não elide a valorização da adoção de estratégias eficientes de parte do administrador público, inclusive quando da escolha da estrutura que será escolhida com vistas aos resultados pretendidos.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> RHODEN, Valdete Noveli. Estratégia enquanto prática e os lapsos conceituais. *REBRAE – Revista Brasileira de Estratégia*, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 254-255, set./dez. 2010.

<sup>3</sup> LEITÃO, Sergio Proença. A decisão estratégica: um teste conceitual. *RAP – Revista Brasileira de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 4, p. 839, jul./ago. 2003.

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Edi Carlos de; TATTO, Luiz. Uma leitura sobre a percepção de autores em relação aos conceitos de estratégia. *REBRAE – Revista Brasileira de Estratégia*, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 60-62, jan./abr. 2012.

<sup>5</sup> EMERIQUE, Lilian Balmant. Considerações sobre a orientação das políticas públicas de combate à pobreza na perspectiva de direitos humanos. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 201, jan./jun. 2013.

<sup>6</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; SCHWANKA, Cristiane. Eficiência e gestão: do agir ao controle na atividade interventiva econômica estatal. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 134, p. 54-65, fev. 2013.

Para definição das ações estatais voltadas à concretização dos direitos fundamentais, mostra-se importante que se avalie os efeitos de tais ações, a fim de escolher as que produzam resultados mais consentâneos com o escopo da máxima efetivação dos direitos fundamentais. Para adequada avaliação de tais efeitos, vislumbra-se importante a interdisciplinaridade na análise das ações estatais, em especial das suas instituições jurídicas, permitindo que a Ciência jurídica dialogue com áreas de conhecimento inseridas diretamente no âmbito social, tais como a Sociologia, a Antropologia, a História, a Filosofia e a Economia, a fim de entender melhor a realidade perante a qual serão aplicadas as leis, decisões judiciais e demais atuações estatais.<sup>7</sup>

Em outras palavras, a viabilidade de estratégias de desenvolvimento se vincula à construção de um projeto nacional, sem que necessariamente isso signifique nacionalismo, em seu sentido clássico. Na realidade, nacional se refere, em primeiro lugar, a um projeto que conte com o consenso de atores representativos; e, por outro lado, que renuncie às políticas impostas por organismos multilaterais ou países centrais e formule caminhos de desenvolvimento mais condizentes com sua própria realidade.<sup>8</sup>

É possível compreender como políticas públicas as ações que nascem do contexto social,<sup>9</sup> mas que passam pela esfera estatal como uma decisão de atuação pública numa realidade social, quer seja para fazer investimentos ou para uma mera regulamentação administrativa. Entende-se por políticas públicas o resultado da dinâmica do jogo de forças que se estabelece no âmbito das relações de poder, relações essas constituídas pelos grupos econômicos e políticos, classes sociais e demais organizações da sociedade civil.<sup>10</sup>

Numa tentativa de leitura próxima do Direito, política pública, para Maria Paula Dallari Bucci, é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados, que visa coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.<sup>11</sup> Para Felipe de Melo Fonte, políticas públicas compreendem o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública.<sup>12</sup>

Nesse ambiente, é possível compreender como políticas públicas as ações que nascem do contexto social, mas que passam pela esfera estatal como uma decisão de atuação pública numa realidade social, quer seja para fazer investimentos ou para uma mera regulamentação administrativa. Entende-se por políticas públicas o resultado da dinâmica do jogo de forças que se estabelece no âmbito das relações de poder, relações essas

<sup>7</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise Econômica do Direito e a concretização dos direitos fundamentais. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 11, n. 11, p. 312-313, jan./jun. 2012.

<sup>8</sup> BOSCHI, Renato Raul; DINIZ, Eli. Brasil. Uma nova estratégia de desenvolvimento? In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *O que esperar do Brasil?* Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 7.

<sup>9</sup> DYE, Thomas R. *Understanding public policy*. 14. ed. Boston: Pearson, 2014. p. 43.

<sup>10</sup> BONETI, Lindomar Wessler. *Políticas públicas por dentro*. 3. ed. Ijuí: Unijui, 2011. p. 74.

<sup>11</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 225-260.

<sup>12</sup> FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 57.

constituídas pelos grupos econômicos e políticos, classes sociais e demais organizações da sociedade civil.<sup>13</sup>

Apesar de abordagens diferentes, as definições de políticas públicas assumem, em geral, uma visão holística do tema, uma perspectiva de que o todo é mais importante do que a soma das partes e que indivíduos, instituições, interações, ideologia e interesses contam, mesmo que existam diferenças sobre a importância relativa destes fatores.<sup>14</sup>

A política pública permite distinguir entre o que o governo pretende fazer e o que, de fato, faz. A política pública envolve vários atores e níveis de decisão, embora seja materializada através dos governos, e não necessariamente se restringe a participantes formais, já que os informais são também importantes. A política pública é abrangente e não se limita a leis e regras. A política pública é uma ação intencional, com objetivos a serem alcançados. A política pública, embora tenha impactos no curto prazo, é uma política de longo prazo. A política pública envolve processos subsequentes após sua decisão e proposição, ou seja, implica também implementação, execução e avaliação.<sup>15</sup>

Aqui, uma ressalva importante: apesar de a política pública envolver o cidadão comum na cumplicidade da manutenção do sistema e/ou do grupo governante, nem sempre assegura que a atuação do Estado na realidade social vai se dar apenas de forma a satisfazer uma carência sentida por todos os segmentos sociais, mas também para satisfazer interesses de grupos sociais diversos.<sup>16</sup> Isso acontece porque não é somente o Estado e suas instituições que influenciam as decisões sobre políticas públicas. Em sociedades democráticas, nas palavras de Celina Souza, grupos de interesses organizados, que representam tanto a sociedade como o mercado, também exercem poder de influência, de veto ou de apoio. Em outras palavras, as políticas públicas são condicionadas às interrelações entre Economia, sociedade e política.<sup>17</sup> Daí a importância da compreensão de funcionamento dos arranjos institucionais.

O método de institucionalização oferece vantagens antes não encontradas em outras estratégias de desenvolvimento, anteriores ao contexto do início do século XXI. A superioridade de uma estratégia baseada na indução de mudanças sociais por meio de organizações, sobre aquela baseada em mudanças induzidas por indivíduos, pode ser assim explicada: 1) as organizações podem mobilizar recursos humanos, físicos e tecnológicos que lhes permitem alcançar, da maneira mais racional possível, objetivos comumente aceitos; 2) existência de uma organização proporciona uma base estável para a interiorização de participantes internos e externos, dos valores e atitudes necessários à consecução dos objetivos visados; 3) as organizações possuem maior capacidade para superar forças negativas internas e externas por meio de mecanismos adaptadores e controladores que lhes permitem continuar a operar de maneira íntegra e influente no meio ambiente.<sup>18</sup>

<sup>13</sup> BONETI, Lindomar Wessler. *Políticas públicas por dentro*. Op. cit., p. 17-18.

<sup>14</sup> SOUZA, Celina Maria de. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 25, jul./dez. 2006.

<sup>15</sup> SOUZA, Celina Maria de. Políticas públicas:... Op. cit.

<sup>16</sup> BONETI, Lindomar Wessler. *Políticas públicas por dentro*. Op. cit., p. 52

<sup>17</sup> SOUZA, Celina Maria de. Apresentação. Estado e políticas públicas: de que estamos falando? *RECP – Revista Eletrônica de Ciência Política*, Curitiba, v. 4, n. 1-2, p. 9-10, 2013.

<sup>18</sup> PINTO, Aluizio Loureiro. A institucionalização organizacional como estratégia de desenvolvimento. *RAP – Revista Brasileira de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 21, jan./jun. 1969.



O traço a destacar no arranjo institucional é seu caráter sistemático, de ordem, que atua, em grande medida, à coesão proporcionada basicamente pelos instrumentos jurídicos. No ambiente caótico da multiplicidade de normas e estruturas, o arranjo institucional se configura como ordem definida que permite visualizar seus contornos, distinguindo-o do ambiente de normas e decisões circundante. E o caráter sistemático das políticas públicas é o que possibilita enfrentar a fragmentação ou desarticulação da ação governamental, evoluindo no sentido do desenvolvimento.<sup>19</sup>

Esses arranjos, geralmente, são classificados entre: complexos e promotores: 1) os arranjos institucionais complexos, ao somarem atores aos momentos de formulação e avaliação das políticas, permitem compreensões mais abrangentes da realidade, o que significa, do ponto de vista do provimento dos serviços, uma maior capacidade de leitura de mercado. Entretanto, como exposto acima, a permanência de entraves no campo da implementação e da operação dos serviços, reduzindo a eficiência das ações públicas, atua como fator que restringe o alcance dessa ampliação dos serviços. Os novos arranjos institucionais não são, por si só, suficientes para ampliar o alcance das políticas públicas, de forma a atender às demandas reprimidas em um ritmo acelerado;<sup>20</sup> 2) os arranjos institucionais promotores de alta capacidade política podem induzir revisões, mudanças e a introdução de novidades (novos objetivos, processos e instrumentos) não previstas no desenho original das políticas. Por sua vez, os controles burocráticos não se apresentaram como obstáculo para a implementação de políticas públicas.<sup>21</sup> *“La definición de la estrategia estatal legitima es el resultado de la movimentación de ciertos actotes, públicos y privados, com intereses contradictorios. Las políticas públicas son el resiltado de estas movilizaciones; por eso la evaluación de las políticas públicas se constituye em una puerta de entrada para la comprensión del Estado y de sus relaciones com la sociedad.”*<sup>22</sup>

Em outras palavras, mais do que uma decisão política, a implementação de uma política pública exige uma multiplicidade de ações estrategicamente selecionadas. Logo, quando seu alcance é definido pelo caráter imperativo de que ela é dotada, ou revestida, levando em conta as contradições que permeiam a dinâmica entre o planejamento e a sua execução, evidencia-se um dilema de fundo que é a ausência de foco ou do estabelecimento de opções e hierarquias entre as muitas políticas setoriais que são acolhidas sob o discurso do desenvolvimento.<sup>23</sup> Para atingir objetivos complexos e, simultaneamente, para lidar com os problemas de escassez de recursos das mais diversas ordens, o Estado, assim como o

<sup>19</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 250-251.

<sup>20</sup> LOTTA, Gabriela Spanghero; VAZ, José Carlos. Arranjos institucionais de políticas públicas: aprendizados a partir de casos de arranjos institucionais complexos no Brasil. *RSP – Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 66, p. 190, 2015.

<sup>21</sup> GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto Rocha Coelho. Análise comparativa: arranjos de implementação e resultados de políticas públicas. In: GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto Rocha Coelho (Org.). *Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas*. Brasília: Ipea, 2014. p. 374.

<sup>22</sup> DEUBEL, André Noel Roth. *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Aurora, 2002. p. 25.

<sup>23</sup> ROCHA NETO, João Mendes da; BORGES, Djalma Freire. As assimetrias entre as políticas setoriais e a política de planejamento regional no Brasil. *RAP – Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 6, p. 1645-1646, dez. 2011.

indivíduo, é obrigado a agir de modo racional e estratégico, fazendo considerações sobre o futuro.<sup>24</sup> E, para isso, levanta-se como meio estratégico o canal das políticas públicas.

O conceito de políticas públicas é variável. Historicamente explicado pela inexistência de distinção entre os conceitos de *politics* e *Policy* em países de língua latina como Brasil, Itália, Espanha e França, que tratam ambos por uma só denominação: política. *Politics* se refere ao exercício e manutenção de poder sobre o homem, que é frequentemente um processo conflituoso, enquanto *policy* tem uma dimensão mais concreta, orientada para ação e decisão, com a imposição de objetivos e metas. Em português, a expressão política pública está relacionada a essa segunda concepção de política, já que versa sobre o conteúdo das decisões políticas e sobre o processo de construção e atuação dessas decisões.<sup>25</sup>

Definições de políticas públicas que concentraram o foco no papel dos governos deixam de lado o seu aspecto conflituoso e os limites que cercam as decisões desses governos. Deixam também de fora possibilidades de cooperação que podem ocorrer entre os governos e outras instituições e grupos sociais.<sup>26</sup>

As políticas públicas são assimiladas como autênticos programas de Estado (mais do que de governo), que intentam, por meio de articulação eficiente e eficaz dos atores governamentais e sociais, cumprir prioridades vinculantes da Constituição, de ordem a assegurar, com hierarquizações fundamentadas, a efetividade do plexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.<sup>27</sup> Política pública deve ter a abordagem multicêntrica. E, nesse ambiente, política pública vai além da perspectiva de políticas governamentais, na medida em que o governo, com sua estrutura administrativa, não é a única instituição a servir à comunidade política, isto é, a promover políticas públicas.<sup>28</sup>

Não se pode descurar que é por meio de políticas públicas coletivas que a Constituição brasileira pretende que sejam realizados e garantidos os direitos fundamentais sociais. Por óbvio, são direitos que dizem respeito a toda a sociedade, considerada em sua forma coletiva e não apenas de garantias de direitos individuais, e por isso a necessidade de políticas macro para sua realização, dando-se conta das necessidades do povo, bem como da capacidade do Estado.<sup>29</sup>

Propósito “original”: melhorar a qualidade das decisões e garantir a maximização da consecução dos objetivos definidos pelas políticas e programas. Das ‘condições mínimas de satisfação’ às ‘condições máximas de satisfação’. O sucesso de uma política pública

<sup>24</sup> MARRARA, Thiago. A atividade de planejamento na Administração Pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 10, jul./set. 2011.

<sup>25</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 1-2.

<sup>26</sup> SOUZA, Celina Maria de. Políticas públicas:... Op. cit.

<sup>27</sup> FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. *Sequência*, Florianópolis, n. 70, p. 123-124, jun. 2015.

<sup>28</sup> HEIDEMANN, Francisco Gabriel. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: HEIDEMANN, Francisco Gabriel; SALM, José Francisco (Org.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. 3. ed. Brasília: UnB, 2014. p. 31.

<sup>29</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 72, jun. 2012.

relaciona-se ao grau de conhecimento que se detém sobre o seu objeto, o que tende a maximizar a viabilidade de implantação de programa de ação governamental, ao mesmo tempo em que sua eficácia está vinculada ao grau de articulação de seus atores (poderes e agentes públicos).<sup>30</sup> A mudança de paradigmas é clara nas políticas públicas implementadas pelos governos dos últimos 15 anos, transparecendo um esforço constante em conciliar os valores próprios de vetores ideológicos opostos.<sup>31</sup>

### 3 POLÍTICA PÚBLICA NO ESTADO DE DIREITO SOCIOAMBIENTAL

As políticas públicas e os processos de desenvolvimento têm aspectos bastante dinâmicos em suas trajetórias históricas. Cada sociedade reconhece – ou tenta reconhecer – seus problemas, propondo soluções de acordo com suas capacidades. Isso significa dizer que tais processos constituem, em cada sociedade, políticas com maior ou menor abrangência e com características próprias, estando, na maior parte do tempo, em construção ou em reforma.<sup>32</sup>

O conhecimento da melhor escolha da sociedade é o valor fundamental para o processo de desenvolvimento. A teoria da escolha social tem de ser revivida, mas sob um enfoque absolutamente novo. Trata-se de propugnar por um absoluto relativismo dos resultados econômicos e levar adiante uma tentativa de descoberta dos valores próprios da sociedade que possibilitem seu conhecimento e transformação.<sup>33</sup>

O Brasil tem o privilégio de possuir, ao mesmo tempo, três poderosas frentes de expansão, três “motores” do desenvolvimento, um conjunto que poucos países do mundo possuem: 1) um amplo mercado interno de consumo de massa – que será tanto mais amplo quanto melhor vier a ser a distribuição da renda – e também uma estrutura produtiva potencialmente capaz de vir a realizar localmente boa parte da produção em larga escala correspondente, nos setores primários, industriais e de serviços, sem prejuízo de ampliar as exportações; 2) uma forte demanda nacional e mundial por seus abundantes recursos naturais; e, 3) perspectivas favoráveis quanto à demanda estatal e privada por investimentos em infraestrutura (econômica e social).<sup>34</sup>

O que se vem de dizer aplica-se ao caso de políticas públicas de consumo ético que se queiram realizar por meio de normas legais de estímulo a esse consumo. A análise econômica convida a considerar a influência das normas sociais sobre os consumidores a fim de chegar a previsões mais seguras acerca do efeito de decisões legislativas destinadas

<sup>30</sup> SILVA, Rogério Luiz Nery da. Políticas públicas e administração democrática. *Sequência*, Florianópolis, n. 64, p. 66, jul. 2012.

<sup>31</sup> PAMPLONA, Danielle Anne; STRAPASSON, Karoline. A escolha pública econômica para erradicar a pobreza extrema no Brasil. *RBPP – Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 49, jul./dez. 2014.

<sup>32</sup> CASTRO, Jorge Abrahão de; OLIVEIRA, Márcio Gimene de. Políticas públicas e desenvolvimento. In: MADEIRA, Lígia Mori (Org.). *Avaliação de políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS/Cegov, 2014. p. 22.

<sup>33</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação, desenvolvimento e meio ambiente. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Org.). *Regulação e desenvolvimento: novos temas*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 19-20.

<sup>34</sup> BIELSCHOWSKY, Ricardo Alberto. Estratégia de desenvolvimento e as três frentes de expansão no Brasil: um desenho conceitual. *Texto para Discussão*, Rio de Janeiro, Ipea, v. 1828, p. 7, jul. 2013.

à promoção do consumo ético, mas também faz pensar em estratégias para lograr tal resultado de maneira indireta, mediante a “manipulação” das referidas normas.<sup>35</sup>

A maior parte desses conceitos está associada à permanência da própria empresa, atrelando a sustentabilidade ao atendimento dos interesses dos acionistas, às estratégias para o aumento do número de clientes e serviços, ao bom relacionamento com os stakeholders, à redução dos riscos, ou ao aumento da rentabilidade da organização. Mesmo quando foram percebidas preocupações mais coletivistas, não houve clareza sobre como tais posicionamentos poderiam trazer benefícios para todas as formas de vida de maneira sustentável. Além disso, em nenhum dos casos houve esclarecimento sobre como os impactos da organização sobre o ambiente como um todo (incluindo o social) poderiam ser mantidos ao longo do tempo, sem prejudicar outras espécies ou grupos sociais.<sup>36</sup>

Em outras palavras, seria dizer: a proposta do diagnóstico socioambiental além de garantir aderência às normas do ordenamento jurídico vigente, alavanca estratégias que permitem aprimorar a qualidade de produtos, incrementar a competitividade, satisfazer o consumidor, bem como atender às expectativas de uma ‘sociedade exigente’.<sup>37</sup> Nesse sentido, concorda Vanice Regina Lirio do Valle, para quem o conceito de sustentabilidade – com sua raiz verdadeiramente moral – transcende os limites da atuação estatal, e se vê cogitado pelo mercado, que já externa de algum tempo, preocupações com a responsabilidade socioambiental das empresas.<sup>38</sup>

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De toda forma, o reconhecimento de que a sustentabilidade de uma ação estatal é de contemplar uma eficiência não estática, que tem em conta que as condições originais da decisão, como default, não se mantêm, e que essa oscilação é de ser considerada para a formulação em si de um juízo de valor quanto à efetiva qualificação daquela ação como verdadeiramente eficiente.<sup>39</sup>

Como o ambiente é dinâmico, incerto e instável, novas situações surgem a cada momento. Ações estratégicas são empreendidas com a finalidade de retornar e/ou recompor o rumo traçado, independentemente das dificuldades que possam surgir no percurso. Dessa forma, as ações estratégicas são adaptativas, respondendo às contingências ambientais à

<sup>35</sup> ZANITELLI, Leandro Martins. Direito e consumo ético: uma comparação entre a análise econômica das normas sociais e a teoria do comportamento planejado. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 37, p. 27-61, jul./dez. 2010.

<sup>36</sup> SILVA, Sabrina Soares da; REIS, Ricardo Pereira; AMÂNCIO, Robson. Conceitos atribuídos à sustentabilidade em organizações de diferentes setores. *RCA – Revista de Ciências da Administração*, Florianópolis, v. 16, n. 40, p. 90-103, dez. 2014.

<sup>37</sup> MORAIS, Dulce Teresinha Barros Mendes de; OLIVEIRA, Maria Neuza da Silva; MATIAS-PEREIRA, José; BARBOSA, Washington Luís Batista. O papel do Direito no contexto do desenvolvimento sustentável: uma avaliação qualitativa de programas corporativos de responsabilidade socioambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, p. 147, 2012.

<sup>38</sup> VALLE, Vanice Regina Lirio do. Sustentabilidade das escolhas públicas: dignidade da pessoa traduzida pelo planejamento público. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 131, jul./set. 2011.

<sup>39</sup> VALLE, Vanice Regina Lirio do. Sustentabilidade das escolhas públicas:... Op. cit., p. 134.

medida que elas ocorram, visando, com isso, o alcance ou manutenção dos objetivos. O ponto a ser buscado é o equilíbrio, ou seja, a busca da manutenção da estabilidade com o reconhecimento da necessidade de mudanças, quando necessário.<sup>40, 41</sup>

A estratégia sendo entendida como uma prática social evidencia as microatividades (processos) realizadas pelos indivíduos, que, em constante interação e envolvidos em complexas relações de poder e significados compartilhados na organização, permitem que ela tenha resultados (conteúdo) – desejados ou não. Em outras palavras, a concepção fundamental da estratégia como prática social repousa no entendimento de interação; para tanto, compreende-se a estratégia como um processo constante, no mesmo sentido que se entende a organização como um processo em constante construção social.<sup>42</sup> O processo de mudança estratégica pode ser concebido como um processo de aprendizado em que a organização está continuamente reavaliando sua relação com o ambiente externo, de forma a encontrar uma posição de equilíbrio.<sup>43</sup>

Quanto a testar teorias, é preciso desenvolver estudos sobre estratégias de políticas mais adequadas um ou outro instrumento. Isso também significa verificar variáveis dentro de cada instrumento governamental, de forma a testar sobre um ser mais eficiente que outro, mais eficaz ou mais efetivo. A escolha de instrumentos, em vez de técnica, é uma escolha política, pois dá aos atores a vantagem de determinar como políticas públicas serão implementadas. A literatura sobre implementação sugere que há alto grau discricionário na fase de implementação. A escolha do instrumento dá forma aos programas públicos.<sup>44</sup> O que está em discussão não é simplesmente a forma mais eficiente de resolver um problema público em particular, mas também a influência relativa que vários interesses envolvidos terão na evolução do programa. A escolha também é influenciada por normas culturais e ideologias dominantes, pois afetam as atitudes perante o Estado.<sup>45</sup>

## REFERÊNCIAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 72, jun. 2012.

BIELSCHOWSKY, Ricardo Alberto. Estratégia de desenvolvimento e as três frentes de expansão no Brasil: um desenho conceitual. *Texto para Discussão*, Rio de Janeiro, Ipea, v. 1828, p. 7, jul. 2013.

<sup>40</sup> OLIVEIRA, Edi Carlos de; TATTO, Luiz. Uma leitura sobre a percepção de autores... Op. cit.

<sup>41</sup> MINTZBERG, Henry. A criação artesanal da estratégia. In: MONTGOMERY, Cynthia; PORTER, Michael (Org.). *Estratégia: a busca da vantagem competitiva*. Rio de Janeiro: Campus, 1998. p. 419-440.

<sup>42</sup> CANHADA, Diego Iturriet Dias, RESE, Natália. Contribuições da “estratégia como prática” ao pensamento em estratégia. *REBRAE – Revista Brasileira de Estratégia*, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 285, set./dez. 2009.

<sup>43</sup> GOHR, Cláudia Fabiana; SANTOS, Luciano Costa. Contexto, conteúdo e processo da mudança estratégica em uma empresa estatal do setor elétrico brasileiro. *RAP – Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 6, p. 1676, nov./dez. 2011.

<sup>44</sup> JAIONE MONDRAGÓN, Miren. La evaluación de los programas públicos: objeto, contenido y aplicación de diferentes instrumentos para la evaluación. In: BAÑÓN MARTÍNEZ, Rafael (Org.). *La evaluación de la acción y de las políticas públicas*. Madrid: Díaz de Santos, 2002. p. 3-12.

<sup>45</sup> OLLAIK, Leila Giandoni; MEDEIROS, Janann Joslin. Instrumentos governamentais: reflexões para uma agenda de pesquisas sobre implementação de políticas públicas no Brasil. *RAP – Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 6, p. 1953-1954, dez. 2011.

- BONETI, Lindomar Wessler. *Políticas públicas por dentro*. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2011.
- BOSCHI, Renato Raul; DINIZ, Eli. Brasil. Uma nova estratégia de desenvolvimento? In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *O que esperar do Brasil?* Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- CANHADA, Diego Iturriet Dias, RESE, Natália. Contribuições da “estratégia como prática” ao pensamento em estratégia. *REBRAE – Revista Brasileira de Estratégia*, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 285, set./dez. 2009.
- CASTRO, Jorge Abrahão de; OLIVEIRA, Márcio Gimene de. Políticas públicas e desenvolvimento. In: MADEIRA, Lígia Mori (Org.). *Avaliação de políticas públicas*. Porto Alegre: UFRGS/Cegov, 2014.
- DEUBEL, André Noel Roth. *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Aurora, 2002.
- DYE, Thomas R. *Understanding public policy*. 14. ed. Boston: Pearson, 2014.
- EMERIQUE, Lilian Balmant. Considerações sobre a orientação das políticas públicas de combate à pobreza na perspectiva de direitos humanos. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 201, jan./jun. 2013.
- FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. *Sequência*, Florianópolis, n. 70, p. 123-124, jun. 2015.
- GOHR, Cláudia Fabiana; SANTOS, Luciano Costa. Contexto, conteúdo e processo da mudança estratégica em uma empresa estatal do setor elétrico brasileiro. *RAP – Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 6, p. 1676, nov./dez. 2011.
- GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto Rocha Coelho. Análise comparativa: arranjos de implementação e resultados de políticas públicas. In: GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto Rocha Coelho (Org.). *Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas*. Brasília: Ipea, 2014.
- HEIDEMANN, Francisco Gabriel. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: HEIDEMANN, Francisco Gabriel; SALM, José Francisco (Org.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. 3. ed. Brasília: UnB, 2014.
- JAIONE MONDRAGÓN, Miren. La evaluación de los programas públicos: objeto, contenido y aplicación de diferentes instrumentos para la evaluación. In: BAÑÓN MARTÍNEZ, Rafael (Org.). *La evaluación de la acción y de las políticas públicas*. Madrid: Díaz de Santos, 2002. p. 3-12.
- LEITÃO, Sergio Proença. A decisão estratégica: um teste conceitual. *RAP – Revista Brasileira de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 4, p. 839, jul./ago. 2003.
- LOTTA, Gabriela Spanghero; VAZ, José Carlos. Arranjos institucionais de políticas públicas: aprendizados a partir de casos de arranjos institucionais complexos no Brasil. *RSP – Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 66, p. 190, 2015.
- MARRARA, Thiago. A atividade de planejamento na Administração Pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 10, jul./set. 2011.

- MINTZBERG, Henry. A criação artesanal da estratégia. In: MONTGOMERY, Cynthia; PORTER, Michael (Orgs.). *Estratégia: a busca da vantagem competitiva*. Rio de Janeiro: Campus, 1998. p. 419-440.
- MORAIS, Dulce Teresinha Barros Mendes de; OLIVEIRA, Maria Neuza da Silva; MATIAS-PEREIRA, José; BARBOSA, Washington Luís Batista. O papel do Direito no contexto do desenvolvimento sustentável: uma avaliação qualitativa de programas corporativos de responsabilidade socioambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, p. 147, 2012.
- NASCIMENTO NETO, José Osório do. Multiculturalismo e (novos) direitos entre Democracia e Constitucionalismo latino-americano. *Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiânia*, v. 40, n. 2, p. 112-132, jul./dez. 2016.
- NASCIMENTO NETO, José Osório do. *Políticas públicas e regulação socioambiental*. Governança, estratégias e escolhas públicas: energia e desenvolvimento em pauta. Curitiba: Íthala, 2017.
- OLIVEIRA, Edi Carlos de; TATTO, Luiz. Uma leitura sobre a percepção de autores em relação aos conceitos de estratégia. *REBRAE – Revista Brasileira de Estratégia*, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 60-66, jan./abr. 2012.
- OLLAIK, Leila Giandoni; MEDEIROS, Janann Joslin. Instrumentos governamentais: reflexões para uma agenda de pesquisas sobre implementação de políticas públicas no Brasil. *RAP – Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 6, p. 1953-1954, dez. 2011.
- PAMPLONA, Danielle Anne; STRAPASSON, Karoline. A escolha pública econômica para erradicar a pobreza extrema no Brasil. *RBPP – Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 49, jul./dez. 2014.
- PINTO, Aluizio Loureiro. A institucionalização organizacional como estratégia de desenvolvimento. *RAP – Revista Brasileira de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 21, jan./jun. 1969.
- RHODEN, Valdete Noveli. Estratégia enquanto prática e os lapsos conceituais. *REBRAE – Revista Brasileira de Estratégia*, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 254-255, set./dez. 2010.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise Econômica do Direito e a concretização dos direitos fundamentais. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 11, n. 11, p. 312-313, jan./jun. 2012.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; SCHWANKA, Cristiane. Eficiência e gestão: do agir ao controle na atividade interventiva econômica estatal. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 134, p. 54-65, fev. 2013.
- ROCHA NETO, João Mendes da; BORGES, Djalma Freire. As assimetrias entre as políticas setoriais e a política de planejamento regional no Brasil. *RAP – Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 6, p. 1645-1646, dez. 2011.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação, desenvolvimento e meio ambiente. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Org.). *Regulação e desenvolvimento: novos temas*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.
- SILVA, Rogério Luiz Nery da. Políticas públicas e administração democrática. *Sequência*, Florianópolis, n. 64, p. 66, jul. 2012.
- SILVA, Sabrina Soares da; REIS, Ricardo Pereira; AMÂNCIO, Robson. Conceitos atribuídos à sustentabilidade em organizações de diferentes setores. *RCA – Revista de Ciências da Administração*, Florianópolis, v. 16, n. 40, p. 90-103, dez. 2014.
- SOUZA, Celina Maria de. Apresentação. Estado e políticas públicas: de que estamos falando? *RECP – Revista Eletrônica de Ciência Política*, Curitiba, v. 4, n. 1-2, p. 9-10, 2013.

SOUZA, Celina Maria de. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 25, jul./dez. 2006.

VALLE, Vanice Regina Lirio do. Sustentabilidade das escolhas públicas: dignidade da pessoa traduzida pelo planejamento público. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 131, jul./set. 2011.

ZANITELLI, Leandro Martins. Direito e consumo ético: uma comparação entre a análise econômica das normas sociais e a teoria do comportamento planejado. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 37, p. 27-61, jul./dez. 2010.





# O Estado Democrático de Direito como princípio estruturante do regime jurídico-administrativo

**José Sérgio da Silva Cristóvam<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 O Estado democrático de direito como princípio constitucional estruturante; 3 Algumas teorias da democracia: breves pinceladas sobre um quadro em constante construção; 4 O Estado democrático de direito como princípio fundamental; 5 Estado democrático de direito, Administração Pública democrática, controle social e eficiência administrativa; algumas considerações; 6 Considerações finais; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A consolidação do fenômeno da constitucionalização do Direito, ensaiado desde o Segundo Pós-Guerra, trouxe inegável reflexos na metodologia jurídica contemporânea, inclusive com destacada colonização da dogmática jurídico-administrativa, com a edificação de um sofisticado/abrangente sistema constitucional administrativo. No Brasil, a atual disciplina administrativa está umbilicalmente vinculada à matriz constitucional – um conjunto de normas constitucionais que conformam o atual regime jurídico-administrativo.<sup>2</sup>

Esta é a tônica central do presente ensaio: debater sobre a construção de uma adequada e sistematizada concepção de regime jurídico-administrativo, constitucionalmente vinculado como estrutura normativa e conjunto de finalidades e objetivos, a ser acompanhada pela construção normativo-axiológica das suas linhas mestras (princípios estruturantes).

Sobre a noção de princípios estruturantes, parte-se da doutrina do constitucionalista lusitano José Joaquim Gomes Canotilho, que os define como aquelas “traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político”, as diretrizes normativas fundamentais, constitutivas e indicativas “das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional”. Assim concebidos, os princípios estruturantes acabam por alcançar concretização pela via de outros princípios e regras constitucionais de densificação, que iluminam “o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno”.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Administrativo (UFSC). Professor de Direito Administrativo (UFSC). Conselheiro Federal da OAB/SC.

<sup>2</sup> Sobre o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, consultar: BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Flávio de Azevedo (Coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 31-63.

<sup>3</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1173-1174.

Como problema de fundo mais amplo, cumpre perquirir se há base teórica e normativo-constitucional para a edificação de um novo paradigma para o Direito Administrativo (paradigma emergente da Administração Pública democrática), a partir de princípios estruturantes como a dignidade da pessoa humana, o Estado democrático de direito, o princípio republicano e a sustentabilidade?

No entanto, adverte-se que este ensaio ficará adstrito ao estudo do Estado democrático de direito como princípio constitucional estruturante desse novo paradigma emergente da Administração Pública democrática. Aqui, a partir de uma leitura sistemática e comprometida com a plena efetividade das normas constitucionais, busca-se oferecer considerações indicativas das bases para esse renovado regime jurídico-administrativo.<sup>4</sup> Adverte-se, ainda, que embora seja uma temática em tudo atual e sumamente relevante, não é objeto deste ensaio o debate em torno da grave crise pela qual atravessa a democracia.<sup>5</sup>

O debate sobre o Estado democrático de direito, como princípio estruturante desse novo regime jurídico administrativo, na esteira do paradigma emergente da Administração Pública democrática, tem o potencial de reforçar sobremaneira o colorido e as potencialidades da participação social na formação das decisões administrativas e da eficiência na gestão da máquina pública.

## 2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL ESTRUTURANTE

A vigorosa inflação do debate sobre a constitucionalização do Direito Administrativo alcança o diálogo em torno do Estado democrático de direito e dos modelos de democracia, o que tem povoado o cenário teórico e político da metodologia constitucional contemporânea.<sup>6</sup> De fato, são diversas as teorias democráticas<sup>7</sup> que procuram explicar a complexidade do contexto sociopolítico da atualidade, fato a desencorajar e mesmo desaconselhar, para os estreitos limites desse trabalho, qualquer abordagem crítica com pretensões de sistematicidade e completude, nem uma recuperação da construção histórica da democracia,<sup>8</sup> cabendo apenas aportes teóricos preliminares, necessários ao debate sobre o regime jurídico-administrativo.

<sup>4</sup> Sobre o debate relacionado à construção do regime jurídico-administrativo comum ao paradigma da Administração Pública democrática, consultar: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração pública democrática e supremacia do interesse público*: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015. p. 121-318.

<sup>5</sup> Sobre o tema, ver: LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018; RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. São Paulo: Boitempo, 2014.

<sup>6</sup> Sobre o modelo de Estado democrático de direito e democracia na contemporaneidade, consultar: BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Op. cit., p. 243-281; GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1998. p. 31-163.

<sup>7</sup> Sobre as teorias modernas da democracia, consultar: 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. p. 09-66; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Op. cit., p. 1409-1421; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

<sup>8</sup> Sobre a recuperação histórica da democracia, desde a Antiguidade clássica, consultar: DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: UnB, 2001. p. 17-36.

O estudo do Estado democrático de direito e do princípio democrático, sob a perspectiva do constitucionalismo brasileiro, não permite suprimir um necessário componente ideológico-constitucional, a sua veia genética de instrumento de luta e de compromisso com a transformação social. Tanto que, no seu manifesto pela democracia participativa, o constitucionalista Paulo Bonavides a coloca, juntamente com o Estado social, como os “axiomas que hão de permanecer invioláveis e invulneráveis, se os povos continentais da América Latina estiverem no decidido propósito de batalhar por um futuro que reside tão-somente na democracia, na liberdade do desenvolvimento”. E, ainda, alerta para o problema da escravização da mídia pelo capital, um dos maiores inimigos da democracia participativa, quando denuncia que, dispendo da “máquina da informação com que intentam dar aparência de legitimidade aos seus interesses, os estamentos de dominação têm tudo com que perpetuar a servidão social e o confisco dos direitos de expressão”.<sup>9</sup>

Com efeito, a construção de um efetivo e substancial Estado social e democrático de direito, não apenas formal, exige a ruptura com as práticas de exclusão e marginalização características dos modelos extremados de neoliberalismo e globalização econômica, verdadeiros entraves à democracia material. É necessário pensar os movimentos de abertura globalizante, com pretensões de construção de outro modelo de globalização, não aquela globalização perversa do pensamento único, monolítico e colonizador, mas uma globalização de travessia para uma consciência universal de respeito às diferenças e à dignidade humana. Uma utopia possível onde as tecnologias não sirvam para escravizar as pessoas e alimentar o mercado voraz, mas que sejam instrumentos libertários e emancipatórios do ser humano.<sup>10</sup>

Lançadas essas escassas luzes sobre essa perspectiva mais política e sociológica do que propriamente jurídico-normativa, passa-se à breve análise das principais teorias da democracia na contemporaneidade, preparando o terreno teórico para o debate acerca do Estado democrático de direito e seu conteúdo normativo-constitucional.

### **3 ALGUMAS TEORIAS DA DEMOCRACIA: BREVES PINCELADAS SOBRE UM QUADRO EM CONSTANTE CONSTRUÇÃO**

Na apresentação das diferentes teorias da democracia, Canotilho usa de uma didática menção aos seguintes modelos e concepções teóricas: a teoria democrático-pluralista; a teoria elitista da democracia; a teoria da democracia do “ordo-liberalismo”; a teoria normativa da democracia liberal; a teoria normativa da democracia republicana; a teoria normativa da democracia deliberativa; a teoria normativa da democracia discursiva; a teoria normativa da democracia corporatista; a concepção minimalista de democracia; e, a democracia eletrônica.<sup>11</sup>

Dentre os referidos modelos pode-se brevemente destacar a “teoria pluralista da democracia”, que tem um caráter ao mesmo tempo empírico e normativo. Para as teorias

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa...* Op. cit., p. 09-13.

<sup>10</sup> A concepção deste “outro modelo de globalização” é buscada na obra do sociólogo brasileiro Milton SANTOS. Sobre o tema, consultar: SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

<sup>11</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Op. cit., p. 1409-1418.

pluralistas o processo de formação da vontade democrática não reside nem no povo dos sistemas plebiscitários nem em uma noção de indivíduo abstrato (teoria liberal), mas em grupos decorrentes da frequência de interações sociais, sendo que as decisões estatais representariam os *inputs* veiculadores dos interesses desses grupos. As decisões políticas seriam o reflexo e a resposta a esses interesses de grupos sociais.<sup>12</sup>

Ainda que sejam possíveis diversas críticas ao modelo pluralista, em especial uma objeção realista de que os diferentes grupos de interesses não dispõem de iguais oportunidades de influência política, o constitucionalista lusitano ressalta que, sob uma perspectiva normativa, o pluralismo representa mais do que uma dimensão do princípio democrático, sendo mesmo um elemento constitutivo da ordem constitucional. Nesta esteira, as forças sociais e os grupos coletivos ostentariam uma “capacidade de transformação qualitativa das relações humanas”.<sup>13</sup>

Outra categoria referida é a “teoria elitista da democracia”, que parte de um conceito (até certo ponto realista) de democracia como método de obtenção do apoio do povo pela concorrência, uma forma de dominação fundada na concorrência para o exercício do poder, quando os governados decidem, pelo voto, “qual a elite concorrente que deveria exercer o poder”.<sup>14</sup>

Embora possam ser estabelecidos limites formais à escolha das políticas pelas elites governantes, não se pode negar que a teoria elitista apresenta uma profunda contraposição a qualquer modelo de participação popular ativa na determinação das decisões políticas. Inclusive, isto colide diretamente com os preceitos normativos do modelo de Estado social e democrático de direito estruturado pelo sistema constitucional brasileiro, fundado em um conjunto de princípios e direitos fundamentais (individuais e sociais), entre os quais a efetiva participação popular no diálogo político nacional e na formação das decisões que conformam o espírito político da comunidade.

Merece destaque, também, a “teoria normativa da democracia republicana”, que vê na política uma “dimensão constitutiva da vontade democrática”, pelo que a democracia se converte em um “compromisso ético-político” com uma identidade coletiva da comunidade, uma “forma de reflexão do bem comum”, a “auto-organização política da comunidade no seu conjunto”. Diversamente da sua opositora “teoria normativa da democracia liberal”,<sup>15</sup> fundada em uma teoria forte dos direitos e em uma desconfiança acerca da racionalidade da política, a concepção republicana entende o cidadão não somente como um sujeito de direitos e liberdades negativas, mas também (sobretudo) como um sujeito de direitos de participação e comunicação política (liberdades positivas).<sup>16</sup>

O avançar nessa rápida e incompleta visão geral leva a dois dos mais influentes modelos teóricos de democracia na atualidade, as chamadas concepções de democracia deliberativa e discursiva, que têm em Jürgen Habermas o seu grande expoente filosófico.

<sup>12</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Op. cit., p. 1409.

<sup>13</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Op. cit., p. 1411.

<sup>14</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Op. cit., p. 1411-1412.

<sup>15</sup> Sobre o modelo de democracia liberal, consultar: CUNNINGHAM, Frank. *Teorias da democracia: uma introdução crítica*. Tradução de Delamar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009. p. 38-90.

<sup>16</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Op. cit., p. 1414-1416.

A diferir os dois modelos, em linhas gerais, está o fato de que a democracia discursiva não se assenta em direitos universais do homem nem na moral social de uma determinada comunidade, como ocorre em maior medida no modelo da democracia deliberativa (republicanismo-liberal).<sup>17</sup> A concepção discursiva de democracia está fundada em “regras de discussão, formas de argumentar, institucionalização de processos – rede de discussão e negociação – cujo fim é proporcionar uma solução nacional e universal a questões problemáticas, morais e éticas da sociedade”. Trata-se de um conceito procedimental de democracia, um processo de auto-organização política da sociedade, um modelo de democracia distanciada de concepções estatais e preocupada com a construção de “uma rede de comunicação e participação estruturante de uma sociedade democrática”.<sup>18</sup>

No modelo habermasiano de democracia discursiva são centrais os conceitos de esfera pública e sociedade civil. A noção de esfera pública é caracterizada pela participação igualitária e pública de um sujeito plural, quando os problemas são debatidos pela via de um processo comunicativo onde prevalece a autoridade do melhor argumento. Um espaço marcado pela constante ampliação do domínio público, com a incorporação de novos problemas e questões submetidas ao debate racional. Para Habermas, a “esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos”.<sup>19</sup>

A noção habermasiana de sociedade civil revela-se como um espaço relevante na construção da ideia de esfera pública democrática, porquanto diretamente relacionada ao mundo da vida, o que assegura a proximidade com os problemas e questões do cidadão comum, sem uma elevada contaminação pela dinâmica instrumental.<sup>20</sup>

Uma crítica que pode ser dirigida ao modelo habermasiano de democracia procedimental-discursiva refere-se à necessidade de condições de igualdade de oportunidade e de participação livre e instruída no debate público, que estão muito distantes da realidade de democracias periféricas, como a brasileira. O déficit de educação política e de maturidade democrática da comunidade nacional faz com que, para além das teorias, esse tipo de proposta de democracia discursiva acabe por representar uma espécie de ideal distante.

Outro modelo de democracia, com claras disposições políticas e axiológicas, pode ser buscado na proposta bonavidiana de democracia participativa, que parte de uma concepção amplamente fundada no modelo de Estado constitucional de direito. Segundo Bonavides, este modelo representaria para os países de periferia a versão mais acabada e insubstituível do Estado social. Com base em uma análise bastante realista do debate institucional brasileiro, sustenta que a escravização do Legislativo pelo Executivo coloca os juízes e os tribunais

<sup>17</sup> Sobre o modelo de democracia deliberativa, consultar: SILVA, Felipe Gonçalves. Iris Young, Nancy Fraser e Seyla Benhabib: uma disputa entre modelos críticos. In: NOBRE, Marcos (Org.). *Curso livre de teoria crítica*. Campinas: Papyrus, 2008, p. 199-226.

<sup>18</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Op. cit., p. 1416-1417.

<sup>19</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*:... Op. cit., p. 92.

<sup>20</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*:... Op. cit., p. 99.

em uma posição de autênticos defensores da ordem constitucional, cuja função é fortalecer a supremacia dos valores e princípios do Estado constitucional de direito.<sup>21</sup>

A partir de um modelo de discurso comprometido com a Constituição, o constitucionalista pátrio alerta que, em países em desenvolvimento como o Brasil, escravizados pelo capital transnacional globalizante, não há senão uma ditadura dissimulada em democracia representativa, onde, de resto, nem se sabe quem é e onde está o povo. Por isso, a democracia participativa pressupõe a superação da clássica noção de separação de poderes, avançando para uma divisão funcional e orgânica de poderes, fundada no princípio da unidade da Constituição, um constitucionalismo de luta e resistência, expressão ideológica da democracia participativa.<sup>22</sup>

Depois de atestar o papel nefasto que os meios de comunicação (mídia) têm desempenhado na construção de uma democracia real, responsáveis em larga medida pela passividade do povo (apatia política), Bonavides denuncia que a “mídia, nas mãos da classe dominante, é a mais irresistível força de sustentação do *status quo* e de seus governos conservadores, impopulares, injustos”.<sup>23</sup>

Com efeito, pode-se dizer que no Brasil há um espírito democrático bloqueado por um modelo de representatividade profundamente deslegitimado, inclusive pela crise de representatividade dos partidos políticos,<sup>24</sup> uma democracia mutilada, sem a sua essência constitutiva (o povo). Mas é necessário ressaltar que a proposta de democracia participativa não pretende a supressão da esfera de representação política. Aposta sim no fortalecimento e na efetivação de uma esfera direta de participação popular, um modelo comprometido com a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, capaz de tornar viável aquela utopia emancipatória e libertária da Constituição Cidadã.

Ainda que instigante e sofisticada, uma proposta de democracia participativa assim concebida engendra algumas objeções. As grandes críticas conceituais e normativas a esta proposta político-ideológica de democracia participativa são aquelas comuns ao próprio neoconstitucionalismo, do qual retira seus principais elementos teóricos. Pode-se ressaltar, em especial, o seu inegável déficit democrático intrínseco, na medida em que o modelo reconhece no ativismo judicial um dos seus traços constitutivos, fenômeno que certamente tende a resultar no acirramento daquele quadro de apatia política que se pretendia superar.

No intento de fortalecer a participação popular, em especial pela via do protagonismo judicial, pode-se estar fomentando muito mais a figura do cidadão-cliente do sistema judicial do que o cidadão-participante (democracia participativa e cidadania ativa). Esta é sempre uma situação arriscada, porque submetida aos imponderáveis típicos dos fenômenos sociais e políticos, insuscetíveis de quaisquer previsões mais certeiras, como são atualmente os fenômenos meteorológicos.

<sup>21</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*:... Op. cit., p. 13-30.

<sup>22</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*:... Op. cit., p. 26-30.

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*:... Op. cit., p. 47.

<sup>24</sup> Sobre a problemática da crise de representatividade do modelo democrático e do sistema de partidos no Brasil, consultar: MEZZAROBBA, Orides. A reforma política e a crise de representatividade do sistema partidário brasileiro. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 27, n. 53, p. 95-112, dez. 2006.

Por outro lado, não se pode negar a fecunda semente emancipatória e libertária dessa proposta axiológica de democracia participativa. Mesmo se considerada a partir do protagonismo judicial, parece forçoso reconhecer que, em uma comunidade política alimentada por uma democracia ainda infante, a busca judicial pelos direitos já é um relevante elemento de educação cívica e formação cidadã para a democracia. Mas isso não permite deixar cegar e seduzir irracional e ilimitadamente pelo “belo canto da sereia” do ativismo judicial. Claro que não se deve também simplesmente fechar os ouvidos com cera como fez o Ulisses mitológico, ignorando solenemente o fenômeno do protagonismo judicial, que aqui deve ser separado do que se tem chamado de ativismo – este sim, com firme potencial para prejudicar o projeto de cidadania ativa e democracia participativa.

A democracia é o alimento espiritual para a alma política da comunidade, exigindo liberdade e igualdade, valores que não podem ser atingidos sem educação e formação cidadã. Para receber em plenitude o alimento espiritual democrático, a comunidade política deve estar preparada, já confessada e exorcizada dos seus mais terríveis pecados de desigualdade social e de desapego a uma ética humanista (respeito aos direitos humanos fundamentais). Não é possível conceber a ideia de um povo que luta por seus direitos e cumpre com os seus deveres, se nem mesmo sabe que os têm e nem se sente parte desse corpo político-social. Seria como tentar “convencer racionalmente” um peixe de que ele é uma ave, levá-lo a lugar alto qualquer e lançá-lo aos céus, dizendo: voa passarinho!

A formação política pressupõe educação para a cidadania e liberdade de informação, o povo deve ser constituído e respeitado como cidadão (sentimento de cidadania). Não se pode cogitar de um efetivo diálogo democrático (democracia discursiva), se grande parte do respectivo auditório (esfera pública) não dispõe de condições mínimas para a participação livre e instruída (elevados índices de analfabetismo formal e funcional). A verdade é que a história política de uma nação raramente se constrói com saltos (como aquele do “peixe passarinho”), a caminhada ocorre quase sempre a passos lentos.

Em suma, a proposta axiológica de democracia participativa representa um estágio na progressiva evolução para uma dimensão de democracia discursiva, naquele modelo habermasiano de procedimento dialógico aberto e plural, com igualdade de condições para a participação livre e instruída de todos os membros da esfera pública, em que os mais variados assuntos podem ser trazidos ao debate. No Brasil, este é ainda um projeto futurista, uma utopia a ser construída pela via libertária da educação e da formação política e cidadã da nação.

Ainda que o país tenha sido sacudido por uma importante onda de manifestações populares (jornadas de junho/2013), com sólidas pautas reivindicatórias de melhor qualidade nos serviços públicos de transporte coletivo, saúde e educação, bem como duras críticas aos poderes constituídos e à epidemia de corrupção instalada em todas as esferas e estruturas de poder, em especial o Legislativo e o Executivo, não parece que isso possa ser catalogado como um passo decisivo de ruptura com a apatia política tupiniquim que reinou nas últimas décadas. Mas é, sem dúvida, um sinal a ser considerado. Uma das fragilidades desses movimentos parece habitar na sua rarefeita organização (informação e formação

política), o que os torna presas fáceis para hábeis mãos manipuladoras de seguimentos da mídia ou de outros grupos de interesses, que podem tanto facilmente dispersá-los como também canalizá-los para outras conveniências de ocasião.

#### 4 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL

Ao iniciar a apresentação da democracia como princípio normativo, Canotilho recorre àquela difundida formulação essencial de Abraham Lincoln sobre a democracia, como o “governo do povo, pelo povo e para o povo”. Esta seria a “síntese mais lapidar dos momentos fundamentais do princípio democrático”, um verdadeiro “modo de justificação positiva da democracia”, que ele chama de “fórmula de Lincoln”.<sup>25</sup>

Em sentido semelhante, Bonavides sustenta que o povo é o sujeito ativo do processo democrático, pelo que não há democracia sem participação, o que pode haver é uma ditadura constitucional. O povo é o pressuposto fundamental de todo o sistema democrático de poder. Nesta quadra, apresenta a noção de “povo” em três dimensões: povo no sentido político (ligado à noção de participação popular); povo no sentido jurídico (cidadania vinculada à determinada ordem jurídica); e povo no sentido sociológico (laços étnicos e culturais que formam a consciência nacional, povo como nação).<sup>26</sup>

Mas antes de discutir o Estado democrático como princípio axiológico normativo fundamental da ordem constitucional brasileira, interessa abrir um breve parêntese para fazer menção ao próprio conteúdo normativo do Estado de direito, como ordem constitucional de natureza constitutiva, material, procedimental e formal, “que visa dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da actividade do estado”, no sentido de “conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a *medida do direito*”, um “*meio de ordenação* racional e vinculativa de uma comunidade organizada”, conformado a partir do estabelecimento de regras e medidas, da prescrição de formas e procedimentos, e da criação de instituições.<sup>27</sup>

No sistema constitucional brasileiro o Estado de direito está umbilicalmente vinculado à concepção de Estado constitucional de direito, a partir de um complexo normativo que se espraia por quase toda a Constituição Federal, podendo ser identificado, dentre outras disposições, na organização da forma federativa de Estado (artigo 1º, *caput* e artigos 18 a 33), na separação de poderes e distribuição de funções (artigo 2º e artigos 44 a 126), na carta de direitos individuais, coletivos, sociais e políticos (em especial nos artigos 5º a 17), no processo legislativo (artigos 59 a 69), no controle de constitucionalidade (artigos 102 e 103) e nas prescrições que regem a Administração Pública (artigos 37 a 41).

Retomando a questão do Estado democrático de direito e seu *status* constitucional, cabe lembrar que o próprio preâmbulo da Constituição Federal já faz expressa menção ao “Estado democrático”, ao passo que o artigo 1º, *caput* refere-se ao “Estado democrático

<sup>25</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Op. cit., p. 1409.

<sup>26</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*:... Op. cit., p. 13.

<sup>27</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Op. cit., p. 243.



de direito”. Outras Constituições trazem expressões semelhantes: a Lei Fundamental alemã de 1949 refere-se ao “Estado de direito republicano, democrático e social” (artigo 28); a Constituição portuguesa de 1976 somente mencionava a expressão “Estado de Direito democrático” em seu preâmbulo, sendo que, com a Revisão Constitucional de 1982, a formulação passou também para o articulado constitucional (artigos 2º e 9º, “b”); a Constituição espanhola de 1978 refere-se ao “Estado social e democrático de direito” (artigo 1º).

Certamente, nada obstante a sintética expressão enunciativa, a Constituição Federal impõe ao Estado brasileiro um modelo de Estado republicano, social e democrático de direito, em todas as suas dimensões substanciais (materiais) e procedimentais (organizacionais). Vincula a legitimação do próprio Estado ao cumprimento de uma série de obrigações negativas (direitos de liberdade) e prestacionais (direitos sociais), os princípios relacionados à soberania popular, ao pluralismo, à cidadania e à participação política democrática, bem como impõe o cumprimento de diversas regras procedimentais para o exercício legítimo do poder.

Nesse sentido, Canotilho sustenta a democracia como um princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais e organizativo-procedimentais, um princípio complexo forjado a partir das várias dimensões das próprias concepções de democracia. Em uma dimensão representativa, “o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática representativa – órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes”. Já a partir de uma dimensão participativa, o princípio democrático implica a “estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos”.<sup>28</sup>

Estas duas dimensões do princípio democrático estão largamente concretizadas no sistema constitucional brasileiro. O modelo de democracia representativa pode ser extraído do próprio artigo 1º, *parágrafo único* da Constituição Federal, quando enuncia que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Há, ainda, para exemplificar, as normas que regulam os órgãos representativos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (artigos 44 a 58); que preveem o pluralismo político como princípio fundamental (artigo 1º, V); que dispõem sobre o sufrágio universal, o voto direto, secreto e periódico (artigos 14, *caput* e 60, § 4º, II); que regulam os partidos políticos (artigo 17).

A perspectiva da democracia direta e participativa também está prevista, tanto no artigo 1º, *parágrafo único* da Constituição Federal, com no artigo 14, I, II e III (plebiscito, referendo e iniciativa popular de leis), além de todas as disposições constitucionais que asseguram a liberdade de expressão, o direito de reunião e de manifestação política (artigo 5º, VIII, IX e XVI), bem como a participação dos cidadãos na fiscalização das atividades estatais e na formação das decisões políticas, conforme restará discutido logo abaixo.

Em suma, pode-se entender o princípio democrático como um modelo dinâmico, em constante transformação, avesso a qualquer reducionismo ou aprisionamento está-

<sup>28</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Op. cit., p. 287-288.

tico em um conceito normativo ou político fechado. É princípio aberto e informador de todas as ações estatais e da sociedade, a apontar o caminho do contínuo processo de democratização do espaço público, a partir de um modelo de educação para a cidadania e do desenvolvimento livre de todas as pessoas (autodeterminação), com vistas à efetiva participação crítica no processo político, em igualdade de condições intelectuais, sociais, políticas e econômicas.

Não restam dúvidas, portanto, que o princípio democrático e que a dimensão substancial e procedimental do Estado democrático de direito apontam na direção dos postulados da justiça material e da igualdade substancial, a funcionar não só como limites e fatores de legitimação formal à ação estatal, mas também (e sobretudo) como mecanismos de defesa e promoção dos direitos fundamentais (individuais e sociais). Uma relação dialética que não se esgota no relevante papel de defesa da liberdade de participação (liberdade de expressão, de manifestação, de reunião, de associação), atingindo também aqueles contornos prestacionais imprescindíveis à efetiva participação livre, na trilha da construção de uma democracia educacional, cultural, social e econômica.

Com efeito, não há genuína liberdade democrática sem igualdade material, sem as condições mínimas de participação ativa e crítica na vida pública. Na raiz constitutiva do Estado democrático de direito estão os direitos fundamentais individuais e sociais, em uma genética indissociável, que funda o próprio modelo de Estado constitucional de direito. Fora dessa dialética dos direitos fundamentais sempre haverá condições para o debate político acerca da democracia brasileira, mas não com sérias pretensões substantivas de legitimidade constitucional.

## **5 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA, CONTROLE SOCIAL E EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES**

Um das mais sensíveis transformações na dinâmica da disciplina jurídico-administrativa, a partir do vetor normativo estruturante do Estado democrático de direito, refere-se à sistemática do controle da Administração Pública, com a construção e ampliação de inúmeros canais diretamente vinculados ao que CANOTILHO definiu como a “democratização da democracia”, a democracia participativa como um princípio informador do Estado e da sociedade, o que faz surgir os primeiros sinais de construção de uma autêntica Administração Pública democrática ou a democratização da Administração.

Sobre o controle da Administração Pública, importa considerar que a sistemática tradicional não reserva maior destaque ao fenômeno da participação popular (controle social), no controle dos atos administrativos e na formação das decisões políticas da Administração. Inclusive, a própria doutrina jusadministrativista, em especial aquela dos manuais, não dispensa uma preocupação mais aguda em relação ao controle popular (democracia participativa), limitando-se a esquematizar e difundir aquela estrutura básica dos sistemas de controle interno (de mérito e de legalidade), a cargo de cada entidade administrativa, e do controle externo (de legalidade em sentido estrito e de legitimidade/juridicidade), com destaque para o Poder Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas, o Poder Judiciário

(ações típicas ou ações de rito ordinário) e o Ministério Público (em especial via termos de ajustamento de conduta).

Por outro lado, já passadas quase três décadas desde o advento da nova ordem constitucional brasileira, quando foram estabelecidos os contornos desse atual sistema institucionalizado de controle interno e externo do Poder Público, podem ser levantadas críticas consistentes no que concerne aos seus níveis de eficiência e efetividade no controle do agir administrativo. Ademais, não há como desconsiderar os elevados custos de manutenção de um sistema assim hipertrofiado de órgãos e agentes públicos, com diversas sobreposições de esferas de controle, modelo que se tem revelado a um só tempo dispendioso, lento e pouco proativo, ainda muito mais fundado em uma pedagogia punitiva do que na medida da orientação e do controle finalístico e de resultados.

Estas críticas ao modelo tradicional de controle administrativo reforçam a necessidade de uma maior atenção à previsão de diversos espaços e mecanismos de controle social, com a participação democrática da sociedade na fiscalização da gestão pública e no controle da atividade administrativa, que povoa em larga medida a ordem constitucional, dentre os quais podem ser destacados: 1. Direito à informação e petição aos órgãos públicos (artigos 5º, XXXIII e XXXIV; 31, § 3º e 162 da CF/88); 2. Direito à provocação judicial do controle dos atos administrativos via mandado de segurança, mandado de injunção, habeas-data e ação popular (artigo 5º, LXIX, LXXI, LXXII e LXXIII da CF/88); 3. Direito de participação nos colegiados de órgãos públicos relativos aos respectivos interesses profissionais ou previdenciários (artigo 10 da CF/88); 4. Direito de participação do usuário de serviços públicos na Administração Pública direta e indireta (artigo 37, § 3º da CF/88); 5. Direito à provocação do controle externo, pela via dos Tribunais de Contas, em face de irregularidades (art. 74, §2º); 6. Direito de participação na fixação da política agrícola (artigo 187 da CF/88); 7. Direito à participação comunitária na gestão democrática e descentralizada da seguridade social, da saúde, assistência social e ensino público (artigos 194, *parágrafo único*, VII; 198, III; 204, II; e 206, VI da CF/88); 8. Direito de participação na proteção do patrimônio cultural (artigo 216, § 1º e 216-A, X da CF/88); 9. Direito de participação na defesa do meio ambiente (artigo 225 da CF/88); 10. Direito de participação na assistência à saúde e do adolescente (artigo 227, §1º da CF/88); 11. Direito de participação na gestão do Fundo de Combate à Pobreza (artigo 82 do ADCT).

No âmbito infraconstitucional também merece destaque, ainda, a edição de uma série de instrumentos legislativos que fomentam a participação popular e o controle social da Administração Pública, dos quais são exemplos: 1. Lei sobre a criação de Organizações Sociais (Lei Federal n. 9.637/1998); 2. Lei sobre a criação de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei Federal n. 9.790/1999); 3. Estatuto da Criança e do Adolescente e criação dos Conselhos Tutelares (Lei Federal n. 8.069/1990); 4. Lei que regula a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) (Lei Federal n. 8.142/1990); 5. Lei Orgânica da Assistência Social (Lei Federal n. 8.742/1993); 6. Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei Federal n. 9.394/1996); 7. Lei que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica (Fundeb) e o seu respectivo Conselho (Lei Federal n. 11.494/2007); 8. Lei de Acesso à Informação (Lei Federal n. 12.527/2011).

Outro relevante dado vem das diversas previsões legislativas espalhadas pelo ordenamento jurídico, que preveem a realização de audiências e consultas públicas sobre os mais variados temas,<sup>29</sup> dentre as quais merece destaque: 1. O artigo 39 da Lei Federal n. 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos), que determina a realização de audiência pública, como fase inicial, nos processos licitatórios de elevados montantes financeiros; 2. Os artigos 9º, § 4º e 48, *parágrafo único*, I da Lei Complementar Federal n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que preveem a realização de audiências públicas como instrumento de transparência da gestão fiscal do Poder Público; 3. Os artigos 31 a 34 da Lei Federal n. 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal), que regulam as possibilidades de consultas públicas sobre matérias de interesse geral; 4. Os artigos 40, I, 43, 44 e 45 da Lei Federal n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), que regulam as exigências de audiências públicas para a aprovação do Plano Diretor Municipal, a gestão democrática da cidade e a gestão orçamentária participativa.

No mesmo passo, as experiências havidas em torno do modelo de orçamento participativo<sup>30</sup> servem de exemplo do potencial de participação nas decisões administrativas que esses mecanismos podem oferecer. Por certo, inclusive por representarem instrumentos novos de participação, muitas vezes aplicados em comunidades ainda carentes de uma série de questões, carentes mesmo de formação política, estes mecanismos acabam não por não atingir todo o seu potencial emancipatório e participativo, podendo sucumbir a apropriações por interesses de grupos políticos e partidários, o que acaba por reduzir ou mesmo aniquilar, em alguns casos, o seu espírito de espaço de efetiva participação democrática e construção social das decisões do Poder Público.

A participação popular da sociedade civil na formulação, acompanhamento da execução e controle das decisões do Poder Público acerca de uma série de políticas públicas, apresenta-se como um dos mais fecundos traços de consolidação de um modelo de Administração Pública democrática. Isso reclama, inclusive, a efetiva ampliação dos canais de diálogo entre os governos e a sociedade civil, assecuratórios da participação social na atividade e na decisão administrativa, pela via instrumental das audiências públicas, consultas públicas, fóruns de debate etc., com o fortalecimento da atuação de comissões e conselhos sociais e populares e a aproximação da sociedade civil ao debate democrático sobre as políticas públicas que impactam na vida da comunidade política.

Sobre a construção de um modelo de Administração Pública democrática e de participação administrativa, Gustavo Justino de Oliveira apresenta três efeitos caracterizados como extremamente positivos: 1. Uma primeira questão refere-se à maior publicidade e transparência na condução dos assuntos de interesse coletivo, com a densificação do princípio da publicidade administrativa (artigo 37, *caput* da CF/88); 2. Da mesma forma, possibilita aos cidadãos um maior e melhor espaço de informação e conhecimento sobre as diretrizes

<sup>29</sup> Sobre o instituto da audiência pública, consultar: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, p. 153-167, jul./set. 1997.

<sup>30</sup> Sobre a questão da democracia pela via do orçamento participativo, consultar: AVRITZER, Leonardo; NAVARRO, Zander (Orgs.). *A inovação democrática no Brasil: o orçamento participativo*. São Paulo: Cortez, 2003.

dos órgãos administrativos, o que enseja tanto a informação dos cidadãos, como habilita o órgão administrativo a decidir de forma mais acertada e justa, uma vez que passa a dispor de um maior conhecimento acerca da situação subjacente à decisão administrativa; 3. Há, ainda, outra importante contribuição, no sentido de que esses mecanismos de participação criam espaços de efetiva negociação, em que as decisões administrativas passam a ser tomadas a partir da harmônica ponderação entre os interesses envolvidos, na ótica da reciprocidade de concessões.<sup>31</sup>

Na mesma linha, sobre o fenômeno da democratização da atividade administrativa e seu fator de legitimação na comunidade política, Gustavo Binenbojm ressalta a “abertura e fomento à participação dos administrados nos processos decisórios da Administração, tanto em defesa de interesses individuais (participação *uti singulus*), como em nome de interesses gerais da coletividade (participação *uti cives*)”. Esta preocupação crescente com a disciplina e democratização dos procedimentos formativos da vontade administrativa acaba por contribuir para a consecução de três importantes finalidades públicas: 1. Respeito aos direitos do contraditório e ampla defesa dos interessados; 2. Aumento do nível de informação da Administração sobre os reflexos de determinada medida administrativa, sob a ótica dos cidadãos e previamente ao agir administrativo; 3. Alcance de um grau mais elevado de consensualidade e legitimação das decisões administrativas.<sup>32</sup>

Em uma relação conjugada e integrada à dimensão da participação popular na formação das decisões administrativas (controle social), substancialmente ampliada e densificada a partir do princípio estruturante do Estado democrático de direito, há também um enorme fomento da relevância normativa do princípio da eficiência administrativa.<sup>33</sup> O Estado democrático de direito impõe, como nenhum outro, o dever de eficiência ao Poder Público, sobretudo com vistas à efetiva promoção dos direitos fundamentais sociais, pela via da adequada prestação de serviços públicos e racionalização da atividade administrativa.

O princípio da eficiência administrativa somente foi alçado à condição de princípio constitucional expresso a partir da Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, envolto no movimento de reforma administrativa do Estado brasileiro e normatização de instrumentos para um modelo gerencial de Administração Pública,<sup>34</sup> positivado no artigo 37, *caput* da Constituição Federal. Nada obstante, não há maiores dificuldades em reconhecer que o dever de eficiência sempre esteve presente na atual ordem constitucional do país, o que pode ser extraído, por exemplo, da atribuição de controle da economicidade pelos sis-

<sup>31</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração Pública democrática e a efetivação dos direitos fundamentais. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília. *Anais...* Brasília: Conpedi, 2008. p. 6802-6821. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/gustavo\\_justino\\_de\\_oliveira.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/gustavo_justino_de_oliveira.pdf). Acesso em: 3 fev. 2014.

<sup>32</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008. p. 77.

<sup>33</sup> Sobre o princípio constitucional da eficiência administrativa, consultar: GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri: Manole, 2003; MARCELLINO JR., Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus, 2009.

<sup>34</sup> Sobre a reforma administrativa no Brasil e o modelo de Administração gerencial, consultar: FIGUEIREDO, Cláudio Eduardo Regis de. *Administração gerencial & a reforma administrativa no Brasil*. 1. ed. 7. tir. Curitiba: Juruá, 2008. p. 65-182.

temas de controle externo e interno de cada Poder (artigo 70, *caput* da CF/88); da avaliação de resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial da Administração Pública (artigo 74, II da CF/88); da previsão de que lei deverá dispor sobre a organização e o funcionamento da segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades (artigo 144, § 7º da CF/88).

Ao analisar o princípio da eficiência administrativa, Paulo Modesto sintetiza que a obrigação de atuação eficiente impõe: 1. Ação idônea (eficaz); 2. Ação econômica (otimizada); 3. Ação satisfatória (dotada de qualidade). A partir de tais parâmetros, define eficiência administrativa como a *exigência jurídica, imposta à Administração Pública e àqueles que lhe façam as vezes “ou simplesmente recebem recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização das finalidades públicas que lhe forem confiadas por lei ou por ato ou contrato de direito público”*.<sup>35</sup>

Com base nesses parâmetros, não parece adequado considerar o princípio da eficiência administrativa como dever do agir administrativo, a partir de uma relação necessária, constitutiva ou até impositiva de um modelo gerencial (ou até, como se possa pensar, uma faceta neoliberal) de Administração Pública, ainda que obviamente essa aproximação não seja vazia. Na verdade, o dever instrumental de eficiência, tanto na perspectiva da racionalidade e otimização no uso dos meios e recursos disponíveis, como no aspecto da melhor satisfação possível dos resultados esperados e exigidos do agir administrativo (política e normativamente), apresenta-se como autêntica expressão normativa de densificação do próprio Estado democrático de direito, elemento instrumental fundamental à otimizada prossecução dos direitos fundamentais individuais e (sobretudo) sociais assegurados pela ordem constitucional, fator mesmo de legitimidade da atuação estatal.<sup>36</sup>

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os ventos de constitucionalização do Direito Administrativo exigem a superação da lógica tradicional, quase sempre informada por um epicentro normativo e conceitual de dimensão estatal. No salão nobre da juridicidade administrativa abre-se agora a mesa de honra para a perspectiva axiológico-normativa da dignidade humana, do princípio republicano, da sustentabilidade e do Estado democrático de direito, este último objeto central de debate no presente ensaio.

Com efeito, importa reconhecer que a própria finalidade precípua (compromisso genético) da Administração Pública está em fazer-se prisioneira cativa da promoção e defesa dos direitos fundamentais, base não só para os fins da atividade administrativa, mas também fundamento de legitimidade à própria existência estatal.

<sup>35</sup> MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/343>. Acesso em: 9 mar. 2019.

<sup>36</sup> Sobre as dimensões da legitimidade, da finalidade, da eficiência administrativa e da consecução de resultados do agir da Administração Pública, a partir de uma perspectiva pós-moderna de Direito Administrativo e sua relação com o Estado democrático de direito e a prossecução dos direitos fundamentais, consultar: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Em síntese, a ordem constitucional indica, com solidez conceitual, normativa, lógica e axiológica, na linha proposta por Juarez Freitas, a existência de um direito fundamental à boa administração, a impor ao Estado não somente uma adequada gestão dos meios e recursos públicos no cumprimento das suas obrigações constitucionais, mas também e principalmente uma gestão aberta, um modelo de governança plural e democrática. Nesta quadra, cabe reconhecer a existência de um genuíno “direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”.<sup>37</sup>

A exigência do cumprimento de padrões otimizados de eficiência na gestão administrativa, na prestação de serviços públicos de qualidade e na máxima ampliação e satisfação dos direitos fundamentais individuais e sociais constitui-se em decorrência direta e instrumento normativo de concretização do Estado democrático de direito. O direito fundamental dos cidadãos à boa administração determina a construção de um tipo de Administração Pública que seja, a um só tempo, transparente e dialógica nas suas ações, mas também proba e imparcial nas suas relações. Um modelo capaz balizar o agir administrativo com vistas à otimizada e eficiente concretização desse complexo sistema axiológico de regras e princípios constitucionais, em especial aqueles veiculadores de direitos fundamentais individuais e sociais.


## REFERÊNCIAS

- AVRITZER, Leonardo; NAVARRO, Zander (*Orgs.*). *A inovação democrática no Brasil: o orçamento participativo*. São Paulo: Cortez, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 31-63.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- 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.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015.
- CUNNINGHAM, Frank. *Teorias da democracia: uma introdução crítica*. Tradução de Delamar José Volpatto Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009.
- DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: UnB, 2001.

<sup>37</sup> FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 20.

- FIGUEIREDO, Cláudio Eduardo Regis de. *Administração gerencial & a reforma administrativa no Brasil*. 1. ed. 7. tir. Curitiba: Juruá, 2008.
- FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri: Manole, 2003.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebenichler. v. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- MARCELLINO JR., Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus, 2009.
- MEZZAROBBA, Orides. A reforma política e a crise de representatividade do sistema partidário brasileiro. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 27, n. 53, p. 95-112, dez. 2006.
- MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/343>. Acesso em: 9 mar. 2019.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração Pública democrática e a efetivação dos direitos fundamentais. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília. *Anais...* Brasília: Conpedi, 2008. p. 6802-6821. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/gustavo\\_justino\\_de\\_oliveira.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/gustavo_justino_de_oliveira.pdf). Acesso em: 3 fev. 2014.
- RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. São Paulo: Boitempo, 2014.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- SILVA, Felipe Gonçalves. Iris Young, Nancy Fraser e Seyla Benhabib: uma disputa entre modelos críticos. In: NOBRE, Marcos (Org.). *Curso livre de teoria crítica*. Campinas: Papyrus, 2008. p. 199-226.





# Abuso de poder e abuso de autoridade: novas categorias, velhos problemas

**Ricardo Marcondes Martins<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Desvio de poder e abuso de autoridade; 3 Desvio de poder na função legislativa e responsabilização do parlamentar; 4 Decisão vinculante, abuso de poder e responsabilidade do magistrado; 5 Responsabilidade do magistrado por abuso de autoridade; 6 Condução coercitiva e prisão por mera suspeita; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

No XXXII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado em Florianópolis, de 17 a 19 de setembro de 2018, tive a honra de participar, em conjunto com os Professores Valmir Pontes Filho e Paulo Motta, do painel “Abuso de poder e abuso de autoridade: novas categorias, velhos problemas”. No painel, foram discutidas as seguintes perguntas: 1) Existe abuso de poder subjetivo no exercício de função legislativa? 2) O parlamentar pode ser pessoalmente responsabilizado? 3) Caso um magistrado descumpra uma decisão vinculante do STF, comete abuso de poder? 4) Além de sua decisão poder ser invalidada pelos Tribunais Superiores, o magistrado pode ser pessoalmente responsabilizado? 5) As condutas tipificadas no art. 3º da Lei 4.898/68 aplicam-se aos magistrados? 6) Se sim, como se diferencia, no exercício da função jurisdicional, o abuso de autoridade do mero equívoco de interpretação? 7) A decisão que violar os direitos fundamentais referidos no art. 3º e for considerada equivocada pelas Cortes Superiores sujeita o magistrado às sanções previstas no art. 6º? 8) Até que ponto, por mera suspeita, um magistrado pode determinar a condução coercitiva ou a prisão de alguém? De modo bastante objetivo, enuncio as respostas que apresentei no Congresso, com as reflexões proporcionadas pelo debate realizado no painel.

## 2 DESVIO DE PODER E ABUSO DE AUTORIDADE

O enfrentamento das questões exige a definição das expressões “desvio de poder” e “abuso de autoridade”. A primeira é uma *qualificação doutrinária* para os vícios de pressuposto teleológico e pressuposto material.<sup>2</sup> Consagrou-se na doutrina a utilização da expressão “abuso de poder” como gênero de duas espécies, o “excesso de poder”, quando a autoridade extravasa os limites de sua competência — referente, assim, a vícios

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC/SP.  
<sup>2</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 60-62.

de competência, vícios de pressuposto subjetivo —, e o “desvio de poder”, quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, não atenta para a finalidade exigida pelo Direito — referente a vícios de finalidade, vícios de pressuposto teleológico.<sup>3</sup> A doutrina majoritária qualifica como vício de finalidade tanto a não concretização do princípio (*rectius*, valor jurídico<sup>4</sup>) mais pesado no caso concreto, como a não utilização do meio de concretização juridicamente admitido.<sup>5</sup> Por rigor científico, propus diferenciar: vícios de finalidade, referentes à não concretização do princípio mais pesado; de *vícios de contentorização*, referentes à concretização do princípio mais pesado pelo meio juridicamente equivocado.<sup>6</sup> A partir dessa diferenciação, é fácil perceber que a expressão “abuso de poder” é uma qualificação doutrinária tanto para o *desvio de poder em sentido estrito*, relativo aos vícios de finalidade (deficiência de pressuposto teleológico de regularidade dos atos normativos), como para o *desvio de procedimento*, relativo aos vícios de contentorização (deficiência de pressuposto material de regularidade dos atos normativos).<sup>7</sup> Regra geral, esses vícios exigem, ao menos no momento imediatamente subsequente à edição do ato normativo, a correção do vício e, assim, importam na invalidade do ato jurídico.<sup>8</sup> Dizer que há desvio de poder é, portanto, dizer que o ato é inválido por vício de finalidade ou de contentorização.

“Abuso de autoridade” é o *nome juris* dado à realização das infrações tipificadas na Lei Federal 4.898/65.<sup>9</sup> Não há, portanto, que confundir: quando se indaga sobre a configuração do “abuso de poder”, ou de suas espécies, o “excesso de poder” ou o “desvio de poder”, indaga-se sobre a validade do ato jurídico; quando se indaga sobre a configuração do “abuso de autoridade”, indaga-se sobre a tipificação da conduta do agente na Lei Federal 4.898/65. Não há uma relação lógica entre as figuras: é tanto possível que o ato seja válido, mas a conduta seja típica, como que o ato seja inválido e a conduta seja atípica, vale dizer, é possível que haja abuso de autoridade e não haja desvio de poder e é possível que haja desvio de poder e não haja abuso de autoridade. Efetuada essa diferenciação conceitual, é possível enfrentar as questões propostas.

<sup>3</sup> Por todos: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 90-91. Trata-se da última edição publicada em vida do autor.

<sup>4</sup> É corrente na doutrina associar-se a *finalidade* à tutela do bem jurídico. Por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. Cap. VII-44, p. 417. Prefere-se, contudo, associá-la ao princípio mais pesado no caso concreto. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 194. Utiliza-se aí a expressão “princípio jurídico” para se referir ao valor jurídico positivado, cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e constitucionalização do direito privado*. Op. cit., p. 26 ss.

<sup>5</sup> Por todos: TÁCITO, Caio. O Desvio de Poder em Matéria Administrativa. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 157; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Desvio de poder. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 22, n. 89, p. 24-36, jan./mar. 1989. p. 28-32; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Legalidade – Discricionariedade: seus limites e controle. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano XXI, v. 86, p. 42-59, abr./jun. 1988. p. 46.

<sup>6</sup> É perfeitamente possível que o ato administrativo concretize o princípio mais pesado (“P1”) pelo meio juridicamente equivocado (“M2” e não “M1”); haverá vício de contentorização e não vício de finalidade. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. Op. cit., p. 206 et seq.

<sup>7</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. Op. cit., p. 209-2011.

<sup>8</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. Op. cit., p. 143-145.

<sup>9</sup> Por todos: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Op. cit., p. 417.

### 3 DESVIO DE PODER NA FUNÇÃO LEGISLATIVA E RESPONSABILIZAÇÃO DO PARLAMENTAR

No Direito brasileiro vigente o Poder Legislativo exerce função legislativa e função administrativa. A função legislativa consiste na realização de ponderações autônomas no plano abstrato para a concretização dos valores constitucionais.<sup>10</sup> É uma função típica do Poder Legislativo, que a exerce por meio da elaboração de leis ordinárias e complementares, decretos legislativos e resoluções. Suas atribuições, contudo, são muito mais amplas: exerce toda função administrativa necessária à administração do próprio Poder Legislativo (licitações, concursos, gestão de pessoal);<sup>11</sup> e também diversas atividades de controle externo. Não exerce função jurisdicional, mesmo quando “julga” certas autoridades por crimes de responsabilidade; trata-se, nesse caso, de exercício de função administrativa, passível de reexame jurisdicional.<sup>12</sup> Dito isso, indaga-se: é possível o desvio de poder subjetivo no exercício da função legislativa?

A “vontade”, base do direito privado, é irrelevante ou secundária no direito público. Na competência vinculada, a vontade é absolutamente irrelevante. Tanto é verdade que se o agente público, acometido de uma síncope que o prive totalmente de suas faculdades mentais, editar o ato, no exercício de competência vinculada, exigido pelo Direito, o ato será válido.<sup>13</sup> No exercício da função administrativa, a vontade é relevante apenas quando se trata de competência discricionária. Contudo, o vício de vontade não acarreta, por si, a invalidade do ato, pois no direito público o que importa é, utilizando-se de uma prosopopeia,<sup>14</sup> a vontade do ordenamento jurídico. Ocorre que na competência discricionária, o ordenamento imputa ao agente competente a escolha entre as duas ou mais alternativas igualmente admitidas como razoáveis e justas. Nesse caso, a decisão jurídica pressupõe não apenas um ato da razão, vale dizer, a interpretação do Direito (ato cognitivo), mas uma verdadeira escolha (ato volitivo). A “vontade do Direito” é a vontade do agente competente sobre a melhor forma de realizar o interesse público.<sup>15</sup> Se o agente competente escolhe com móvel espúrio — com o intento de perseguir ou beneficiar alguém ou de beneficiar a si —, a má-fé faz presumir de forma absoluta um vício de finalidade<sup>16</sup> ou de contentorização. Se o agente erra no exercício da competência discricionária, seu erro gera uma presunção relativa e não absoluta.<sup>17</sup>

<sup>10</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. Op. cit., p. 64 et seq. Adota-se um conceito material de função estatal, tendo em vista seu papel na ponderação dos valores constitucionais. Uma lei que impõe a “A” pagar a “B” certa quantia em dinheiro em decorrência do descumprimento de um contrato anteriormente celebrado e não admite a revisão dessa decisão, é uma sentença travestida de lei (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. Op. cit., p. 66-68).

<sup>11</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. Op. cit., p. 76-78.

<sup>12</sup> Se o Senado, por exemplo, decretar o impeachment do Presidente República por sua cor de pele, a decisão, por óbvio, poderá ser invalidada pelo Poder Judiciário. No mesmo sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 33, rodapé 5.

<sup>13</sup> Cf. FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Traducción de Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958. p. 291.

<sup>14</sup> Prosopopeia ou personificação é a atribuição de qualidades humanas a seres inanimados. Por todos: GUIMARÃES, Hélio de Seixas; LESSA, Ana Cecília. *Figuras de linguagem: teoria e prática*. 14. ed. São Paulo: Atual, 2003. p. 54.

<sup>15</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 118 ss.

<sup>16</sup> Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 74.

<sup>17</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. Op. cit., p. 201-202.

Dito isso, no exercício da função administrativa, diferencia-se o *desvio de poder objetivo* — vício de finalidade sem má-fé do agente, possível tanto na competência vinculada quanto na discricionária —, do *desvio de poder subjetivo*, vício de finalidade com má-fé do agente, exclusivo da competência discricionária. Quando o Parlamento exerce função administrativa, seja em toda atividade administrativa realizada para a gestão do próprio Poder Legislativo (licitações, contratos, gestão de pessoal), seja em toda atividade de controle dos demais Poderes a ele atribuída pela Constituição, sua atuação, regra geral, obedece ao regime da função administrativa. Assim, na competência vinculada é possível desvio de poder objetivo; na competência discricionária é possível desvio de poder subjetivo e objetivo. Imagine-se que a decisão do Presidente da Câmara dos Deputados relativa ao recebimento de denúncia de crime de responsabilidade do Presidente da República, nos termos do art. 218, §2º, do Regimento interno da Câmara dos Deputados, seja praticada com móvel espúrio. Suponha-se que revele ter recebido a denúncia porque o Presidente não cedeu a alguma exigência anteriormente feita. O recebimento da denúncia é um ato administrativo de competência vinculada e, assim, não tem sua validade maculada pelo móvel espúrio do agente. Se fosse ato de competência discricionária, comumente denominado de “ato político”, a prova da má-fé do agente importaria em presunção absoluta de vício de finalidade (desvio de poder subjetivo).

A pergunta, porém, não se refere à função administrativa do Poder Legislativo, mas à função legislativa. É bastante difícil a configuração de competência vinculada no exercício da função legislativa. Quase sempre, no plano abstrato, o Direito admite duas ou mais alternativas para concretização de um valor constitucional. Função legislativa e competência discricionária são assim indissociáveis.<sup>18</sup> É praticamente pacífico o entendimento de que a lei pode ser inconstitucional por ter positivado meio de concretização desnecessário ou desproporcional em sentido estrito.<sup>19</sup> Sempre que a lei prestigiar o princípio menos pesado no plano abstrato ou positivar meio de concretização não admitido pelo Direito, configurar-se-á vício de finalidade ou de contentorização, típico “desvio de poder”. É, assim, perfeitamente possível o desvio de poder legislativo. Trata-se de um desvio de poder “objetivo”, pois leva em consideração o texto normativo em si, sem atentar para a intenção dos parlamentares que o elaboraram.

A pergunta, porém, refere-se ao desvio de poder *subjetivo* no exercício da função legislativa. É possível que a lei seja inconstitucional, formal ou materialmente, porque o parlamentar estava com móvel espúrio? O *dolo* ou o *erro* do Legislador macula o diploma legislativo? A resposta é negativa: não existe desvio de poder subjetivo no exercício da função

<sup>18</sup> Prevalece na doutrina a posição contrária, segundo a qual a função legislativa corresponde a uma competência conformadora e não discricionária. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Proporcionalidade e boa administração. *Revista de Interesse Público*, São Paulo, ano 2, n. 2, p. 9-35, jan./jul. 2017. p. 11. Discorda-se, tendo em vista a compreensão que se tem da discricionariedade. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. Op. cit., p. 115 ss.

<sup>19</sup> Sobre os postulados da desnecessidade e da proporcionalidade em sentido estrito vide, por todo: CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. 1. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2009. p. 101 ss.; BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 740 ss.

legislativa.<sup>20</sup> Os vícios de vontade dos parlamentares são, todos, para a validade das normas legislativas, desprezados pelo Direito. Se o parlamentar vota pela aprovação de um projeto de lei para beneficiar um amigo ou prejudicar um inimigo, ou porque recebeu uma propina para aprová-la, ou pensando tratar-se de outro projeto, esses vícios serão, em relação à constitucionalidade da lei, irrelevantes. A lei será constitucional se for materialmente compatível com o texto constitucional e se foi formalmente observado o processo previsto para elaborá-la. A resposta é de obviedade ululante. A Câmara dos Deputados é composta por 513 Deputados e o Senado Federal por 81 Senadores; dificilmente uma lei seria válida caso se admitisse que o móvel espúrio de um dos 594 parlamentares fosse suficiente para gerar presunção absoluta de vício de finalidade ou de contentorização.

A validade do diploma legislativo não significa a irresponsabilidade pessoal do parlamentar. Deputados, senadores e vereadores estão submetidos a várias esferas de responsabilização: por infração criminal, por dano civil, por quebra do decoro parlamentar, por crime de responsabilidade, por improbidade administrativa.<sup>21</sup> Assim, caso seja provado que o Parlamentar votou para aprovar um projeto de lei porque recebeu propina, deverá ser responsabilizado, pois sua conduta tipifica diversas infrações (crime de responsabilidade, ato de improbidade, quebra de decoro parlamentar, infração criminal). Insiste-se: não se deve confundir a validade do ato normativo com a responsabilidade do agente estatal que o editou. No caso de exercício de função legislativa com móvel espúrio, a lei será constitucional, mas a atuação do parlamentar será típica, configurando diversas infrações e, por conseguinte, sujeitando-o a várias sanções.

#### 4 DECISÃO VINCULANTE, ABUSO DE PODER E RESPONSABILIDADE DO MAGISTRADO

A segunda questão proposta no painel refere-se à vinculação dos magistrados às súmulas vinculantes, previstas no art. 103-A da CF/88, acrescido pela EC 45/04. Na *Civil Law* é possível distinguir dois tipos de vinculação: a formal, fundamentada numa regra expressa, e a material, fundamentada em princípios constitucionais. Com efeito: a *vinculação material* não decorre de textos normativos expressos, mas, sim, dos princípios da segurança jurídica e da igualdade; os precedentes devem, por força desse princípio, ser *prima facie* respeitados, de modo que seu afastamento demanda um ônus argumentativo. Para que o magistrado se afaste de um precedente materialmente vinculante deve demonstrar: 1) ou que o novo caso difere do anterior e a diferença exige outro tratamento jurídico; 2) ou que o magistrado se

<sup>20</sup> Foi o que concluiu com absoluto acerto SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *O desvio de poder na função legislativa*. São Paulo: FTD, 1997. p. 138.

<sup>21</sup> Concorde-se, nesse ponto, com a tese de José Roberto Pimenta Oliveira, no sentido de que existem várias esferas ou sistemas de responsabilidade dos agentes públicos (*Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 79 ss.). No passado, o STF lamentavelmente considerou inaplicável aos agentes políticos as sanções de improbidade administrativa. STF, Rcl 2138, Relator Min. Nelson Jobim, Relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2007). Mais recentemente, a Corte vem admitindo a dupla responsabilização para os agentes políticos, com exceção apenas do Presidente da República: STF, Pet 3240 AgR, Relator Min. Teori Zavascki, relator(a) p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2018; STF, Rcl 14954 AgR, Relatora Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016; STF, AI 809338 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 29/10/2013.

equivocou na compreensão do Direito, quando da decisão anterior.<sup>22</sup> A *vinculação formal* decorre da previsão expressa em um texto normativo vigente. Nesse caso, só o órgão competente para editar o referido texto pode alterá-lo. Por conseguinte, só a primeira hipótese, vale dizer, a diferença das circunstâncias fáticas, autoriza o afastamento do precedente. A percepção do equívoco de julgamento só é aberta, na vinculação formal, à autoridade que tem competência para editar a norma que impôs a vinculação.

No direito brasileiro, a primeira vinculação formal expressa foi estabelecida pela EC n. 03/93, no §2º do art. 102 da CF/88, para as decisões proferidas em Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Depois, a EC 45/04 deu nova redação ao referido parágrafo para, em acolhimento ao entendimento há muito pacificado no STF, tornar expresso que o efeito vinculante também ocorre nas decisões de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). A EC n. 45/05 atribuiu efeito vinculante às súmulas editadas pelo STF, desde que aprovadas por dois terços de seus membros (art. 103-A). Várias leis, de constitucionalidade bastante questionável, estabeleceram efeito vinculante (Lei 9.868/99, art. 28, parágrafo único; Lei 9.882/99, art. 10, §3º; Lei 13.105/15, art. 927). A validade da Emenda Constitucional 45/05 é também bastante discutível, tendo em vista os limites jurídicos ao poder de reforma.<sup>23</sup> Abstraida essa discussão, o art. 103-A da CF/88 estabelece uma inequívoca vinculação formal: os magistrados estão vinculados às súmulas editadas pelo STF por maioria de dois terços de seus membros; mesmo que os magistrados de primeira e segunda instâncias discordem, têm o dever de respeitá-las.

Quando há vinculação formal, a questão já está decidida (*stare decisis*) para a autoridade vinculada. Assim, mesmo que discorde, o magistrado não pode decidir de outro modo, porque a questão já está decidida para ele. A alteração do entendimento cristalizado na orientação vinculante depende da manifestação das autoridades competentes para enunciá-lo e essa manifestação deve respeitar o procedimento juridicamente estabelecido. No caso das súmulas vinculantes, só o próprio STF pode alterá-las ou revogá-las, de ofício ou por provocação dos legitimados para propositura de ADI (CF/88, art. 103-A, §2º) e dos legitimados previstos no art. 3º da Lei 11.417/06.<sup>24</sup> A pergunta que se propôs é: o magistrado que descumpra a súmula vinculante comete abuso de poder? E, independentemente disso, pode ser pessoalmente responsabilizado?

De início, deve-se observar a incompatibilidade da função jurisdicional com a competência discricionária. A função do magistrado é dizer o Direito (*jurisdictio*), interpretar o sistema normativo vigente, e não realizar escolhas pela vontade.<sup>25</sup> Quando um magistrado,

<sup>22</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. In: FERNANDES, Felipe Gonçalves (Org.). *Temas atuais de direito administrativo*. São Paulo: Intelecto, 2016. p. 30-33.

<sup>23</sup> Sobre os limites ao poder de reforma vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 71-81.

<sup>24</sup> Além dos legitimados para propositura da ADI, arrolados no art. 103, *caput*, da CF/88, já legitimados para provocar a alteração ou o cancelamento de Súmula vinculante pelo próprio §2º do art. 103-A da CF/88, são legitimados, por força da Lei 11.417/06: o Defensor Público-Geral da União, todos os Tribunais do Poder Judiciário, e, apenas incidentalmente nas ações em que for parte, os Municípios.

<sup>25</sup> Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Juízo liminar: poder-dever de exercício do poder cautelar nessa matéria. *Revista trimestral de direito público*, São Paulo, n. 3, p. 106-116, 1993; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Mandado de segurança contra denegação ou concessão de liminar. *Revista de direito público (RDP)*, São Paulo, ano 22, n. 92, p. 55-61, out./dez. 1989. Há apenas uma exceção: a decisão em *mandado de injunção*. Cf.

por exemplo, decide antecipar ou não a tutela, não escolhe pela sua vontade entre duas alternativas igualmente admitidas pelo Direito; cabe a ele interpretar a “vontade do Direito”, vale dizer, descobrir qual decisão o Direito exige que seja adotada: a antecipação ou a não antecipação da tutela. Verdade seja, a competência jurisdicional é, por definição, vinculada. Como o móvel do magistrado é absolutamente irrelevante para a validade do ato jurisdicional, a função jurisdicional é incompatível com o desvio de poder subjetivo.

Em rigor, também é conceitualmente incompatível com o desvio de poder objetivo. É incorreto supor que um ato jurisdicional, por si, não concretiza o princípio mais pesado ou adota o meio de concretização equivocado. A decisão não é propriamente viciada, mas equivocada. Escapa aos limites deste estudo apresentar uma teoria dos vícios da decisão jurisdicional, mas é possível pontuar: a decisão jurisdicional equivocada, passível de reforma quando impugnada pelos meios competentes (recursos e ações impugnativas), não é inválida no sentido técnico. Tanto é verdade que, se transitada em julgado, o equívoco do magistrado é assimilado como acerto pelo sistema normativo.<sup>26</sup> Assim, o conceito de desvio de poder é inaplicável à função jurisdicional. Caso o magistrado viole súmula vinculante, a decisão será juridicamente equivocada, podendo ser substituída pelo STF em sede de *reclamação*.

Dito isso, passa-se à segunda questão: pode o magistrado ser pessoalmente responsabilizado por ter descumprido súmula vinculante? *A responsabilidade pessoal do magistrado* é assunto bastante problemático. Há um problema inerente a toda atuação jurídica: é próprio da interpretação jurídica a divergência, não sendo correto punir um jurista simplesmente porque diverge de outro.<sup>27</sup> Para enfrentar esse tema, é útil a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a responsabilização de pareceristas jurídicos. O aclamado administrativista distingue a validade da decisão jurídica, adotada com base no parecer, da validade do próprio parecer:<sup>28</sup> é perfeitamente possível que a decisão seja inválida e o parecer seja válido. Nas palavras dele: “o ato decisório atacado pode, pois, ser considerado vicioso sem que por isto esteja comprometida a higidez jurídica do parecer que o estribou, ainda que as conclusões dele sejam, a final, infirmadas em juízo, dada a natural divergência de opiniões em questões passíveis de controvérsia razoável”.<sup>29</sup> Isso porque não se pode responsabilizar alguém por divergir sobre a interpretação jurídica correta. Daí a precisa lição de Bandeira de Mello: o parecerista só deve ser responsabilizado quando o parecer for “intolerável” “por estampar manifestação expressiva de visível despreparo profissional”, ou porque o parecerista agiu com “dolo, malícia, intenção deliberada de fraudar as conclusões que a ciência ou a técnica iniludivelmente impunham no caso”, ou porque agiu com culpa decorrente de “afoi-

---

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. Op. cit., p. 115, rodapé 53. Dessarte: é perfeitamente possível que a regulamentação de um direito, prevista no inciso LXXI do art. 5º da CF/88, admita duas ou mais alternativas igualmente razoáveis e justas.

<sup>26</sup> Trata-se de uma importante regra de calibração do sistema normativo: erros do magistrado, no controle difuso, são assimilados como acerto. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Direito e justiça*. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Um diálogo sobre a justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 81-83.

<sup>27</sup> É o chamado “crime de hermenêutica”. Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Advocacia no setor público e os limites da responsabilidade funcional*. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 525.

<sup>28</sup> BANDERIA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 456.

<sup>29</sup> BANDERIA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op. cit.

teza incompatível com o zelo e cautela requeridos”.<sup>30</sup> As lições permitem dar um primeiro passo: o Supremo Tribunal Federal pode considerar que a sentença ou o acórdão violam súmula vinculante e, por isso, reformá-los, mas tal decisão não implica a responsabilização do magistrado, pois este pode ter considerado, no legítimo exercício da atividade judicante, a súmula inaplicável ao caso concreto.

Há que se dar um outro passo. Se o magistrado não aplica a súmula por dolo, vale dizer, porque, por exemplo, recebeu uma propina, ou porque quis, deliberadamente, prejudicar o réu, sua conduta tipifica infração que o sujeita a ser responsabilizado. Nesse caso, faz-se uma observação: no âmbito *disciplinar*, as sanções cabíveis são as previstas no art. 42 da Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar 35/79)<sup>31</sup>. Como se trata de cargo vitalício, a demissão exige decisão jurisdicional transitada em julgado (CF/88, art. 95, I). É bastante comum a omissão estatal na propositura da ação judicial para a demissão de magistrados disciplinarmente afastados por mau exercício funcional. Essa omissão deve ser, por evidente, combatida. Cabe aos órgãos seniores da magistratura (Corregedorias e Conselho Nacional de Justiça) exigirem da Procuradoria Geral do Estado ou da Advocacia-Geral da União o ajuizamento da ação. No caso de omissão, devem oficiar ao Ministério Público para promoção da responsabilidade funcional dos omissos.<sup>32</sup>

A responsabilidade por culpa é mais problemática. No exercício de atividade jurídica em geral, nos termos já referidos, haverá responsabilidade quando houver uma “afoiteza incompatível com o zelo e com a cautela”. Nos termos já antecipados, há uma forte razão *prima facie* contrária à responsabilização do jurista pelo exercício da atividade hermenêutica: é inerente a ela a divergência e não é tolerável responsabilizá-lo por divergir. Assim como é intolerável responsabilizar um advogado público porque não conseguiu “adivinhar” qual interpretação será adotada pelos órgãos de controle, também é intolerável responsabilizar um magistrado porque divergiu dos Tribunais. Em relação aos magistrados há, porém, uma peculiaridade: o Estado de Direito é gravemente comprometido com a violação do princípio do livre convencimento do magistrado.<sup>33</sup> Na atividade judicante, o juiz tem a prerrogativa de decidir a partir de suas próprias convicções sobre a interpretação correta. Vilipendiar essa prerrogativa é fatal para o Estado de Direito. Por força disso, a razão *prima facie* contrária à responsabilização na atividade hermenêutica possui, em relação à magistratura, um peso muito maior: o Direito é absolutamente refratário à responsabilização do magistrado por erros de interpretação. Por força disso, mesmo que o erro seja considerado *grave*, regra geral, o magistrado está isento de responsabilização.

<sup>30</sup> BANDERIA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op. cit.

<sup>31</sup> Sobre o tema destaca-se o excelente estudo de: PORTA, Marcos de Lima. *O direito administrativo disciplinar dos magistrados*. São Paulo: Instituto Paulista dos Magistrados, 2016. p. 47 ss.

<sup>32</sup> A omissão estatal na responsabilização disciplinar pode ser impugnada por qualquer cidadão por meio da ação popular, sob fundamento da violação da moralidade administrativa, e pelo Ministério Público pelo ajuizamento de ação civil pública. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. Op. cit., p. 637.

<sup>33</sup> Os processualistas restringem o princípio à valoração da prova. Por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil – III*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 101-102, §813. Propõe-se um sentido mais amplo: o magistrado tem a prerrogativa de no Estado de Direito decidir a partir de suas próprias convicções.



Nos termos já explicados, caso o magistrado discorde de uma súmula vinculante, deve, ainda assim, aplicá-la, pois a questão está, para ele, já decidida. Porém, ele pode considerar a súmula inaplicável ao caso *sub judice*. Ainda que o Tribunal discorde, e a considere aplicável, o magistrado não deve ser responsabilizado, pois, regra geral, tem a prerrogativa de divergir da interpretação dada pelos outros magistrados. A necessidade de manutenção do livre convencimento é tão importante para o Estado de Direito que mesmo erros *in procedendo* (e não apenas *in judicando*<sup>34</sup>), podem não gerar a responsabilização. Assim, suponha-se que um magistrado delibere expressamente não aplicar a súmula vinculante sob o argumento de que discorda de seu conteúdo. Perceba-se a diferença: não erra na interpretação das condições fáticas e jurídicas em que a súmula é aplicável, mas erra na compreensão de sua própria vinculação. O erro na primeira hipótese está mais imunizado à responsabilização do que o erro na segunda. Contudo, tendo em vista que a punição do magistrado enfraquece seu livre convencimento e este é vital para o Estado de Direito, mesmo no segundo caso a responsabilização é, regra geral, afastada. Reputa-se que houve equívoco de interpretação sobre a própria vinculação.

Isso significa que o magistrado está, de modo absoluto, imunizado à responsabilização por erro? Em grande medida sim, mas essa imunidade não é absoluta. Imunizar o magistrado de modo absoluto pelos seus erros de interpretação também é prejudicial ao Estado de Direito. Daí o intrincado problema jurídico: como compatibilizar a necessidade de respeito ao livre convencimento jurisdicional e a necessidade de responsabilização por equívocos graves de interpretação? O postulado da proporcionalidade dá a solução. As sanções previstas no art. 42 da LOM, regra geral, quando impostas por erro de interpretação enfraquecem de forma desproporcional o princípio do livre convencimento. Há uma sanção que reforça o princípio e não o enfraquece: a imposição do dever de frequentar  *cursos de aprimoramento*. Com efeito: diante de um erro grave de interpretação, devem os órgãos sensores da magistratura (Corregedorias e CNJ) não cesurar, suspender, remover o magistrado, mas sim impor o dever de realizar cursos de aprimoramento. A realização de um Curso de Direito relacionado ao erro tem como consequência direta o aprimoramento do magistrado. Logo, não enfraquece seu livre convencimento e o Estado do Direito, mas os reforça.

Ives Gandra da Silva Martins Filho lembra que, por força da alteração do inciso IV do art. 93 da CF/88 pela EC 45/04, é um princípio constitucional do Estatuto da Magistratura a “previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados”. O art. 105, parágrafo único, inciso I, e o art. 111-A, §2º, inciso I, também inseridos pela EC 45/04, determinam, respectivamente, a criação junto ao STJ da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e a criação junto ao TST da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho. Martins Filho, a partir desses dispositivos constitucionais, propõe um “controle disciplinar preventivo”, decorrente da capacitação judicial nas Escolas de Formação, paralelo ao “controle disciplinar repressivo”, realizado pelas Corregedorias e pelo CNJ.<sup>35</sup> Defende-se aqui a utilização desses cursos não apenas como

<sup>34</sup> Sobre os erros *in procedendo* e *in judicando* vide, por todos: NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 211-216.

<sup>35</sup> MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O controle disciplinar da magistratura e o perfil ético do magistrado*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 345 ss.

controle preventivo, mas também como controle repressivo da atuação judicante com *culpa grave*. As Escolas de Formação, órgãos do próprio Poder Judiciário, possuem em relação a cursos de Direito externos à instituição uma vantagem: por integrar a própria estrutura do Poder Judiciário e se submeter à gestão da própria magistratura, nelas há uma diminuição dos efeitos negativos das “relações de contato”.<sup>36</sup>

A imposição da sanção aqui preconizada deve ser adotada com a máxima cautela. Não é qualquer divergência de interpretação que a justifica. Pelo contrário, somente é justificada em decorrência de equívocos graves de interpretação. Fazem-se duas ressalvas. Primeira: regra geral, ressalvados casos teratológicos, exige a reincidência do magistrado, vale dizer, sua reiteração em equívocos graves. Segunda: o adjetivo “grave” exige um consenso da comunidade jurídica sobre o equívoco.

## 5 RESPONSABILIDADE DO MAGISTRADO POR ABUSO DE AUTORIDADE

A terceira questão proposta no painel refere-se à aplicação, aos magistrados, das condutas tipificadas no art. 3º da Lei 4.898/65. A questão, bastante tormentosa, torna-se fácil a partir das diretrizes fixadas na resposta anterior.

É literal a aplicação do referido dispositivo aos magistrados. Nos termos do art. 5º da Lei 4.898/65, “considera-se autoridade”, para seus fins, “quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitariamente e sem remuneração”. Os magistrados são titulares de cargos públicos efetivos, típicas “autoridades” para os fins da Lei 4.898/65. Tanto que ela possui um tipo especificamente direcionado aos magistrados: preceitua a letra “d” do art. 4º ser abuso de autoridade “deixar o juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou de detenção ilegal que lhe seja comunicada”. Os tipos do art. 3º, referentes à violação de alguns direitos fundamentais — qualquer atentado à liberdade de locomoção; à inviolabilidade de domicílio; ao sigilo de correspondência; à liberdade de consciência e de crença; ao exercício do culto religioso; à liberdade de associação; aos direitos e garantias assegurados ao exercício do voto; ao direito de reunião; à incolumidade física do indivíduo; aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional —, não são destinados especificamente aos magistrados, mas inequivocamente também se destinam a eles. Em suma: é indiscutível que os magistrados são sujeitos passivos das infrações tipificadas na Lei de Abuso de Autoridade.

Daí a pergunta subsequente: sempre que uma decisão judicial for considerada violadora de um dos direitos fundamentais arrolados no referido art. 3º importará na configuração da infração? A resposta é obviamente negativa. É praticamente pacífico que as condutas tipificadas na Lei 4.898/65 são dolosas, não admitem a responsabilização pela culpa.<sup>37</sup> Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas fazem importante ressalva: “nos crimes de abuso de autoridade, o elemento do injusto deve ser apreciado com cuidado, merecendo punição somente as hipóteses em que se constata que o agente agiu com o propósito de

<sup>36</sup> Sobre o conceito de “relações de contato” vide: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 65-69.

<sup>37</sup> Por todos: FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de autoridade*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 27-28.

vingança, perseguição ou capricho e não no interesse da defesa social”.<sup>38</sup> Assim, o magistrado só pode ser punido por crime de abuso de autoridade caso tenha agido com dolo: violar os direitos arrolados no art. 3º, por exemplo, por ter recebido uma propina, ou com o intuito de perseguir alguém. Perceba-se que a responsabilização não se dá pelo conteúdo em si da decisão jurisdicional, mas pela comprovação da má-fé do magistrado.

Ainda que a lei previsse a responsabilização pela culpa — o que, reitera-se, não o faz — a responsabilização dos magistrados estaria afastada. Nos termos já explicados, atribui-se ao magistrado a prerrogativa de dizer o Direito, a partir de suas convicções. Daí ele ser tecnicamente qualificado como verdadeiro “oráculo do Direito”.<sup>39</sup> A violação dos referidos direitos fundamentais por erro de interpretação, nos termos aqui explicitados, afasta a antijuridicidade da conduta do magistrado, mesmo em caso de erros graves. A moderna teoria do injusto penal antecipa o juízo de antijuridicidade para a própria ação ou para o tipo.<sup>40</sup> Assim, é possível sustentar que a violação dos direitos fundamentais por equívoco de interpretação sequer configuraria conduta típica. Logo, mesmo se fosse prevista a punição por culpa, a conduta culposa do magistrado não configuraria abuso de autoridade. Sem embargo, conforme aqui defendido, ela pode gerar sua responsabilização disciplinar. Erros graves, com as cautelas aqui já fixadas, devem ser sancionados com a imposição de realização de cursos de aprimoramento.

## 6 CONDUÇÃO COERCITIVA E PRISÃO POR MERA SUSPEITA

A última questão refere-se à possibilidade de condução coercitiva ou da prisão por mera suspeita e, caso ilícitas, a responsabilidade pessoal do magistrado que as determinar. A CF/88 só admite a prisão como sanção administrativa para as infrações militares, *ex vi* do art. 5º, LXI, segundo o qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar definidos em lei”. Assim, *a contrario sensu*, a autoridade administrativa não pode determinar, no ordenamento brasileiro, ressalvadas apenas as infrações militares, a prisão. A atividade militar alicerça-se na hierarquia estrita e, em decorrência dela, segue um regime constitucional peculiar (CF/88, art. 142). A questão proposta no Congresso, porém, não teve por objeto as infrações militares e, pois, a condução e prisão administrativas. O objetivo central, portanto, não foi adentrar na seara do Direito Processual

<sup>38</sup> FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de autoridade*. Op. cit., p. 28.

<sup>39</sup> Oswaldo Aranha Bandeira de Mello qualificou o Judiciário como “oráculo da Constituição” (*A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky. 1980, p. 89-93). Celso Antônio Bandeira de Mello, com muita propriedade, qualificou-o como “oráculo do Direito” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Juízo liminar: poder-dever de exercício do poder cautelar nessa matéria. Op. cit., p. 114; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Mandado de segurança contra denegação ou concessão de liminar. Op. cit., p. 58).

<sup>40</sup> Explica Juarez Tavares: “Atendendo a essa nova interpretação da relação de antijuridicidade, será possível antecipar esse juízo negativo, ou seja, tratar a questão da incidência de uma norma permissiva para o âmbito do primeiro momento de construção do injusto, mais especificamente para a própria ação, ou mesmo para a tipicidade, conforme a metodologia que se adote” (TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 177).

Penal, mas examinar a responsabilidade dos magistrados. Contudo, pressupôs o enfrentamento de questões que extravasam a temática do Direito administrativo.

É possível, no Brasil, para as infrações penais em geral, a prisão por mera *suspeita*? Claus Roxin e Bend Schünemann distinguem três tipos de suspeita: a) *suspeita inicial* ou *simples* (*Anfangsverdacht*), diz respeito à “existência de pontos de apoio fático que fazem crer possível que uma pessoa tenha cometido um delito e permite, assim, que se dê início a um inquérito”; b) *suspeita suficiente* (*hinreichender Verdacht*), “existência de uma probabilidade preponderante de condenação, e que autoriza a propositura e o recebimento de uma ação penal”; c) *suspeita urgente* (*dringender Verdacht*), entendida como uma “alta probabilidade de condenação, e que é pressuposto de imposição de prisão preventiva”.<sup>41</sup> Logo, no Direito Alemão, segundo os autores, seria possível a prisão pela “suspeita urgente”. E no Brasil?

Dois aspectos são de especial importância para resolução da questão. Primeiro: a) as respostas jurídicas devem dar o devido peso às regras normativas vigentes, com atenção especial para a *supremacia da Constituição* e, em decorrência dela, para a *interpretação conforme*;<sup>42</sup> b) a interpretação jurídica deve dar-se sempre com os olhos voltados para a realidade em que as normas serão aplicadas, pois a realidade interfere na interpretação.<sup>43</sup> A realidade brasileira, antes de 1988, foi marcada por abusos aberrantes cometidos pelas autoridades estatais em relação à condução coercitiva e à prisão. Na chamada Ditadura, militares e policiais civis prenderam cidadãos de modo absolutamente arbitrário e aviltante. A Constituição de 1988 foi elaborada após esse período, de modo que, diante dos abusos, deu, no plano abstrato, um peso muito maior aos *direitos individuais* (P1) de cada cidadão do que ao bem coletivo da *segurança pública* (P2). Pode-se dizer que no texto da Constituição de 1988, “P1” tem *prima facie* mais peso do que “P2”. Esse peso abstrato é ainda mais reforçado à luz da cultura e realidade brasileiras, marcadas pelo autoritarismo. Não apenas a letra do texto constitucional, mas também a realidade em que norma é aplicada fazem com que *prima facie* “P1” tenha mais peso que “P2”. Logo, a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é medida, no direito brasileiro, *excepcionalíssima*. Por força do próprio inciso LXI do 5º extrai-se a admissibilidade da prisão por força da flagrância do delito. Por força desse dispositivo, a Constituição admite a prisão em outras hipóteses além do flagrante, desde que por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, mas não as discrimina. Daí o problema hermenêutico: em que hipóteses?

Pelas razões apontadas, considera-se, regra geral — com a ressalva a seguir exposta —, impossível, no direito brasileiro vigente, a prisão pela mera *suspeita*. Antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória, a prisão é apenas possível a título *cautelar*. Por força do postulado da proporcionalidade, é desproporcional a utilização da prisão como cautelar em relação a crimes não punidos com pena privativa de liberdade (CPP, art. 283, §1º). O Legislador considerou possível a prisão preventiva “como garantia da ordem pública, da

<sup>41</sup> Cf. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bend. *Strafverfahrensrecht*, 27. ed., 2012, §39, nm 15, 16, §40, nm. 6 ss. apud SCHULZ, Lorenz. A suspeita legítima. Tradução de Luis Greco. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio. *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares*. Madri: Marcial Pons, 2012. rodapé 2.

<sup>42</sup> Sobre o tema vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição*. Op. cit., p. 41-18.

<sup>43</sup> Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. Op. cit., p. 34-35.

ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (CPP, art. 312). Por força da parte final, exige-se a chamada *suspeita urgente*, “alta probabilidade de condenação”, mas não basta sua configuração. Perceba-se: regra geral, no Brasil a prisão cautelar não pode ser determinada pela suspeita, mesmo que esta seja quase *certeza*. Exige-se mais: evitar, por exemplo, a continuidade ou a prática de novos atos de violência, a eliminação de provas, a evasão do território. Sempre que determinar a prisão, o magistrado deve ter em vista que, no direito brasileiro, no plano abstrato, “P1” tem um peso acentuadamente maior do que “P2”.

Há apenas uma exceção: quando houver “dúvidas sobre a identidade da pessoa”, é proporcional a prisão cautelar pela *suspeita*. Nesse caso, a prisão dá-se apenas para realizar a identificação (CPP, art. 313, parágrafo único). Quando houver suspeita, fundada em motivos legítimos, de que a identificação apresentada é falsa ou quando a pessoa não apresentar elementos que permitam sua identificação, é proporcional a prisão pelo tempo necessário para que esta seja realizada, desde que ocorra em prazo razoável. É a única prisão por suspeita admitida pelo direito brasileiro.

Indaga-se também sobre a condução coercitiva. Caso uma testemunha, devidamente intimada, não compareça ao Juízo, admite-se sua condução coercitiva (CPP, art. 411, §7º e 535). Em relação ao acusado, o Código de Processo Penal só a admitia para o interrogatório se, regularmente intimado, ele não comparecesse (CPP, art. 260). Parte da comunidade jurídica passou, contudo, a sustentar a possibilidade de condução coercitiva do acusado em outras hipóteses: para evitar a ocultação ou destruição de objetos durante busca e apreensão domiciliar; para realização de interrogatórios simultâneos a fim de impedir que diferentes investigados combinem versões; para possibilitar o reconhecimento pessoal; para o indiciamento formal.<sup>44</sup> Esse entendimento poderia ser legítimo em outros ordenamentos jurídicos (submetidos a outras Constituições e interpretados perante outras realidades). No Direito brasileiro, por força dos dois fatores mencionados e, em decorrência deles, o peso abstrato de “P1” em relação a “P2”, a condução coercitiva do acusado é sempre ilícita, mesmo a prevista no *caput* do art. 260 do Código de Processo Penal. A CF/88, no art. 5º, LXIII, prevê expressamente o direito de não se autoincriminar e, pois, de permanecer calado. Se o infrator tem o direito ao silêncio, é desproporcional submetê-lo à condução coercitiva. Se intimado e não compareceu, é porque quis exercer seu direito constitucional ao silêncio.<sup>45</sup> Logo, a condução coercitiva é uma desproporcional restrição ao seu direito fundamental. Foi o que, com absoluto acerto, decidiu o STF nas ADPFs 395 e 444, ao considerar inconstitucional a condução coercitiva prevista no art. 260 do CPP. Em suma, no Brasil, o infrator só pode ser coercitivamente conduzido à autoridade judiciária nos casos em que for admitida sua prisão.

<sup>44</sup> Por todos: CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; COSTA, Adriano Sousa. Condução coercitiva é legítimo mecanismo de persecução penal. *Conjur*, mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-11/conducao-coercitiva-legitimo-mecanismo-persecucao-penal> Acesso em: 3 nov. 2018.

<sup>45</sup> Por todos: QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 135.

Fixada a impossibilidade de prisão pela suspeita (com a ressalva da hipótese prevista no parágrafo único do art. 313 do CPP) e da condução coercitiva do acusado, resta enfrentar a pergunta objeto do painel: o magistrado que ilicitamente determina a condução coercitiva ou a prisão de alguém, deve ser responsabilizado? A questão já foi enfrentada nas respostas anteriores. Se o fez por dolo (*v. g.*, porque recebeu propina, para perseguir alguém etc.), é indiscutível que sim. Se o fez por culpa (por erro de interpretação), está, regra geral, isento de responsabilização. Observa-se que as decisões proferidas na ADPF têm efeito vinculante (Lei 9.882/99, art. 10, §3º). Nos termos já explicados, o magistrado pode, por erro, considerar que a decisão não se aplica ao caso; ou pode, por erro, considerar que, apesar de se aplicar ao caso, ele não está vinculado a ela. Nos dois casos, pelas razões aqui explicitadas, o Direito é refratário à punição do magistrado. Porém, diante de graves erros – e, reitera-se, o erro é mais grave no segundo caso do que no primeiro –, deve o magistrado ser sancionado com a imposição de realização de cursos de aprimoramento.


## REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- \_\_\_\_\_. Desvio de poder. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 22, n. 89, p. 24-36, jan./mar. 1989.
- \_\_\_\_\_. Legalidade – Discrecionalidade: seus limites e controle. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano XXI, v. 86, p. 42-59, abr./jun. 1988.
- \_\_\_\_\_. *Discrecionalidade administrativa e controle jurisdicional*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1996.
- \_\_\_\_\_. Juízo liminar: poder-dever de exercício do poder cautelar nessa matéria. *Revista trimestral de direito público*, São Paulo, n. 3, p. 106-116, 1993.
- \_\_\_\_\_. Mandado de segurança contra denegação ou concessão de liminar. *Revista de direito público (RDP)*, São Paulo, ano 22, n. 92, p. 55-61, out./dez. 1989.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007.
- CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; COSTA, Adriano Sousa. Condução coercitiva é legítimo mecanismo de persecução penal. *Conjur*, mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-11/conducao-coercitiva-legitimo-mecanismo-persecucao-penal>. Acesso em: 3 nov. 2018.
- CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. 1. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil – III*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Traducción de Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de autoridade*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GUIMARÃES, Hélio de Seixas; LESSA, Ana Cecília. *Figuras de linguagem: teoria e prática*. 14. ed. São Paulo: Atual, 2003.

- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Advocacia no setor público e os limites da responsabilidade funcional. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 500-526.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O controle disciplinar da magistratura e o perfil ético do magistrado*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015.
- \_\_\_\_\_. Proporcionalidade e boa administração. *Revista de Interesse Público*, São Paulo, ano 2, n. 2, p. 9-35, jan./jul. 2017.
- \_\_\_\_\_. Teoria dos princípios formais. In: FERNANDES, Felipe Gonçalves (Org.). *Temas atuais de direito administrativo*. São Paulo: Intelecto, 2016. p. 1-33.
- \_\_\_\_\_. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- \_\_\_\_\_. Direito e justiça. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Um diálogo sobre a justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 43-91.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- PORTA, Marcos de Lima. *O direito administrativo disciplinar dos magistrados*. São Paulo: Instituto Paulista dos Magistrados, 2016.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SCHULZ, Lorenz. A suspeita legítima. Tradução de Luís Greco. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares*. Madri: Marcial Pons, 2012. p. 617-630.
- SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *O desvio de poder na função legislativa*. São Paulo: FTD, 1997.
- TÁCITO, Caio. O Desvio de Poder em Matéria Administrativa. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 71-159.
- TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.







# A exigência de programas de compliance nas relações contratuais com a administração pública: uma análise de constitucionalidade

**Rodrigo Pironti Aguirre de Castro<sup>1</sup>**  
**Mirela Miró Ziliotto**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Ausência de Violação à Norma Geral; 3 Qualificação das Empresas Contratadas; 4 O Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato Administrativo; 5 Programas de Compliance de Aparência? 6 Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, especialmente após a publicação da Lei Anticorrupção Empresarial (Lei n. 12.846/2013) e de seu Decreto Regulamentador n. 8.420/2015, uma onda de combate à corrupção e à fraude em licitações e contratos administrativos ganhou força no Brasil. Esse movimento, inserido em um contexto de incentivo à integridade, à moralidade e à probidade, que vem acompanhado de uma indissociável mudança cultural, implicou consequências em diversos estados da federação, que passaram a apresentar Projetos de Lei com exigências como a implementação de mecanismos de integridade nas organizações que se relacionam com o Poder Público.

Os Projetos que efetivamente tornaram-se Leis adotaram muitas das exigências disciplinadas no próprio Decreto Regulamentador da Lei Anticorrupção Empresarial, e foram ainda além, tornando a obrigatoriedade de implementação de Programas de Integridade por empresas privadas que se relacionam com a Administração Pública uma realidade em alguns estados brasileiros.

No Rio de Janeiro, por exemplo, a Lei Estadual n. 7.753/2017, logo em seu artigo 1º, determina de forma expressa a exigência de implementação de Programas de Compliance nas empresas que mantêm relações com a Administração Pública direta, indireta e fundacional do estado, cujo valor da contratação seja superior aos valores para contratação na modalidade de concorrência prevista na Lei Federal n. 8.666/1993, e o prazo do contrato seja igual ou superior a 180 dias.<sup>2</sup>

No mesmo compasso, mas com peculiaridades que merecem atenção, o Distrito Federal publicou a Lei Distrital n. 6.112/2018, que, em seu artigo 1º dispõe sobre a obriga-

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madrid. Doutor e mestre pela PUC/PR. Advogado e parecerista.

<sup>2</sup> BRASIL. Rio de Janeiro. *Lei Estadual n. 7.753*, de 17 out. 2017. Dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Rio de Janeiro, 17 out. 2017. Disponível em: <http://www2.alerj.rj.gov.br>. Acesso em: 29 jun. 2018.

toriedade de implementação de Programa de Integridade às empresas que tenham relação contratual com a Administração Pública do Distrito Federal, cujos limites de valor sejam superiores aos valores para contratação na modalidade de tomada de preços prevista na Lei Federal n. 8.666/1993, e o prazo do contrato seja igual ou superior a 180 dias.<sup>3</sup>

Além das localidades citadas, o Estado do Mato Grosso, embora não possua uma lei específica que imponha obrigatoriedade de implementação de Programas de Compliance nas empresas que mantêm relação com a Administração Pública, recentemente publicou a Lei Estadual n. 10.744/2018, oriunda do PL 134/2017, que impõe a exigência de assinatura de um Termo Anticorrupção pelas empresas contratadas, exigindo-se que, na prática, essas empresas adotem políticas e procedimentos que em muito se assemelham aos programas de integridade exigidos em outros diplomas legais.

Outros estados também demonstraram preocupação com a integridade nas relações contratuais com a Administração Pública, e, hoje, contam com a tramitação de projetos de lei nesse sentido. Esse é o caso do Estado de São Paulo, com o PL n. 723/2017, do Estado de Espírito Santo, com o PL n. 05/2018, do Estado de Santa Catarina, com o PL 1.274/2018 e do Estado de Tocantins, com o PL n. 08/2018.

E a iniciativa não foi somente dos estados. É que o bom exemplo da publicação das Leis regionais hoje vigentes, levou ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), no dia 6 de junho de 2018, publicar a Portaria nº 877, que torna obrigatória a exigência nos seus editais de licitação, e respectivos contratos, a implementação de programas de integridade pelas empresas contratadas.<sup>4</sup> De acordo com a normativa em referência, a exigência será aplicada a todos os contratos firmados que possuam valor igual ou superior a cinco milhões de reais, devendo a efetividade do Programa de Integridade da contratada ser comprovada ao MAPA no prazo de até nove meses, a contar da data da assinatura do contrato.

Não resta qualquer dúvida, portanto, quanto à preocupação da estrutura orgânica brasileira para com os movimentos em prol do combate à fraude e à corrupção. É incontroverso também que o interesse externado por detrás da publicação desses instrumentos normativos é legítimo. Nesse sentido, qual seria, então, a importância da presente análise? É que a complexidade envolta ao tema de licitações e contratos administrativos muitas vezes leva à veiculação apressada e equivocada de algumas informações. No caso do presente estudo, por exemplo, muito se discute a constitucionalidade das leis e atos normativos que exigem Programas de Compliance nas relações contratuais com a Administração Pública, especialmente no tocante à possível violação de norma geral, o que ensejaria uma inconstitucionalidade formal, e à possível restrição ao caráter competitivo do certame, o que ensejaria uma inconstitucionalidade material.

<sup>3</sup> BRASIL. Lei Distrital n. 6.112, de 2 fev. 2018. *DOE*, Brasília, 6 fev. 2018. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=356400>. Acesso em: 29 jun. 2018.

<sup>4</sup> BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA. Portaria n. 877, de 6 jun. 2018. *Diário Oficial da União*, Brasília, 8 jun. 2018. Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/noticias/mapa-exige-que-prestadores-de-servicos-instituam-programas-de-integridade/Portarian877MAPA2018ProgramadelIntegridadedoMA-PAaprovadopelaPortariaMAPANo705de07042017jun.pdf>. Acesso: 29 jun. 2018.

Isto é, para alguns juristas, a competência para legislar sobre a matéria seria privativa da União, nos termos do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição da República de 1988, sendo vedada, portanto, a edição de tais normas por outro ente. Além disso, a exigência de Programas de Compliance nas relações contratuais com a Administração Pública implicaria restrição à competição, eis que, as empresas que já possuem um programa de integridade poderiam ser beneficiadas.

Ocorre, e como será visto no decorrer desse estudo, essa não nos parece a interpretação mais acertada, já que as leis estaduais ou distritais, e até mesmo atos normativos com a referida exigência, têm por base, justamente, os princípios da probidade e moralidade previstos na Lei geral de Licitações e Contratos, o que por si só, afastaria a possível violação à norma geral. Ademais, entendemos que não há que se falar em restrição ao caráter competitivo do certame quando a exigência se trata de obrigação contratual e não requisito à habilitação.

Assim, e diante da complexidade, importância e repercussão do tema, ainda mais no País da Operação Lava-Jato, em que os reflexos das atividades administrativas e normativas são cobrados na prática, a presente análise mostra-se atualíssima e terá por objetivo demonstrar que os instrumentos normativos em comento, apesar de carecerem de alguns ajustes, estão longe de serem inconstitucionais.

Dessa forma, em um primeiro momento serão abordados os contornos dogmáticos pertinentes à norma geral, demonstrando-se, por conseguinte, a inexistência de violação à Lei Federal nº 8.666/1993 ou ao artigo 22, XXVII, da Constituição da República de 1988, a partir das novas exigências normativas. Na sequência, mediante análise das três fases da contratação pública, demonstrar-se-á a inexistência de restrição ao caráter competitivo do certame ou possível vantagem às empresas que já possuem mecanismos de controle e Compliance. Após, serão analisadas algumas questões normativas que merecem reparo e ao final serão apresentadas as conclusões.

## 2 AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À NORMA GERAL

De início, cumpre registrar que as normas gerais são normas que transcendem às pessoas políticas da República brasileira, que não se confundem com lei federal, estadual ou municipal.<sup>5</sup> São normas, portanto, editadas para unificação de determinado tema, sem, contudo, exauri-lo, deixando as especificações temáticas a cargo das normas especiais instituídas de acordo com as peculiaridades de cada ente.

Como bem leciona Roque Antônio Carraza, as normas gerais servem para apontar as diretrizes, os lineamentos básicos, operando por sínteses, indicando e resumindo. Em outras palavras, as normas gerais nunca devem se debruçar sobre assuntos de peculiar interesse regional ou local.<sup>6</sup> Esse, também, é o entendimento de José Afonso da Silva, para quem

<sup>5</sup> ATALIBA, Geraldo. Regime Constitucional e Leis Nacionais e Federais. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. (Orgs.). *Doutrinas essenciais direito constitucional*. v. III. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 291.

<sup>6</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 20. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 836.

normas gerais são aquelas normas que, via de regra, “não regulam diretamente situações fácticas, porque se limitam a definir uma normatividade genérica a ser obedecida pela legislação específica federal, estadual e municipal: direito sobre direito, normas que traçam diretrizes, balizas, quadros à atuação legislativa daquelas unidades da Federação.”<sup>7</sup>

Como se pode notar, as normas gerais são abertas, traçam diretrizes, diferente dos atos e normas que são editados a atender as peculiaridades de cada ente.

Nesse contexto, cabe destacar que em matéria de licitações e contratos, a Lei Federal n. 8.666/1993 é norma geral. Assim, justamente diante de sua natureza geral, é o diploma responsável por determinar as balizas e diretrizes mínimas a serem seguidas em um processo licitatório. Dentre essas balizas, conforme se depreende de seu artigo 3º, está a determinação expressa de que a licitação será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Aos princípios acima elencados, especialmente o da moralidade e da probidade administrativa, por serem normas gerais de licitação, devem observância os demais entes políticos. Não sem razão, são justamente esses princípios que fundamentam os instrumentos normativos em comento, que têm causado tanta polêmica recentemente, já que são diretrizes básicas a serem seguidas em processos licitatórios e contratações públicas.

Diante desse cenário, passemos, então, a analisar a primeira polêmica abordada nesse estudo: a inconstitucionalidade formal de instrumentos normativos que exigem Programas de Compliance nas relações contratuais com a Administração Pública.

Aqueles que defendem a inconstitucionalidade, o fazem aventando que a exigência constante nesses instrumentos estaria violando a competência privativa da União para dispor sobre normas gerais de licitações e contratos, disciplinada no artigo 22, inciso XXVII, da Constituição da República de 1988. Isto é, as inovações normativas estariam criando uma condição especial mais restritiva à assinatura de contratos administrativos, o que somente poderia se veicular por meio de norma geral.<sup>8</sup>

Não obstante, em nosso modo de ver, a exigência de Programas de Compliance nas relações contratuais com a Administração Pública não carece de constitucionalidade formal, eis que, ao contrário do externado acima, a exigência vai ao encontro das diretrizes básicas da Lei Geral de Licitações, que, como norma geral, privilegia os princípios da moralidade e da probidade, os quais, inclusive, justificam a publicação dos atos em comento, mediante a exigência de estruturas que comprovem o interesse das contratadas no controle de riscos internos e externos e no combate a fraudes.

Com efeito, tanto a Lei Distrital quanto a Lei Fluminense, em seus artigos 3º e 2º, respectivamente, descrevem os objetivos da exigência do Programa de Compliance nas con-

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 280-281.

<sup>8</sup> PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. É preciso cautela ao exigir Compliance em contrato público. *Conjur*, fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-18/clovis-pinho-preciso-cautela-compliance-contrato-publico>. Acesso em: 25 jun. 2018.

tratações, sendo eles: proteger à Administração Pública de atos lesivos, garantia da execução contratual, redução de riscos e obtenção de melhores desempenhos e qualidade. No mesmo compasso, a Portaria n. 877 do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, em seu artigo 2º, expressa que os objetivos à exigência dos Programas de Integridade são: alinhar os fornecedores do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento aos esforços de integridade, mitigar e reduzir riscos e obter melhores desempenhos.

Esses objetivos, como se nota, são suficientes a demonstrar que a exigência dos Programas de Compliance nas relações contratuais em momento algum fere as diretrizes básicas da Lei Geral de Licitações. É que, se a exigência está em estrita concordância às diretrizes da norma geral, ainda que esta não tenha disciplinado de modo expresso determinada obrigação – o que sequer é de sua natureza, já que, como vimos, as normas gerais disciplinam balizas, que serão melhor delineadas pela legislação específica sobre o tema –, não há que se falar em inconstitucionalidade.

Dá dizer que a obrigatoriedade dos Programas de Compliance nas relações contratuais com a Administração Pública exigida em diplomas estaduais ou distritais, ou ainda, em portarias ministeriais, não conflita com os princípios gerais das licitações públicas previstos no artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República de 1988, tampouco com as normas gerais disciplinadas na Lei Federal n. 8.666/1993, mas ao contrário, os complementa, os define de acordo com as peculiaridades de cada ente.

Corroborando o entendimento em destaque o fato de que a própria Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos permite a exigência de requisitos técnicos previstos em legislação específica, ou, ainda, de qualificação restritiva no próprio bojo do instrumento convocatório, quando devidamente justificada e de acordo com os princípios gerais da licitação pública. Não poderia ser diferente, portanto, com a exigência de implementação de Programas de Integridade, após a assinatura do contrato, já que, como visto, a exigência encontra-se em estrita consonância às diretrizes básicas das licitações.

Conforme se verá no decorrer desse estudo, não se está aqui a defender a perfeição dos instrumentos normativos em comento. Isto é, tem-se a plena consciência de que as inovações não são no todo perfeitas, merecendo, sim, alguns reparos. Contudo, quanto à inconstitucionalidade formal da exigência dos Programas de Compliance nas relações contratuais com a Administração Pública, em nosso modo de ver, não há como defendê-la, sendo a exigência, portanto, constitucional.

### **3 QUALIFICAÇÃO DAS EMPRESAS CONTRATADAS**

A segunda polêmica abordada neste estudo diz respeito à possível inconstitucionalidade material quando da exigência de programas de Compliance nas contratações com a Administração Pública.

É que para os que defendem a inconstitucionalidade, haveria restrição à competitividade do certame, já que somente as empresas possuidoras de Programas de Compliance poderiam participar das licitações públicas com a referida exigência, ou, ao menos, teriam vantagem em suas propostas, já que não precisariam gastar tempo e dinheiro com a cria-

ção de um programa no prazo estabelecido pelas normas. Tal ocorrência, portanto, violaria diretamente o artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil, que assegura a igualdade de concorrência entre todos os participantes.<sup>9</sup>

Esse posicionamento, contudo, decorre de uma leitura apressada das Leis fluminense e distrital, bem como da Portaria ministerial, e não corresponde à melhor interpretação normativa. Isso porque, tanto a Lei do Rio de Janeiro, a Lei do Distrito Federal, quanto a Portaria do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, estabelecem em seus artigos a exigência de implementação dos Programas de Compliance como obrigação contratual, e não como condição de habilitação.

Em outras palavras, não se trata de uma condição à participação no certame, mas sim uma obrigação que deverá ser concretizada após a assinatura do contrato. Assim, qualquer empresa poderá participar de certames licitatórios, se possuindo ou não Programas de Compliance. Destaque-se, nesse sentido, que o artigo 5º da Lei fluminense exige que os programas de Compliance sejam implementados no prazo de 180 dias após a celebração do contrato. Da mesma forma é o que dispõe o artigo 1º, da Portaria n. 877 do MAPA, que exige a implementação dos programas em até nove meses após a assinatura do contrato.

Diversamente dos diplomas normativos comentados, o Distrito Federal, em 16 de julho de 2018, alterou o teor do artigo 5º da Lei n. 6.112/2018, que conferia, assim como o Estado do Rio de Janeiro, o prazo de 180 dias à implementação efetiva de Programas de Compliance. A nova redação do artigo, portanto, passou a exigir como termo certo e determinado para cumprimento da obrigação a data de 1º de junho de 2019. Essa iniciativa do governo do Distrito Federal foi bastante adequada, já que prorrogou o prazo de cumprimento da obrigação, garantindo maior eficiência à implementação dos Programas de Integridade (seis meses, em nosso modo de ver, é um prazo muito curto para assegurar efetividade), e, até mesmo, maior maturidade ao mesmo quando da celebração de contratos públicos.

Como se nota, as novas exigências – implementação de programa de Compliance eficiente após a celebração do contrato – não inviabilizam a participação de empresas sem programas de integridade implementados em licitações públicas, eis que se trata de uma obrigação contratual. Inclusive, a existência de multa contratual como única sanção administrativa aplicável em caso de descumprimento da referida exigência, corrobora citado entendimento.

Importante deixar claro, nesses termos, que os programas de Compliance somente serão exigidos na 3ª fase da contratação, isto é, no âmbito da execução do contrato administrativo. Durante as fases de planejamento e de escolha do fornecedor, a existência ou não de Programas de Compliance efetivos nas empresas participantes do certame não as diferenciará em nada, não sendo este um critério de escolha. O valor apresentado em suas propostas, a sua capacidade técnica e o atendimento aos documentos habilitatórios continu-

---

<sup>9</sup> “Art. 37, inciso XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso: 29 jun. 2018.

arão sendo os únicos critérios classificatórios e habilitatórios à obtenção da proposta mais vantajosa pela Administração Pública.

Diante do cenário apresentado, somente uma leitura apressada dos instrumentos normativos em comento poderia nos levar a ratificar o entendimento pela inconstitucionalidade material da exigência de implementação de Programas de Compliance nas relações contratuais com a Administração Pública. Em outras palavras, jamais se poderia afirmar a ocorrência de restrição à competição no caso em análise, já que os Programas de Compliance somente tornar-se-ão exigíveis após a celebração do contrato, como obrigação contratual, não sendo, portanto, exigência à celebração do contrato administrativo.

Resta saber, contudo, se o prazo estipulado à implementação desses programas é suficiente.

Em nosso modo de ver, o prazo de 180 dias estipulado na Lei do Rio de Janeiro e, antes, na Lei do Distrito Federal, é muito curto, especialmente às empresas que possuem estrutura mais complexa. É que a implementação consciente e efetiva dos Programas de Compliance deve iniciar com o apoio da Alta Administração, que deverá estar aberta à mudança cultural da organização em prol da integridade, para, na sequência, ser realizada uma análise de maturidade da empresa no aspecto de Compliance, bem como do apetite de risco relacionado às atividades da organização. Somente após essa atuação mapeadora, é que se iniciará o planejamento e estruturação do plano de integridade da organização, elaborando-se ou aprimorando-se seu Código de Conduta, criando-se uma estrutura sólida de Compliance, bem como instituindo-se políticas internas de integridade. Ao final da estruturação do Programa, ainda será necessária a realização de treinamento dos funcionários, e em alguns casos, até mesmo dos fornecedores, de modo a tornar clara a necessidade da observância das políticas de integridade criadas e do comprometimento dos envolvidos, sob pena de o Programa de Compliance mostrar-se ineficiente.

Como se nota, a implementação de um Programa de Compliance é atividade complexa, que, com toda a certeza, leva mais do que seis meses a se mostrar efetivo, eis que demanda tempo, compromisso e técnica, devendo a exigência do prazo à sua implementação ser ajustada nos instrumentos normativos existentes, permitindo-se, assim, a adequação das organizações em um prazo maior.

A implementação apressada de Programas de Compliance, no prazo curtíssimo de 180 dias, por exemplo, poderá fazer com que esses programas não sejam efetivos, sendo implementados apenas pela aparência, sem, contudo, trazer qualquer resultado à empresa e benefícios à contratação, em total arrepio aos objetivos disciplinados na legislação, e que justificam a exigência desses programas nas relações contratuais com a Administração Pública.

Assim, em que pese não se possa falar em inconstitucionalidade da exigência, eis que, conforme visto, não há restrição ao caráter competitivo do certame, alguns reparos precisam ser realizados para que a exigência não se torne inócua.

Naquilo que diz respeito à inconstitucionalidade pela suposta vantagem competitiva das empresas que já possuem Programas de Compliance implementados, eis que não precisariam inserir os custos da implementação em sua proposta, em nosso modo de ver,

também não é a interpretação mais correta. Isso porque, é da natureza das licitações públicas a exigência de qualificações dos seus participantes, sendo recorrente, ainda, a exigência de qualidades mais específicas a depender do objeto da licitação.

Nesse contexto, se os editais podem exigir especificações técnicas, sem que isso configure inconstitucionalidade ou implique vantagem a determinados participantes, já que, pelo porte ou natureza destes, alguns podem já possuir determinadas qualificações em sua estrutura, natural, portanto, que quando a exigência venha de uma imposição normativa, não exista, também, restrição à competição. Até porque, se a interpretação pela inconstitucionalidade fosse acertada, qualquer edital que disciplinasse uma exigência técnica para além daquelas constantes na Norma Geral de Licitações e Contratos incorreria em inconstitucionalidade. Essa interpretação, por assim dizer, além de ser equivocada, engessaria toda a estrutura de contratação da Administração Pública, impedindo, especialmente, a contratação mais vantajosa. O que nesse caso, sim, acarretaria inconstitucionalidade por violação direta do artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República de 1988.

Daí porque, em nosso modo de ver, não há que se falar em restrição do mercado às empresas que já possuem programas de Compliance em detrimento à competitividade necessária nos procedimentos licitatórios, já que a exigência de implementação de Programas de Compliance não é um requisito à assinatura do contrato administrativo, à participação no certame, tampouco à formulação de propostas.

#### **4 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO**

Superada a questão da constitucionalidade da exigência de implementação de Programas de Compliance nas relações contratuais com a Administração Pública, importante destacar que, apesar de constitucionais, os instrumentos normativos em comento não são de todo perfeitos. Alguns dispositivos merecem reparo, tendo em vista a possível violação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, do princípio da vinculação ao instrumento convocatório e da previsibilidade, afetando-se diretamente a manutenção das condições iniciais da avença.

É que a Lei Distrital, por exemplo, determina que “para efetiva implantação do Programa de Integridade, os custos ou despesas resultantes correm à conta da empresa contratada, não cabendo ao órgão contratante o seu ressarcimento” no parágrafo único, de seu artigo 5º. A priori, esse dispositivo, quando analisado em sua particularidade, não implicaria nenhum óbice à constitucionalidade. O problema surge, no entanto, quando de uma interpretação sistêmica da Lei distrital, já que a exigência da implementação dos programas serve, também, aos contratos já vigentes, nos termos da extensão disciplinada no inciso II, do artigo 2º. Nesse caso, em homenagem ao equilíbrio econômico-financeiro, à vinculação ao instrumento convocatório e à previsibilidade das condições iniciais da avença, os custos pela implementação dos Programas de Integridade jamais poderiam ser suportados pela contratada.

Importante memorar, nesse contexto, que qualquer modificação não prevista nas etapas iniciais da avença, e que afete o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, deve ser devi-



damente recomposta. Isso é o que convencionalmente se chama de intangibilidade da equação econômico-financeira travada entre a Administração Pública e a contratada. Nesse sentido, Fernando Vernalha Guimarães assevera que a intangibilidade se trata de princípio que assegura aos contratantes a mesma relação de equidade existente no momento da celebração do contrato, sendo esta equidade não só referente aos aspectos econômicos do contrato, mas à “realização, viabilização e continuidade do interesse público perseguido pela via do contrato”.<sup>10</sup>

Marçal Justen Filho, por sua vez, reconhece a equação econômico-financeira como a relação entre encargos e vantagens assumidas pelas partes, a qual é intangível, isto é, deve ser preservada ao longo da execução contratual. O jurista ainda destaca que o “exercício de competências anômalas da Administração não pode alterar a equação econômico-financeira original”. Assim, uma vez alterada alguma condição contratual, concomitantemente devem ser alteradas as cláusulas que impliquem diretamente o pagamento da contratada, eis que a equidade não poderá ser, jamais, afetada.<sup>11</sup>

Em outras palavras, não se pode surpreender a empresa contratada com exigências não previstas no decorrer do processo de contratação, alterando-se unilateralmente as condições contratuais, ainda mais quando a alteração impactar diretamente na estrutura da própria contratada. Evidente que, nesses casos, não se poderia impor tamanho ônus à contratada, sem reconhecer que o mesmo deverá ser ressarcido.

Diante desse cenário, entendemos que existiu um grande avanço em prol da eficiência e do combate às irregularidades com a exigência da implementação de Programas de Integridade nas relações contratuais com a Administração Pública, contudo, a imposição dos custos e despesas às contratadas sem obrigatoriedade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, quando o contrato já se encontra vigente e sua celebração foi anterior à publicação dos diplomas em comento, precisa ser repensada e ajustada, para que novos instrumentos normativos não incorram no mesmo erro.

## 5 PROGRAMAS DE COMPLIANCE DE APARÊNCIA?

Compliance, palavra estrangeira, proveniente do verbo em inglês “*to comply*”, significa estar em conformidade ou cumprir com o que foi proposto, possuindo importante papel na estimulação da transparência, da ética e da confiança de uma organização. Para Candelloro, Rizzo e Pinho, Compliance “é um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado que atua, bem como a atitude de seus funcionários.”.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 259-261.

<sup>11</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 526. Também nesse sentido se posiciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 314. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 655-663.

<sup>12</sup> CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. *Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: Trevisan, 2012. p. 30.

O Compliance, por assim dizer, envolve questões estratégicas de uma organização, como a identificação de situações aptas a inibir condutas ilegais e antiéticas e a implementação de comportamentos conforme as normas. A responsabilidade dessa área é, portanto, identificar, prevenir e mitigar a prática de eventos que possam causar danos, elaborando-se códigos de conduta e regulamentos internos aptos a adequar a atuação da empresa no mercado. Dentre suas diversas funções, as principais são (i) a criação de códigos de conduta e integridade que abranjam princípios, valores e missões da organização pública; (ii) a instituição de canal de denúncias que permita o recebimento de denúncias internas e externas relativas aos descumprimentos dos regulamentos internos do Poder Público e demais legislações aplicáveis; (iii) instituição de mecanismos de proteção, com a determinação de sanções em caso de descumprimento das regras criadas; e (iv) realização de treinamentos periódicos, buscando-se a atualização contínua dos agentes públicos.

A implementação de Programas de Compliance, nesse sentido, merece especial atenção das organizações que contratam com o Poder Público, eis que, conforme já destacado em outra oportunidade por Rodrigo Pironti, os Programas de Integridade devem ser vistos não apenas como uma exigência legal, mas também como uma oportunidade de as empresas se apresentarem ao mercado positivamente, demonstrando sua preocupação com a integridade e ética em suas relações.

A complexidade atual do tema, e, notadamente, as exigências postas pelos novos instrumentos normativos aqui analisados, são a prova de que as empresas privadas que têm interesse em estreitar relações com a Administração Pública, devem começar a se adequar às novas tendências, voltando-se especialmente à garantia de integridade.

Vale destacar, nesses termos, que a adequação mediante a implementação dos Programas de Integridade deve ser efetiva, isto é, não adianta implementar programas apenas “para inglês ver”. Em outras palavras, de nada adianta comprar programas prontos, embaçados em modelos e realidades de outras empresas. Os Programas de Compliance, como elemento vinculado a questões de governança corporativa, devem sempre estar adequados às particularidades de cada organização. A implementação de um programa de Compliance, portanto, não é uma atividade simples, e conforme visto, demanda tempo, comprometimento e expertise, por isso, programas modelos não serão efetivos, eis que não atenderão às necessidades específicas da organização.

Ademais, para além da importância de programas de Compliance serem efetivos por uma questão interna da organização, é de suma importância que os mesmos sejam efetivos de modo amplo, já que serão constantemente avaliados pelo gestor ou fiscal do contrato celebrado com a Administração Pública, conforme determinam os artigos 11 e 13 das Leis Estadual n. 7.753/2017 e Distrital n. 6.112/2018, respectivamente. Inclusive, em caso de descumprimento da exigência, poderá ser aplicada uma multa contratual, conforme já destacado no decorrer deste estudo.

A atribuição de competência de fiscalização dos programas de Compliance ao gestor ou fiscal do contrato tratada acima, contudo, é mais um dos pontos que merece reparo nos instrumentos normativos em voga. É que, em nosso modo de ver, a atribuição à fiscalização

da implementação não deveria ser do fiscal ou gestor do contrato, que já tem suas atribuições bastante delineadas na Lei Geral de Licitações – e que não são tarefas simples - não possuindo, portanto, tempo, capacidade e expertise necessários para fiscalizar de modo eficiente a implementação dos programas de Compliance.

Já demonstrando certo avanço no sentido do reparo proposto, e de modo diverso das leis em comento, a Portaria n. 877 do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, atribui ao Setor de Contratos da Coordenação-Geral de Recursos Logísticos do Departamento de Administração do MAPA a fiscalização da existência real e efetiva dos programas de Compliance (art. 4º). Ocorre, ainda assim, permanece com a previsão de que o fiscal do contrato, orientado pela Unidade responsável, deverá fiscalizar a efetividade do Programa de Integridade, bem como solicitar informações no caso de constatadas não conformidades (art. 8º).

Em nosso modo de ver, contudo, a fiscalização referente à implementação desses Programas de Integridade, para que sejam de fato efetivos, e não apenas de aparência, deveria ser realizada por uma área específica e competente para tanto, ou seja, uma área de Compliance, uma área de Controles Internos, ou uma Comissão criada para tal fim, eis que essas sim são estruturas competentes para avaliar se os programas implementados atendem às exigências mínimas estabelecidas nos instrumentos normativos, e são capazes, inclusive, de realizar uma avaliação mais objetiva dos parâmetros de cada programa.

## 6 CONCLUSÃO

Diante do cenário apresentado, pode-se concluir que os diplomas normativos analisados não padecem de vícios de constitucionalidade, eis que editados em estrita consonância às diretrizes básicas da Lei Geral de Licitações e Contratos, da Lei Anticorrupção Empresarial e da própria Constituição da República de 1988.

Insiste-se em afirmar, nesses termos, que se as normas são editadas de acordo com os parâmetros dados pela norma geral, não há que se falar em inconstitucionalidade formal. Ademais, considerando que a exigência de implementação de Programas de Compliance é uma obrigação contratual, e não um requisito habilitatórios, também inexistente inconstitucionalidade material por afronta ao artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República de 1988.

Entretanto, e apesar de considerarmos constitucionais os instrumentos normativos analisados no decorrer desse artigo, sabemos que essas inovações, que são legítimas e necessárias, merecem reparos, especialmente para garantir a intangibilidade da equação econômico-financeira dos Contratos Administrativos vigentes, onde a exigência à implementação de Programas de Integridade nas relações contratuais com a Administração Pública já é realidade. A necessidade de reparos, contudo, jamais será suficiente a desprestigiar o reconhecimento pelo grande avanço dessas inovações, ou, ainda, a ratificar uma suposta inconstitucionalidade, como, infelizmente, vem sendo veiculado por alguns juristas.

É que, conforme destacado no decorrer desse estudo, os Programas de Integridade trazem inúmeros benefícios às organizações e sua gestão, e, principalmente à Administração

Pública, como eficiência e maior segurança nas contratações públicas. Assim, exigí-los nas relações contratuais com o Poder Público é uma oportunidade de garantir maior qualidade e efetividade às contratações.

## REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. Regime Constitucional e Leis Nacionais e Federais. In: CLÉVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (Orgs.). *Doutrinas essenciais direito constitucional*. v. III. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso: 29 jun. 2018.

BRASIL. Lei Distrital n. 6.112, de 2 fev. 2018. *DOE*, Brasília, 6 fev. 2018. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=356400>. Acesso em: 29 jun. 2018.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA. Portaria n. 877, de 6 jun. 2018. *Diário Oficial da União*, Brasília, 8 jun. 2018. Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/noticias/mapa-exige-que-prestadores-de-servicos-instituam-programas-de-integridade/Portarian877MAPA-2018ProgramadeIntegridadedoMA-PAaprovadopelaPortariaMAPANo705de07042017jun.pdf>. Acesso: 29 jun. 2018.

BRASIL. Rio de Janeiro. *Lei Estadual n. 7.753*, de 17 out. 2017. Dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Rio de Janeiro, 17 out. 2017. Disponível em: <http://www2.alerj.rj.gov.br>. Acesso em: 29 jun. 2018.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. *Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: Trevisan, 2012.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 20. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. É preciso cautela ao exigir Compliance em contrato público. *Conjur*, fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-18/clovis-pinho-preciso-cautela-compliance-contrato-publico>. Acesso em: 25 jun. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.



# Sociedade de riscos e controle da administração pública<sup>1</sup>

**Rogério Gesta Leal<sup>2</sup>**

**SUMÁRIO:** **1** Introdução; **2** Qual administração pública para qual sociedade? **3** Por uma administração pública do risco e do perigo; **4** Possibilidades do controle interno da administração pública no Brasil; **5** Considerações finais; Referências.

## **1 INTRODUÇÃO**

A Sociedade na qual opera o Direito Administrativo contemporâneo não é linear ou capaz de ser enquadrada em esquemas lógicos tradicionais de comportamentos (ativos, omissivos, reativos), individuais ou sociais; sequer pode ser engessada em molduras normativas estáticas. Aliás, grande parte das tradicionais molduras normativas que vigem no âmbito da Administração Pública, em muitas circunstâncias, não dão conta dos níveis de complexidade e sofisticação impostos por relações institucionais e intersubjetivas de alto risco e periculosidade como as que vivemos.

Quando os déficits regulatórios destas molduras normativas se ampliam demasiadamente, é o sistema jurídico – enquanto estrutura conformativa da identidade social – que se vê atingido progressivamente, gerando quebra de expectativas comportamentais e, por declinação, abala paradigmas constituídos de organização e funcionamento da Sociedade, dentre as quais: da segurança jurídica de atos, fatos, negócios e relações as mais diversas; a questão da estabilidade destas relações e situações no tempo e espaço, ambos estes fenômenos desencadeando quebra de confiança das pessoas (físicas e jurídicas) em suas instituições, normas jurídicas, acordos entabulados e, por fim, no Estado Democrático de Direito e mesmo na Democracia.

Esses cenários de incertezas vão operando mutações, de igual importância, tanto nos espaços públicos como privados, os quais, para poderem cumprir com suas funções anunciadas, tem que encontrar formas e formulas adequadas aos riscos e perigos anteriormente referidos (em grande parte inéditos) e que se avolumam, ainda sendo premidos por novas temporalidades e espacialidades decorrentes – em especial relacionados ao problema do tempo da decisão política na Democracia.

---

<sup>1</sup> Este artigo é fruto de participação como painalista no XXXII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado nos dias 17 a 19 de setembro, em Florianópolis, Santa Catarina.

<sup>2</sup> Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito. Professor titular da Unisc e da FMP.

O tempo da tomada de decisão (legislativa, judicial ou de políticas públicas), tem sido marcado hodiernamente por situações de cada vez mais urgência e periculosidade (sociais e individuais), as quais tem periclitado algumas funcionalidades (notadamente de segurança) prometidas pelos sistemas normativos modernos, fazendo com que as Democracias Representativas reequacionem suas ações institucionais entre a (hiper)velocidade das demandas em face das respostas, eis que vão surgindo cada vez mais problemas que reclamam medidas/decisões públicas que não podem aguardar o ritmo mais lento das burocracias/processos/procedimentos tradicionais do Estado de Direito, impondo-se soluções (parciais ou totais) imediatas e urgentes.

Tudo isto altera significativamente os desafios da Administração Pública, pois lhe obriga a pensar e agir sintonizada com os inéditos vetores acima referidos, o que por sua vez também atinge a revisão necessária dos seus controles (historicamente lentos, curativos e *pos factum*).

O presente trabalho pretende justamente refletir sobre as condições e possibilidades da Administração Pública na Sociedade de Riscos e Perigos em que nos encontramos, e quais os controles que devem se instituir e operar para garantir, a máxima potência, sua legitimidade democrática.

## 2 QUAL ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA QUAL SOCIEDADE?

O tempo da política e da decisão pública hoje é cada vez mais divergente, principalmente porque colapsado em face do tempo das demandas individuais e coletivas e suas urgências. Resulta daí ambientes intersubjetivos de decepção social que rapidamente – se não enfrentado com eficiência (que inclusive pode ser ilusória) – geram manifestações explosivas de protesto (como a recente greve de caminhoneiros no Brasil<sup>3</sup>), reações massivas e de mídia a favor de aumento do punitivismo e criminalização de ações políticas; hiperativismos institucionais de questionável legitimidade democrática (edição de Medidas Provisórias, Decretos-Leis, decisões judiciais supressivas da política representativa (aborto, greve do setor público)).

Esses movimentos geram processos de desencantamento da política, ou indiferença do político, abrindo espaços de vazios de poder que assim não se mantém por muito tempo, porque ocupados, não raro, por protagonistas de plantão com baixíssima representatividade comunitária.<sup>4</sup>

Tal a sociedade hipermoderna de que nos fala Gilles Lipovetsky<sup>5</sup>, que se caracteriza pela multiplicação e pela alta incidência da experiência frustrante, tanto no âmbito público como no privado, sendo que a extensão dos domínios desta decepção acompanha padrões estatísticos relacionados ao ânimo moral dos indivíduos, descredenciando as resistências cívicas da cidadania.

<sup>3</sup> A greve dos caminhoneiros foi movimento – inicialmente espontâneo – de milhares de motoristas de caminhões em todo o país que, por pararem seus veículos, sem transportar as mercadorias que carregavam, paralisaram a economia nacionalmente por conta do desabastecimento de produtos os mais diversos, inclusive essenciais.

<sup>4</sup> ROSANVALLON, Pierre. *Le contre-démocratie: la politique à l'âge de la défiance*. Paris: Le Seuil, 2006.

<sup>5</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *La société de déception*. Paris: Textuel, 2006.

Algumas decorrências sinérgicas destes elementos têm sido recorrentes, a saber: (i) formação de instituições públicas atingidas por crises de identidade sobre suas funções verdadeiras; crises de eficiência (não conseguem dar respostas sociais substantivas em tempo adequado); crises de legitimidade em face do esvaziamento ou desvirtuamento das razões de justificação e fundamentação das suas ações/reações/omissões; (ii) formação de Mercados desacoplados estrutural e funcionalmente dos direitos e garantias fundamentais e da ordem constitucional (que é cambiante), insulados em seus objetivos corporativos, agudizando ainda mais as rupturas entre o crescimento econômico e o desenvolvimento social; (iii) formação de uma Sociedade desencantada pela perda da confiança nas suas instituições, erigindo-se como Comunidade do Distanciamento, na qual a indiferença e a ausência da cidadania no espaço público permitem que outros o assaltem e o capturem inclusive ilicitamente.<sup>6</sup>

Isto tudo eleva os níveis de insegurança social, política e econômica das relações cotidianas, afetando a todos indiscriminadamente, em especial a Administração Pública que se vê afetada diretamente pelas tensões e comportamentos daí decorrentes. Destas inseguranças podem surgir os medos, como nos lembra Robert Castel e Zygmunt Bauman.<sup>7</sup> Mas que medos são estes? São os mais assustadores que há, pois difusos, dispersos, indistintos, sem endereços nem motivos claros, revelando nossas incertezas fundadas em estados de ignorância das ameaças (riscos e perigos) que nos rodeiam de maneira explícita e implícita, suas causas e consequências e o que devemos fazer para evitar tais cenários e mesmo responsabilizar alguém por tudo isto.

As matérias mais recorrentes que constituem nossos medos enquanto membros desta Sociedade de Riscos constituem-se das surpresas provocadas por calamidades naturais e políticas, pelas catástrofes das disputas de mercado com suas declinações ambientais, sociais, violando direitos difusos e coletivos; mas constituem estes medos a paralisia, a fuga, a autoproteção à sobrevivência individual, mesmo a indiferença que gera inexorável perda das dimensões públicas destes problemas e fenômenos.

É preciso reconhecer que, ao lado de medos individuais provocados por estes tempos hipermodernos, relacionados muito mais com a esfera privada do que a pública das pessoas (que não necessariamente se comunicam com questões de ordem social), há medos que podemos denominar de ubíquos, pois perpassam várias dimensões e âmbitos intersubjetivos e interinstitucionais, refletindo-se – mais ou menos – na Administração Pública que, em tese, deve se ocupar de todos ao mesmo tempo.<sup>8</sup>

É preciso aclarar, todavia, que riscos e perigos não podem ser tomados como patologias passíveis de serem extirpadas do mundo da vida, eis que elementos constitutivos dos

<sup>6</sup> Ver o texto de LYNCH, Christian. A democracia como problema. Pierre Rosanvallon e a Escola Francesa do Político. In: ROSANVALLON, Pierre. *Por uma história do político*. São Paulo: Alameda, 2010.

<sup>7</sup> CASTEL, Robert. *La inseguridad social*. Buenos Aires: Manantial, 2012. No mesmo sentido: BAUMANN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

<sup>8</sup> Estamos falando, por exemplo, dos interesses públicos culturais, históricos, estéticos, paisagísticos, maltratados reiteradamente por comportamentos do Mercado e mesmo individuais de pessoas (físicas e jurídicas) que pouca atenção dá a eles.

modelos políticos, econômicos e culturais hegemônicos nos quais estamos inseridos, que persistirão a despeito dos esforços que façamos para controlá-los e reduzir os danos que possam provocar (e provocam), simplesmente porque decorrem de fenômenos que ultrapassam nossa capacidade de evitação, dadas suas múltiplas naturezas, nexos causais e consequências, daí porque a advertência de Lefort ganha força, no sentido de que não há um porto seguro de chegada à Democracia – momento paradisíaco no qual estaremos todos salvos para a vida eterna; ao contrário, ela reclama luta constante de aprimoramento e regeneração combativa dos maus gestores públicos, regerando-se a cada passo histórico molecular, o que provoca sinergias positivas em todos e para todos os protagonistas envolvidos.<sup>9</sup>

A ciência jurídica moderna e seus sistemas normativos – inclusive o administrativo – nos prometeram segurança, previsibilidade, certeza e estabilidade dos atos, fatos e negócios jurídicos, como se fossem experiências estáticas da realidade social, passíveis de serem engeçados em fórmulas mágicas de contenção de suas variáveis mutacionais – veja-se o tempo que levou até o Direito Administrativo admitir as chamadas áleas econômicas como causas de revisão contratual em face do equilíbrio econômico-financeiro do negócio entabulado.<sup>10</sup>

Da mesma forma tentou-se criar as figuras do ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido para incrementar ainda mais as possibilidades eficaciais daquelas promessas, tentando-se criar condições de imutabilidade para determinados atos, fatos e negócios que auferiram certa consolidação no tempo. Isto não foi suficiente, todavia, para conter o movimento da vida e das relações jurídicas que colocam a prova estas situações aparentemente consolidadas, tratando-se as matérias, aliás, de questões de infraconstitucionalidade em nosso país, como tem referido o Supremo Tribunal Federal brasileiro, ao destacar que: É pacífica a jurisprudência da Corte no sentido de que os conceitos dos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada não se encontram na Constituição Federal, senão na legislação ordinária, mais especificamente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.<sup>11</sup>

O que se tentou com tais iniciativas e promessas foi, ao fim e ao cabo, reduzir as complexidades dos ambientes e relações (intersubjetivas e interinstitucionais), tomados como exceção ao nosso cotidiano, como se eles obedecessem a comandos normativos vinculantes sem qualquer restrição.

Se aquelas promessas da modernidade em algum momento do passado se efetivaram, hoje elas se revelam claudicantes, movediças, eis que defrontadas com contextos (de

<sup>9</sup> LEFORT, Claude. *Essai sur la politique*. Paris: Seuil, 1986. Do mesmo autor ver também: LEFORT, Claude. *Pensando o político*: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

<sup>10</sup> Isto, aliás, no Brasil, se dá por força do artigo 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, que exige, nos processos de licitação para obras, serviços, compras e alienações, sejam mantidas as condições efetivas da proposta. Mesmo os conceitos de caso fortuito e força maior – albergados artigo 78, XVII, combinado com artigo 79, I, da Lei n. 8.666/93.

<sup>11</sup> STF. *RE nr. 657871 Rg / Sp* – São Paulo. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Relatoria do Ministro Dias Toffoli, definido em 29/05/2014. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ATO+JURIDICO+PERFEITO%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/y7oba7hf>. Acesso em: 23 out. 2018. É digno de registro que o STF também já rejeitou, no julgamento do ARE 748.371-RG/MT (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 660), repercussão geral da violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada ou aos princípios da legalidade, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, quando se mostrar imprescindível o exame de normas de natureza infraconstitucional. Mas quando se mostram imprescindíveis tais exames? Quando o Poder Judiciário o disser!



conflitos, violência, ruptura da ordem estabelecida) cuja lógica que os anima não é linear, previsível, mas, em algumas oportunidades, inédita, corrosiva de tradições e crenças incorporadas em nossa história e horizonte, com as quais temos pautado nossas vidas, ações e omissões, bem como das estruturas normativas regulatórias consecutórias.

A velocidade e impacto destes novos cenários contaminam esferas públicas e privadas das relações humanas e institucionais, porque não permitem a operacionalização lenta das respostas normativas tradicionais da Democracia Representativa Contemporânea (processo legislativo, processo judicial, processo administrativo), reclamando, por vezes, medidas urgentes, extremas.

Essa é uma questão central no que estamos discutindo; a estrutura matricial do sistema jurídico ocidental moderno foi forjado – e opera até hoje assim – a partir da lógica da linearidade procedimental de atos compartimentalizados em estruturas organizacionais/fundacionais (constitucionais e infraconstitucionais) demasiadamente hierarquizadas, estática e verticalmente, gerando hábitos e tradições institucionais e pessoais pouco flexíveis a adaptações contingenciais e de emergência.

Aquelas estruturas jurídicas e comportamentais têm também condicionado mentes, corpos e relações, de pessoas (físicas e jurídicas, públicas e privadas) e de órgãos, departamentos, secretarias, ministérios, dando vezo a crenças, paradigmas cognitivos, valorativos e decisórios deficitários em face dos novos desafios que a Sociedade de Riscos e Perigos tem nos apresentado, colocando em xeque uma Administração Pública acostumada a lidar com problemas ordinários advindos de centros e espaços de geração de demandas conhecidos.

O Estado Administrador Moderno acreditou que seria capaz de cumprir com suas promessas antes referidas, não tendo acreditado que em algum momento poderia se deparar com a concreção do impossível, daquilo que jamais imaginara poder ocorrer. Ganha força aqui a advertência de Bauman, no sentido de que é preciso acreditar que o impossível é possível; que a possibilidade sempre espreita, inquieta, debaixo da carapaça protetora da impossibilidade, esperando o momento de irromper.<sup>12</sup>

Nestes ambientes de incertezas e inseguranças, é o medo, enquanto impotência (de ação e reação eficaz) diante do incalculável, do incontrolável, do impossível que se transmuta em ocorrência no mundo da vida, que se vê em expansão violenta, aterrorizando indivíduos e coletividades, fazendo com que eles todos percam os já parcos vínculos de confiança que detêm com suas instituições representativas e democráticas. E como refere Castel, é a obsessão com a segurança – enquanto antídoto para o medo e à desconfiança –, assim como a intolerância com qualquer brecha no seu fornecimento, que se torna fonte prolífica e autorrenovável de ansiedades e frustrações, que se dirigem, direta ou indiretamente, contra a Administração Pública.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> BAUMANN, Zygmunt. *Medo líquido*. Op. cit., p. 24. Em outras palavras, a impossibilidade se revela como déficit cognitivo e compreensivo da possibilidade em ambientes/contextos de riscos e perigos os mais variados.

<sup>13</sup> CASTEL, Robert. *La inseguridad social*. Op. cit., p. 39. Alerta ainda o autor que vivemos em um tempo construído sobre a areia movediça da contingência, não sendo o medo aqui o maior problema, mas no que ele pode se transformar, eis que é a própria vida comunitária que se transforma quando as pessoas vivem atrás de muros,

### 3 POR UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO RISCO E DO PERIGO

Estando, pois, a Administração Pública, modo geral, afetada pelos fatores acima referenciados, temos de nos perguntar qual deve ser sua postura diante disto, para o que vislumbramos, no mínimo, duas posturas teóricas e pragmáticas: (i) nas situações de riscos e perigos decorrentes de inéditos e imprevisíveis nexos causais fundantes, deve adequar suas ações e reações, preventivas e curativas, aos níveis e tempos da urgência/emergência das demandas que surgem<sup>14</sup>, sempre radicalizando a exposição pública/transparência das razões de justificação e fundamentação de suas escolhas e decisões; (ii) nas situações de riscos e perigos recorrentes e, ou, decorrentes de nexos-causais fundantes previsíveis em qualquer nível, a Administração Pública tem de operar de forma mais eficiente com ações e políticas de evitação, pois já conhecedora dos impactos trágicos que elas representam.<sup>15</sup>

Temos de ter presente que muitas das ações contra os interesses da Administração Pública, sejam elas praticadas pelo Mercado ou mesmo por agentes privados e públicos, se dão a partir de comportamentos pré-ordenados e dolosos, com o intento firme de lesar o patrimônio de todos; e são recorrentes nisto, compondo redes de tráfico ilícito de influência, corrupção passiva e ativa, peculato, prevaricação, e tantas outras iniciativas criminosas e ímprobos que a criatividade do mal pode construir.

Essas pessoas – físicas e jurídicas – que violam iterativamente a res publica constituem-se em verdadeiros inimigos da Sociedade e do Estado, pois, para além da afetação predatória dos bens jurídicos públicos indisponíveis, tais comportamentos defraudam as expectativas normativas instituídas pelo sistema jurídico como um todo, e que a todos vincula. Por conta disto, há rupturas na confiabilidade deste sistema e de suas instituições representativas, gerando ações e reações de violência, simbólica e física, para com a ordem estabelecida, em detrimento da segurança pública, da estabilidade das relações, da observância dos direitos e garantias fundamentais.

O Direito Administrativo constitui *microssistema de comunicação* (gestão pública), voltado a informar/guiar os cidadãos naquilo que estão obrigados para com o todo a que pertencem, integrando-se a outros sistemas normativos (constitucional e infraconstitucional), e políticos/econômicos, todos ancorados/legitimados pela premissa do contrato social soberano e instituinte do Estado e da Sociedade, e por conta disto é substantivo e procedimental, ou seja, exige mecanismos claros e públicos de efetivação dos seus comandos e enunciados que demarcam as possibilidades civilizatórias das relações intersubjetivas e interinstitucionais, só assim viabilizando, a todo tempo, níveis de controles/monitoramentos interlocutivos (controle interno e externo).

---

contratam guardas, dirigem veículos blindados, andam armadas, fomentando a constituição do que podemos chamar de *Estado da Segurança Pessoal*.

<sup>14</sup> Podemos pensar aqui desde questões relacionadas com desastres naturais, doenças desconhecidas, caso fortuito e força maior.

<sup>15</sup> Estamos falando, por exemplo, daquelas situações em que riscos e perigos são provocados por protagonistas e em situações já conhecidas, como fraudes a licitações e contratos públicos, corrupção, crimes contra a administração pública.

Portanto, para nós, as funções do Direito Administrativo nesta Sociedade de Riscos e Perigos são: (i) também a de orientar/garantir, de maneira efetiva, que os comportamentos dos sujeitos de direito não violem o sistema jurídico vigente e que respondam por eventuais violações que ocorrerem; (ii) buscar ampliar/garantir que as normas deste sistema tenham máxima efetividade fatural; (iii) fomentar a constituição permanente de adequada consolidação cognitiva destas normas por parte da Comunidade; (iv) olvidar esforços para que as medidas preventivas/evitação, e de responsabilização, dos comportamentos predadores/desviantes do interesse público também tenham como escopo a ratificação contrafactual da norma.

Mas o que vem a ser esta efetiva validade contrafactual da norma e porque o Direito Administrativo deve se ocupar dela?

Partilhando de algumas reflexões da Teoria dos Sistemas, entendemos que não é suficiente que os sistemas jurídicos e as normas sejam considerados tão somente pela generalidade dos membros da Comunidade, mas devem ser respeitados de fato e no dia a dia das vidas das pessoas, condição necessária à vigência real dos plexos normativos vinculantes.<sup>16</sup> Para que isto se dê, é necessária adequada consolidação cognitiva do que a norma administrativa (e todas as demais) significam enquanto veículos de comunicação vinculantes; ou seja, é preciso que haja processos cognitivos e compreensivos por parte dos cidadãos os quais resultem obediência fática, pois, sem este grau de consolidação cognitiva a concretização e funcionalidade destas normas e políticas públicas entram em erosão significativa, convertendo-se em promessas vazias de configuração social identitária insuscetível de ser vivida.

A existência dos ordenamentos administrativos tem, pois, dupla função: fornecer orientação fruível não só aos membros da Comunidade, potenciais vítimas de violações da segurança e expectativas referidas, mas também aos detratores dos interesses e patrimônios públicos, porque em tese respeitarão mais aquelas normas que desde sempre indicam severas punições e constringões pelos malefícios causados. Por conta disto, precisamos contar com dois tipos distintos de ordenamentos administrativos: (i) o Direito Administrativo da Ordinarietàade, para as relações e comportamentos que se pautam por níveis racionais de conformidade ou inconformidade normativa; (ii) o Direito Administrativo do Risco, que se dirige as relações e comportamentos marcados pela defraudação permanente dos interesses públicos, intermitentemente.

É com base nestes fundamentos que queremos avaliar, a partir de agora, quais os desafios que se apresentam ao controle da Administração Pública, e o faremos partindo de outra premissa que é a de sustentar que toda e qualquer ação ou omissão do Estado em termos de gestão pública, regulada por norma cogente, é passível de controle formativo,

<sup>16</sup> Vide as obras de: LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. Barcelona: Anthropolos, 1996; LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983; LUHMANN, Niklas. *Teoría política en estado de bienestar*. Madrid: Alianza Editorial, 1993; LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad*. Barcelona: Paidós, 1997; LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Paidós, 1995; LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1992.

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 – art. 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 isto ocorra já o autoriza e reclama.<sup>17</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 da 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 insculpido do art. 93, X, da Constituição, o qual não se dirige tão-somente ao Poder Judiciário, mas a qualquer ação estatal.<sup>18</sup>

Mas como poderíamos pensar as formas operacionais deste 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 tem a ver com as funções administrativas de gestão operacional das competências normativas específicas, em regra estabelecidas de forma discriminada pela norma jurídica infraconstitucional).<sup>19</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 amplas) margens 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-adminis-

<sup>17</sup> Veja-se que, inclusive na esfera judicial, temos mecanismos de controle prévio, em sede de cautelares específicas e nominadas, antecipações de tutela, concessões de liminares as mais diversas, no seio da própria ação popular ou ação civil pública, etc. Neste sentido ver a obra de CORREIA, Fernando Alves. *Alguns conceitos de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 82 ss.

<sup>18</sup> FERRAZ, Sérgio. Controle da administração pública na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, v. 4, 1993. p. 241.

<sup>19</sup> Conforme CAUPERS, João. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 39.

trativas necessárias à gestão dos interesses públicos hodiernos, a ponto de eliminar qualquer possibilidade/necessidade de ações urgentes e específicas para demandas inusitadas.<sup>20</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>21</sup> de outro, reclamam maior controle do que as ações administrativas (porque já monitoradas por rígidas e detalhadas disposições jurídicas), pois ambas 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. Neste sentido, o texto constitucional vigente está a confortar nossa proposta de viabilidade do controle ampliado das ações públicas – porque ampliadíssimas estão suas possibilidades de ação e reação na Sociedade de Riscos -, 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. E não só do jurisdicional é claro, mas também do político e do social.

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 de riscos e perigos para que se desenvolvam políticas de evitação a ameaças que possam não só impactar direitos individuais, difusos e coletivos, mas também criar situações de difícil reparação e retrocesso social.

É de se ver que o poder-dever que reina na atividade pública, principalmente nestes novos cenários de incertezas e instabilidades provocadas, reclama que a Administração pause e mobilize metas, agendas e prazos para obter a consecução dos seus fins (de promoção e efetivação de direitos, e de evitação de suas defraudações), em prol dos quais lhe é dada competências.<sup>22</sup>

Quando ocorrem desvios ou inobservância dos preceitos jurídicos que deveriam nortear o Poder Público, ou até mesmo quando suas decisões não respeitam a razoabilidade e a proporcionalidade atinente à espécie, o dever de autocontrole e controle externo deve estar apto a garantir a inviolabilidade dos direitos e garantias acima elencados.<sup>23</sup>

<sup>20</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 referimos acima. Como exemplo de ações dessa natureza, podemos citar as seguintes mais tradicionais: 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. Neste sentido ver o texto de PETERS, Giordanno. *La pubblica amministrazione*. Bologna: Daltricce, 1999.

<sup>21</sup> CRETELLA JR., José. Ato político. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Congresso Nacional, n. 95/73, 1973. p. 87, 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”.

<sup>22</sup> FERREIRA, Sérgio D’ Andréa. *O controle da administração pública pelo judiciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 377.

<sup>23</sup> Abordamos este tema em nosso livro LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

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, consoante as disposições do art.70, e seguintes, do Texto Político, em especial o art. 74.<sup>24</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 deste 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.

Por tais fundamentos, é razoável que tenhamos expectativas no sentido de que o controle interno deva procurar estabelecer planos de organização e conjunto de métodos e medidas voltadas para salvaguardar os recursos públicos, 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 pela gestão pública, por óbvio que levando em conta a natureza privilegiada dos interesses que lhe são afetos.<sup>25</sup>

<sup>24</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. Adverte os parágrafos primeiro e segundo 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.

<sup>25</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: TCE, v. 24, 1996. p. 122. Ainda podemos referir que este 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 disto, os poderes públicos precisam instituir estrutura organizacional adequada, com normas internas que definam responsabilidades pelas tarefas, rotinas de trabalho e procedimentos para revisão, aprovação e registro das operações.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As obrigações que se impuseram ao Estado Democrático de Direito contemporâneo brasileiro são tantas e tão complexas que isto tem sobrecarregado as Administrações Públicas com demandas prestacionais cada vez maiores e, para atende-las (quanto possível), os poderes públicos necessitam constituir programas de ação (políticas públicas) coordenadas por prévias diretrizes e prioridades, estas estabelecidas através de fatores que influenciam a construção da agenda governamental, tais como: os participantes ativos, constituídos pelos atores governamentais – chamados de visíveis (Presidente, staf do Executivo, políticos nomeados para cargos estratégicos, e a própria burocracia, 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>26</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 onde os recursos são escassos, alocando os benefícios de forma a gerar um mínimo de aceitação entre os participantes.<sup>27</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>28</sup> Estes ambientes sem controle são nocivos à Democracia e propícios a corrupção que vemos em todos os cantos do mundo, mais aguda ainda no Brasil.

Agrega-se a isto o fato de que o Estado e a Sociedade brasileira se encontram em situação de ter que decidirem cotidianamente questões difíceis (Sociedade de Riscos) sob o plano ético, técnico, institucional e político, inclusive envolvendo temas até há pouco tempo não abordados, como os relacionados à biotecnologia, manipulação genética, nanotecnologias, os casos de degradação ambiental, eutanásia, produção e consumo de transgênicos, etc. O próprio sistema político, em face destes elementos, passa por crises de identidade e eficácia significativas, pois tem de gestar níveis de conflituosidades muito diversos (econômicos, morais, religiosos, dentre 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>26</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 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e direito dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

<sup>27</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*, n. 65, p 7-24, 1998. DOI: 10.2307/25675795.

<sup>28</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, desta forma, a eficácia das instituições. PUTNAM, Robert D. *Bowling alone*. The collapse and revival of american community. New York: Simon Schuster, 2000.

Dáí 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 neste campo.<sup>29</sup>

## REFERÊNCIAS


- BAUMANN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- CASTEL, Robert. *La inseguridad social*. Buenos Aires: Manantial, 2012.
- CAUPERS, João. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1998.
- CORREIA, Fernando Alves. *Alguns conceitos de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1999.
- CRETELLA JR., José. Ato político. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Congresso Nacional, n. 95/73, 1973.
- ELLIS, Matterson. A anatomia da corrupção nos contratos públicos. *FCPAméricas*, nov. 2014. Disponível em: <http://fcpamericas.com/portuguese/anatomia-da-corrupcao-nos-contratos-publicos/#>. Acesso em: 18 out. 2017.
- FERRAZ, Sérgio. Controle da administração pública na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, v. 4, 1993.
- FERREIRA, Sergio D' Andréa. *O controle da administração pública pelo judiciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- 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*, n. 65, p 7-24, 1998. DOI: 10.2307/25675795.
- LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

<sup>29</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) as 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) as 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) as 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) as 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) as vezes, projetistas procuram ativamente incluir características técnicas complicadas na proposta. Quanto mais técnica, mais espaço uma autoridade tem para usar de discricção no processo de seleção para favorecer um licitante em detrimento de outro. ELLIS, Matterson. A anatomia da corrupção nos contratos públicos. *FCPAméricas*, nov. 2014. Disponível em: <http://fcpamericas.com/portuguese/anatomia-da-corrupcao-nos-contratos-publicos/#>. Acesso em: 18 out. 2017.



- LEFORT, Claude. *Essai sur la politique*. Paris: Seuil, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Pensando o político*: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. São Paulo: Paz e Terra, 2004.
- LIPOVETSKY, Gilles. *La société de déception*. Paris: Textuel, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. Barcelona: Anthropos, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Sociedad y sistema*: la ambición de la teoría. Barcelona: Paidós, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Sociología del riesgo*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Sociología do direito*. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Teoría política en estado de bienestar*. Madrid: Alianza Editorial, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Observaciones de la modernidad*. Barcelona: Paidós, 1997.
- LYNCH, Christian. A democracia como problema. Pierre Rosanvallon e a Escola Francesa do Político. In: ROSANVALLON, Pierre. *Por uma história do político*. São Paulo: Alameda, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e direito dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- PETERS, Giordanno. *La pubblica amministrazione*. Bologna: Daltricce, 1999.
- PUTNAM, Robert D. *Bowling alone*. The collapse and revival of american community. New York: Simon Schuster, 2000.
- ROSANVALLON, Pierre. *Le contre-démocratie*: la politique à l'âge de la défiance. Paris: Le Seuil, 2006.
- STF. *RE nr. 657871 Rg / Sp* – São Paulo. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Relatoria do Ministro Dias Toffoli, definido em 29/05/2014. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ATO+JURIDICO+PERFEITO%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/y7oba7hf>. Acesso em: 23 out. 2018.
- 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: TCE, v. 24, 1996.





# Controle interno da administração pública: suas facetas e seus inimigos

**Thiago Marrara<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução: os controles em crise; 2 Controle administrativo, controle interno e autotutela: definições e diferenças; 3 Inimigos do controle interno; 4 Falta de especialização; 5 Baixo distanciamento entre controlador e controlado; 6 Corporativismo protetivo e imunizante; 7 Impunidade e insuficiências punitivas; 8 Custos do controle interno; 9 Conclusão; Referências

## 1 INTRODUÇÃO: OS CONTROLES EM CRISE

Nunca antes na história desse país se miraram tantos holofotes aos controles do Estado e ao exercício das funções públicas. Apesar disso, a discussão contemporânea em voga não toma como seu eixo a necessidade de se imporem limites às ações e omissões administrativas. Controles existem e não há quem negue sua essencialidade. Seus mecanismos multiplicaram-se ao longo dos anos e obtiveram forte apoio e proteção no ordenamento jurídico. Não se trata mais de inventar novas técnicas ou instituições de controle, mas sim de aprimorá-las, de fazê-las funcionar, de impedir que a falência ou a inoperância de algumas delas não comprometam a eficiência doutras.

Exemplos vários ilustram a relevância do debate.

Começemos pelo controle judicial do Estado. Apesar da dedicação e do esforço de um conjunto significativo de bons profissionais (com ou sem toga), o Judiciário não logra dar conta de seus processos mais simples por um motivo evidente: acúmulo de serviço e má gestão. Depois de reformas constitucionais, CNJ, metas e metas, novo Código de Processo Civil, a realidade continua ainda bastante aquém do desejável. Processos se acumulam aos montes e os que por sorte são julgados em prazo razoável, muitas vezes passam por exame superficial e nem sempre por quem tem a formação técnica e a investidura para redigir sentenças.

Quando o objeto da ação se relaciona com políticas públicas, então novas dificuldades despontam. Imperam os valores individuais sobre os coletivos, a falta de metodologia decisória, o desprezo pela profissão do administrador público, a ausência de um espírito comum acerca da própria função judiciária e a busca da justiça no caso concreto (isto é, somente a “microjustiça”).

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Administrativo da USP na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP). Livre-docente pela USP (FD). Doutor pela Universidade de Munique (LMU). Editor da Revista Digital de Direito Administrativo (RDDA). Advogado consultor.

Se caminharmos rumo ao controle social, hoje amplamente consagrado na Constituição e na legislação administrativa, também encontraremos críticas. Referido controle torna-se cada dia mais frequente e juridicamente mandatório em inúmeros processos administrativos. No entanto, embora grandes avanços tenham ocorrido, na prática ainda são escassas as condições de cidadania, a cultura de diálogo democrático e aberto às diferenças, seja dentro da Administração, seja fora dela, sem contar o reduzido apoio técnico e financeiro a quem deseje se valer desses mecanismos.

Em inúmeras ocasiões, sobretudo nas esferas regulatórias mais complexas e tecnicizadas, não é raro que o controle social via mecanismos participativos se desvie e se distorça por força de estratégias de captura e pela utilização de associações, fundações ou cidadãos “laranjas”. Suas bandeiras, formais e falsas, invocam a defesa dos interesses da coletividade, mas, na prática, esses entes pretensamente altruístas atuam diante do Estado de maneira dissimulada e em favor dos desejos e das vontades de agentes poderosos (desde grupos econômicos, passando por instituições religiosas, partidos políticos até organizações criminosas). Além de denegrir a imagem das verdadeiras entidades representativas de interesses coletivos e difusos da sociedade civil, entidades farsantes distorcem e sujam o controle social, deslegitimam-no e o enfraquecem.

O controle social da Administração Pública pela imprensa sofre de mal maior. Um dia se chegou a cogitar que ela se consolidaria como o quarto poder. À época, jamais se imaginava que grande parte dela se transformaria em marionete de partidos políticos, de direita e esquerda, de grupos religiosos, sexistas e de tantas outras segmentações. Hoje, infelizmente, o ofício de informar ainda não é visto como uma função pública. Informar é poder desmedido, muitas vezes exercido de modo abusivo, panfletário e irresponsável. Dá-se a possibilidade de distorcer, de inventar, de não se confirmarem informações nem de se ouvirem pessoas envolvidas em notícias supostamente relevantes. Dá-se a prerrogativa de uso de poderosos mecanismos midiáticos para fins de propaganda política disfarçada em benefício de grupos partidários, pinçando-se elementos de informação, acomodando-os em retalhos e acoplando-os a manchetes que ecoam o interesse de quem se quer beneficiar.

Como há bom tempo advertia Günter Püttner,<sup>2</sup> o controle social é seletivo, discriminatório, utilitarista. Ele age sobre as mais diversas entidades da administração pública de modo bastante variável. Alguns assuntos e certas entidades estão sempre sob a mira da coletividade e da imprensa. Outras não recebem qualquer atenção, sobretudo em áreas mais técnicas ou distantes do campo político. Assim, é possível que falhas administrativas mais graves quedem em segundo plano diante de falhas ou problemas menores, mas que geram maior retorno midiático ou clamor social.

Ao se tomar consciência dessas deficiências, irrompe a dúvida: existe um verdadeiro controle social do Estado pela imprensa ou a imprensa se tornou a filial dos partidos políticos e de certos grupos econômicos? Alongando-se as indagações: o direito de informar, mormente no seu papel de instrumento de controle do Estado, impõe um dever de informar de

---

<sup>2</sup> PÜTTNER, Günter. *Verwaltungslehre*. 3. ed. Munique: Beck, 2000. p. 374.

maneira neutra e imparcial ou não? Não por fuga, mas por vinculação ao título desse ensaio, deixam-se todas as várias inquirições que o tema suscita à reflexão solitária do leitor.

Aqui, o foco é outro. É preciso rumar em direção ao controle interno da Administração, decerto a modalidade mais tradicional de fiscalização e correção das ações e omissões do Estado moderno, e em relação ao qual indagações igualmente fascinantes despontam no horizonte. A Administração brasileira tem sido capaz de corrigir boa parte de seus próprios erros e ilegalidades? Os mecanismos de controle mostram-se efetivos ou representam uma mera ilusão? Se o controle interno funciona, qual será o motivo da judicialização de tantos temas administrativos e publicísticos? Se não funciona, por que o pagamos? Seus parcos resultados compensam seus custos à sociedade? Quais são os desafios e vícios que necessitam ser superados para se aprimorá-los? Dizendo de outro modo: quais são os inimigos do controle interno no Brasil?

Talvez algumas teses doutorais respondessem com bom fundamento parte dessas amplas indagações. Sem tempo e espaço para tanto, restringe-se o escopo maior desse ensaio à exclusiva reflexão sobre a última perquirição. Nela, os inimigos do controle interno denotam nada mais que suas falhas e deficiências. São elas que obstam o bom funcionamento das atividades de controle, mitigam sua efetividade, majoram seus custos e o tornam frágil e decepcionante em muitas situações. Mas quais são essas falhas e deficiências? Antes de se apresentá-las e debatê-las, há que se retomar certas definições fundamentais acerca do controle interno da Administração Pública, suas modalidades e outros conceitos que o entrecruzam.

## 2 CONTROLE ADMINISTRATIVO, CONTROLE INTERNO E AUTOTUTELA: DEFINIÇÕES E DIFERENÇAS

Controlar provém do francês “contrerrole”, cujos significados mais antigos equivalem a examinar, censurar, regerar ou organizar. A despeito de sua polissemia atual, pode-se tomar o verbo, em sentido predominante, como “ter algo sob domínio ou sob vigilância”, como “verificar a regularidade de algo segundo critérios pré-definidos”, inclusive de natureza jurídica.

Muito provavelmente em decorrência de seu caráter invasivo em relação à esfera de ação de seus destinatários, Günter Püttner oportunamente recorda que se recebe o controle como um incômodo, um símbolo da desconfiança, uma ameaça à própria independência do indivíduo e de algumas instituições. Daí também por que ele não necessariamente estimula a motivação funcional dos controlados, nem a melhoria do exercício de suas funções administrativas. Todavia, sua ausência – e isso também é certo – acarreta incentivos negativos à queda de profissionalismo e de produtividade.<sup>3</sup>

Em um primeiro momento, controle pressupõe conhecimento sobre uma situação ou realidade (controle de meio) ou sobre a consecução de um objetivo (controle de resultado).

<sup>3</sup> Sobre o efeito negativo da ausência e da presença do controle administrativo, cf. PÜTTNER, Günter. *Verwaltungslehre*. Op. cit., p. 339.

O conhecimento se origina da fiscalização, do acompanhamento, do monitoramento. Em um segundo momento, a partir da informação acerca do objeto controlado (situação ou resultado) e, por natural, da verificação de que algo se mostra insatisfatório, irregular ou fora de lugar imposto por critérios pré-determinados, o controle dá origem à correção, à reorientação, à reordenação, ao conserto mediante técnicas administrativas de convalidação, confirmação, anulação, revogação, cassação etc. Ele pode ocasionar, ainda, sanções negativas (punições disciplinares, penais etc.) ou positivas (como recompensa, premiação, bônus etc.), não obrigatoriamente determinadas pelo próprio controlador.

Tomando o duplice aspecto do controle em conta, ao dissertar sobre o tema no direito administrativo, José dos Santos Carvalho Filho desdobra-o precisamente em ações de fiscalização e revisão. A primeira atividade “corresponde à observação que se faz quanto à legitimidade da ação estatal, vale dizer, se ela segue corretamente os parâmetros a que está jungida”. A seu turno, a revisão ou correção visa a “alterar ou excluir determinada conduta administrativa por algum motivo a ser informado pelo administrado ou pela própria Administração”.<sup>4</sup> Colocando-se em segundo plano as variações terminológicas, são exatamente essas as tarefas essenciais de qualquer do controle sobre o Estado: conhecer para corrigir.

Não basta, para os fins deste ensaio, apresentar simplesmente os elementos cruciais da atividade controladora. O apontamento dos inimigos do controle interno gerará mal-entendidos caso não se defina com clareza o que se entende por essa modalidade específica de controle e não se esclareça como ela se autonomiza perante conceitos próximos.

Não é raro que se utilizem as expressões “controle administrativo” e “controle interno” como sinônimas. É compreensível referida confusão por dois motivos: em primeiro lugar, ambas as expressões abarcam conteúdos que se entrelaçam; em segundo, ambas se originam de uma classificação dos tipos de controle conforme um critério subjetivo, guiado pela consideração da figura do controlador.

Ao se utilizar critérios subjetivos de classificação, ora se valorizam a natureza do controlador, ora seu posicionamento diante do controlado – esse sim o critério que dá origem ao chamado controle interno. Já no primeiro sentido mencionado, ou seja, à luz do critério da natureza do órgão controlador, separam-se o controle executado por órgãos com função jurisdicional; o controle realizado por órgãos com função legislativa primária; e o controle administrativo, a cargo de órgãos com função executória ordinária.

Daí não se deve extrair a conclusão de que o controle administrativo se limite aos entes do Poder Executivo. A função administrativa é comum aos três Poderes, ainda que se concentre nas entidades que formam o Executivo. Por conseguinte, o controle administrativo existe tanto neste Poder, quanto nos dois outros, como já bem reconheciam expoentes da doutrina nacional, como Hely Lopes Meirelles.<sup>5</sup> Exemplo disso se vislumbra dentro da Câ-

<sup>4</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Controle da administração pública e responsabilidade do estado*. São Paulo: RT, 2014. (Tratado de direito administrativo, v. 7). p. 33.

<sup>5</sup> Em artigo sobre o tema do controle, o jurista prelecionava “controle administrativo é todo aquele que o Executivo e os órgãos de administração dos demais Poderes exercem sobre suas próprias atividades, visando a mantê-las dentro da lei, segundo as necessidades do serviço e as exigências técnicas de sua realização, pelo que é um

mara dos Deputados, em que funciona a Ouvidora Parlamentar. Apesar do nome, ao referido órgão compete não apenas a função de controle de atividades legislativas típicas que ocorrem na casa, mas também de atividades administrativas internas. Já no Judiciário, muitas tarefas de controle administrativo cabem ao Conselho Nacional de Justiça, instituído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, por ocasião da reforma judiciária.

De modo diverso, mas ainda tomando como base a categorização do controle conforme um critério subjetivo, agora pautado no posicionamento do agente ou órgão controlador, passa-se a diferenciar o controle externo do interno. Preleciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro que o controle será interno ou externo conforme “decorra de órgão integrante ou não da própria estrutura em que se insere o órgão controlado. É interno o controle que cada um dos Poderes exerce sobre seus próprios atos e agentes. É externo o controle exercido por um dos Poderes sobre o outro; como também o controle da Administração Direta sobre a Indireta”.<sup>6</sup>

O controle externo pressupõe que o órgão e o ente controlador estejam posicionados fora da entidade controlada. Há duas pessoas jurídicas: uma em posição de monitorado e outra em posição de fiscalizadora. Não há necessidade de dois Poderes envolvidos. Exatamente por isso se diz que o controle externo envolve tanto o desenvolvido por um Poder sobre outro, quanto o executado, no âmbito do Poder Executivo, pela Administração Direta em relação à Indireta que lhe esteja vinculada.

Nesse último caso, o controle externo ocorre na esfera de um único Poder e tradicionalmente se o denomina de tutela ou supervisão. Na lição de Alberto Ramon Real, a tutela configura um mecanismo de união das pessoas públicas por vinculação a um grande centro administrativo e político, o qual mantém a unidade do sistema pelo uso de autorizações, aprovações e recursos vários, com peculiaridades de acordo com cada direito positivo.<sup>7</sup>

A respeito da relação dessa modalidade com a classificação subjetiva do controle existe, contudo, divergência doutrinária. José dos Santos Carvalho Filho e Odete Medauar, por exemplo, nela enxergam uma forma de controle interno e não externo, embora não exista identidade entre a entidade controladora e a controlada.<sup>8</sup> Data venia, parece-nos mais

---

controle de legalidade, de conveniência e de eficiência. Sob esses três aspectos pode e deve operar-se o controle administrativo, para que a atividade pública atinja a sua finalidade, que é o pleno atendimento dos interesses coletivos a cargo da Administração em geral [...]. Esses meios de controle podem ser preventivos, sucessivos ou corretivos. Pelos primeiros, estabelecem-se formalidades e exames prévios dos atos administrativos para adquirirem eficácia e operatividade; pelos segundos, acompanha-se a formação dos atos; pelos terceiros, corrigem-se os atos defeituosos ou ilegítimos”. MEIRELLES, Hely Lopes. *A administração pública e seus controles*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. *Controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo, v. III), p. 69.

<sup>6</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 810.

<sup>7</sup> REAL, Alberto Ramon. El control de la administración. *Revista de Direito Público*, v. 32, 1974. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. *Controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo, v. III), p. 29.

<sup>8</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*. Op. cit., p. 40. Odete Medauar também adota esse entendimento quando expõe que “o controle interno da Administração Pública é a fiscalização que a mesma exerce sobre os atos e atividades de seus órgãos e das entidades descentralizadas que lhe estão vinculadas” (g.n.). MEDAUAR, Odete. *Controles*

adequado firmar o posicionamento de que o controle interno exige identidade institucional, enquanto o externo pressupõe a separação institucional, ainda que esta ocorra no âmbito de um mesmo Poder. Em igual sentido se manifesta a doutrina estrangeira. Günter Püttner, ao tratar da realidade alemã, explica que ao controle interno pertencem todos os mecanismos de controle que se encontrarem dentro de uma unidade administrativa (órgão ou entidade).<sup>9</sup>

Acentuar essa discussão não é importante para finalidades meramente classificatórias. Seus impactos jurídicos práticos mostram-se bastante significativos. Como as entidades administrativas são ou criadas ou autorizadas por lei específica, seus objetivos e tarefas emanam da vontade do povo, traduzida nos mandamentos desenhados pelo legislador. Isso significa que outra entidade estatal não detém poder para se arrogar à função de controladora externa por decisão própria. Para que seja válido e eficaz, o controle externo pressupõe autorizativo legal.<sup>10</sup> Do contrário, não estará a entidade controlada em dever de se submeter a controle por outra. Isso mostra que o padrão de legalidade aplicável para o controle externo é muito mais intenso que o aplicável ao interno, já que, neste, a criação dos instrumentos de controle se satisfaz com meras previsões normativas da própria entidade. Explique-se.

Quando se aborda a teoria do controle, é igualmente usual classificá-lo de acordo com o parâmetro que o guia e justifica, daí podendo-se diferenciar o controle jurídico, do financeiro, econômico, ideológico etc. Dentro do Estado, essencial, inerente e inevitável é o controle da legalidade administrativa. No modelo racional democrático, a máquina estatal não existe senão como a empresa do povo. É exatamente por isso que a Constituição impõe que qualquer entidade estatal seja autorizada ou criada por lei específica. A lei aqui representa a vontade do povo e as finalidades que ele estipula a cada entidade estatal. Ao longo da vida de toda e qualquer instituição pública, revela-se por isso fundamental o contínuo monitoramento das tarefas executadas para que sempre se a mantenha alinhada aos interesses da população e, por consequência, respeitosa à legalidade e minimamente dotada de legitimidade.

É por força desse raciocínio que se afirmou ser o controle interno, diferentemente do externo, independente de previsão explícita em lei. Como tarefa inerente e essencial a qualquer instituição pública, sua criação por ato normativo basta para lhe conferir legalidade e validade jurídica. Como esclarece José Cretella Júnior, “no direito público, a atividade autotutelar é incessante. Dela não pode a administração prescindir”.<sup>11</sup> Para o autor, que toma controle interno e autotutela como sinônimos, a fiscalização e a vigilância se estendem tanto sobre os atos administrativos, quanto sobre contratos e sobre o patrimônio ou os bens estatais.<sup>12</sup> É essa imprescindibilidade do controle interno que o submete a limites menos rígidos de legalidade.

---

internos da administração pública. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 84/85, 1989/1990. p. 41.

<sup>9</sup> PÜTTNER, Günter. *Verwaltungslehre*. Op. cit., p. 349.

<sup>10</sup> Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz: “O controle sobre as entidades da Administração Indireta, também chamado de *tutela*, é um controle externo que só pode ser exercido nos limites estabelecidos em lei, sob pena de ofender a autonomia que lhes é assegurada pela lei que as instituiu. Esses limites dizem respeito aos *órgãos* encarregados do controle, aos *atos* de controle possíveis e aos *aspectos* sujeitos ao controle”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. Op. cit., p. 811.

<sup>11</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Da autotutela administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 108, 1972. p. 48.

<sup>12</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Da autotutela administrativa. Op. cit., p. 54 ss.



Em sua formatação, o controle interno é plural. Ao se aprofundar a aplicação do critério de posicionamento do órgão de controle até agora discutido, dentro do próprio controle interno será possível trabalhar outras distinções, incluindo a existente entre o controle interno hierárquico e o autocontrole. Odete Medauar adota essa classificação e preleciona que o hierárquico envolve a “verificação que os órgãos superiores realizam sobre os atos e atividades dos órgãos subordinados. Na estrutura hierarquizada da Administração Pública, com escalonamento de poderes, o controle exercido pelos superiores configura decorrência lógica”.<sup>13</sup> Segundo Alberto Ramon Real, “o controle hierárquico é amplo, pois o superior possui o pleno domínio dos atos do subordinado e a princípio os pode substituir, revogar ou modificar como próprios, sem prejuízo dos poderes concorrentes de instrução ou direção da ação dos subordinados, do poder disciplinar etc.”.<sup>14</sup> No direito alemão, Günter Püttner também menciona o controle pelo “*Verwaltungsleiter*” como controle hierárquico, mas destaca que ao superior se impõe somente a responsabilidade pelos atos dos subordinados diretos, encontrando, portanto, limites bem definidos.<sup>15</sup>

Já no autocontrole, tem-se a “fiscalização exercida pela própria autoridade que editou o ato, ou responsável pela atividade sobre sua atuação, ocorrendo espontaneamente ou mediante provocação”.<sup>16</sup> Para tanto, a própria autoridade dispõe de poder para anular ou revogar seus atos, suprir suas omissões, corrigir irregularidades formais etc.

Não bastasse isso, tem se tornado cada vez mais frequente a estruturação, dentro de cada ente estatal, de órgãos especializados em controle interno e que agem paralelamente aos órgãos executórios. Desse modo, além do tradicional controle pelo órgão hierarquicamente superior e do autocontrole exercido pelas autoridades sobre seus próprios atos, contratos, processos administrativos e bens, é possível que se realizem atividades de controle prévio, concomitante ou posterior por órgãos especializados. As principais vantagens dessa terceira modalidade em confronto com as duas modalidades tradicionais de controle internos são de duas ordens. A primeira reside no maior distanciamento do controlador em relação às funções administrativas e às pessoas controladas; a segunda, no maior grau de tecnicidade e profissionalismo, uma vez que os órgãos especializados de controle interno assumem estrutura orgânica própria, composta geralmente por servidores dotados de expertise nessa função.

### 3 INIMIGOS DO CONTROLE INTERNO

Os avanços gerados pelas novas modalidades de controle interno paralelo e especializado (por ouvidorias, ombudsman, corregedorias internas etc.) não se revelaram suficientes para combater todos os inimigos do controle interno na atualidade brasileira. E inimigos, como se adiantou na introdução, nada mais são que deficiências e falhas responsáveis por tornar o controle da Administração Pública pouco efetivo em inúmeras situações.

<sup>13</sup> MEDAUAR, Odete. Controles internos da administração pública. Op. cit., p. 43.

<sup>14</sup> REAL, Alberto Ramon. El control de la administración. Op. cit., p. 28.

<sup>15</sup> PÜTTNER, Günter. *Verwaltungslehre*. Op. cit., p. 355.

<sup>16</sup> MEDAUAR, Odete. Controles internos da administração pública. Op. cit., p. 43.

Não constituem objetivos desse ensaio enumerar e abordar com exatidão todos eles, mas simplesmente refletir de maneira livre sobre cinco de seus exemplares, a saber: 1) a falta de especialização; 2) o reduzido distanciamento entre controlador e controlado; 3) o corporativismo; 4) a impunidade ou a insuficiência de sanções e 5) os custos associados ao controle interno.

#### **4 FALTA DE ESPECIALIZAÇÃO**

Controlar pressupõe conhecer uma situação ou objeto e entendê-lo. Sem isso, não se controla ou, na melhor das hipóteses, controla-se muito mal. Caso o agente responsável pelo controle não compreenda tecnicamente o assunto ou matéria sob sua observação, dificilmente terá condições de avaliá-la de verdade para nela encontrar elementos de regularidade ou irregularidade. Isso revela uma regra geral básica: o controle demanda conhecimentos técnicos, embora nem sempre o controlador em si assuma o posto de executor da tarefa. Apenas para ilustrar, dificilmente será possível controlar com a devida qualidade as despesas de um órgão ou suas licitações sem noções de direito administrativo e contabilidade. Tampouco controlará a eficiência de serviços hospitalares aquele que não disponha de noções de administração e medicina; ou a qualidade de uma obra pública, sem conhecimentos de engenharia e/ou arquitetura.

Há que se aprofundar tal regra à luz das facetas do controle interno. Como se pontuou, esta modalidade se desdobra em três subtipos: o autocontrole exercido pela própria autoridade sobre seus atos; o controle hierárquico e o controle por órgãos especializados.

No autocontrole, o problema da especialidade técnica pode parecer menos relevante, já que cabe à autoridade com competência para executar a tomada de medidas a solução de eventuais falhas por ela mesma causada. No entanto, a especialização aqui assume extremo relevo, já que as deficiências nesse quesito geram um duplo efeito negativo. A uma, levam a autoridade a praticar, sem a devida consciência, atos irregulares ou ilícitos. A duas, ainda impedem que a autoridade identifique suas próprias falhas e as corrija.

No controle hierárquico e no controle especializado, o cenário se afigura problemático, mas por outros motivos. Neles, raramente os órgãos controladores detêm suficiente expertise técnica para fiscalizar as ações do controlado. Tome-se o exemplo de cursos e especializações pagas em universidades públicas. Deixando-se de lado a discussão acerca da constitucionalidade das cobranças, fato é que os órgãos universitários de hierarquia superior, geralmente compostos por acadêmicos, em geral desconhecem mandamentos de ordem contábil e, por isso, dificilmente se apegam a planilhas de custos e despesas, na qual se escondem as tentativas de desvios de recursos públicos ou superfaturamentos dolosos. É natural que, nessa situação, falta ao órgão controlador interno expertise, o que lhe impede de visualizar irregularidades e ilícitos cometidos por órgãos inferiores e, por conseguinte, de exercitar com a eficiência desejada a função de controle que lhe cabe.

No controle interno, sobretudo nas modalidades hierárquica e especializada, há que se elaborar soluções para superar a deficiência técnica do controlador. No âmbito do controle especializado, uma boa estratégia consiste em fixar um corpo de controladores selecionados

entre agentes públicos com notória especialização nas tarefas e atividades centrais que se desenvolvem dentro da entidade pública. Outra alternativa que se vislumbra é a contratação de corpo técnico especializado por concurso público para ocupação de cargo ou emprego com autonomia plena em relação aos órgãos internos controlados. Em contraste, no controle hierárquico, mostra-se mais complexo aplicar soluções como as apontadas. No entanto, há caminhos outros igualmente adequados, incluindo a solicitação de elaboração de laudos ou pareceres por especialistas externos “ad hoc”.

O primeiro desafio à construção de controles internos eficientes exige, portanto, que os controladores detenham conhecimentos técnicos aprofundados sobre aquilo que controlam ou que supram sua falta de expertise técnica por meio de manifestações encomendadas a colaboradores ou prestadores de serviços. Mas não é só isso.

Quando se ingressa na Administração Pública, tão importante quanto conhecimento técnico mostra-se o domínio do direito público ou do direito administrativo. Não basta ao controlador entender o que se passa e se certa tarefa foi executada de maneira adequada ou não do ponto de vista técnico. Cumpre-lhe dizer se objeto controlado está de acordo com o direito e os interesses públicos primários, inclusive com os objetivos institucionais da entidade estatal e com as demais regras jurídico-administrativas aplicáveis. Afinal, a vontade da Administração Pública se resume à vontade do povo expressa por meio de normas ou, como dizia Miguel Seabra Fagundes, “administrar é aplicar a lei de ofício”.<sup>17</sup>

Em síntese, o primeiro grande desafio para se estruturar sistemas de controle interno eficientes reside na necessidade de se somar, nas mãos dos controladores, conhecimentos técnicos e conhecimentos jurídicos imprescindíveis à eficiência de suas ações de fiscalização e de correção de atos, contratos, processos irregulares ou ilícitos no âmbito da Administração Pública. É a falta desse conhecimento técnico híbrido que muitas vezes torna o controle interno, sobretudo o hierárquico, uma grande farsa. Os controladores fingem examinar o que os subordinados realizaram, mas, na prática, não detêm qualquer condição técnica para fazê-lo, o que os leva a aprovar, homologar ou chancelar ações incorretas, fraudulentas e até criminosas em alguns casos.

## 5 BAIXO DISTANCIAMENTO ENTRE CONTROLADOR E CONTROLADO

Para se transformar um controle interno efetivo em realidade, é ingenuidade crer que a superação de deficiências técnicas baste. A Administração Pública, seja em suas tarefas executórias, seja nas funções de controle que lhe cabem, sofre forte influência, ora lícita, ora ilícita, de uma série de fatores, incluindo os de ordem política e econômica, assim como as influências pessoais derivadas de sentimentos, relações de amizade, coleguismo, inimizade, parentesco etc. Mesmo a administração burocratizada, como alerta Jacques Chevalier, não funciona de modo mecânico, previsível e coerente.<sup>18</sup> Reconhecer que, a despeito do princípio

<sup>17</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 4.

<sup>18</sup> Nas palavras do autor francês, “l’administration, même bureaucratisée, ne fonctionne jamais de manière aussi rigoureuse, ‘machinique’, avec cette parfaite cohérence et prévisibilité des comportements; il faut tenir

constitucional da legalidade e da impessoalidade, o ambiente administrativo jamais foi ou será neutro representa o primeiro passo para se entender a importância do isolamento, da autonomia ou do distanciamento entre controlador em relação ao controlado e seus poderes.

Nas situações em que a proximidade entre controlador é muito alta, como costuma ocorrer no controle interno hierárquico dentro de um mesmo órgão público (intraorgânico), as pressões desfavoráveis à ação efetiva do controlador aumentam de maneira diretamente proporcional. A razão para tanto é simples. Essas pressões derivam de eventuais articulações políticas manejadas contra o controlador, de seu medo frente a eventuais retaliações presentes ou futuras, de ameaças expressas e, não é de se descartar a hipótese, de reais danos físicos, morais ou profissionais.

É muito comum que isso ocorra em ambientes públicos nos quais as chefias são exercidas por um mandato pré-determinado, após o qual o chefe retorna à antiga função executória e aquele que antes era controlado, assume o posto de controlador, dentro de um mecanismo cíclico de alternância de papéis. Nessas situações de chefia rotativa, há forte estímulo para que o controle seja abafado por força do temor do chefe quanto às consequências futuras de suas ações de correção de irregularidades.

Outra situação imaginável em que o controle resta dificultado é aquela em que o controlador está em posição profissional inferior à dos controlados e, por conseguinte, depende dos próprios controlados para ascender na carreira. Sob tais condições, o risco de represália ou de danos profissionais dissuade que o agente de menor hierarquia, a quem se atribui a função de controle interno, aponte vícios, falhas e ilegalidades cometidos por agentes de mais alta hierarquia, mas que circunstancialmente se submetem a controle. Exatamente por isso, em muitos regimentos internos, vincula-se as posições de chefia e de controle hierárquico aos que estão em degrau profissional mais elevado, reduzindo-se com isso os riscos de captura do controlador que existiriam no cenário anteriormente descrito.

Esses exemplos, muito corriqueiros na realidade da Administração Pública brasileira, evidenciam duas coisas: os poderes existentes dentro de uma instituição não se ligam necessariamente às posições jurídicas de chefia, como explica Jacques Chevalier “o poder, dentro da administração como em qualquer organização, não se concentra apenas nas mãos do superior hierárquico, investido formalmente da autoridade”.<sup>19</sup> Para além disso, os exemplos revelam que quanto mais o controlador estiver distante ou em posição de autonomia diante do controlado, mais difícil será atacá-lo, ameaçá-lo ou capturá-lo. Quanto maior a distância, mais ele estará imune à influência do controlado em termos físicos, morais e profissionais;

---

*compte des facteurs personnels qui déterminent le comportement des agents, des hiérarchies parallèles et des stratifications qui influent sur la structure du pouvoir, des stratégies des acteurs et des arrangements en marge du système des rôles officiel. L'administration est un système complexe, dont l'organisation formelle n'épuise pas les potentialités*” CHEVALIER, Jacques. *Science administrative*. 4. ed. Paris: PUF, 2007. p. 348. Em outro trecho, aduz o autor: “Les organisations, les entreprises, les administrations ne fonctionnent jamais, contrairement à certaines illusions webériennes ou tayloriennes, sur un mode purement ‘rationnel’, conformément à des règles impersonnelles et objectives. Toutes organisation est formée d’individus ayant leurs besoins et leurs motivations spécifiques, et dont les comportements ne peuvent être enfermés une fois pour toutes dans un cadre normative pré-établi” (CHEVALIER, Jacques. *Science administrative*. Op. cit., p. 359).

<sup>19</sup> CHEVALIER, Jacques. *Science administrative*. Op. cit., p. 361.

mais autônoma, neutra e impessoal será a fiscalização e as possibilidades de descoberta de ilegalidades ou falhas. Por conseguinte, é concebível pressupor que a intensidade do controle e sua efetividade se elevem conforme aumenta o distanciamento funcional.

No âmbito do controle interno, uma boa solução aos problemas resultantes do baixo distanciamento entre controlador e controle reside na constituição de órgãos especializados que acompanham o desenvolvimento das funções executórias da entidade estatal por monitoramento constante ou por provocação de cidadãos ou agentes públicos em casos específicos. Na Alemanha, a preferência por esses órgãos internos decorre do “princípio da separação da ação e do controle” e da “independência do controlador”, princípio que também encontra guarida no âmbito da administração privada.<sup>20</sup>

A existência dos órgãos especializados internos em cada instituição, como ouvidorias, corregedorias, comissões de ética etc., mitiga parte dos riscos relacionados às ações de controle e às denúncias ou reclamações por mau funcionamento dos serviços ou falha de qualquer outro gênero. Outra técnica igualmente relevante, e previamente mencionada, desenvolve-se pela associação das funções de controlador aos agentes em situação funcional mais avançada e, supostamente, mais independente.

A tendência à melhoria do controle pelo aumento do distanciamento e da imunidade do controlador sobre o controlado não é, porém, infinita. O distanciamento também ocasiona efeitos negativos e complicadores do próprio controle efetivo. O primeiro efeito consiste na maior dificuldade de se conhecer com exatidão e profundidade a realidade ou situação controlada, dada a baixa proximidade entre ela e o controlador-espectador. O distanciamento, nesse aspecto, facilita distorções da realidade controlada e, por isso, exige que os processos administrativos instrumentais do controle sejam muito bem instruídos, de sorte a evitar julgamentos distorcidos e incompatíveis com os fatos. O segundo efeito negativo se relaciona aos custos do controle. Quanto maior a instrução processual, maior o tempo e os esforços relacionados com a atividade de controle, fatores que elevam seus custos finais para a Administração Pública.

## 6 CORPORATIVISMO PROTETIVO E IMUNIZANTE

Outro grave impeditivo da execução efetiva de mecanismos de controle interno resulta do corporativismo<sup>21</sup> administrativo, simplificada e entendido como um movimento de autoproteção dos interesses de classes profissionais dentro da Administração Pública e, em estágio mais avançado, de imunização recíproca de seus membros contra fatores desestabilizadores externos e manutenção de privilégios e benefícios, inclusive pelo sufocamento de instrumentos de controle interno capazes de afetá-los.

<sup>20</sup> Nas palavras do autor alemão, “es hat sich in Deutschland das Prinzip der Trennung von Handlungs- und Kontrollinstanzen in besonderem Masse durchgesetzt. Man traut eine wirkliche Kontrolle nur einer Instanz zu, die nicht am zu kontrollierenden Handeln beteiligt ist und deshalb die nötige Unabhängigkeit zur Kontrolle besitzt. Im Unternehmensrecht gibt es deshalb (seit 1884) eine strikte Trennung von Geschäftsführung (Vorstand) und Aufsicht (Aufsichtsrat)”. PÜTTNER, Günter. *Verwaltungslehre*. Op. cit., p. 346.

<sup>21</sup> Para um panorama histórico e político das várias significações do corporativismo e do Estado corporativista, cf. VIEIRA, Evaldo. *Autoritarismo e corporativismo no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Unesp, 2010. p. 19 ss. A respeito de algumas estratégias corporativistas na Administração Pública, cf. as considerações de CHEVALIER, Jacques. *Science administrative*. Op. cit., p. 374 ss.

Como nem todas as entidades estatais dispõem de corpos neutros e especializados de controladores, é comum que as tarefas de controle interno se desenvolvam exclusivamente por meio de mecanismos de autocontrole e de controle hierárquico. O perigo que aí reside deriva do fato de que o controle interno hierárquico se mostra extremamente suscetível ao corporativismo nas entidades em que a composição profissional dos órgãos decisórios se destaca pela baixa heterogeneidade, sendo dominada por um grupo específico de profissionais.

É exatamente o caso das universidades públicas e do judiciário. Nas duas instituições estatais, a liderança numérica e política dos órgãos decisórios cabe a apenas um grupo profissional (docentes e juizes, respectivamente). Desse modo, outros grupos que por ventura participem da gestão pública e da tomada de decisões estratégicas e de controle dificilmente lograrão obter poder suficiente para quebrar ou mitigar o corporativismo da classe profissional dominante.

Em ambientes semelhantes, torna-se praticamente impossível o controle hierárquico efetivo de falhas ou ilegalidades cometidas por membros do grupo dominante, cuja correção naturalmente afetaria o sucesso na proteção dos interesses do coletivo. Mesmo que se consiga dar início ao controle por técnicas tradicionais de provocação (como a representação, as denúncias ou os recursos administrativos), ao final, serão os “representantes” do próprio grupo denunciado que decidirão ou, na pior hipótese, influenciarão de maneira significativa o controlador com o objetivo de prevenir efeitos negativos à categoria.

Mesmo nas hipóteses em que as decisões de controle hierárquico contra falhas ou ilegalidades cometidas pelo membro do grupo dominante não geram efeitos nocivos reflexos para o coletivo, mas somente efeitos individuais contra aquele que agiu irregularmente, ainda assim o corporativismo poderá mitigar o potencial de fiscalização e de correção de problemas administrativos. Isso se explica pela geração de laços intensos de reciprocidade. Quando o ambiente corporativo passa a funcionar não somente como um sistema de autoproteção de interesses coletivos, porém como um espaço de troca de favores entre seus membros e de manutenção de privilégios pessoais, baseado em um pacto de proteção recíproca ou de imunidade contra qualquer elemento de ataque externo, a colaboração recíproca dificultará inclusive o controle pontual, aparentemente inofensivo aos membros do grupo como um todo.

Diante dessa contaminação, o controle interno hierárquico e mesmo o autocontrole tendem a sucumbir. Não é por outro motivo que se tem valorizado a criação do chamado controle interno especializado, por órgão separado, autônomo e distanciado dos órgãos executórios. É verdade que mesmo esse tipo de solução, nas entidades em que o poder é monopolizado por um grupo profissional, não se afasta por completo da influência corporativista – aliás, o corporativismo pode contaminar o espaço dos controladores, de sorte a bloquear sua sujeição a outros controles de legalidade ou de qualidade. A despeito dos riscos, a criação do órgão especializado de controle interno com amplos poderes reforça de modo sensível os ataques externos necessários para quebrar o sistema de autoproteção ou de imunização recíproca.

## 7 IMPUNIDADE E INSUFICIÊNCIAS PUNITIVAS

A impunidade reinante na Administração Pública e as insuficiências punitivas por deformações institucionais e procedimentais ou falhas de gestão configuram outro inimigo do controle interno no Brasil. Antes de se ingressar no tema, duas advertências sobre essa afirmação inaugural não poderiam ser deixadas de lado sob pena de se induzirem graves mal-entendidos.

A uma, afasta-se desse ensaio qualquer premissa de que a honestidade e o respeito ao direito variam de modo diretamente proporcional à gravidade das sanções. Fosse assim, bastaria enrijecer o sistema punitivo para extirpar a corrupção e, por reflexo, inúmeros males da Administração Pública. A boa administração não se promove com sanções inútil ou imotivadamente severas, mas com sanções negativas justas e, em certas hipóteses, com sanções positivas ou premiais – modalidade ainda pouco valorizada no direito administrativo. Afasta-se daqui, portanto, qualquer posicionamento tendente a afirmar que o terror da sanção repressiva opere o milagre da prevenção geral.

A duas, há que se entender a impunidade e a insuficiência sancionatória que obstam o controle interno em termos práticos, não em sentido normativo. Melhor dizendo: é notório que o direito administrativo brasileiro oferece todas as armas jurídicas para se combater a má gestão pública. Estão aí a Lei de Improbidade, as normas disciplinares, os códigos de ética, os crimes de responsabilidade e os crimes contra a administração pública, além da própria Lei Anticorrupção, para provar que não faltam mecanismos jurídicos. Tampouco são necessários grandes ajustes ou aprimoramentos legais no arcabouço normativo existente. A impunidade e as insuficiências punitivas a que se faz menção são fáticas, reais, ocorrentes no mundo do ser, no cotidiano da Administração Pública.

As várias normas de controle interno, para serem levadas a sério, necessitam sair do papel, ganhar aplicação frequente, gerar algum tipo de consequência – justa por óbvio. É preciso, assim, que o direito positivo seja transformado em realidade, tarefa que demanda, porém, a observância de uma série de condições estruturais, procedimentais e humanas.

Em termos humanos ou pessoais, há que se investir em capacitação, em especialização e aprofundamento técnico das autoridades responsáveis pelo controle. Não se trata de tarefa fácil, na medida em que tais órgãos dependem de uma dupla expertise: a jurídico-administrativa ou financeira, conforme suas funções, e a técnica, útil para o controle de qualidade e eficiência de tarefas complexas exercidas pela Administração no âmbito de seus serviços, atividades de polícia, fomento e intervenção econômica. Não bastasse isso, não raro, joga-se a atividade de controle à execução, “ad hoc”, de servidores sem qualquer experiência, o que naturalmente aniquila suas chances de sucesso.

Em adição, sob a perspectiva estrutural, mostra-se oportuno discutir certas modificações orgânicas que possam, como dito, garantir às autoridades controladoras um mínimo de autonomia para deflagrar os processos devidos, conduzirem-nos sem pressões e aplicarem, quando for cabível, as medidas de correção, reparação e punição aos agentes públicos e privados responsáveis. Nesse sentido, extremamente relevante se mostra a pro-

fissionalização da função de controle e, quando possível, a consolidação de órgãos internos especializados, sustentados pelo trabalho de servidores estáveis, minimamente protegidos contra influências indevidas internas ou externas.

De outra parte, no plano procedimental, é preciso reordenar as normas condutoras dos processos administrativos precedentes das ações de controle no intuito de torná-los: 1) compreensíveis aos diferentes tipos de autoridade que o conduzem, sobretudo as “ad hoc”; 2) passíveis de fácil e rápida interpretação, em favor da previsibilidade e da segurança jurídica; 3) garantidores dos direitos processuais fundamentais do acusado e 4) marcados por um grau adequado de celeridade.

Para se atingir esse escopo, entre outras medidas, mostra-se imprescindível a adoção de um papel proativo pela advocacia pública de cada instituição. Há que se superar a mera visão reativa que marca a atuação desses órgãos e os limita tradicionalmente ao controle posterior dos processos de controle. Há que se deslocar a advocacia pública ao papel de protagonista da execução de boa parte das ferramentas de controle, de forma a evitar insuficiências da ação punitiva, a ampliar o grau de profissionalização do controle e, principalmente, a mitigar os riscos de questionamento administrativo e de judicialização que, muitas vezes, alimentam-se de deficiências formais das atividades de controle para ocasionar, ao final, impunidade indevida.

## **8 CUSTOS DO CONTROLE INTERNO**

Custo é termo alienígena para boa parte da ciência jurídica, a qual frequentemente ignora uma obviedade: o direito não é movido sem custos! As normas não saltam do texto legal e transformam-se em realidade sem intervenções naturais. Normas dependem de pessoas, de sua vontade, de sua interpretação, de seu desejo de aplica-las como se deve, de energia, de comportamentos. Tudo isso gera custos, gastos, despesas das mais variadas espécies. E se regressarmos ainda mais no processo jurídico, chegar-se-á à conclusão de que a própria existência das normas custa. A gênese normativa não ocorre gratuitamente, sem dor, sem tensões e conflitos – sem custos, portanto.

O exame do controle interno jamais escaparia a essa regra. Não há dúvida de que ele gera custos de muitas espécies, dentre os quais merecem destaque os financeiros, os humanos e os profissionais.

Começemos pelo mais simples deles: os financeiros. Nesse particular, cumpre mais uma vez separar a situação do controle hierárquico e da autotutela, de um lado, em relação ao controle interno especializado, de outro. Nos dois primeiros, basicamente não existem grandes custos financeiros adicionais. Afinal, a autoridade que executa (no autocontrole) ou a autoridade que exerce chefia (no controle hierárquico) são as mesmas que realizam a fiscalização, a prevenção e a repressão. Não emergem custos funcionais extraordinários, nem custos organizacionais significativos. Essas autoridades existem naturalmente em toda entidade estatal e o controle faz parte de suas funções. Isso significa que o controle não ocasiona custos financeiros de organização, senão unicamente custos pontuais decorrentes



das medidas corretivas em cada caso. Anular um edital ou revogar um ato administrativo pode exigir novo trabalho, novos processos e, portanto, novos gastos. Está aí a problemática financeira.

No controle interno especializado, por sua vez, a situação se torna mais complexa, pois além dos custos derivados das medidas corretivas em si, soma-se o custo da organização desses órgãos, da seleção e investidura de agentes públicos voltados unicamente para tais funções. Esse é um dos motivos a explicar por que nem sempre o controle especializado se mostra tão corriqueiro nas entidades públicas. Seus impactos financeiros mostram-se altos e nem sempre compensam os benefícios por ele gerados em termos de efetividade do controle interno.

Fora isso, todo controle traz consigo custos humanos, ou melhor, desvantagens, prejuízos, represálias, ameaças ao controlador, sem falar no trabalho adicional a ele gerado em muitas ocasiões. Nesse contexto, porém, a situação das modalidades de controle especializado diante do autocontrole e do controle hierárquico se inverte. Supõe-se que o especializado é menos custoso, uma vez que seus agentes se voltam exclusivamente à função de controle, gozando de mais autonomia, mais distanciamento e mais conhecimento técnico, o que lhes permite executar tais tarefas com mais eficiência.

De maneira inversa, nas modalidades de autocontrole e de controle hierárquico, os custos humanos das funções de controle aumentam por uma gama de razões. Em primeiro lugar, não existe um distanciamento tão significativo entre sujeito ativo e passivo, de modo que o controlador se submete a mais pressões, mais represálias e riscos de prejuízos em termos profissionais. Em segundo lugar, o exercício intensivo do controle ainda é capaz de gerar danos à reputação do controlador ou submetê-lo a hostilidades decorrentes da ação articulada e responsiva de grupos altamente corporativistas, cujos interesses coletivos venham a ser afrontados pelas medidas de controle interno ou que, mesmo na falta desse motivo, que atuam no sentido de proteger os interesses individuais de seus membros dentro de uma lógica de imunização recíproca.

Por esses e outros fatores, vencer os inimigos do controle interno significa vencer dificuldades financeiras e restrições orçamentárias de cada entidade estatal, além de superar restrições culturais a investimento fundamentais em atividades de controle efetivo. Mais que isso: a derrota desses inimigos depende da redução, ao máximo possível, dos custos pessoais do controlador, daí a necessidade de se lhe garantir tanto certa blindagem física, quanto a maior independência possível contra retaliações injustas em termos profissionais.

## 9 CONCLUSÃO

A abordagem doutrinária do controle interno da administração pública no Brasil frequentemente se concentra no exame dos institutos jurídicos e procedimentos que o viabilizam. Fala-se de recurso, de representação, de reclamação, de processo sancionador etc. Menciona-se ainda o papel das normas disciplinares, do controle hierárquico e da autotutela, com foco na tradicional diferenciação entre anulação e revogação.


De propósito, nesse ensaio, buscou-se um afastamento em relação a esse tipo de enfoque instrumental para se valorizar, em compensação, aspectos marcadamente contextuais. Como dito e repetido, os inimigos do controle interno nada mais são que deficiências e falhas que permeiam as entidades estatais e que, na prática, dificultam a atividade dos controladores e o sucesso dos mecanismos legais criados para o exercício dessa tarefa essencial ao Estado Democrático de Direito.

Reduzido distanciamento funcional entre controlador e controlado, baixa especialização técnica dos órgãos de controle, corporativismo, dificuldades na aplicação de sanções justas e alto grau de impunidade, além dos custos do próprio controle interno exemplificam alguns desses inimigos. Em comum, sua análise revela ao jurista que nem tudo no mundo se resolve com direito.

É verdade que o combate aos inimigos do controle exige algumas batalhas jurídicas, ou seja, reformas e renovações de institutos legais isolados. No entanto, mais que isso, impõem-se mudanças de ordem organizacional, profissionalização da gestão pública, investimentos em capacitação e educação, análise de custos, além do gerenciamento das indevidas influências econômicas, políticas e outras que não raro aniquilam a funcionalidade do controle interno. Exatamente por isso, pensar o controle interno para além dos limites fechados da ciência do direito administrativo desponta como um exercício teórico imprescindível para salvar sua significação e utilidade jurídica.

## REFERÊNCIAS

- CARVALHO FILHO, José dos Santos; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Controle da administração pública e responsabilidade do estado*. São Paulo: RT, 2014. (Tratado de direito administrativo, v. 7).
- CHEVALIER, Jacques. *Science administrative*. 4. ed. Paris: PUF, 2007.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Da autotutela administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 108, 1972.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MEDAUAR, Odete. Controles internos da administração pública. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 84/85, 1989/1990.
- MEIRELLES, Hely Lopes. A Administração Pública e seus controles. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDZFELD, Carlos Ari. *Controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo, v. III).
- PÜTTNER, Günter. *Verwaltungslehre*. 3. ed. Munique: Beck, 2000.
- REAL, Alberto Ramon. El control de la administración. *Revista de Direito Público*, v. 32, 1974. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDZFELD, Carlos Ari. *Controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo, v. III).
- VIEIRA, Evaldo. *Autoritarismo e corporativismo no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Unesp, 2010.



# A possibilidade de cobrança pela prestação de serviços públicos de saúde e de ensino na Constituição Federal

**Vladimir da Rocha França<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Notas sobre o regime jurídico-constitucional dos direitos sociais; 3 Sobre a possibilidade da cobrança pela prestação de serviços públicos de saúde; 4 Sobre a possibilidade da cobrança pela prestação de serviços de ensino; 5 Considerações finais; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Em situações de crise fiscal, usualmente se coloca em risco a continuidade da prestação de serviços públicos<sup>2</sup> pelo Estado. Nesse contexto, surgem com frequência discussões a respeito de seu financiamento.

No Estado contemporâneo, o financiamento das atividades administrativas tem sua espinha dorsal na instituição ou majoração de tributos.<sup>3</sup> No caso brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)<sup>4</sup> estabelece todo um conjunto de garantias fundamentais para o administrado, enquanto contribuinte, disciplinando ainda de modo exaustivo as competências legislativas tributárias dos entes federativos.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Entenda-se por serviço público a prestação de utilidades ou comodidades materiais para os administrados em geral, pelo Estado ou por seus delegados, destinada à concretização de direitos fundamentais, sob o regime jurídico-administrativo.

Sobre a matéria, consultar: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 688-700; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 131-152; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 687-690; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>3</sup> Nesse sentido, consultar: TORRES, Ricardo Lobo. *A ideia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

O conceito de tributo é polissêmico, como bem adverte Carvalho (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 19-24). De todo modo, para fins do presente estudo, adota-se o conceito prescrito no art. 3º da Lei Federal n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 (“Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios”) – doravante denominada Código Tributário Nacional (CTN) –, cujo enunciado tem a seguinte redação:

“Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

<sup>4</sup> Promulgada em 5 de outubro de 1988.

<sup>5</sup> Sobre a matéria, consultar: CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Também se admite, nas situações previstas na CRFB, o recurso às concessões de serviços públicos, nos termos do art. 175<sup>6</sup> do texto constitucional.<sup>7</sup> Em tal hipótese, o serviço público é prestado por uma empresa contratada pelo Poder Público, mediante o pagamento de tarifa pelo usuário.

Nesse contexto, especialmente diante de medidas como aquelas estabelecidas pela Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016,<sup>8</sup> é preciso avaliar quais são as alternativas previstas na CRFB para o custeio dos serviços públicos de saúde e de ensino.

O objetivo do presente trabalho é examinar a possibilidade jurídico-constitucional de se prestar serviços públicos de saúde e de ensino mediante a cobrança de contraprestação pecuniária dos usuários desses serviços.

Para tanto, emprega-se aqui a metodologia preconizada pela Dogmática Jurídica, voltada à descrição do sistema do Direito Positivo.<sup>9</sup>

## 2 NOTAS SOBRE O REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS.

Dentre os direitos fundamentais previstos na CRFB, merecem aqui destaque os direitos fundamentais sociais.

<sup>6</sup> Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação:

"Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado".

<sup>7</sup> Sobre a matéria, consultar: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 718-807; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 74-175; MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. Op. cit.; JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

<sup>8</sup> "Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências".

<sup>9</sup> Do ponto da Dogmática Jurídica, o sistema do Direito Positivo é aquele formado por normas postas ou reconhecidas pelo Estado, que compartilham um mesmo fundamento de validade, a Constituição em vigor.

Todavia, vê-se aqui o sistema do Direito Positivo como um sistema tridimensional, no qual se identifica três domínios: (i) o domínio do fato; (ii) o domínio do valor; e, (iii) o domínio da norma.

Na Dogmática Jurídica, enfatiza-se a análise da norma jurídica, sem se deixar de levar em consideração que a norma jurídica é o resultado da projeção dos valores sobre os fatos, consubstanciada por um ato de quem esteja com o poder político. Também merece destaque que o fato jurídico, e seu correspondente efeito jurídico, decorre da incidência da norma jurídica na parcela da realidade delimitada na sua hipótese – o suporte fático –, que pode ter em seu cerne um evento ou conduta considerada relevante para a disciplina das relações humanas intersubjetivas.

Sobre a matéria, consultar: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Atualização de Wilson Rodrigues Alves. v. 1. Campinas, Bookseller, 1999; REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996; REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998; REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1999; 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.

Tomando-se o direito fundamental como uma relação jurídica,<sup>10</sup> pode-se afirmar que o direito fundamental social é um vínculo existente entre o administrado e o Estado, no qual aquele se encontra no polo ativo, e este no polo passivo, resultante da incidência de norma jurídica constitucional, cujo objeto compreende prestações estatais positivas<sup>11</sup> no domínio social.<sup>12</sup>

E, recorde-se, que tais prestações estatais devem ser feitas por meio da função administrativa e, portanto, em conformidade com o regime jurídico-administrativo.<sup>13</sup>

No direito fundamental social, a CRFB prescreve direitos subjetivos, pretensões e ações<sup>14</sup> em favor do administrado, conforme a densidade das normas constitucionais que dispõem sobre ele. O disposto no art. 5º, § 1º,<sup>15</sup> da CRFB não tem o condão de esvaziar a garantia fundamental da legalidade<sup>16</sup> e o princípio da gestão fiscal

<sup>10</sup> Não se olvide o reconhecimento de que a expressão *direito fundamental* é polissêmica. Tradicionalmente, ela é usada ora para designar uma norma constitucional, ora um direito subjetivo assegurado diretamente pela CRFB. De todo modo, crê-se que o sentido aqui adotado acaba sendo mais eficiente à luz do objetivo do presente trabalho. Sobre a matéria, consultar: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; e MENDONÇA, Fabiano André de Souza. *Introdução aos direitos plurifuncionais: os direitos, suas funções e a relação com o desenvolvimento, a eficiência e as políticas públicas*. Natal: Fabiano André de Souza Mendonça, 2016.

<sup>11</sup> Ou seja, prestações de dar ou de fazer. Contudo, não se pode afastar a hipótese de que, excepcionalmente, na relação de direito fundamental social se identifiquem prestações de não fazer ou de suportar por parte do Estado. Sobre a matéria, consultar: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

<sup>12</sup> Vide os arts. 6º a 11, e os arts. 193 a 231, todos da CRFB.

<sup>13</sup> A função administrativa consiste na atividade desenvolvida pelo Estado (ou por quem esteja no exercício de competências administrativas), que tem por objetivo a concretização de interesses públicos por meio da expedição de normas jurídicas complementares à lei ou de atos jurídicos destinados a lhe dar cumprimento, sob o controle de juridicidade do Poder Judiciário. Essa função do Estado está subordinada ao regime jurídico-administrativo. Trata-se do subsistema do sistema do Direito Positivo que disciplina a função administrativa e a organização dos sujeitos de direito que têm a competência para desempenhá-la. O regime jurídico-administrativo está alicerçado nos princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, e da indisponibilidade do interesse público pela Administração. Sobre a matéria, consultar: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 29-53; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 187-224; FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 40-52.

<sup>14</sup> O direito subjetivo representa uma vantagem de um sujeito de direito (sujeito ativo) em face outro (sujeito passivo) em torno de um dado bem, consubstanciada numa prestação positiva (dar ou fazer) ou negativa (não-fazer ou suportar). Tem como correlato o dever jurídico, cujo titular é o sujeito passivo. A pretensão compreende a exigibilidade do direito subjetivo pelo sujeito ativo. Está associada à obrigação do sujeito passivo de realizar a prestação que compõe o objeto da relação jurídica. Por fim, há a ação, que eclode no sistema do Direito Positivo quando a pretensão é ameaçada, resistida ou insatisfeita. Cuida da prerrogativa de o sujeito ativo impor a sua pretensão ao sujeito passivo. A ação deve ser exercida por meio do remédio processual judicial ou administrativo adequado, quando a lei não admitir que o sujeito ativo aja sem o intermédio do Estado. Sobre a matéria, consultar: MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações: ações, classificação e eficácia*. Atualização de Wilson Rodrigues Alves. v. 1. Campinas: Bookseller, 1998; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: eficácia jurídica, determinações inexas e anexas*. Direitos. Pretensões. Ações. Atualização de Wilson Rodrigues Alves. v. 5. Campinas: Bookseller, 2000; VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no Direito*. Op. cit.

<sup>15</sup> Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: "Art. 5º [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

<sup>16</sup> Vide o art. 5º, II, o art. 37, *caput*, e o art. 84, IV e VI, todos da CRFB. Sobre a matéria, consultar: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 102-108; CAVALCANTI, Francisco de Queiroz

responsável,<sup>17</sup> quando a própria Lei Maior determina que a disciplina de aspectos indispensáveis para a concretização administrativa do direito fundamental social deve ser estabelecida em lei.<sup>18</sup>

Outro ponto de destaque no regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais é que os mesmos podem ser objeto de abolição por meio de emenda constitucional, haja vista os mesmos não se encontrarem no rol de direitos fundamentais constante do art. 60, § 4º,<sup>19</sup> da CRFB.

Todavia, não se admite a integral revogação de todos os direitos fundamentais sociais, pois tal medida violaria o disposto no art. 1º, IV,<sup>20</sup> no art. 3º,<sup>21</sup> e no art. 4º, II,<sup>22</sup> todos da CRFB. Pelo menos, daqueles que se encontram previstos nos tratados internacionais incorporados ao sistema do Direito Positivo.<sup>23</sup> Não é despidendo recordar que o primado do trabalho e os objetivos de bem-estar e justiça sociais, fundamentos da ordem constitucional social nos termos do art. 193,<sup>24</sup> são também princípios fundamentais do Estado brasileiro.

No presente ensaio, o foco será dirigido aos direitos ao ensino público e à saúde pública, bem como aos serviços públicos destinados à concretização dos mesmos.

---

Bezerra. A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 221-234; FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 52-67.

<sup>17</sup> Vide o art. 167 e o art. 169, ambos da CRFB. Vide o art. 1º, § 1º, da Lei Complementar Federal nº 101, de 4 de maio de 2000 (“Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências”). Sobre a matéria, consultar: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Comentários sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal: finanças públicas democráticas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>18</sup> Em rigor, os direitos subjetivos associados aos direitos fundamentais sociais carecem de pretensão, pois CRFB não raras vezes demanda lei para que aqueles possam ser exigíveis em face da Administração. Afinal, envolvem prestações positivas da Administração, que depende da lei para ter legitimidade para atuar na concretização do interesse público. E, acresça-se, a legitimidade das prestações positivas da Administração também pressupõe o respeito ao princípio da gestão fiscal responsável.

<sup>19</sup> Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 60. [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”.

<sup>20</sup> Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”.

<sup>21</sup> Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

<sup>22</sup> Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos;”.

<sup>23</sup> Vide o art. 5º, §§ 2º e 3º, da CRFB. Vide o Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991. Vide o Decreto Federal nº 591, de 6 de julho de 1992. Sobre a matéria, consultar: GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>24</sup> Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

### 3 SOBRE A POSSIBILIDADE DA COBRANÇA PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

De acordo com o art. 6º,<sup>25</sup> o art. 196,<sup>26</sup> e o art. 197,<sup>27</sup> todos da CRFB, os administrados têm o direito fundamental à saúde pública, a ser concretizado por meio da prestação de serviços públicos. Estes devem ser organizados e disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), que deve ter a participação material e financeira de todos os entes federativos.<sup>28</sup>

A saúde pública integra a seguridade social, estruturada nos termos do art. 194<sup>29</sup> da CRFB.<sup>30</sup>

O financiamento dos serviços públicos de seguridade social – que incluem os serviços públicos de saúde – deve observar o objetivo da diversidade da base de financiamento, conforme o art. 194, VI, CRFB.

O financiamento da seguridade social – que abrange o SUS, insista-se – deve ser feito por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como daqueles provenientes das contribuições de seguridade social instituídas pela União.<sup>31</sup>

Além do mais, o art. 198, § 1º,<sup>32</sup> da CRFB, determina expressamente que o SUS será financiado com recursos do orçamento da seguridade social e de todos os entes federativos, além de outras fontes de receita.

<sup>25</sup> Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

<sup>26</sup> Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

<sup>27</sup> Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

<sup>28</sup> Vide o art. 23, II, o art. 195, o art. 198, e o art. 200, todos da CRFB. Vide a Lei Federal n. 8.080, de 19 de setembro de 1990 (“Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”).

<sup>29</sup> Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados”.

<sup>30</sup> À luz do art. 22, XXIII, da CRFB, verifica-se que compete à União legislar privativamente sobre a seguridade social. Mas não se pode descartar a competência legislativa dos demais entes federativos sobre a matéria, no que concerne à previdência de seus servidores públicos efetivos e vitalícios e, à organização e funcionamento dos serviços públicos de saúde pública e de assistência social de sua competência.

<sup>31</sup> Vide o art. 195 da CRFB.

<sup>32</sup> Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 198. [...] § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do

Em rigor, não há norma constitucional que imponha a gratuidade na prestação de serviços de saúde pública, impedindo o Poder Público de instituir as taxas previstas no art. 145, II,<sup>33</sup> da CRFB, para o seu custeio. Para tanto, as garantias fundamentais do contribuinte e as normas gerais de Direito Tributário deverão ser rigorosamente respeitadas.<sup>34</sup>

Outro ponto reside na possibilidade de se prestar os serviços de saúde pública mediante a cobrança de tarifas, no contexto de contratos de concessão de serviço público.<sup>35</sup>

De fato, o art. 199, § 1º, da CRFB, admite o recurso à celebração de contratos administrativos com empresas privadas para a complementação do SUS.<sup>36</sup>

Ainda que as concessões de serviço público sejam contratos administrativos, a opção pela concessão comum de serviço público,<sup>37</sup> pela concessão patrocinada,<sup>38</sup> ou até mesmo pela concessão administrativa,<sup>39</sup> no SUS, demandaria emenda constitucional ou lei específica que a admitisse.

Recorde-se que em todas as modalidades de concessão de serviço público, o concessionário atua em nome próprio e por sua conta e risco. E, registre-se, as empresas contratadas com amparo no art. 199, § 1º, da CRFB, devem complementar o SUS.<sup>40</sup> Tais empresas não atuam como delegadas do Poder Público, pois a atuação delas não descaracteriza a prestação direta do serviço público de saúde.

De todo modo, o princípio constitucional fundamental da isonomia, na sua dimensão material,<sup>41</sup> impõe a existência um conjunto básico de serviços públicos de saúde que seja gratuito, ou seja, disponibilizado sem a cobrança de taxas ou tarifas. Ou, pelo menos, que a emenda constitucional que viabilize essas receitas estabeleça hipóteses de imunidade fundadas nos valores sociais da CRFB.

Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”.

<sup>33</sup> Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: [...] II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”.

<sup>34</sup> Vide o art. 145, § 2º, o art. 146, III, e o art. 150, I a V, todos da CRFB. Vide o art. 77, o art. 79, e o art. 80, todos do CTN. Sobre a matéria, consultar: FRANÇA, Vladimir da Rocha. Aspectos constitucionais da hipótese tributária da taxa pela prestação de serviço público. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 38, n. 149, jan./mar. 2001. p. 187-208.

<sup>35</sup> Vide o art. 175 da CRFB. Vide a Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (“Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências”).

Vide a Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (“Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública”).

<sup>36</sup> Vide o art. 24 e o art. 26, ambos da Lei Federal n. 8.080/1990.

<sup>37</sup> Vide o art. 2º, II, da Lei Federal n. 8.987/1995. Vide o art. 2º, § 3º, da Lei Federal n. 11.079/2004.

<sup>38</sup> Vide o art. 2º, § 1º, da Lei Federal n. 11.079/2004.

<sup>39</sup> Vide o art. 2º, § 2º, da Lei Federal n. 11.079/2004.

<sup>40</sup> Em rigor, há aqui negócios jurídicos administrativos regidos pela Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993 (“Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”).

<sup>41</sup> Vide o art. 3º, IV, da CRFB.



#### 4 SOBRE A POSSIBILIDADE DA COBRANÇA PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENSINO

No sistema do Direito Positivo, reconhece-se o direito ao ensino público, nos termos do art. 6º e do art. 205,<sup>42</sup> ambos da CRFB.

Observadas as diretrizes constantes do art. 206<sup>43</sup> da CRFB, a prestação de serviços públicos de ensino deve ser realizada por todos os entes federativos em regime de colaboração,<sup>44</sup> respeitando-se a competência legislativa da União, dos Estados e do Distrito Federal sobre a matéria.<sup>45</sup>

A prestação dos serviços públicos de ensino deve necessariamente compreender: (i) educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (ii) progressiva universalização do ensino médio gratuito; (iii) atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; (iv) educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (v) acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; (vi) oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; (vii) atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.<sup>46</sup>

É importante salientar que o administrado tem o direito público subjetivo ao acesso ao ensino obrigatório e gratuito,<sup>47</sup> sem prejuízo da competência prevista no art. 208, §

<sup>42</sup> Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação:

“Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

<sup>43</sup> Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade. VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

<sup>44</sup> Esse regime se encontra referido no art. 211 da CRFB, que tem a seguinte redação: “Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. § 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; § 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. § 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio. § 4º Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório. § 5º A educação básica pública atenderá prioritariamente ao ensino regular”.

<sup>45</sup> Vide o art. 22, XXIV, e o art. 24, IX, ambos da CRFB. Vide a Lei Federal n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (“Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional”).

<sup>46</sup> Vide o art. 208, I a VII, da CRFB.

<sup>47</sup> Vide o art. 208, § 1º, da CRFB.

3º,<sup>48</sup> da CRFB. Inclusive, o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.<sup>49</sup>

Salvo no que diz respeito a cursos de pós-graduação em sentido lato,<sup>50</sup> a prestação de serviços de ensino público deve ser feita sem a cobrança de taxas, haja vista o disposto no art. 206, IV, da CRFB. Essa garantia fundamental também prejudica o uso das concessões comuns e das concessões patrocinadas nessa atividade.

Nesse diapasão, o custeio do ensino público deve vir necessariamente de outras receitas públicas.<sup>51</sup>

Não se prevê na CRFB, como na saúde pública, a contratação de empresas privadas para a prestação de serviços de ensino público. O que o Poder Público tem permissivo constitucional para fazer é o fomento, nos termos do art. 213<sup>52</sup> da CRFB.

Por conseguinte, não se admite a contratação de empresas privadas pelo regime da Lei Federal n. 8.666/1993 para a prestação de serviços públicos de ensino.

Também fica prejudicada a opção pela concessão administrativa, uma vez que não há permissivo constitucional da delegação desse serviço. E, a lei que o permitisse teria constitucionalidade duvidosa, pois não existe dispositivo equivalente ao do art. 199, § 1º, da CRFB no modelo jurídico constitucional de ensino público.

Em tese, poder-se-ia estabelecer a permissão da cobrança de taxas pela prestação de serviço público de ensino público, por meio de emenda constitucional.

O ensino obrigatório abrange a pré-escola, o ensino fundamental e o ensino médio.<sup>53</sup> Diante do disposto no art. 3º e no art. 206, ambos da CRFB, a instituição da cobrança pela

<sup>48</sup> Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 208. [...] § 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola”.

<sup>49</sup> Vide o art. 208, § 2º, da CRFB. Essa norma constitucional confere ao Estado o dever de legislar sobre a matéria, no sentido de se fixar o conteúdo de tal responsabilidade.

<sup>50</sup> Nesse sentido, observe-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal: “Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. COBRANÇA DE MENSALIDADE EM CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU POR INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO. CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA GRATUIDADE DO ENSINO EM ESTABELECIMENTOS OFICIAIS. INOCORRÊNCIA. 1. A garantia constitucional da gratuidade de ensino não obsta a cobrança, por universidades públicas, de mensalidade em curso de especialização. 2. Recurso extraordinário a que se dá provimento” (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 597.854/GO, Tribunal Pleno, Relator Ministro Edson Fachin, publicado no Dje de 21 de setembro de 2017).

<sup>51</sup> A sustentação econômica-financeira do sistema público de ensino deve observar o disposto no art. 212 da CRFB.

<sup>52</sup> Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades. § 1º Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade. § 2º As atividades de pesquisa, de extensão e de estímulo e de estímulo e fomento à inovação realizadas por universidades e/ou por instituições de educação profissional e tecnológica poderão receber apoio financeiro do Poder Público”.

<sup>53</sup> Vide o art. 4º, I, da Lei Federal n. 9.394/1996.

prestação de serviço público de ensino obrigatório ensejaria uma grave contradição em face das normas veiculadas por aqueles enunciados constitucionais. E, notadamente, quando contraposta ao princípio constitucional fundamental da igualdade, na sua dimensão material.<sup>54</sup>

Já no que diz respeito ao ensino superior e técnico, não se vê aqui qualquer óbice à emenda constitucional que permita ao Estado instituir a taxa pela prestação desses serviços públicos. Feita tal reforma constitucional, pode-se pensar na possibilidade jurídica do recurso às concessões nessas atividades públicas.

De todo modo, a autarquia responsável pelo ensino superior ou técnico teria que ser investida nas competências administrativas tributárias necessárias para a cobrança da taxa em apreço,<sup>55</sup> sem prejuízo da competência da entidade de dispor sobre os recursos arrecadados com esse tributo. Recorde-se que essa entidade tem autonomia reforçada pelo art. 207<sup>56</sup> da CRFB.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os serviços públicos de saúde e de ensino são essenciais para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro, constantes do art. 3º da CRFB. Ainda que se admita a reforma constitucional ou legislativa para viabilizar a instituição de taxas ou tarifas realização dessas atividades, não se pode perder de vista a necessidade de se manter uma rede mínima de proteção social para os administrados.

Mesmo assim, não pode haver o descarte imediato dessa providência para se viabilizar o custeio desses serviços públicos sociais, sob o argumento de natureza estritamente ideológica. Verificada a validade constitucional ou legal da taxa na sua prestação, cabe ao Poder Legislativo, observado o devido processo legislativo, dispor sobre a matéria, sem prejuízo do princípio constitucional fundamental da igualdade.

No que diz respeito ao recurso às concessões de serviço público nesse campo da ordem social, mostra-se imperativa uma reforma constitucional que o autorize nos serviços públicos em apreço, sem prejuízo de lei específica que disponha sobre tal assunto. Notadamente, em face do disposto no art. 193 da CRFB.

## REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

<sup>54</sup> Vide o art. 3º, IV, da CRFB.

<sup>55</sup> Vide o 142 do CTN.

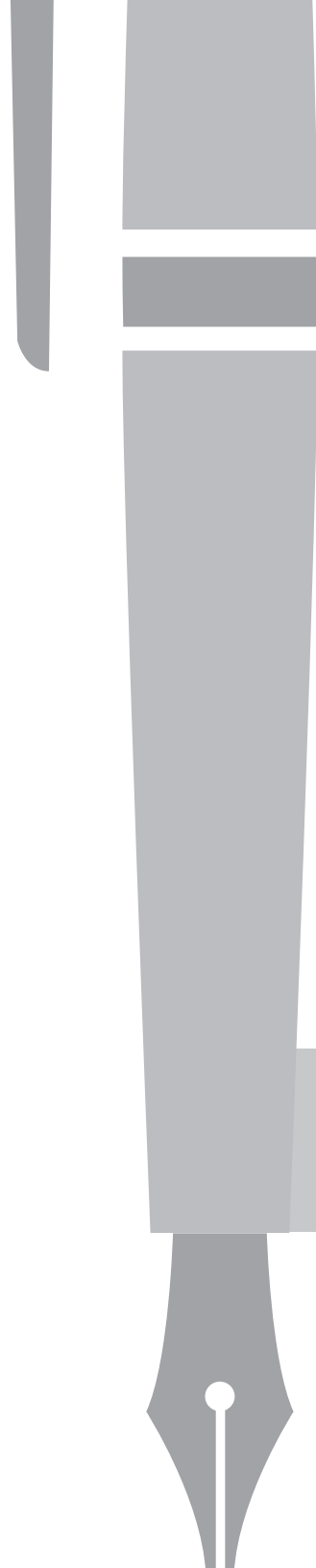
<sup>56</sup> Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação:

“Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

§ 1º É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se às instituições de pesquisa científica e tecnológica”.

- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 221-234.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Altas, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Forense, 2017.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- \_\_\_\_\_. Aspectos constitucionais da hipótese tributária da taxa pela prestação de serviço público. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 38, n. 149, p. 187-208, jan./mar. 2001.
- \_\_\_\_\_. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDONÇA, Fabiano André de Souza. *Introdução aos direitos plurifuncionais: os direitos, suas funções e a relação com o desenvolvimento, a eficiência e as políticas públicas*. Natal: Fabiano André de Souza Mendonça, 2016.
- MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Comentários sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal: finanças públicas democráticas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações: ações, classificação e eficácia*. Atualização de Wilson Rodrigues Alves. v. 1. Campinas: Bookseller, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado: parte geral*. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Atualização de Wilson Rodrigues Alves. v. 1. Campinas: Bookseller, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado: eficácia jurídica, determinações inexas e anexas*. Direitos. Pretensões. Ações. Atualização de Wilson Rodrigues Alves. v. 5. Campinas: Bookseller, 2000.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- \_\_\_\_\_. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TORRES, Ricardo Lobo. *A ideia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.



Textos  
**vencedores** do  
concurso de artigos  
jurídicos

PARTE II





- Primeiro Lugar -

## O regime jurídico-administrativo como um escudo contra o arbítrio: uma análise do processo histórico de democratização da administração pública

**Luzardo Faria<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** **1** A “falácia do espantalho” envolvendo o regime jurídico-administrativo: as críticas premeditadas às bases tradicionais do Direito Administrativo; **2** O marco histórico do Estado de Direito: o berço democrático do Direito Administrativo; **3** A vocação emancipatória do regime jurídico-administrativo; **4** A democratização da Administração Pública enquanto processo: a constante necessidade de combate às práticas administrativas autoritárias; Referências.

### **1 A “FALÁCIA DO ESPANTALHO” ENVOLVENDO O REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO: AS CRÍTICAS PREMEDITADAS ÀS BASES TRADICIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

O Direito Administrativo é comumente visto como disciplina que nasceu a partir do final do século XVIII, com as revoluções burguesas europeias que puseram fim aos regimes absolutistas do Estado Moderno e assim possibilitaram a submissão do Poder Público ao ordenamento jurídico.

As condições históricas específicas desse contexto serão mais bem analisadas no tópico seguinte, que trata especialmente de como o Direito Administrativo se formou em conjunto com a institucionalização do Estado de Direito. A breve menção àquele que sempre foi considerado o seu nascedouro, entretanto, se faz necessária desde já porque nos últimos anos tem sido desenvolvida corrente doutrinária que, buscando defender a “superação” de diversos dos institutos clássicos do regime jurídico-administrativo, propõe, com ares de inovação, que o Direito Administrativo possui uma origem essencialmente autoritária e que, como consequência, tais institutos seriam fruto de uma cultura jurídica arbitrária.<sup>2</sup>

Como bem nota Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as críticas às origens supostamente autoritárias do Direito Administrativo são desenvolvidas por autores que visavam retirar da

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Secretário executivo da Revista de Investigações Constitucionais. Membro do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná. Advogado.

<sup>2</sup> Odete Medauar destaca que “na primeira década do século XXI emergiu uma visão sobre a origem do direito administrativo, no sentido da falsidade do seu cunho garantista e no sentido de ser erro histórico associá-la ao advento do Estado de Direito”, defendendo que “o surgimento do direito administrativo representaria a reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime”. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 16.

noção de interesse público – e, principalmente, do princípio da supremacia – a qualidade de elemento central do regime jurídico-administrativo.<sup>3</sup>

Para obterem sucesso nessa missão, “pintaram” o Direito Administrativo como um Direito que é autoritário por essência. Ora, obviamente que nos tempos atuais ninguém com o mínimo apreço pela democracia gostaria de se identificar com um conjunto de normas que, segundo lhe dizem, foi formado apenas para possibilitar a atuação arbitrária do Estado. Assim, transformar a história do Direito Administrativo em uma história de autoritarismos é uma prática retórica que pode se demonstrar bastante eficiente na luta contra a utilização da noção de interesse público como elemento central do regime jurídico-administrativo.

No campo da lógica, esse tipo de artifício é conhecido como “*falácia do espantalho*”. Falácias lógicas são truques argumentativos que fazem com que um enunciado ou raciocínio falso pareça apontar para uma conclusão verdadeira. No caso da “falácia do espantalho” (*straw man fallacy*), a técnica consiste em desvirtuar (ou até mesmo inventar) o que a parte contrária do debate está afirmando, fazendo com que o argumento de defesa dela se torne algo mais fácil de ser rebatido.<sup>4</sup> É, pois, exatamente o que ocorre nesse caso, em que, aqueles que não estão satisfeitos com as bases do regime jurídico adotado pelo Direito Administrativo brasileiro, classificam a origem dessa disciplina como autoritária, a fim de ser mais facilmente aceitável a tese de que os institutos desenvolvidos naquele período devam ser abandonados e substituídos pelo “pacote” proposto por esses autores.

Seguindo tal linha doutrinária ao defender uma substituição dos paradigmas que sempre nortearam a disciplina do Direito Administrativo no país, Gustavo Binbenojm afirma que a teoria tradicional do Direito Administrativo foi “elaborada tendo em vista a preservação de uma lógica da autoridade, e não a construção de uma lógica cidadã”.<sup>5</sup> Para ele, “o surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares [...], representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação”.<sup>6</sup>

Essa forma de encarar as origens do Direito Administrativo possui amparo na doutrina estrangeira. Paulo Otero, administrativista português sempre muito citado por aqueles

<sup>3</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Origem e formação do direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 30. No mesmo sentido, a constatação de Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem: “a alusão a uma pretensa origem autoritária parece ter como escopo reduzir a força legitimatória de princípios como o do interesse público, ou mais especificamente, da “supremacia do interesse público” — sem dúvida uma interessante crítica que, por sua vez, merece ser refutada” GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo — uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 157.

<sup>4</sup> PIRIE, Madsen. *How to win every argument: the use and abuse of logic*. New York: Bloomsbury Academic, 2007. p. 155-157; também utilizando a “falácia do espantalho” como forma de ilustrar a estratégica retórica de parte dos críticos da noção de interesse público: OLIVEIRA, Larissa Pinha de. A falácia da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 9, n. 1, p. 54-77, jan./jun. 2013. p. 57; 73.

<sup>5</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 3.

<sup>6</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo:...* Op. cit., p. 11.



que se alinham a essa corrente, afirma, em conhecida passagem, que há uma “*illusão garantística da gênese*” do Direito Administrativo, também defendendo que na realidade essa disciplina teria sido desenvolvida para garantir a manutenção das práticas autoritárias do antigo regime.<sup>7</sup> No mesmo sentido, o italiano Mario Nigro defende que “a continuidade entre a administração monárquica e a administração do Estado liberal é o elemento de parentesco mais forte que há entre os dois tipos de Estado”.<sup>8</sup>

De modo geral, essas críticas partem de dois fatores: (i) as prerrogativas que foram concedidas à Administração Pública e a colocam de certa forma em uma relação de superioridade em relação aos particulares com quem ela se relaciona e (ii) a atuação do contencioso administrativo na França, país onde o Direito Administrativo brasileiro mais buscou inspiração para seu desenvolvimento inicial.

Em relação ao primeiro fator, em que pese um estudo mais aprofundado da vocação emancipatória do regime jurídico-administrativo vá ser realizado no tópico 3 do presente trabalho, desde já vale apontar onde se encontra o erro de quem acredita que, por conta simplesmente das prerrogativas que confere à Administração Pública, o Direito Administrativo seria intrinsecamente autoritário.

É que o Direito Administrativo, desde seu desenvolvimento embrionário, foi formulado com base não apenas nas *prerrogativas* do Estado (que conferiam poderes às autoridades administrativas), mas, sim, em um binômio jurídico que tem em seu outro polo a noção de *sujeições*, isto é, de limitações à atividade do Estado como forma de proteger os direitos dos cidadãos.<sup>9</sup> O que tem acontecido, porém, é que esse binômio é analisado, pelos críticos das bases tradicionais do Direito Administrativo, apenas no tocante ao polo das prerrogativas (ou, para não cometer injustiça, *mais intensamente* nesse polo). E nessa hipótese não há dúvida de que haveria um direito autoritário, pois não existiria outra forma de se encarar um ramo da ciência jurídica desenvolvido apenas para conferir poderes exorbitantes àquela que já é a parte mais forte da relação. Mas, como se sabe e será mais bem demonstrado adiante, *o Direito Administrativo não é, nem nunca foi, um direito apenas de prerrogativas*, constituindo-se, na mesma importância, por prerrogativas e por sujeições do Estado.

Já em relação ao segundo fator (a questão relativa ao contencioso administrativo no Direito francês), Binenbojm afirma que “nenhum cunho garantístico de direitos individuais se pode esperar de uma Administração Pública que edita suas próprias normas e julga soberanamente seus litígios com os administrados”.<sup>10</sup> Aqui o administrativista está creditando à origem autoritária do Direito Administrativo ao fato de que essa disciplina jurídica (ou melhor, o modelo dessa disciplina que mais impactou o Direito Administrativo brasileiro em seu

<sup>7</sup> OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 271.

<sup>8</sup> NIGRO, Mario. Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Roma, lug./set. 1970. p. 749.

<sup>9</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Origem e formação do Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 34.

<sup>10</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo...* Op. cit., p. 12.

início) foi construída na França através principalmente de decisões do próprio Conselho de Estado, órgão pertencente à estrutura administrativa, que resolvia os litígios envolvendo o Poder Público e os cidadãos, ao passo que contribuía para a consolidação de diversas teorias e institutos do Direito Administrativo. Para ele, a jurisdição administrativa permitiu a formação de um cenário no qual “na melhor tradição absolutista, além de propriamente administrar, os donos do poder criam o direito que lhes é aplicável e o aplicam às situações litigiosas com caráter de definitividade”.<sup>11</sup>

Nessa mesma linha, Vasco Pereira da Silva, outro defensor da tese das origens autoritárias do Direito Administrativo, chama o modelo do contencioso administrativo de “privilegio de foro”, que haveria sido moldado tão somente para “garantir a defesa dos poderes públicos e não para assegurar a protecção dos direitos dos particulares”.<sup>12</sup> O mesmo se passa na doutrina de Paulo Otero, que irá dizer que o princípio da separação de poderes foi arquitetado na França com o deliberado intuito de garantir espaços de intangibilidade das decisões administrativas, como forma de preservar a possibilidade de práticas autoritárias, afastando o controle jurisdicional.<sup>13</sup>

No entanto, tais críticas também não procedem. Deve-se ter em mente que é exatamente porque esse ramo do Direito era ainda novo da França que ele acaba sendo construído jurisprudencialmente pelo Conselho de Estado.<sup>14</sup> Não havia grandes teorizações prévias acerca do Direito Administrativo. Assim, os conflitos iam sendo gerados, chegavam ao contencioso administrativo e aí as autoridades tinham que resolvê-los. É por isso, então, que, apesar de toda a valorização da ideia de que a limitação do poder deveria ser realizada através da Lei formal,<sup>15</sup> nesse período vários institutos do regime jurídico-administrativo foram desenvolvidos pela jurisprudência do Conselho de Estado.

Seria natural se questionar, porém, por qual razão essa tarefa não foi atribuída ao Poder Judiciário, já que isso poderia afastar as críticas de o Direito Administrativo ser produzido com o intuito de beneficiar a própria Administração Pública. É que, como se sabe, na França pós-1789, os revolucionários possuíam grande desconfiança em relação à atuação do Judiciário, ainda muito ligado ao clero e à nobreza – classes que tinham acabado de perder o domínio político e econômico daquela nação. Assim, manter o poder jurídico de limitação do Estado nas mãos desses grupos poderia – na visão da classe política então ascendente – significar uma grande manutenção das práticas do Antigo Regime.<sup>16</sup>

Na sequência, Binenbojm também critica o fato de que seria possível identificar uma “raiz monárquica de boa parte dos institutos e categorias do Direito Administrativo”, citando as noções de discricionariedade, poder de polícia e interesse público.<sup>17</sup>

<sup>11</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*:... Op. cit., p. 15.

<sup>12</sup> SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 10.

<sup>13</sup> OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*:... Op. cit., p. 271.

<sup>14</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 39.

<sup>15</sup> O princípio da legalidade, lembre-se, foi elevado como um dos principais (senão o principal) valores do Estado de Direito e do próprio Direito Administrativo na França pós-revolucionária.

<sup>16</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 40.

<sup>17</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*:... Op. cit., p. 2-3.

Aqui, deve-se apenas lembrar que *institutos jurídicos não se criam em um passe de mágica* e que a história do direito não é um conto linear como frequentemente se propaga. Não existem rupturas imediatas absolutas, sendo que a cultura jurídica de um povo é formada a partir de diversas continuidades históricas. Dessa forma, não se deve admitir críticas que parecem supor que todas as práticas jurídicas, políticas e culturais poderiam ter sido alteradas de um dia para o outro.<sup>18</sup> É evidente que a criação do Direito Administrativo não operou essa brusca e instantânea mudança que parecia ser esperada por quem critica as origens dessa disciplina, mas isso de modo algum pode significar que tais origens possuem um viés marcado por traços de autoritarismo e arbitrariedade.

A respeito desse debate, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que a teoria francesa de adoção da *puissance publique* como critério definidor do âmbito de aplicação das normas do regime jurídico-administrativo pode ter contribuído para essa ideia de que o Direito Administrativo é originariamente autoritário. É que, segundo essa corrente, desenvolvida na França do século XIX, o Direito Administrativo deveria ser aplicado às relações jurídicas nas quais se percebesse a existência de prerrogativas ou privilégios do Poder Público em relação aos particulares, que estariam em uma posição de inferioridade.<sup>19</sup> Assim, ao elencar as prerrogativas da Administração Pública como o critério definidor do Direito Administrativo, estar-se-ia construindo um ramo da ciência jurídica que é pautado em sua essência pela possibilidade legítima de um polo da relação jurídica praticar seus atos com “poderes” infinitamente superiores aos que disporia a parte contrária, situação que daria azo a um contexto de arbitrariedades.

Mas nem mesmo esse fundamento sustentaria a tese do autoritarismo como característica inerente ao regime jurídico-administrativo. É que logo na sequência a teoria da *puissance publique* foi substituída pela proposta de Léon Duguit de eleger a noção (amplíssima) de serviço público como critério definidor do Direito Administrativo. O Estado, para Duguit, poderia ser resumido na prestação de serviços à população. Assim, deveria ser um Estado *serviente à população* e jamais um Estado superior a ela. Com efeito, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que essa teoria “rejeita a adoção de uma perspectiva autoritária, que assenta a base deste ramo jurídico sobre uma força oriunda do alto e imposta aos administrados, como que hierarquicamente”. Pelo contrário, desde então o Direito Administrativo é muito mais enxergado como um sistema de normas jurídicas que “organizam-se em torno do dever de servir à coletividade, do encargo de atender a necessidades gerais, sendo elas – e só elas – as justificativas para o exercício da autoridade”.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Odete Medauar segue essa mesma linha de pensamento ao analisar tal questão, afirmando que, muito embora seja “impossível abolir, de imediato, figuras de um passado próximo”, não se pode deixar de destacar que “tais figuras foram adquirindo novos matizes ao longo do tempo”. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. Op. cit., p. 18. E, no mesmo sentido, a doutrina de Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem: “não se pode deixar de observar que essa mudança institucional do Estado de Polícia ao Estado de Direito não se realizou do dia para a noite, nem em todos os aspectos de uma só vez. Foram (e continuam sendo) sucessivas etapas, inseridas num longo processo histórico, no caminho do abandono dos princípios autoritários do Absolutismo.” GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter... Op. cit., p. 187.

<sup>19</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Origem e formação do direito administrativo*. Op. cit., p. 31.

<sup>20</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 44-45.

## 2 O MARCO HISTÓRICO DO ESTADO DE DIREITO: O BERÇO DEMOCRÁTICO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A instituição do Estado de Direito marca o contexto histórico de nascimento do Direito Administrativo. Compreender bem esse cenário, portanto, é essencial para se poder entender porque, muito diferentemente do que advogam os críticos mencionados no tópico anterior, o Direito Administrativo não possui uma origem essencialmente autoritária.

Apesar de ser possível encontrar alguns trabalhos que ainda insistem, em tópicos introdutórios sobre história, em tratar do Direito Administrativo na Grécia, em Roma ou na Idade Média, por exemplo, certo é que “nada semelhante àquilo que chamamos de Direito Administrativo existia no período histórico que precede a submissão do Estado à ordem jurídica”<sup>21</sup>. Os autores que tentam identificar precursões do Direito Administrativo antes disso incorrem em uma análise histórica altamente anacrônica.

Por outro lado, é também comum a afirmação de que a Lei do 28 Pluvioso do ano VIII do calendário revolucionário francês (correspondente ao ano de 1800) seria a referência inaugural do Direito Administrativo, tendo em vista ser a primeira lei produzida na França revolucionária com o intuito de organizar a estrutura do aparato administrativo do Estado.<sup>22</sup> No entanto, é “evidente que o direito administrativo não se formaria de imediato pela só edição da Lei de 1800”,<sup>23</sup> constituindo-se, ao revés, como resultado de uma complexa cultura jurídica, fruto de anseios sociais relacionados a diversas questões políticas e econômicas.

O mais importante fato a ser destacado, porém, é que só se percebeu a possibilidade do desenvolvimento de normas destinadas a organizar a estrutura e a delimitar a ação do Poder Público, limitando os espaços de poder das autoridades administrativas, após assente o entendimento de que o Estado – assim como qualquer outra pessoa com personalidade jurídica – poderia se submeter ao Direito.<sup>24</sup>

Nesse sentido, Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández propagam expressamente a lição de que “o Direito Administrativo surgiu [...] como uma reação direta contra as técnicas de governo do absolutismo”. E ensinam, ainda, que o processo de instituição do Estado de Direito na França após a Revolução de 1789 teve como objetivo

<sup>21</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 47. Airton Cerqueira-Leite Seelaender também critica esses ensinamentos no sentido de que poderia ser possível se falar de Direito Público nos períodos da Antiguidade Clássica ou da Idade Média. Segundo ele, “a constituição do que chamamos de “direito público” é um fenômeno histórico que se verifica sobretudo na Idade Moderna. O direito público não é - como ainda se ensina em alguns cursos jurídicos- uma “entidade eterna”, cuja existência seria natural e perceptível para qualquer ser humano sensato, em qualquer época ou conjuntura.” SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. O contexto do texto: notas introdutórias à história do direito público na idade moderna. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 55, p. 253-286, dez. 2007. p. 254.

<sup>22</sup> Entre tantos outros, é o caso de: ARAÚJO, Edmir Netto de. O direito administrativo e sua história. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 95, p. 147-166, 2000. p. 152; MAFRA FILHO, Francisco de Saltes Almeida. Nascimento e evolução do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 238, p. 167-174, out./dez. 2004. p. 167.

<sup>23</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. Op. cit., p. 4.

<sup>24</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 52.

central acabar com a ideia de que o Direito poderia ser fundamentado a partir de aspectos transcendentais (naturalmente ligados à figura e à pessoa do monarca absolutista). Para os revolucionários, apenas a vontade geral do povo – noção de concretude intangível, mas que pode ser expressa simbolicamente através da Lei geral e abstrata – é que poderia legitimar o exercício dos poderes públicos. Assim, “não se tratava apenas de retirar do Rei para o povo a origem do Direito e de reduzir todos os atos singulares de comando à mera particularização de leis gerais”. A questão era muito maior: estava-se buscando a afirmação de uma nova forma de se encarar o sistema jurídico, na qual o valor central a ser protegido deveria ser “a liberdade de quem até esse momento encontrava-se na posição de simples súdito passivo, em relação a um poder alheio e transcendente”.<sup>25</sup>

Ao fim do século XVIII, a burguesia se organizava para por fim ao contexto de comando de poder pelos monarcas, que, além de limitar sua liberdade, impediam que seus negócios comerciais fossem firmados em um ambiente de maior segurança e previsibilidade. Apesar de terem se beneficiado de certa forma da política econômica mercantilista, os burgueses ainda não ocupavam relevantes espaços de poder na arena pública, surgindo dessa situação, portanto, a necessidade de imposição de barreiras jurídicas sólidas à ingerência estatal na vida privada. Pretendia-se, assim, “*domesticar* uma Administração cujas providências concretas, individuais, e logo potencialmente discriminatórias, não se coadunavam com a calculabilidade, liberdade e igualdade de oportunidades dos agentes econômicos”.<sup>26</sup>

A solução encontrada para isso, como já afirmado, foi inaugurar uma nova forma de se encarar a relação entre Estado e Direito. Deu-se início a um projeto de racionalização da sociedade e do Poder Público. Abandonou-se concepções teológicas e transcendentais de fundamentação do poder, para se adotar a lei, enquanto vontade geral e abstrata da população, como o critério que legitima e delimita a atuação estatal.<sup>27</sup>

Além dessa noção de legalidade administrativa, outro elemento estruturante do paradigma do Estado de Direito é o *princípio da separação de poderes*. Como forma de garantir o respeito às leis que deviam limitar a atuação do Poder Público, criou-se um sistema de controle independente das decisões estatais (jurisdicional ou dentro da própria estrutura da Administração, conforme cada país) “com o objetivo precípuo de evitar o arbítrio, gerado pela concentração de poder, assegurando-se, com isso, a liberdade dos cidadãos”.<sup>28</sup>

Muito embora seja considerado um conceito chave em todo o direito público ocidental, a fórmula do Estado de Direito está longe de possuir um significado uniforme. Desde sua

<sup>25</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. v. I. Revisor técnico: Carlos Ari Sundfeld. Trad. José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 442. Miguel Reale também afirma que o Direito Administrativo só pôde ser desenvolvido a partir da Revolução Francesa, pois só após os acontecimentos históricos desse período é que surgiram as condições necessárias para se desenvolver um ramo do Direito destinado a reconhecer e garantir direitos dos cidadãos em face do Estado. REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 79; 82.

<sup>26</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 2006. p. 40.

<sup>27</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*:... Op. cit., p. 41-42.

<sup>28</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma história do Direito Administrativo: passado, presente e novas tendências. *Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região*, Recife, n. 59, p. 13-47, jan./mar. 2005. p. 25.

concepção, sempre existiram boas diferenças entre as noções de *Rule of Law* na Inglaterra, de *Rule of Law* nos Estados Unidos (inspirada, obviamente, na noção inglesa, mas com sensíveis diferenças em relação a esta), de *Reechsstaat* na Alemanha, de *État de Droit* na França e de *Stato di Diritto* na Itália (apenas para citar alguns dos sistemas que mais influenciaram a formação do Direito Administrativo brasileiro). Apesar disso, o jurista italiano Danilo Zolo, após analisar cada um desses modelos, conclui ser possível assinalar uma identidade teórica básica na noção de Estado de Direito, assim definido como o “Estado moderno no qual ao ordenamento jurídico [...] é atribuída a tarefa de ‘garantir’ os direitos individuais, restando a natural tendência do poder político a expandir-se de maneira arbitrária”.<sup>29</sup>

Há, desse modo, uma perspectiva formal (*limitação do poder a partir de instrumentos jurídicos*) e uma perspectiva material (*defesa dos direitos fundamentais*) inerentes ao paradigma do Estado de Direito.<sup>30</sup> E o mais relevante: ambas as perspectivas devem estar coligadas, só existindo um Estado formal e materialmente de Direito quando os direitos fundamentais puderem ser utilizados como *escudos de proteção contra o arbitrário estatal* e quando os instrumentos jurídicos de limitação do poder tiverem como objetivo a salvaguarda desses direitos fundamentais.

A fórmula do Estado de Direito nada mais é, portanto, que a institucionalização de um meio objetivo para atingir um fim há muito pretendido pelos grupos que tomavam o poder político com as revoluções burguesas. O que se espera do Estado de Direito, pois, nada mais é do que “ele indique como intervir (através do ‘direito’) no ‘poder’ com a finalidade de fortalecer a posição dos sujeitos”.<sup>31</sup>

Por certo que “as sociedades de antigo regime não são o reino do arbítrio que uma antiga apologética ‘liberal’ contrapunha à nova ordem ‘racional’ dos códigos oitocentistas.” Afinal, na prática a história possui complexidades muito mais profundas que os maniqueísmos comumente presentes na teoria fazem parecer. Assim, não é certo imaginar que, com a institucionalização do Estado de Direito “se enfrentam não-razão e razão, desordem e ordem”, mas o importante é que “entram em contato e se põem em contraste, posicionamentos e valores profundamente diversos”.<sup>32</sup>

Dessa forma, ainda que existam tons de continuidade entre os institutos de Direito Administrativo criados após a Revolução Francesa e algumas práticas administrativas do Antigo Regime, “parece ser inegável a ocorrência de um rompimento com a racionalidade que norteava as relações Estado/indivíduo no Absolutismo.” E é exatamente por não ressaltarem essas transformações que os críticos não conseguem perceber que “o Direito Administrativo não possui raízes autoritárias justamente por ser um *contraponto axiológico ao regime anterior*.”<sup>33</sup>

<sup>29</sup> ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11.

<sup>30</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*... Op. cit., p. 103-105.

<sup>31</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 96.

<sup>32</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito... Op. cit., p. 103.

<sup>33</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter... Op. cit., p. 187.

Uma leitura mais cuidadosa dos fenômenos históricos,<sup>34</sup> portanto, é capaz de demonstrar a essência democratizante do Direito Administrativo, que sempre – respeitadas suas evoluções graduais – se voltou para proteger os cidadãos contra os arbítrios do Estado, conforme será analisado a seguir.

### 3 A VOCAÇÃO EMANCIPATÓRIA DO REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

Como dito anteriormente, existem autores que defendem que, por conta de suas origens, o *regime jurídico-administrativo*<sup>35</sup> existente no Brasil hoje está permeado de diversas arbitrariedades, razão pela qual deveria passar por uma profunda revisão de seus conceitos-chave.

Esse conjunto de normas foi concebido, lembre-se novamente, notadamente a partir das revoluções burguesas que destituíram o poder dos monarcas absolutistas na Europa dos séculos XVIII e XIX. Já naquele momento, ficou conhecido como um regime jurídico *exorbitante* – configuração que atualmente dá azo a diversas críticas, segundo as quais essa exorbitância legitimada pelo ordenamento jurídico é o que permitiria a prática de arbitrariedades por parte do Estado.

Na realidade, porém, o Direito Administrativo é classificado como exorbitante simplesmente porque até o advento do Estado de Direito o ordenamento jurídico só regulava relações entre particulares, nas quais não havia qualquer razão para tratamentos diferenciados. Entretanto, a partir do momento em que o Direito passa a regular a atividade do Estado, não só para evitar que arbítrios sejam cometidos, mas também para exigir que a Administração Pública cumpra com os objetivos a que está vinculada, é evidente que as normas devem seguir uma lógica diversa.<sup>36</sup> Querer equiparar as relações envolvendo o Estado com relações meramente particulares para ao fim dizer que, por conta de privilégios conferidos pela legislação apenas ao Poder Público, o Direito Administrativo seria essencialmente autoritário não passa de mais uma tentativa de *“fuga para o direito privado”*<sup>37</sup>. Afinal, com isso parece

<sup>34</sup> É o caso do trabalho feito por António Manuel Hespanha. O historiador português classifica o Direito Administrativo como disciplina fundamentalmente distinta do Direito praticado nos Estados Absolutistas “na medida em que enquanto este constituía um conjunto de regulamentos da administração dirigidos a ela mesma, o direito administrativo, sem deixar de contemplar o primeiro aspecto, incorpora também normas relativas às relações da administração com os particulares,” limitando a atuação do Estado ao passar a reconhecer direitos e garantias dos particulares nessas relações. HESPANHA, António Manuel. O direito administrativo como emergência de um governo activo (c.1800-c.1910). *Revista de História das Ideias*, Coimbra, v. 26, p. 119-159, 2005. p. 119-120.

<sup>35</sup> De acordo com a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, entende-se por regime jurídico-administrativo o conjunto de normas, princípios e regras, que guardam relação lógica de coerência e unidade entre si e que dão identidade ao sistema que se destina à regular a atividade jurídica da Administração Pública. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 53.

<sup>36</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 39.

<sup>37</sup> A expressão “fuga para o direito privado” com o sentido aqui ventilado se reporta a um fenômeno que tomou corpo principalmente após a década de 1990, por meio do qual se buscava destituir o regime jurídico-administrativo tradicional, aplicando à Administração Pública as normas de direito privado, como se o Estado não possuísse especificidades próprias que não apenas justificam, como também *exigem* um tratamento diferenciado. Antes de influenciar o Direito brasileiro, o tema começou a ser debatido principalmente na Espanha e em Portugal, ver: MARTÍN-RETORILLO BAQUER, Sebastián. Reflexiones sobre la “huida” del Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 140, p. 25-68, mayo/ago. 1996; ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para*

que a intenção dos críticos, muito mais do que simplesmente combater práticas autoritárias da Administração Pública, é submetê-la ao regime jurídico de direito privado, esgotando suas prerrogativas e contribuindo para uma retenção da atividade estatal.

O problema, então, é que muitas das críticas ao tradicional regime jurídico-administrativo partem de uma falsa oposição entre o regime de prerrogativas e o dever de garantia dos direitos dos cidadãos. É o caso, por exemplo, de José Sérgio da Silva Cristóvam, que afirma que o Direito Administrativo “tem sua gênese claramente assinalada por um direito de prerrogativas e privilégios especiais da Administração [...] e não como um direito de garantia dos cidadãos”.<sup>38</sup> Parece ser essa também a posição de Alexandre Santos de Aragão, na medida em que ressalta que “de uma disciplina de autoridade, que pressupunha uma relação vertical entre Estado e cidadão (“administrado”), orientada à persecução de objetivos macroeconômicos, se passa a um Direito Administrativo voltado a garantir em prol dos cidadãos a melhor satisfação possível dos seus direitos fundamentais.”.<sup>39</sup>

Há, de fato, um pretenso paradoxo na noção binomial de que o Direito Administrativo serve para instituir prerrogativas especiais ao Estado e, ao mesmo tempo, garantir direitos dos cidadãos em face dessa mesma organização pública. Diz-se “*pretenso*”, porém, porque na realidade esse paradoxo apenas existiria caso as prerrogativas reconhecidas pelo ordenamento jurídico à Administração Pública fossem meras regalias oferecidas para conferir mais vigor à atuação estatal. No entanto, sabe-se muito bem que não é essa a situação real.

Ainda que a Constituição Federal de 1988 não preveja expressamente uma cláusula específica do Estado Social, uma simples leitura dos principais dispositivos do texto constitucional não deixa dúvidas de que o constituinte de 1987/88 fez uma opção por um modelo de Estado intervencionista, cujos maiores objetivos são a redução das desigualdades sociais e regionais, a garantia do desenvolvimento nacional, a promoção do bem de todos e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Nesse contexto, o Direito Administrativo não apenas se destina a restringir o âmbito de atuação estatal ou a reparar os danos que eventualmente venha a causar, mas também a redistribuir as riquezas produzidas na sociedade.<sup>40</sup> Assim, nesse novo cenário passa-se a exigir da Administração Pública funções muito mais numerosas e complexas do que quando vigia o paradigma do Estado liberal.

---

*o direito privado*: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública. Coimbra: Almedina, 1996.

<sup>38</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 84-85.

<sup>39</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 8, p. 7-21, jan./mar. 2005. p. 9.

<sup>40</sup> BALBÍN, Carlos F. Un Derecho Administrativo para la inclusión social. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014. p. 58. Nesse mesmo sentido Carlos E. Delpiazzo defende que “el Derecho Administrativo propio del Estado Constitucional de Derecho debe estar centrado en la persona del administrado, tanto en su dimensión individual como social, de las que derivan sus derechos y deberes.” DELPIAZZO, Carlos E. Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 7-32, set./dez. 2014. p. 7.



Desse modo, deve-se compreender que parcelas das prerrogativas conferidas pelo ordenamento jurídico à Administração Pública ainda possuem espaço no contexto atual exatamente porque – até mais do que em períodos anteriores – elas são imprescindíveis para se conferir ao Poder Público os instrumentos necessários para que ele possa concretizar todas essas complexas tarefas que o texto constitucional exige.<sup>41</sup> Nesse sentido, como bem ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, “o Poder, no Direito Público atual, só aparece, só tem lugar, como algo ancilar, rigorosamente instrumental e na medida estrita em que é requerido como via necessária e indispensável para tornar possível o cumprimento do dever de atingir a finalidade legal”<sup>42</sup>.

E mais: além dessas prerrogativas, deve-se sempre lembrar das diversas sujeições que o Direito impõe à Administração Pública, limitando fortemente sua liberdade de atuação. Tais sujeições, todavia, servem como um contrapeso às “abominadas” prerrogativas, trazendo equilíbrio à balança do “*poder-dever*” que é o que delinea todo o regime jurídico-administrativo.

Aliás, é em grande parte por conta exatamente dessas sujeições que o Direito Administrativo é considerado o “*Direito defensivo do cidadão*”. Afinal, diante da imposição dessas limitações percebe-se que, longe de servir para impor interesses egoísticos das autoridades e da máquina administrativa à população a quem eles servem, o Direito Administrativo se constitui, na realidade, como ramo jurídico “que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal”.<sup>43</sup>

#### **4 A DEMOCRATIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ENQUANTO PROCESSO: A CONSTANTE NECESSIDADE DE COMBATE ÀS PRÁTICAS ADMINISTRATIVAS AUTORITÁRIAS**

Por óbvio é exagero imaginar, em uma visão quase que “romântica”<sup>44</sup> do Direito e das revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX, que o Direito Administrativo surgiu de um milagre heroico, de um “*ventre humanista e libertário*”<sup>45</sup> pelas mãos de uma bem intencionada parcela da comunidade francesa, que colocou sua vida em risco em prol da garantia de mais direitos para todos. Ao contrário disso, o mais adequado é se reconhecer que “o direito

<sup>41</sup> Nesse ponto é importante ressaltar que se falou em “parcela das prerrogativas” exatamente para não se incorrer em uma indevida generalização das prerrogativas do regime jurídico-administrativo. De modo algum o trabalho pretende afirmar que necessariamente todas as prerrogativas de que atualmente goza a Administração Pública são adequadas ou imprescindíveis. Muito pelo contrário: reconhece-se que algumas delas são desnecessárias e na prática frequentemente acabam por servir como instrumento para dificultar a concretização dos direitos dos cidadãos em face do Estado. No entanto, por não ser esse o objeto central do trabalho, permite-se não se aprofundar nesse tema, que demandaria reflexões ainda mais complexas.

<sup>42</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 44.

<sup>43</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 47.

<sup>44</sup> O termo é utilizado em: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo...* Op. cit., p. 18.

<sup>45</sup> Termos utilizados por: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração pública democrática e supremacia do interesse público...* Op. cit., p. 79.

administrativo é herdeiro de riquíssima bagagem jurídico-política, construída em séculos de cultura jurídica europeia, sobre a qual precisamente se realiza nova construção.”<sup>46</sup>

Com efeito, a história demonstra que acontecimentos políticos marcantes como a Revolução Francesa são muito mais complexos do que narrativas maniqueístas podem tentar fazer parecer (para bem ou para mal). Afinal, como ensina Pietro Costa, analisando as transformações históricas ocorridos no período de formação dos Estados de Direito na Europa durante os séculos XVIII e XIX, “os ‘verdadeiros’ direitos dos homens não podem ser decididos, desejados, impostos pelo ato ‘instantâneo’ de uma assembleia: eles são uma ‘inheritance’, a herança de uma tradição imemoriável, o produto de uma constituição que se faz no tempo e se desenvolve autonomamente.”<sup>47</sup>

Certamente o Direito Administrativo do começo do século XIX estava muito longe daquilo que hoje pode ser considerado um Direito emancipatório e inclusivo. Em que pese delineado para combater o autoritarismo reinante nas monarquias absolutistas que estavam sendo depositas naquela época, sua finalidade era muito mais a garantia do poder político e econômico nas mãos da classe burguesa do que propriamente uma transformação social.<sup>48</sup>

Por outro lado, isso de maneira nenhuma significa que as origens do Direito Administrativo podem ser consideradas autoritárias *per se*. Nos tópicos anteriores demonstrou-se que o regime jurídico-administrativo, desenvolvido em conjunto com a afirmação do paradigma do Estado de Direito, sempre possuiu um viés de limitação e condicionamento do poder estatal.

O que se vislumbra, portanto, é que a história do Direito Administrativo vem sendo marcada por uma série de percalços no combate ao autoritarismo. Por vezes e em alguns pontos específicos de sua disciplina, ainda é possível sentir alguns sintomas do abuso de poder (causado muito mais por deficiências práticas do sistema administrativo do que por conta da lógica jurídica da disciplina em si) em desfavor dos cidadãos que se relacionam com o Estado. Não é raro, por exemplo, até os dias de hoje se deparar com decisões administrativas sem qualquer motivação, não respondendo os requerimentos dos cidadãos, negando vista de processos administrativos aos interessados, se recusando a executar ordens de pagamento, entre tantas outras situações de ilegalidade.

Mas ainda assim é inegável, até mesmo para os mais críticos, que “a evolução histórica revelou um incremento significativo daquilo que se poderia chamar de *vertente garantística*, caracterizada por meios e instrumentos de controle progressivo da atividade administrativa pelos cidadãos.”<sup>49</sup> Tal fato é constatável através de uma análise dos temas e valores defendidos por autores do próprio Direito Administrativo brasileiro ao longo da história.

<sup>46</sup> LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis Martínez. *Introducción al derecho administrativo*. Madri: Editorial Tecnos, 1986. p. 132. apud MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. Op. cit., p. 6

<sup>47</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito:...* Op. cit., p. 110.

<sup>48</sup> Apesar de se contraporem às críticas às origens supostamente autoritárias do Direito Administrativo, Gabardo e Hachem reconhecem que “quando assume o controle do poder político essa mesma burguesia olvida-se da universalidade daqueles princípios [de liberdade, igualdade e fraternidade], não os aplicando todos na prática ou defendendo-os apenas de maneira formal.” GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter... Op. cit., p. 165.

<sup>49</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo:...* Op. cit., p. 18. No mesmo sentido: OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública:...* Op. cit., p. 282.

Já na época do Império, por exemplo, é possível encontrar textos elogiando normas de Direito Administrativo que, em alguma medida, combatiam o autoritarismo. Prudêncio Veiga Cabral é um desses autores, sendo que em 1859 já escrevia que “ao jurista pertence colocar a administração em frente do Direito, e demonstrar quais os meios protetores contra os abusos, e quais as regras para fazer triunfar o regime equitativo contra o arbitrário.”<sup>50</sup>

É evidente, no entanto, que o Direito Administrativo ainda estava longe de corresponder aos padrões de democracia da atualidade. Nesse sentido, Fernando Dias Menezes de Almeida cita alguns autores do período da Primeira República cujos textos “revelam uma prática da administração distanciada das garantias de direitos dos indivíduos” e denunciam, por exemplo, “o arbítrio da administração no exercício do poder disciplinar quanto aos funcionários – assunto que não era jurisdicionalizado”. Com isso, constata o administrativista paulista que “há registros da percepção da teoria da época quanto à *edificação do direito administrativo em um espaço tensionado pelas forças da liberdade e da autoridade*”.<sup>51</sup>

Percebe-se, também, que de certa forma o tom adotado na produção teórica do Direito Administrativo segue o contexto histórico e político em que estão inseridos os respectivos autores. Durante o período do primeiro governo de Getúlio Vargas (1930-1945), por exemplo, havia muitos textos obstinados a enaltecer o governo, como forma de trazer mais legitimidade a Getúlio no meio acadêmico. E, em se tratando de um governo com variados aspectos ditatoriais, é evidente que esses textos acabavam defendendo algumas práticas autoritárias do Estado.<sup>52</sup>

Desse modo, é lógico que com a Constituição Federal de 1988, documento político produzido como contraponto ao regime ditatorial instalado no país em 1964 e em um processo constituinte já bastante democratizado,<sup>53</sup> o Direito Administrativo contemporâneo possui uma feição altamente democrática.

A lição que fica, desse modo, é que, em suas origens, o Direito Administrativo era de fato *mais autoritário* do que hoje. No entanto, de jeito nenhum isso pode significar que o regime jurídico-administrativo possua ainda atualmente uma essência arbitrária. Estão com a razão, portanto, Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem quando afirmam que “é um anacronismo imaginar que a experiência autoritária com a qual conviveu o Direito Administrativo em seus primeiros passos realmente o marque como um instrumento normativo essencialmente autoritário”.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> VEIGA CABRAL, Prudêncio Giralde Tavares. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro; Typographia Universal de Laemmert, 1859. apud ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 220.

<sup>51</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. Op. cit., p. 236-237.

<sup>52</sup> Sobre o tema, ver: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. Op. cit., p. 250 ss.

<sup>53</sup> Sobre o tema, ver: 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>54</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter... Op. cit., p. 194.

O Direito Administrativo tem passado, quando se olha os longos períodos da história, por um processo de democratização, confirmando-se cada vez mais como disciplina jurídica voltada a combater o autoritarismo estatal. E exatamente por essa razão, portanto, que se deve continuar “investindo” na democratização do regime jurídico-administrativo como meio de instrumentalizar aos cidadãos um escudo contra os anseios autoritários do Poder Público, não significando isso, porém, uma completa inversão de sua lógica estrutural.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 8, p. 7-21, jan./mar. 2005.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. O direito administrativo e sua história. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 95, p. 147-166, 2000.
- BALBÍN, Carlos F. Un derecho administrativo para la inclusión social. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015.
- DELPIAZZO, Carlos E. Centralidad del administrado en el actual derecho administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 7-32, set./dez. 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Origem e formação do direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996.
- GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo – uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. v. I. Revisor técnico: Carlos Ari Sunfeld. Trad. José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis Martínez. *Introducción al derecho administrativo*. Madri: Editorial Tecnos, 1986.
- HESPAHNA, António Manuel. O direito administrativo como emergência de um governo activo (c. 1800-c.1910). *Revista de História das Ideias*, Coimbra, v. 26, p. 119-159, 2005.

- MAFRA FILHO, Francisco de Saltes Almeida. Nascimento e evolução do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 238, p. 167-174, out./dez. 2004.
- MARTÍN-RETORILLO BAQUER, Sebastián. Reflexiones sobre la "huida" del derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 140, p. 25-68, mayo/ago. 1996.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- NIGRO, Mario. Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Roma, lug./set. 1970.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma história do Direito Administrativo: passado, presente e novas tendências. *Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região*, Recife, n. 59, p. 13-47, jan./mar. 2005.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 2006.
- OLIVEIRA, Larissa Pinha de. A falácia da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 9, n. 1, p. 54-77, jan./jun. 2013.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.
- PIRIE, Madsen. *How to win every argument: the use and abuse of logic*. New York: Bloomsbury Academic, 2007.
- REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- 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.
- SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. O contexto do texto: notas introdutórias à história do direito público na idade moderna. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 55, p. 253-286, dez. 2007.
- SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*: ensaio sobre as ações no novo processo administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- VEIGA CABRAL, Prudêncio Giraldes Tavares. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro; Typographia Universal de Laemmert, 1859.
- ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito*: história, teoria e crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.



- Segundo Lugar -

## Administração pública na aldeia global: enfrentando o “admirável mundo novo” das tecnologias disruptivas

**Ana Cristina Aguilar Viana<sup>1</sup>**  
**Leticia Regina Camargo Kreuz<sup>2</sup>**

*“Não estamos na era da informação. Não estamos na era da Internet. Nós estamos na era das conexões. Ser conectado está no cerne da nossa democracia e nossa economia. Quanto maior e melhor forem essas conexões, mais forte serão nossos governos, negócios, ciência, cultura, educação...”<sup>3</sup>*

\*\*\*

*“- Ob, admirável mundo novo! - repetiu. - Ob, admirável mundo novo, que encerra criaturas tais!... Partamos em seguida.*

*- Você tem às vezes um modo de falar bem curioso - disse Bernard, admirado e perplexo, encarando-o. - E, de qualquer modo, não seria melhor se você esperasse para ver esse mundo novo?”<sup>4</sup>*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 A obsolescência do direito administrativo oitocentista frente à 4ª Revolução Industrial; 3 O controle pela regulação com alicerce nas garantias fundamentais; 4 Conclusão; Referências.

### 1 INTRODUÇÃO

“Aldeia Global” foi o nome do novo mundo enunciado por Marshall McLuhan em a “Galáxia de Gutenberg<sup>5</sup>”. A nomenclatura foi elaborada em 1962 diante da constatação que o advento de tecnologias eletrônicas encurtaria distâncias, as quais fariam com que todos

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito na Universidade Federal do Paraná. Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar e em Sociologia Política pela Universidade Federal do Paraná. Presidenta do Instituto Política por.de.para Mulheres.

<sup>2</sup> Doutoranda e mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Pesquisadora do Núcleo de Investigações Constitucionais – Ninc/UFPR. Vice-presidenta do Instituto Política por.de.para Mulheres. Professora do Unifacear.

<sup>3</sup> WEINBERGER, David. *Why open spectrum matters. The end of the broadcast nation*. 2003. Disponível em: <https://ecfsapi.fcc.gov/file/6513404739.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

<sup>4</sup> HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. Tradução de Lino Vallandro e Vidal Serrano. São Paulo: Globo, 2003. p. 169.

<sup>5</sup> Johannes Gutenberg é tido como o criador da imprensa moderna, em 1450, que inaugura época racionalista e dos meios de comunicação de modo impresso.

se interconectassem.<sup>6</sup> Ele defendeu uma reconfiguração da era de comunicação, mediante o renascimento de formais orais na civilização com a era eletrônica. À época, a rede computadorizada e a globalização engatinhavam. Mas, o astuto autor já tinha noção do *admirável mundo novo* que iria advir do contínuo progresso tecnológico.

Ele estava certo. Identidade digital. Conexão. Fluidez.<sup>7</sup> São palavras que constituem características de um mundo que vive à chegada da 4ª Revolução Industrial. Era na qual robôs se integrarão a sistemas ciberfísicos e modificarão radicalmente a realidade, marcada pela convergência de tecnologias digitais, físicas e tecnológicas.<sup>8</sup> Tudo em conexão em um mundo relacional. Enquanto a ficção científica vira realidade, o panorama tecnológico contemporâneo revela a obsolescência de categorias jurídicas criadas para um mundo estático, que sequer vislumbrava a chegada de uma 3ª Revolução Industrial.

As pessoas adaptam-se naturalmente ao mundo ciberfísico. Em pouco tempo serviços ofertados por plataformas digitais se tornam hábitos cotidianos, incorporando-se à rotina dos sujeitos, como é o caso do *Whatsapp*, *Uber* e *Netflix*. Todavia, outras esferas sofrem grandes dificuldades na inclusão da nova realidade. Enquanto a tecnologia é rápida, os sistemas econômico, jurídico e político são mais lentos, possuindo cada qual uma racionalidade própria. Essa realidade, contudo, reclama o uso de novos instrumentos que se enquadrem a esses reclames. Exemplo disso é a *Uber*. Quando se instalou no Brasil no ano de 2014, houve uma nítida resistência de um mercado até então monopolizado, bem como dificuldades do Direito no enquadramento da plataforma às normativas existentes. E não foi algo isolado. Na França, diretores da plataforma chegaram a ser presos, sendo os mesmos condenados a indenizar a União Nacional de Táxis.<sup>9</sup> Da polêmica, o assunto virou tema de estudo anual do Conselho de Estado francês.<sup>10</sup> No fim de 2017, a Corte da União Europeia decidiu que a *Uber* não é apenas uma tecnologia realizada por uma companhia que intermedia a relação entre motoristas e passageiros. Depois de mais de dois anos de debate, decidiu-se que a plataforma deve se submeter às mesmas regras que são utilizadas nos serviços de táxi, o que implica em normativas trabalhistas e segurança mais restritivas.<sup>11</sup>

No Brasil, após acalorados debates, houve, mediante Projeto de Lei da Câmara (PLC 28/2017) a regulamentação da plataforma na forma de transporte remunerado privado individual a passageiros. No projeto, o serviço se mantém como privado. As empresas, contudo, devem encaminhar seus dados às Prefeituras para fiscalização, além de cumprirem com

<sup>6</sup> McLuhan, Marshall. *A galáxia de Gutenberg a formação do homem tipográfico*. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho e Anísio Teixeira. São Paulo: Editora Nacional, Editora da USP, 1972.

<sup>7</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 11.

<sup>8</sup> PERAASSO, Valeria. O que é a 4ª revolução industrial – e como ela deve afetar nossas vidas. *BBC Brasil*, out. 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/geral-37658309>. Acesso em: 15 fev. 2018.

<sup>9</sup> HARTMANN, Christian. Diretores do Uber são presos em Paris; entenda por que o serviço é ilegal. *RFI*, jun. 2015. Disponível em: <http://br.rfi.fr/franca/20150629-diretores-do-uber-sao-presos-em-paris-entenda-por-que-o-servico-e-ilegal>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>10</sup> CONSEIL D'ÉTAT. *Étude annuelle 2017*. Puissance publique et plateformes numériques: accompagner l' "ubérisation". 2017. Disponível em: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/174000714.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>11</sup> UBER sofre novo revés na Europa e parecer diz que empresa deve seguir leis de serviços de táxi. *G1 Economia*, jul. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/uber-sofre-novo-reves-na-europa-e-parecer-diz-que-empresa-deve-seguir-leis-de-servicos-de-taxi.ghtml>. Acesso em: 3 fev. 2018.



determinadas exigências como pagamentos de tributos, seguros de carro, certidão de antecedentes criminais dos motoristas e contribuição à previdência social.<sup>12</sup>

O conflito que a *Uber* trouxe é apenas a ponta de um *iceberg* que mostra a influência das novas tecnologias sobre o modo de prestação de atividades que seriam reservadas ao Estado.<sup>13</sup> Há quem diga que as novas tecnologias trazem a mesma inovação que os veículos a motor, invenção de telefone, ou máquinas que deram início a revolução industrial, o que em tese demonstraria a desnecessidade de se mudar os enfoques jurídicos. Por outro lado, é incontroverso que se está diante de uma nova realidade virtual que muda de maneira rápida. Essa é a razão pela qual Klaus Schwab, Diretor Executivo do Fórum Econômico Mundial, acredita que se trata de transição a um novo sistema, alicerçado em um mundo digital, que mudará de modo fundamental o modo que vivemos.<sup>14</sup> É o que também observa o próprio Conselho de Estado Francês, ao relatar a velocidade que as plataformas digitais imprimem e as consequências nos âmbitos políticos, econômicos etc.<sup>15</sup>

Nessa perspectiva, *indaga-se*: de que maneira o Estado pode exercer controle dessas ferramentas? O Direito, como instrumento regulador das relações na sociedade, é obrigado a atuar nesse ambiente. Não raro, busca soluções dentro de seu próprio arsenal. No entanto, as novas tecnologias exigem uma nova leitura, pois não se encaixam nas categorias tradicionais do Direito.<sup>16</sup> O ditado popular “Não pegue carona com estranhos” ilustra perfeitamente esse anacronismo. Trata-se de célebre frase pertinente a uma realidade não muito distante, na qual ninguém ousaria entrar em um automóvel privado de um sujeito sem autorização estatal para conduzir. Aliás, quem, até pouco tempo atrás, se sujeitaria a alugar uma propriedade particular como um hotel, tal qual ocorre com o *Airbnb*? Ou ainda, hospedar-se no sofá de um estranho como no *couchsurfing*? Hoje, essas práticas que parecem triviais, até poucos dias eram impensáveis.

E é justamente por não serem imaginadas que elas não eram regulamentadas.<sup>17</sup> Daí porque a releitura das lógicas jurídicas precisa acompanhar os fatos da vida. É sobre a

<sup>12</sup> BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara n. 28*, de 2017. Altera a Lei n. 12.587, de 3 de janeiro de 2012, para regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128659>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>13</sup> GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GONÇALVES, Marcos Alberto. Serviço público de transporte privativo de passageiros e transporte individual de passageiros. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 401.

<sup>14</sup> SCHWAB, Klaus. The Fourth Industrial Revolution. *Snapshot*, December 12, 2015. p. 1.

<sup>15</sup> “Elles accélèrent la transformation économique et sociale née de la révolution numérique ; elles bouleversent les équilibres de l'économie traditionnelle ; elles modifient les façons de penser et d'agir des personnes, des entreprises et des pouvoirs publics et elles font émerger une nouvelle forme d'organisation fondée sur des réseaux d'individus égaux et connectés entre eux et non plus sur l'appartenance à des ensembles hiérarchisés, plus ou moins étanches. En cela, le développement des plateformes numériques fait naître un nouvel écosystème reposant sur la satisfaction de besoins individuels, précisément identifiés grâce à la mise en relation des demandeurs avec des producteurs de biens ou de services qui sont le plus souvent eux-mêmes des non-professionnels.” In: CONSEIL D'ÉTAT. *Étude annuelle 2017*. Op. cit.

<sup>16</sup> BAPTISTA, Patricia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, como e quando regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Rda – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016.

<sup>17</sup> FEIGELSON Bruno. A relação entre modelos disruptivos e o direito: estabelecendo uma análise metodológica baseada em três etapas. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 50.

necessidade de se examinar tais tecnologias com novos aportes teóricos que se pretende trabalhar. O escopo do ensaio, portanto, é defender o uso de novas categorias jurídicas para enfrentar a realidade de uma 4ª Revolução Industrial que já dá suas primeiras caras com tecnologias disruptivas.<sup>18</sup> Para tanto, passa-se primeiramente a esclarecer as formulações tradicionais do regime jurídico de direito público, alicerçadas ainda sob um Estado de Direito, para depois examinar de que maneira a doutrina vem tratando a Administração Pública nesta Aldeia Global.

## 2 A OBSOLESCÊNCIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO OITOCENTISTA FRENTE À 4ª REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

Sabe-se que o Direito Administrativo tem suas origens no regime de direito público francês, delineado quando do advento do Estado de Direito. Fincou-se sob fundamentais premissas de legalidade, arbitrariedade e respeito às prerrogativas e sujeições públicas, isto é, supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público. Ainda, foi desenvolvido sob alicerce da soberania da lei sobre o Estado e principalmente sobre os cidadãos.<sup>19</sup> Cabia neste momento ao Estado unicamente a proteção da liberdade e da propriedade dos indivíduos, na concepção de uma mínima atuação estatal. A teoria clássica do direito administrativo, portanto, conhecida como oitocentista, foi desenvolvida em um mundo binário e estático, em um Estado Mínimo, para trazer garantia de proteção ao Estado mediante figuras imperativas, a exemplo do administrativo.

Os serviços públicos aparecem em uma nova vertente. A famosa escola francesa de serviço público, conhecida como Escola de Bourdeaux, propôs uma reformulação da Teoria do Estado. A partir de uma visualização intervencionista e alicerçada em bases sociológicas, o serviço público passa a ser um dado objetivo e material norteador da função estatal, correspondendo em toda atividade cujo cumprimento deve ser assegurado pelos governantes. Em síntese: trata-se de doutrina que estabeleceu a noção de serviço público como fundamental para o Direito Administrativo. Oriunda da jurisprudência do Conselho de Estado francês, fixou-se as competências dos Tribunais Administrativos em atenção a função dos serviços públicos.<sup>20</sup>

Com efeito, dois dos grandes marcos teóricos da doutrina dos serviços públicos, Leon Duguit e Gaston Jèze, desenvolveram suas teorias com base na realidade do século em que viveram. Ambos autores, juntos, desenvolveram o *dever ser* a partir da *práxis*. Embora cada qual tenha conceituado a Administração e o serviço público de uma determinada forma, ambos autores utilizaram como metodologia o realismo jurídico. Isto é, defenderam eles o dever de descartar concepções metafísicas e ficções no desenvolvimento do Direito.<sup>21</sup> O

<sup>18</sup> CHRISTENSEN, Clayton M. *O dilema da inovação*: quando novas tecnologias levam empresas ao fracasso. São Paulo: Makron, 2001.

<sup>19</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. *Curso de derecho administrativo*, I. Buenos Aires: Thompson, 2006. p. 37.

<sup>20</sup> NOHARA, Irene. *Escola do Serviço Público*. Disponível em: <http://direitoadm.com.br/178-empresa-publica/>. Acesso em: 10 fev. 2018.

<sup>21</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Evolução da teoria do serviço público*. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/40/edicao-1/evolucao-da-teoria-do-servico-publico>. Acesso em: 10 fev. 2018.

realismo jurídico se apresenta enquanto uma ontologia do direito, na medida em que se preocupa com o ser, a prática. A expressão realismo jurídico evoca a direção da concretude e de um “anticonceitualismo”, em uma maior aproximação da realidade. “Ela constitui um dos pontos de maior projeção do direito sob a perspectiva do enquadramento e da visibilidade reais e dos limites de efetiva interpretação da norma jurídica”.<sup>22</sup>

A partir dessa lógica, do exame do caso concreto, os autores formularam suas concepções de Estado, Direito e serviço público. E foi sobre essa base que o conceito de serviço público, embora não unívoco, lastreou toda uma posterior doutrina. No Brasil, tradicionalmente define-se serviço público como toda comodidade material destinada à satisfação da coletividade que o Estado assume como pertinente e presta diretamente ou por quem lhe faça as vezes.<sup>23</sup> Embora a locução nunca tenha sido definida de maneira satisfatória, sempre se entabulou que a titularidade estatal é um fator definidor dos serviços públicos. No entanto, as clássicas formulações administrativas foram sofrendo impacto com o tempo. Com efeito, diversos fatores externos começaram a impactar as relações públicas<sup>24</sup>, tais como as medidas do tempo de outros sistemas (econômico, financeiro, político) que passaram a demonstrar a insuficiência das premissas teóricas oitocentistas.

Viu-se aí, a necessidade de se utilizar instrumentos mutáveis que pudessem lidar com essa realidade, vez que as ferramentas típicas francesas não conseguiram suprir referida necessidade. Diz-se que essas circunstâncias configuram o que se chama de Direito Administrativo privado, que consiste, basicamente, na sujeição da Administração aos direitos fundamentais e aos princípios gerais do Direito Administrativo nas atividades de regime jurídico privado.<sup>25</sup> Por oportuno, abre-se parêntese para destacar que a doutrina distingue o “direito administrativo privado” da famigerada “fuga ao direito privado”, que representa o uso de modalidades jurídicas privadas sem o respeito aos princípios do direito público.<sup>26</sup>

Todavia, o debate sobre os limites entre o Direito Público e Privado estreitou-se. A discussão entre um estado mínimo ou um Estado de bem-estar social polarizou perspectivas, e não raro se utilizam de ideologias pertencentes a cada esfera para examinar a realidade de hoje. Paralelo a isso, sucedeu-se a Constitucionalização do Direito Administrativo. Assistido no Brasil após a promulgação da Constituição de 1988, observou-se a modificação de uma administração legalista para uma administração focada na juridicidade. Do respeito às leis e normas, passou-se ao respeito às normas e leis, respectivamente. É o que Romeu Felipe Bacellar Filho chamou de “regime jurídico constitucional-administrativo”.<sup>27</sup> E como Jorge Miranda adverte, a lei se move no âmbito dos direitos fundamentais.<sup>28</sup>

<sup>22</sup> LOPES, Mônica Sette. O Realismo Jurídico: o discurso jurídico e a apreensão da realidade pontual. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 45, p. 297-340, jul./dez. 2004.

<sup>23</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2016. p. 578.

<sup>24</sup> MOREIRA, Egon Bockmann, O Contrato Administrativo como Instrumento de Governo. In: GONÇALVES, P. C. *Estudos de contratação pública*. v. IV. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 5-18, p. 6.

<sup>25</sup> IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. *El derecho administrativo privado*. Madri: Montecorvo, 1996. p. 103

<sup>26</sup> IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. *El derecho administrativo privado*. Op. cit., p. 122.

<sup>27</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27.

<sup>28</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. t. IV: Direitos fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 282-283.

E se o Direito Administrativo já era desafiado pelos vetores político e econômico, agora também é pelo vetor tecnológico.<sup>29</sup> O século XXI trouxe uma modificação temporal no vetor da tecnologia. Inovações tecnológicas necessariamente imprimem modificações na sociedade. Tradicionalmente, elas implicavam em preocupações evolutivas e revolucionárias. Todavia, em tempos recentes, uma nova linha de tecnologia emerge. A comunicação se faz de maneira instantânea e automática, sem paralelos anteriores. Serviços são utilizados mais agilmente.

A inovação tecnológica, nos dizeres de Joseph Schumpeter, inaugura uma ruptura no sistema econômico, rompendo com o estado de equilíbrio e promovendo a alteração dos padrões de produção. Na visão do autor, inovação seria a introdução comercial de um novo produto ou “uma nova combinação de algo já existente” criados a partir de uma invenção que por sua vez pertence ao campo da ciência e tecnologia.<sup>30</sup>

Conhecidas como tecnologias *disruptivas*, elas rompem processos econômicos, chamados por Egon Bockmann Moreira, de *situações disruptivas*. Esse modelo se afasta da lógica econômica anterior, consolidando-se em médio e longo prazo (*laptops*, editoração eletrônica, máquinas fotográficas, *cds*).<sup>31</sup> As inovações disruptivas contemporâneas podem ser creditadas ao crescimento da economia compartilhada, ao desenvolvimento de plataformas tecnológicas e realização de velhas funções por novos meios, como no caso de *drones*. As forças diretas se constituem na confiança moderna, na tecnologia e na pressão econômica e cultural.<sup>32</sup>

Os vetores da política e a economia, por outro lado, operam numa racionalidade temporal distinta. O âmbito político forçou o estado a ampliar a gama de atividades a serem prestadas; o econômico exigiu uma aproximação dos serviços ao mercado e a tecnologia revela que antes questões legitimadas pelo Estado passam a ser feitas por atores externos. E, com as plataformas digitais, a economia se vê em um novo paradigma, já que acaba com dicotomias de produtores e consumidores. Hoje, qualquer um pode ser consumidor e produtor de serviços obtidos por uma plataforma digital.<sup>33</sup>

Nessa perspectiva, o Direito se vê diante da necessidade de operacionalizar todos esses vetores, e com essas transformações. Por evidente, deve abandonar os modelos do século XX, porque os pressupostos de conhecimento ali desenvolvidos são inadequados à realidade efetiva. Os teóricos da Escola de Serviço Público viveram uma realidade na qual sequer imaginariam que um dia existiria um serviço de transporte público realizado mediante

<sup>29</sup> MARQUES NETO, Flávio de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras de. Uber, whatsapp, netflix: os novos quadrantes da publicação e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Veras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 46.

<sup>30</sup> SCHUMPETER, Joseph Alois. *A teoria do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

<sup>31</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Situações disruptivas, negócios jurídico-administrativos e equilíbrio econômico-financeiro. In: FREITAS, Rafael Veras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). *Regulação e novas tecnologias*. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 223-236.

<sup>32</sup> RIBEIRO, Leonardo Coelho. A instrumentalidade do direito administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas. In: FREITAS, Rafael Veras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 61-70.

<sup>33</sup> CONSEIL D'ÉTAT. *Étude annuelle 2017*. Op. cit.

plataforma digital. Daí porque, por mais que se pretenda usar tais conceitos, eles não se encaixam adequadamente.

Tendo em vista que no Brasil há setores cuja titularidade é atribuída ao poder público, instalam-se situações disruptivas de entrecruzamento de regimes jurídicos. Ambas existem em concorrência, cada uma com suas singularidades, as quais exigem novos posicionamentos. Ocorre que essas situações advêm de regimes jurídicos com lógicas diferenciadas.<sup>34</sup> Nesse sentido, a regulação dos serviços públicos na atualidade não pode mais partir do pressuposto que se tratam apenas de titularidade estatal, prestado sob um regime jurídico único. Isso porque a realidade já demonstrou que existem diversos serviços públicos prestadas alheios ao Estado.<sup>35</sup>

E não se pode pretender extinguir o uso de ferramentas tecnológicas por não se enquadrarem nas normas. Tal postura não só representa um retrocesso, como também é ilegítima. Ora, se uma gama ampla de usuários experimenta determinada dinâmica e a incorpora a sua vida a ponto de torná-la cotidiana, qual é a legitimidade do judiciário ou parlamento em barrá-la? Há um reflexo direto na própria legitimidade. De todo modo, as amplas aceitações das plataformas pela população legitimam o seu exercício, mas não os imunizam da ingerência estatal. Ou seja, não cabe restrição à sua comercialização, mas sim estabelecer limites de utilização, de modo a respeitar as liberdades das partes, bem como os consumidores.<sup>36</sup>

Deve-se reconhecer, portanto, as tecnologias disruptivas enquanto tais, e desenvolver aportes para uma Administração que também seja disruptiva e sotierre a administração oitocentista obsoleta. Até porque, como bem adverte o Conselho de Estado francês, a demora do Estado e do Direito em se adequar ao fenômeno, faz com que as tecnologias digitais interajam nas lacunas normativas, o que pode ser prejudicial à sociedade. Daí a emergência de se estabelecer normativas para as plataformas digitais.

### 3 O CONTROLE PELA REGULAÇÃO COM ALICERCE NAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Como se nota, com a propagação de plataformas digitais, as quais proporcionam o uso de diversos serviços pela sociedade, as categorias jurídicas atinentes ao serviço público ficam desgastadas. No que tange à *Uber*, após grande debate, chegou-se à majoritária consideração, capitaneada por Daniel Sarmiento<sup>37</sup>, que não se trata de serviço público, mas uma atividade econômica que tem uma utilidade pública. Isso porque o caráter de essencialidade não estaria presente, devendo-se preservar a livre iniciativa privada. Esse debate pode ser sido bem equacionado para o presente momento, mas ele mostra que a categoria de serviço público não dá suporte às tecnologias disruptivas. Ora, tais tecnologias não se resumem apenas em transporte individual privado, mas abrangem também telecomunicações, servi-

<sup>34</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Situações disruptivas,... Op. cit.

<sup>35</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras de. *Uber, WhatsApp, Netflix: ...* Op. cit.

<sup>36</sup> FEIGELSON Bruno. A relação entre modelos disruptivos e o direito: ...Op. cit., p. 50

<sup>37</sup> SARMENTO, Daniel. Ordem Constitucional econômica e transporte individual de passageiros. Caso *uber*. In: FREITAS, Rafael Veras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 327.

ços operacionais, audiovisual, entre outras. A propósito, a *Uber* já estuda a possibilidade de estabelecer um serviço de transporte coletivo privado.

São todas demonstrações de que o debate precisa transcender a ideia de serviço público, que deve ser repensada. Marçal Justen Filho em uma autocrítica acerca da doutrina do direito administrativo, ressalva que se está diante de um deslocamento de tempo e espaço. Isso porque justamente grande parte das formulações administrativistas são realizadas com base na doutrina francesa, do século XIX, XX. Os institutos que compõem essa doutrina clássica foram criados em 1902, 1910, pertinentes à época e local de criação, o que denota a possibilidade de uma leitura afastada da realidade atual.

Assim, restando demonstrado que as classificações clássicas são anacrônicas à contemporaneidade, qual é a proposta embrionária que surge? Primeiro, é importante lembrar que o Direito administrativo se apresenta como “caixa de ferramentas” dessa nova tecnologia social. Isto é, examinado sob um viés instrumental, enquanto tecnologia social, o direito administrativo pode promover respostas e balizar as relações sociais, promovendo segurança e ao mesmo tempo permitir avanços, na medida da disciplina que se venha adotar”.<sup>38</sup>

Pois bem. As primeiras pistas sobre a Nova Administração Pública podem ser extraídas da ideia que o “hemisfério público da economia” é amplo e não existe um regime jurídico único que se submeta de modo integral ao direito público.<sup>39</sup> E isso tem total aplicabilidade diante das novas tecnologias, as quais possuem cada qual suas características. *Uber* e *Netflix*, por exemplo, detêm contornos distintos. Logo, é imprescindível ter atenção à realidade que as tecnologias disruptivas imprimem e examinar cada uma em sua individualidade.

Mas se o Direito deve se alinhar às novas tecnologias, essas também têm que se enquadrar a certos paradigmas, os quais se harmonizam entre si. Para Jéssé Torres os paradigmas são: o reconhecimento da supremacia da Constituição e da efetividade aos seus princípios; a motivação das decisões administrativas de maneira idônea e mediante processo; o controle da discricionariedade; a necessidade das decisões serem realizadas em consenso com a qualidade de vida ou mínimo existencial a que tem direito todo cidadão.<sup>40</sup> Ou seja, é necessário examinar a realidade existente, mas igualmente é imprescindível que elas se atentem a determinadas vigas balizadoras das relações jurídicas.

Sob outro aspecto, fica claro que aquela atividade que antes era de titularidade estatal hoje poderá não ser. E a briga ideológica sobre público e privado não é capaz de solucionar esse enfoque. Isso porque não se está diante de privatizações ou estatizações, mas simplesmente diante de tecnologias que acabam com as anteriores, independente da natureza jurídica que portam, tampouco das pessoas que as titularizam. Por isso, o caminho público vs. privado é irrelevante a essa discussão. A titularidade não será estatal, e não em razão de

<sup>38</sup> RIBEIRO, Leonardo Coelho. A instrumentalidade do direito... Op. cit., p. 61.

<sup>39</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Situações disruptivas,... Op. cit., p. 223.

<sup>40</sup> PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres. A tecnologia na atividade contractual do Estado. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 275.

sua escolha, mas sim diante da revolução tecnológica que imprime modificação substancial nas relações.

Logo, as atividades serão inevitavelmente realizadas mais sob o viés privado. Bem por isso, existe uma tendência de responsabilização de entidades privadas em substituição da autoridade pública. Ora, se inevitavelmente as atividades serão prestadas de modo particular, é imperioso que estes tenham maiores responsabilidades. Daí porque inserem-se instrumentos de controle preventivo e ou prévio das atuações privadas. Ao público fica a necessidade de simplificação procedimental e de liberação ao acesso a atividades econômicas.<sup>41</sup> Nessa perspectiva, cabe as lições de Rodrigo Pironi o qual preconiza que a Administração Pública deve adotar uma noção de governança diante dos embates cotidianos e das revoluções tecnológicas. Ou seja, deve conjugar eficiência estatal com o resultado ótimo, assumindo suas responsabilidades e prezando pelo interesse da sociedade civil.<sup>42</sup>

Nesse mesmo sentido, ressalta Marçal Justen Filho<sup>43</sup>, que o compromisso da Administração deve ser com a efetividade da Constituição, pela promoção dos objetivos e valores fundamentais, superando a obsolescência do enfoque oitocentista. Para o autor, a natureza jurídica administrativa deve estar em conformidade com o tempo que vive e os recursos devem ser utilizados para atender a cidadãos mais vulneráveis. Ele dispõe a necessidade de um controle estatal sobre o regime de direito privado de maneira eficiente, o que é feito prezando os direitos fundamentais. Assim, as novas tecnologias e seu controle devem ser feitos em atenção às normas fundamentais. A realidade deve ser amparada em um enquadramento no qual esteja subordinada a critérios fundamentais.<sup>44</sup>

Ou seja, a Administração ganha uma face eminentemente regulatória. Essa é a linha de raciocínio de Patrícia Baptista e Clara Iglesias Keller, as quais acreditam que as regulações das novas tecnologias devem prezar pela segurança do usuário e respeito às liberdades fundamentais. Elas advertem, contudo, que a intervenção não pode ocorrer de maneira imediata, pois pode se revelar prematura. Tampouco, pode ser tardia, notadamente em razão da resistência do mercado previamente estabelecido.<sup>45</sup>

É o que também defendem Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Veras. Para eles, cabe ao Estado, mediante regulação, garantir que “nas atividades em que a Constituição impõe uma obrigação positiva do Estado de prestação, sem moduladas obrigações de universalidade, continuidade e isonomia só nas franjas essenciais dessa atividade, e que o princípio da proporcionalidade imponha essas obrigações”.<sup>46</sup> Sérgio Guerra perfilha esse entendimento e preconiza que mediante a regulação, visa-se equilibrar livre iniciativa eco-

<sup>41</sup> GONÇALVES, Pedro Costa, apud RIBEIRO, Leonardo Coelho. A instrumentalidade do direito administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas. In: FREITAS, Rafael Veras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

<sup>42</sup> CASTRO, Rodrigo Pironi Aguirre de. *Ensaio Avançado de controle interno*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 104.

<sup>43</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Trecho de discurso proferido no XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Cuiabá, 26 out. 2017.

<sup>44</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Trecho de discurso... Op. cit.

<sup>45</sup> BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, como e quando regular as novas tecnologias? Op. cit.

<sup>46</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras de. Uber, whatsapp, netflix... Op. cit.

nômica e respeito aos direitos fundamentais. A regulação, ainda, deve ser capaz de trazer efetividade do sistema diante de oscilações econômicas, sociais e políticas.<sup>47</sup>

Some-se a esse panorama doutrinário a inteligência já exposta pelo Conselho de Estado francês, que vem defendendo o dever da Administração em regular as atividades realizadas pelas plataformas digitais. Isso se dá mediante um conjunto de princípios e regras que incluem a garantia dos direitos fundamentais das pessoas, notadamente, a proteção de direitos fundamentais dos trabalhadores e a proteção de certos interesses. Além disso, o Conselho entende que os governos devem assegurar a fiabilidade e a segurança nas transações feitas em plataformas digitais.<sup>48</sup>

De todo modo, a regulação precisa ser examinada regionalmente. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Veras de Freitas entendem que a regulação permite a concorrência, o que é salutar, pois retira o monopólio e tende a aumentar a qualidade dos serviços prestados. Todavia, tais preceitos merecem ser visualizados de modo cauteloso no Brasil. Tome-se como exemplo o serviço de telefonia brasileira que, após desestatização passou para ampla concorrência, mas houve um *déficit* de qualidade nos serviços prestados.

Assim, o princípio da livre concorrência não se sobrepõe a outros, os quais devem ser preservados. Isso porque, a função da regulação estatal é permitir a concorrência, mas garantindo a efetividade de direitos fundamentais. Bem por isso, calha-se os ensinamentos de Ronaldo Porto Macedo para quem a nova formatação regulatória estatal tem de se abraçar mais em uma indução sistemática de comportamentos por meio de regras e incentivos impessoais e transparentes. Para ele, a cooperação deve estar acima da imposição autoritária de regras e normas.<sup>49</sup> E isso, exige análise atenta do caso concreto, onde o interesse público deve prevalecer. Mas, trata-se da categoria de interesse público em sentido estrito<sup>50</sup>, que corresponde somente àquilo que se rotula interesse geral, o qual discrepa dos interesses individuais.

Essa necessidade de regulação em atenção ao caso concreto pode também ser denominada como assimetria regulatória. Isto é, “o desenho regulatório a ser adotado deve ser capaz de conjugar ferramentas de regulação forte e fraca que permitam a adaptação e o aprendizado diante de uma realidade velozmente mutável”.<sup>51</sup> Cabe, portanto, à Administração Pública por meio da regulação, desenhar um sistema que equilibre os sistemas econômico, político e jurídico, modulando as doses de concorrência que se inserem em um ambiente de atividades de utilidade pública. Aí, deve ainda ser equacionado o direito do cidadão de receber serviços essenciais com a exploração de atividades econômicas por particulares.

Para isso, deve-se realizar estudos econômicos, ouvir os setores regulados, as consequências, exame do custo-benefício e não se basear apenas em aspectos doutrinários. Ou

<sup>47</sup> GUERRA, Sergio. Riscos, assimetria regulatória e o desafio das inovações tecnológicas. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 86.

<sup>48</sup> CONSEIL D'ÉTAT. *Étude annuelle 2017*. Op. cit.

<sup>49</sup> MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2007. p. 151.

<sup>50</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. 2011. 438p. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2011. p. 147.

<sup>51</sup> BAPTISTA, Patricia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, como e quando regular as novas tecnologias? Op. cit.



seja, a nova Administração deve usar muito mais a vida *in concreto* que a vida *in abstrato* e modular a partir da realidade imposta. Assim, a assimetria regulatória deverá passar pela escolha da variável existente, a exemplo de preço, quantidade, qualidade. Os conflitos entre tecnologias *disruptivas* e prestadores regulares de serviços “passarão pela instituição de uma assimetria regulatória ótima entre esses agentes, que considere a regulação da variável regulatória estritamente necessária para evitar distorções concorrenciais”.<sup>52</sup>

É precisamente essa a observação feita por Cass Sunstein. Ao relatar sua experiência como Administrador da Casa Branca de Informação e Assuntos Regulatórios no governo Barack Obama, indicou o caminho *in concreto*. Defendeu a necessidade de se focar nos fatos e nas possíveis consequências das políticas públicas a serem implementadas pelos governos, atentando-se as singularidades do caso concreto investigado.<sup>53</sup>

Nota-se, assim, que a assimetria regulatória se apresenta como instrumento legítimo de promoção de políticas públicas em setores que se sujeitam a normatização estatal.<sup>54</sup> Mas a assimetria regulatória não pode se confundir com concorrência desleal. Não se deve acabar com o prestador que se depara com a nova concorrência, mas incrementar essa concorrência a obter maior eficiência em benefício dos consumidores<sup>55</sup>. A regulação, como se vê, emerge como a nova faceta da Administração, a qual se enquadra na realidade contemporânea. Mas para que ela se estabeleça, algumas questões fundamentais devem ser observadas: deve-se examinar a realidade concreta (em uma vertente de realismo jurídico); deve-se reconhecer a inexistência de titularidade estatal; deve-se abandonar conceitos que não se explicam a nova realidade; deve-se formular novas bases em conformidade com as singularidades das novas tecnologias; deve-se preservar o interesse público e direitos fundamentais.

## 4 CONCLUSÃO

Os doutrinadores de vanguarda do direito administrativo reclamam a imprescindibilidade de se examinar a realidade com os olhos contemporâneos, bem como a necessidade de se abandonar velhas teorias anacrônicas e binárias, que se encaixam em um direito do século XIX e XX. Conclama-se para outro olhar de um novo direito que atenda as singularidades das tecnologias disruptivas e os impactos causados na sociedade. Não se trata de um filme futurista, mas sim de uma realidade. O Estado precisa se estruturar para atender as novas gerações e as novas tecnologias, que se inserem com facilidade no cotidiano.

<sup>52</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras de. Uber, whatsapp, netflix:... Op. cit., p. 45.

<sup>53</sup> SUNSTEIN, Cass. The Regulatory Lookback. *Boston University Law Review Symposium on Political Dysfunction and the Constitution*, Forthcoming, nov. 2013. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2360277](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2360277). Acesso em: 10 fev. 2018.

<sup>54</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Terminais portuários de uso privativo misto: as questões da constitucionalidade e das alterações regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, p. 926, jan./mar. 2012; GARCIA, Flávio Amaral. Uber x taxi: a solução pela via da regulação. *Direito do Estado*, n. 83, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/uber-x-taxi-a-solucao-pela-via-da-regulacao>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>55</sup> GARCIA, Flávio Amaral. Uber x taxi:... Op. cit.

O debate entre bem e mal, público e privado, mostrou-se incapaz de resolver o problema por trás de toda essa discussão.<sup>56</sup> O maniqueísmo que se apresenta em debates dessa natureza deve, portanto, ser deixado de lado. Não se trata de uma questão a ser resolvida através de um binômio de opostos (como bem e mal), mas sim de adaptação. Não é possível operar em termos antagônicos, mas é necessário reger uma realidade em constante transformação.

Nota-se algumas questões comuns aos teóricos contemporâneos que é o caminho da regulação. Aos cidadãos devem ser preservados seus direitos fundamentais. Esse deve ser o exame do caso concreto em cada situação. A função estatal moderna, com efeito, participa muito mais do viés de controle do que atuação. Não se nega a necessidade de titularidade de determinados serviços. Mas, diante da complexidade do mundo, da existência de tecnologias disruptivas que soterraram situações anteriores, o Direito deve se adequar a elas, prestando um serviço de controle sobre essas atividades. Vale dizer, a Administração do Século XXI deve ser a Administração do Controle. Sem maniqueísmos e sem anacronismos, a Administração Pública precisa se reinventar.

## REFERÊNCIAS

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, como e quando regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Rda – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. São Paulo: 34, 2011.
- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara n. 28*, de 2017. Altera a Lei n. 12.587, de 3 de janeiro de 2012, para regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128659>. Acesso em: 3 fev. 2018.
- CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Ensaio avançado de controle interno*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- CHRISTENSEN, Clayton M. *O dilema da inovação: quando novas tecnologias levam empresas ao fracasso*. São Paulo: Makron, 2001.
- CONSEIL D'ÉTAT. *Étude annuelle 2017*. Puissance publique et plateformes numériques: accompagner l' "ubérisation". 2017. Disponível em: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/174000714.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2018.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *Curso de derecho administrativo, I*. Buenos Aires: Thompson, 2006.
- FEIGELSON Bruno. A relação entre modelos disruptivos e o direito: estabelecendo uma análise metodológica baseada em três etapas. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- GARCIA, Flávio Amaral. Uber x taxi: a solução pela via da regulação. *Direito do Estado*, n. 83, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/flavio-amaral-garcia/uber-xtaxi-a-solucao-pela-via-da-regulacao>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>56</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FIGUEIROA, Caio Cesar. Desafios das reformas institucionais a partir de novas tecnologias: uma abordagem pragmática do interesse público. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 366-367.

- GUERRA, Sergio. Riscos, assimetria regulatória e o desafio das inovações tecnológicas. *In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Evolução da teoria do serviço público*. Disponível em: <https://enciclopedi juridica.pucsp.br/verbete/40/educacao-1/evolucao-da-teoria-do-servico-publico>. Acesso em: 10 fev. 2018.
- GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GONÇALVES, Marcos Alberto. Serviço público de transporte privativo de passageiros e transporte individual de passageiros. *In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. 2011. 438p. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2011.
- HARTMANN, Christian. Diretores do Uber são presos em Paris; entenda por que o serviço é ilegal. *RFI*, jun. 2015. Disponível em: <http://br.rfi.fr/franca/20150629-diretores-do-uber-sao-presos-em-paris-entenda-por-que-o-servico-e-ilegal>. Acesso em: 3 fev. 2018.
- HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. Tradução de Lino Vallandro e Vidal Serrano. São Paulo: Globo, 2003.
- IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. *El derecho administrativo privado*. Madri: Montecorvo, 1996.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Trecho de discurso proferido no XXXI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Cuiabá, 26 out. 2017.
- MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras de. Uber, whatsapp, netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória. *In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. t. IV: direitos fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Situações disruptivas, negócios jurídico-administrativos e equilíbrio econômico-financeiro. *In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). Regulação e novas tecnologias*. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MOREIRA, Egon Bockmann, O contrato administrativo como instrumento de governo. *In: GONÇALVES, P. C. Estudos de contratação pública*. v. IV. Coimbra: Coimbra, 2013.
- NOHARA, Irene. *Escola do Serviço Público*. Disponível em: <http://direitoadm.com.br/178-empresa-publica/>. Acesso em: 10 fev. 2018.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FIGUEIROA, Caio Cesar. Desafios das reformas institucionais a partir de novas tecnologias: uma abordagem pragmática do interesse público. *In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- PERAASSO, Valeria. O que é a 4ª revolução industrial – e como ela deve afetar nossas vidas. *BBC Brasil*, out. 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/geral-37658309>. Acesso em: 15 fev. 2018.
- PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres. A tecnologia na atividade contractual do Estado. *In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. A instrumentalidade do direito administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SARMENTO, Daniel. Ordem Constitucional econômica e transporte individual de passageiros. Caso uber. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SCHWAB, Klaus. The fourth industrial revolution. *Snapshot*, December 12, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Terminais portuários de uso privativo misto: as questões da constitucionalidade e das alterações regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, p. 926, jan./mar. 2012.

SUNSTEIN, Cass. The Regulatory Lookback. *Boston University Law Review Symposium on Political Dysfunction and the Constitution*, Forthcoming, nov. 2013. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2360277](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2360277). Acesso em: 10 fev. 2018.

UBER sofre novo revés na Europa e parecer diz que empresa deve seguir leis de serviços de táxi. *G1 Economia*, jul. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/uber-sofre-novo-reves-na-europa-e-parecer-diz-que-empresa-deve-seguir-leis-de-servicos-de-taxi.ghtml>. Acesso em: 3 fev. 2018.

- Terceiro Lugar -

## A atuação de estrangeiros nos setores de infraestrutura no Brasil: reflexões a respeito do regime jurídico das licitações nacionais e internacionais

**Thiago Priess Valiati<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** **1** Introdução; **2** Nota preliminar: a distinção entre contratos de desembolso e contratos de investimento; **3** A atuação do empresário estrangeiro no Brasil por meio de licitações nacionais: as sociedades nacionais constituídas por estrangeiros e as sociedades empresárias estrangeiras; **4** A participação de estrangeiros sem autorização para funcionamento no Brasil em certames licitatórios: as licitações internacionais e demais exceções; **5** A proposta normativa que pretende reformar a Lei de Licitações (PL n. 6.814/2017): reflexões a respeito da participação do empresário estrangeiro em licitações nacionais e internacionais; **6** Conclusão; Referências

### 1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da globalização das relações empresariais vem sendo expandido de forma significativa. Consequência deste aumento consiste no incremento do acesso aos mercados públicos, em que os agentes econômicos privados saem das fronteiras do seu país de origem para procurar novas oportunidades empresariais. Segundos dados divulgados, em 2008, entre 10% e 15% do PIB mundial possuía relação com negócios pactuados com os entes públicos.<sup>2</sup> É exatamente nesse contexto que o Brasil também se insere como destino de investimentos estrangeiros. É raro encontrar alguém que negue a afirmação de que a infraestrutura brasileira necessita de novos investimentos, sejam públicos, sejam privados. Muito emprego de capital ainda precisa ser realizado em setores como transportes, energia, telecomunicações e saneamento. Investimentos nos mais diversos setores da economia configuram-se essenciais para o incremento da infraestrutura e para o desenvolvimento socioeconômico do país. Aliás, costuma-se dizer que a infraestrutura passou a ser vista como um dos requisitos essenciais para o desenvolvimento socioeconômico.<sup>3</sup> Mas, apesar destes aportes serem indispensáveis, a realidade é que o Brasil necessita de mais aplicações de grande porte. Sem a realização deles, permanecerá um horizonte que contém gargalos impeditivos para o desenvolvimento. Nesse cenário, desponta a relevância de investimentos privados, sobretudo estrangeiros, com o objetivo de complementar o gasto

<sup>1</sup> Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Especialista em Direito Empresarial pela Faculdades das Indústrias do Estado do Paraná (Sistema Fiep). Advogado.

<sup>2</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; TORRAL, Lino. Licitação internacional e empresa estrangeira: os cenários brasileiro e europeu. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, p. 67-106, maio/ago. 2015. p. 69.

<sup>3</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da infraestrutura: perspectiva pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 100.

público. Assim, a partir de tal contexto, o Estado enxerga a iniciativa privada como parceira para implementar ações de caráter coletivo, “aliviando, mas não desonerando, em absoluto, o Poder Público”.<sup>4</sup>

Diante deste cenário de déficit de investimentos, fato é que, por um lado, há muitas desvantagens em contratar com o Poder Público brasileiro. Nesse passo, um dos grandes entraves que prejudica o ambiente de negócios no Brasil consiste no ambiente de corrupção. Fraudes em licitações e contratos públicos consistem em uma prática corriqueira no Brasil. Em razão desta realidade, a Lei Federal n. 8.666/1993 foi estruturada de forma demasiadamente burocrática com diversas exigências para os licitantes sob o mantra de combater a corrupção nas contratações públicas. O regime jurídico instituído pela Lei de Licitações consiste, assim, em um aspecto nada atrativo para os agentes econômicos privados.

Além da corrupção, a insegurança jurídica também consiste em relevante entrave que afugenta investimentos nos setores de infraestrutura. Por um lado, insegurança que decorre de alterações normativas excessivas e bruscas do conjunto normativo regulatório, além de inovações legislativas dotadas de alta indeterminação e complexidade, o que acaba por prejudicar a capacidade de orientação dos agentes econômicos envolvidos. Ainda, insegurança que provém do incumprimento dos contratos públicos, “quebrados” frequentemente pela Administração Pública. Ademais, há a insegurança no âmbito do Poder Judiciário, que decorre de problemas como a morosidade dos juízes e dos tribunais na resolução das controvérsias e da demasiada imprevisibilidade das decisões judiciais. Por fim, os agentes econômicos precisam lidar com diferentes instâncias de controle que, na maioria das vezes, acabam causando o travamento de várias obras de infraestrutura. Não é raro encontrar uma mesma matéria sendo discutida pelos Tribunais de Contas e pelo Poder Judiciário e, em muitos casos, com entendimentos diversos sobre a controvérsia. Enfim, uma insegurança generalizada, por todo lugar, perpetrada pelos três Poderes Públicos, pelas instâncias de controle e pelas agências reguladoras, o que acaba por afugentar os investimentos privados em infraestrutura.<sup>5</sup>

Em que pese as desvantagens evidentes em contratar com o Poder Público, fato é que o Brasil também possui alguns aspectos atrativos para a participação de estrangeiros na economia nacional. O estado precário da infraestrutura, por mais estranho que possa parecer em um primeiro momento, consiste em um aspecto atrativo para o ingresso de estrangeiros na economia nacional. Serviço de saneamento defasado, rodovias malconservadas, ferrovias subutilizadas, aeroportos mal equipados e sobrecarregados, iluminação pública

<sup>4</sup> FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos: franquias, concessão, permissão e PPP*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 4.

<sup>5</sup> VALIATI, Thiago Priess. *Segurança jurídica e infraestrutura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 4. Ademais, Anna Lygia Costa Rego, em tese de doutorado na qual analisa os aspectos jurídicos da confiança do investidor estrangeiro no Brasil, destaca que a segurança jurídica possui papel essencial à seara dos investimentos estrangeiros no Brasil, independentemente de sua natureza, isto é, públicos ou privados. Segundo a autora, “isso porque, mesmo ao se tratar de um investimento eminentemente privado, o comportamento da Administração é considerado uma variável relevante para as decisões de investir, estando frequentemente relacionado à figura da segurança jurídica” (REGO, Anna Lygia Costa Rego. *Aspectos jurídicos da confiança do investidor estrangeiro no Brasil*. São Paulo, 2010. 351f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 197).

escassa, enfim, poderiam ser elencados problemas em praticamente todos os setores da economia brasileira. Diante do déficit de investimentos, a realidade nacional possui uma elevada demanda para financiamento em diversos setores de infraestrutura. Há, portanto, muita oportunidade e demanda para investimento no Brasil. Essa situação consiste, pois, em um aspecto atrativo para a realização de investimentos em relação à países que já possuem uma infraestrutura desenvolvida.

Ademais, outro aspecto positivo para a realização de investimentos estrangeiros consiste no fato de o ordenamento jurídico nacional oportunizar parcerias com o setor privado da economia por meio de uma legislação que, de um certo modo (isto é, pelo menos em relação ao regramento sobre a execução contratual), possibilita a sua efetivação (como as concessões e as parcerias público-privadas), além de distintas opções societárias para a constituição de novas sociedades empresárias, conforme será pontuado ao longo deste trabalho. Por outro lado, a Lei n. 8.666/1993 – que disciplina o processo de escolha do parceiro que será contratado pela Administração – ainda possui vários pontos falhos no que toca à participação de estrangeiros, sobretudo diante da imprecisão e ausência de sistematicidade que conferiu à disciplina das denominadas licitações internacionais. O objetivo de promover a viabilização de investimentos de estrangeiros esbarra, assim, neste importante obstáculo jurídico.<sup>6</sup>

Diante desse contexto, por meio do presente trabalho pretende-se apresentar as principais formas de atuação do empresário estrangeiro no Brasil, a partir do regime jurídico instituído pela Lei de Licitações para, na sequência, analisar o Projeto de Lei que pretende reformar o referido diploma legal (Projeto de Lei n. 6.814/2017). Dessa forma, em primeiro lugar, como nota preliminar, o artigo apresenta a distinção existente no ordenamento jurídico brasileiro entre os chamados contratos de desembolso e os contratos de investimento, ambas as formas de contratação pública com impacto significativo para a exploração dos setores de infraestrutura. Após, o trabalho expõe as formas de atuação do empresário estrangeiro no Brasil por meio de licitações nacionais (seja por meio da estruturação de uma nova sociedade nacional, seja mediante a participação nos certames de uma sociedade estrangeira). Posteriormente, o artigo apresenta a possibilidade de participação do empresário estrangeiro por meio de licitações internacionais, conforme a disciplina da Lei n. 8.666/1993. Finalmente, após a apresentação do cenário regulamentado pela Lei de Licitações, o artigo analisa a proposta normativa que possui o intento de reformar a aludida legislação no tocante à participação de empresários estrangeiros no Brasil (PL n. 6.814/2017).

## **2 NOTA PRELIMINAR: A DISTINÇÃO ENTRE CONTRATOS DE DESEMBOLSO E CONTRATOS DE INVESTIMENTO**

Antes de adentrar nas especificidades em relação aos requisitos para o ingresso de estrangeiros no mercado público brasileiro, faz-se necessário apresentar uma impor-

<sup>6</sup> MARRARA, Thiago; CAMPOS, Carolina Silva. Licitações internacionais: regime jurídico e óbices à abertura do mercado público brasileiro a empresas estrangeiras. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 275, p. 155-187, maio/ago. 2017. p. 185.

tante distinção entre as formas de contratação com o Poder Público nacional; vale dizer, a classificação existente entre os denominados contratos de desembolso e os contratos de investimento.

Assim, cumpre destacar que os contratos que possuem aptidão para implementar obras de infraestrutura podem ser de duas ordens: os de desembolso e os de investimento.<sup>7</sup> Os contratos de desembolso dependem do orçamento público e geram uma relação em que, primeiramente, o Poder Público define o que será realizado para, após, licitar e contratar o agente econômico para a execução do projeto. O maior exemplo consiste no contrato de empreitada, previsto na Lei n. 8.666/1993; a despeito de serem contratos mais imediatistas, esses ajustes possuem elevada importância para a infraestrutura nacional na medida em que possibilitam a implementação de obras de grande impacto para as três esferas federativas do país. Em relação a estes ajustes, Fernando Dias Menezes de Almeida aduz que eles são muito próximos da ideia do que os franceses chamam de *marchés publics*; por meio deles, a Administração busca suprir as suas necessidades mais básicas, comprando, vendendo, tomando serviços em geral ou fazendo realizarem-se obras públicas.<sup>8</sup>

Por outro lado, os contratos de investimento consistem em arranjos que não dependem, pelo menos prioritariamente, de receita pública, mas de investimentos privados. O agente econômico banca o investimento inicial e, após, receberá a sua contraprestação (seja pelos usuários, seja pelo próprio Estado). Tais contratos são dinâmicos e possuem uma racionalidade diversa dos tradicionais contratos administrativos estáticos e imediatistas, porquanto geralmente envolvem projetos de longa maturação, ou seja, demoram a gerar o retorno previsto inicialmente.<sup>9</sup> Nesse passo, Marcos Nóbrega destaca que estes contratos apresentam características relevantes como a demasiada complexidade, a imprevisibilidade e a necessidade de elevados investimentos iniciais.<sup>10</sup> Os principais exemplos consistem nos contratos de concessão e nas parcerias público-privadas.

No caso dos contratos de investimentos, a concessão assume um impacto significativo para a exploração da infraestrutura e consiste em um importante mecanismo na busca pelo desenvolvimento socioeconômico, possuindo um caráter nitidamente instrumental à

<sup>7</sup> A respeito da distinção entre os tipos de contratos mencionados, a lição de Marcos Juruena Villela Souto é devesas elucidativa: “[...] a Lei n. 8.666/93, para os contratos de obras públicas e prestação de serviços, exige disponibilidade imediata dos recursos, para desembolso no momento da assinatura do contrato; ademais, a gestão da atividade é pública, ao passo que nos contratos de PPP dá-se um gerenciamento privado de verbas públicas e privadas; na Lei 8.666/93, o pagamento se dá por serviço medido enquanto na PPP é por desempenho do contratado; mas o mais importante é que o modelo da Lei nº 8.666/93 veda a transferência da responsabilidade pela obtenção do financiamento pelo particular (art. 7º, §3º), o que é da essência dos contratos de PPP. Os prazos dos contratos de serviços da Lei nº 8.666/93 não são suficientes para a amortização dos investimentos” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 31).

<sup>8</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 215.

<sup>9</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. PPP MAIS: seis pontos-chave para dar início ao debate. *Gazeta do Povo*, out. 2015. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/ppp-mais-seis-pontos-chave-para-dar-inicio-ao-debate-6qt61z58aek1hpm2s2d138sm8>. Acesso em: 11 jul. 2018.

<sup>10</sup> NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviços públicos e PPPs. In: CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de; PASOLD, Cesar Luiz (Coords.). *Direito portuário, regulação e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 452.



realização de valores fundamentais e escolhas políticas do Estado.<sup>11</sup> Nesse contexto, inicialmente foi editada a Lei Federal n. 8.987/1995 (a Lei Geral de Concessões); posteriormente, ocorreu a promulgação da Lei Federal n. 11.079/2004, a Lei das Parcerias Público-Privadas. Ambos os diplomas legais foram expedidos justamente com o objetivo de viabilizar a participação do setor privado em empreendimentos públicos, com a provisão de infraestrutura, sobretudo a legislação que instituiu as parcerias público-privadas. Este último diploma legal, por intermédio da instituição das modalidades de concessão patrocinada e administrativa, incentiva a participação privada através da divisão de riscos, compartilhamento de ganhos, premiando-se, ao final, a eficiência. Com efeito, as parcerias público-privadas consistem em um elemento valioso na construção e no incremento da infraestrutura, pois o seu mote reside na criação de firmes compromissos financeiros por parte do parceiro público.<sup>12</sup> Entre as principais vantagens proporcionadas pelas parcerias público-privadas pode se elencar a alternativa de financiamento, o compartilhamento de riscos, a vantajosidade pública (*value for money*), a sustentabilidade e melhoria do serviço, entre outras vantagens. Inclusive, o compartilhamento de riscos, ante à indiscutível segurança que confere à contratação pública, consiste em uma das inovações mais desejáveis que se pretende incluir na reforma da Lei de Licitações. Como dito, um aspecto positivo para a realização de investimentos estrangeiros no país consiste justamente no fato de o ordenamento brasileiro possibilitar a participação de empresas estrangeiras nos setores de infraestrutura por meio de uma legislação que oportuniza ajustes contratuais e parcerias com o setor privado (como as concessões e parcerias público-privadas).

Ocorre que o momento prévio à execução do contrato, isto é, o de escolha do parceiro que irá contratar com a Administração, ainda possui obscuridades em relação à participação de empresários estrangeiros no Brasil. Assim, apresentada a lógica que envolve a distinção entre os contratos de desembolso e os contratos de investimento, passa-se à exposição das formas de atuação dos estrangeiros em licitações consideradas nacionais, nos termos do regramento estabelecido pela Lei n. 8.666/1993 (por intermédio de sociedades nacionais constituídas por estrangeiros ou diretamente por sociedades empresárias estrangeiras).

<sup>11</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 58. Nesse sentido, Vera Monteiro propõe a identificação da concessão com a sua função de “viabilizar a realização de investimentos significativos para promover a disponibilização de bens e serviços à sociedade” (MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 174).

<sup>12</sup> DAL POZZO, Augusto Neves; JATENE, Pedro. Os principais atrativos das parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura pública e a necessidade de planejamento adequado para sua implantação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 54-55. Cumpre anotar que a legislação mencionada é de cunho federal, mas os demais entes federativos também possuem competência para editar a sua própria lei de PPPs. Por evidente, as parcerias público-privadas possuem também relevância para o incremento da infraestrutura em âmbito municipal. Segundo Luis Alberto Hungaro, a atuação dos municípios, por intermédio de PPPs, representa um novo modelo de atuação do Estado. O autor em questão destaca que “a contratualização da ação política viabiliza a implantação de infraestrutura e mobiliário urbano de maneira duradoura, independentemente do tempo político e do calendário eleitoral, constituindo-se em importante meio de concretização das funções sociais da cidade e de satisfação do direito à cidade” (HUNGARO, Luis Alberto. *Parceria público-privada municipal: a concretização de funções sociais da cidade: habitação, saneamento básico e mobilidade urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 154).

### 3 A ATUAÇÃO DO EMPRESÁRIO ESTRANGEIRO NO BRASIL POR MEIO DE LICITAÇÕES NACIONAIS: AS SOCIEDADES NACIONAIS CONSTITUÍDAS POR ESTRANGEIROS E AS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS ESTRANGEIRAS

Ante a importância dos investimentos estrangeiros para o incremento da infraestrutura nacional, caso um empresário estrangeiro decida pela opção de investir no Brasil e contratar com o Poder Público brasileiro (por meio de contratos de desembolso ou contratos de investimento, conforme visto supra), deparar-se-á com algumas possibilidades previstas pelo ordenamento jurídico pátrio. Por um lado, há a possibilidade de abertura, por estrangeiros, de uma nova sociedade empresarial nacional (constituída conforme as disposições da legislação brasileira, nos termos do art. 1.126 do Código Civil) e, após, a devida participação em certames licitatórios, conforme a disciplina da Lei de Licitações.<sup>13</sup> Por outro lado, há a possibilidade de participação em licitações nacionais de uma sociedade empresarial estrangeira em funcionamento no país, nos termos do regramento previsto art. 1.134 do Código Civil.<sup>14</sup>

Dessa forma, em primeiro lugar, na hipótese de estruturação de uma *sociedade empresária nacional* (art. 1.126 do Código Civil) – que consiste na sociedade estruturada em conformidade com a lei brasileira e que tenha no país a sede de sua administração –, há uma diversidade de disposições legais que devem ser respeitadas, à luz das previsões possibilitadas pelo Direito Societário nacional. Nesse cenário, o estrangeiro deve optar pelo tipo societário que melhor se adegue aos seus objetivos empresariais. Assim, o investidor poderá optar, por exemplo, em constituir uma sociedade limitada ou uma sociedade anônima, à luz dos dispositivos, respectivamente, do Código Civil de 2002 e da Lei n. 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas). No caso das sociedades limitadas, cumpre destacar que o administrador estrangeiro deve ter visto permanente e não estar enquadrado em caso de impedimento para o exercício da administração. Já no caso das sociedades anônimas, o estrangeiro somente pode ser administrador e membro de Conselho Fiscal caso possua visto permanente e residência no Brasil. Ademais, a atuação por parte do estrangeiro pode se dar de forma indireta, por intermédio da compra de ações de uma sociedade anônima de capital aberto. Neste último caso, ainda, o art. 1.134 do Código Civil possibilita que a sociedade estrangeira seja acionista de sociedade anônima brasileira.<sup>15</sup>

Após a estruturação de uma sociedade nacional, cumpre repisar que para efetivar uma contratação pública – seja por meio de um contrato de desembolso, seja por meio de um contrato de investimento – faz-se necessária a realização de prévia licitação, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição. As regras gerais que incidem sobre as licitações estão previstas na já mencionada Lei n. 8.666/1993 (que possui, todavia, uma falta de sistematicidade no tocante à disciplina da participação de estrangeiros e aspectos que não são atrativos

<sup>13</sup> “Art. 1.126. É nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração.”

<sup>14</sup> “Art. 1.134. A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira.”

<sup>15</sup> Todas as exigências específicas e restrições e impedimentos em relação aos estrangeiros constam da Instrução Normativa DREI n. 34/2017 e n. 38/2017.

para os agentes econômicos privados). Por seu turno, na hipótese da compra de ações de sociedades anônimas de capital aberto, cumpre salientar, por evidente, que a decisão de participar de processos licitatórios cabe à administração da empresa; em tais casos, como dito supra, se o estrangeiro decidir participar da administração de uma sociedade anônima nacional deverá possuir visto permanente e residir no Brasil.

De forma paralela à estruturação de uma sociedade empresarial constituída por estrangeiros nos termos da legislação brasileira (*sociedade nacional*), o ordenamento jurídico permite, também, a participação em licitações nacionais de *sociedades estrangeiras* (isto é, aquelas cuja administração e sede não se encontrem no Brasil), desde que possuam a autorização do Governo Federal para funcionar no país, à luz do art. 1.134 do Código Civil.

Assim, antes de existir a autorização do Governo Federal e o posterior registro da empresa não pode haver a atuação constante de estrangeiros no Brasil. A obtenção da autorização para funcionamento no país é disciplinada pelos arts. 1.134 a 1.141 do Código Civil, inclusive com o rol de documentos necessários.<sup>16</sup> Ainda, os documentos serão autenticados, de conformidade com a lei nacional da empresa requerente, legalizados no consulado brasileiro da respectiva sede e acompanhados de tradução em vernáculo. Qualquer modificação no contrato da sociedade empresária dependerá da aprovação do Poder Executivo para produzir efeitos no território nacional. Finalmente, aceitas as condições, o Governo Federal expedirá o decreto de autorização para funcionamento no país, do qual constará o montante de capital destinado às operações no Brasil, cabendo à sociedade estrangeira promover, em trinta dias, a publicação no órgão oficial da União dos atos referidos no art. 1.131 e no parágrafo primeiro do art. 1.134, cujo exemplar representará prova para inscrição, no registro próprio, dos atos constitutivos da sociedade.<sup>17</sup>

Nesse contexto, a fim de possibilitar a participação de empresas estrangeiras em licitações nacionais, como regra, as sociedades devem estar regularmente instaladas no país, nos termos da regulamentação disposta no Código Civil. Assim, afigura-se necessária – como requisito de habilitação jurídica nas licitações – a apresentação do decreto de autorização e do ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir, na forma do inciso V do art. 28 da Lei n. 8.666/93.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> A sociedade estrangeira deverá instruir o processo de autorização com requerimento dirigido ao Secretário Especial da Micro e Pequena Empresa do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. A competência é do Secretário Especial da Micro e Pequena Empresa por força do Decreto n. 8.803, de 6 de julho de 2016 e Portaria nº 1.391, de 11 de julho de 2016. Por seu turno, nos termos do inciso X do art. 4º da Lei n. 8.934/1994, o Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI), sem prejuízo da competência de outros órgãos federais, deverá instruir e examinar os pedidos de autorização para nacionalização ou instalação de filial, agência, sucursal ou estabelecimento no País por sociedade estrangeira. Assim, a Instrução Normativa do DREI n. 07/2013 estabelece o procedimento detalhado para a apresentação do pedido de autorização, inclusive com o rol de documentos necessários.

<sup>17</sup> Cabe anotar, ademais, que o ato de autorização não é vinculado; vale dizer, o art. 1.135 do Código Civil prevê que o Governo Federal fixe condições que repute necessárias à defesa do interesse nacional, não existindo, assim, um direito subjetivo à obtenção da autorização para funcionamento da empresa no Brasil.

<sup>18</sup> "Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em: [...] V – decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir."

Além disso, as empresas estrangeiras autorizadas a funcionar no país devem conter todos os seus documentos nacionalizados, tendo em vista que “a autorização para funcionar no Brasil impõe às sociedades estrangeiras autorizadas a sujeição às normas nacionais para todos os atos praticados no país”.<sup>19</sup> Além destas exigências, a legislação setorial de determinadas atividades poderá exigir a apresentação de documentação adicional às empresas estrangeiras, como requisito de habilitação.<sup>20</sup>

Com efeito, a Lei n. 8.666/1993 prevê (pelo menos em tese) a igualdade de tratamento nas licitações entre as empresas estrangeiras e as nacionais, nos termos do seu art. 3º, §1º, inciso II.<sup>21</sup> As únicas exceções referem-se à preferência em caso de empate entre as propostas (art. 3º, §2º, inciso III) e em relação a bens e serviços de informática (Lei n. 8.248/1991). A previsão de igualdade de tratamento se filia às diretrizes internacionais que indicam que o ingresso no mercado público por estrangeiros deve ocorrer em termos análogos aos conferidos aos agentes econômicos nacionais.<sup>22</sup>

Dessa forma, as reflexões realizadas neste tópico valem para as licitações *nacionais*, isto é, restrita à participação de sociedades nacionais ou sociedades empresárias estrangeiras que possuam o decreto de autorização para funcionamento no país, nos termos do art. 1.134 do Código Civil. Para tais casos deverão ser respeitadas todas as disposições referentes à documentação de habilitação necessária para a participação em licitações constantes na Lei n. 8.666/1993. No tópico seguinte, apresenta-se a regulamentação vigente para as empresas estrangeiras que não possuam funcionamento no país, sobretudo no âmbito das denominadas licitações *internacionais*.

#### 4 A PARTICIPAÇÃO DE ESTRANGEIROS SEM AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO NO BRASIL EM CERTAMES LICITATÓRIOS: LICITAÇÕES INTERNACIONAIS E DEMAIS EXCEÇÕES

Para além da participação de estrangeiros em licitações nacionais, é possível, ademais, a *participação direta* (sem, portanto, a necessidade do decreto de autorização) em

<sup>19</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; TORGAL, Lino. Licitação internacional e empresa estrangeira: ... Op. cit., p. 90-91. Nesse sentido, os autores destacam que: “a sociedade que esteja submetida integralmente ao direito brasileiro (o que é feito da autorização concedida à empresa estrangeira) deve ter todos os documentos referentes à sua habilitação devidamente nacionalizados. Não se admite a apresentação direta de documentos estrangeiros, pois a autorização impõe a submissão integral ao direito brasileiro no que tange a todos os atos a serem praticados no Brasil, inclusive os levados a efeito no procedimento licitatório” (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; TORGAL, Lino. Licitação internacional e empresa estrangeira: ... Op. cit., p. 92).

<sup>20</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann. *Licitação pública: a Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 258.

<sup>21</sup> “Art. 3º. [...] § 1º É vedado aos agentes públicos: [...] II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3o da Lei n. 8.248, de 23 de outubro de 1991”.

<sup>22</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; TORGAL, Lino. Licitação internacional e empresa estrangeira: ... Op. cit., p. 72.

licitações consideradas *internacionais*. Ocorre que, como já dito, a Lei n. 8.666/1993 trata o tema com uma patente imprecisão técnica, abordando a matéria de modo genérico em diversas passagens do seu texto, sem trazer qualquer conceito uniforme a respeito do que entender-se-ia, de fato, como uma licitação internacional.<sup>23</sup> Rafael Wallbach Schwind salienta que “a legislação sobre licitações não contém nenhuma definição de licitação internacional, muito embora empregue esse termo (e outros semelhantes) em diversos dispositivos e extraia dele algumas decorrências concretas”.<sup>24</sup>

Por seu turno, em que pese a ausência de sistematicidade da Lei n. 8.666/1993 sobre o tema, é possível, a partir dos diversos dispositivos previstos no diploma legal em questão, alcançar algumas respostas, sobretudo no tocante à participação direta de estrangeiros em licitações (sem, portanto, o decreto de autorização para funcionamento no Brasil). Com efeito, a principal característica destes certames consiste na *expansão da possibilidade de participação de empresas no processo licitatório*; isto é, no lugar de restringir o acesso apenas às empresas brasileiras ou estrangeiras com atuação regular dentro das fronteiras nacionais, a licitação internacional abre margem de atuação para que interessados estrangeiros, sem qualquer espécie de relação com o Brasil, participem do certame licitatório.<sup>25</sup> Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello salienta que “licitação internacional é aquela aberta à participação de empresas estrangeiras que não estejam em ‘funcionamento no país’”.<sup>26</sup> Assim, o referido autor indica uma patente distinção em relação às licitações consideradas nacionais e destaca que: “nas licitações internas tanto poderão participar empresas nacionais quanto, isoladamente ou em consórcio com empresas brasileiras, empresas estrangeiras ‘em funcionamento no País’, a teor do art. 28, V”.<sup>27</sup>

Abre-se, assim, por meio das chamadas *licitações internacionais*, a possibilidade de participação de empresas sem regular atuação no Brasil. Para efetivar a participação em tais licitações basta a apresentação de documentos de habilitação equivalentes e a apresentação legal no Brasil, na forma do disposto pelo parágrafo quarto do art. 32 da Lei n. 8.666/96.<sup>28</sup> Este dispositivo, por evidente, não se aplica às licitações nacionais, que exigem

<sup>23</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; TORGAL, Lino. Licitação internacional e empresa estrangeira: ... Op. cit., p. 71.

<sup>24</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. *Licitações internacionais: participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 27. Nesse sentido, Sidney Bittencourt também chama atenção para essa confusão em torno do regime das “licitações internacionais”: no Direito brasileiro o nome licitação internacional tem gerado uma certa confusão no tocante a sua abrangência, provocando um entendimento errôneo ao desavisado, levando-o a pensar que se trata de certame a ocorrer em outro país” (BITTENCOURT, Sidney. *Estudos sobre licitações internacionais*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002. p. 61).

<sup>25</sup> REQUI, Érica Miranda dos Santos. Licitação nacional x licitação internacional. *Blog Zênite*, fev. 2013. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/licitacao-nacional-x-licitacao-internacional/>. Acesso em: 12 jun. 2018.

<sup>26</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 584.

<sup>27</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 584. É nesse exato contexto, por exemplo, que Egon Bockmann Moreira, Bernardo Strobel Guimarães e Lino Torgal destacam que “licitação com a participação de empresa estrangeira e licitação de âmbito internacional não são temas equivalentes” (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; TORGAL, Lino. Licitação internacional e empresa estrangeira: ... Op. cit., p. 83).

<sup>28</sup> “Art. 32. [...] § 4º As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante documentos equivalentes,

o decreto de autorização como requisito de habilitação no certame. Nesse vértice, Marçal Justen Filho aduz que o art. 32, §4º, da Lei n. 8.666/1993 “não se aplica às sociedades estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil”, mas “regula, exclusivamente, a situação da sociedade estrangeira que, não tendo autorização, deseja participar de uma licitação”. E finaliza: “se tal for permitido no ato convocatório, existirá uma licitação ‘internacional’”.<sup>29</sup> Assim, para tais casos, na forma do art. 32, §4º, exige-se representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente. Por sua vez, o art. 32 em seu parágrafo sexto prevê exceções no tocante à aplicabilidade do referido dispositivo; uma destas exceções consiste na hipótese em que o financiamento da licitação decorrer de “organismo financeiro internacional”.<sup>30</sup>

Ademais, o art. 42 da Lei de Licitações – que prevê em seu *caput* que “nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes” – cuida, em seus parágrafos, da disciplina das licitações internacionais a respeito de hipóteses em que, ou por conta de haver recursos disponibilizados por organismo internacional, ou em virtude de o futuro contrato ser executado no exterior, admite-se, assim, uma flexibilização das disposições brasileiras a respeito de licitações, com a ressalva da aplicação de seus princípios.<sup>31</sup> Toshio Mukai salienta que, nesse caso, devem ser observadas todas as normas atinentes às licitações internacionais (constantes no art. 42, assim como no art. 23, §3º) previstas pela Lei de Licitações, além dos demais princípios da licitação, “que ou decorrem do princípio do julgamento objetivo, ou decorrem do próprio texto constitucional, como é o caso do princípio da igualdade dos concorrentes”.<sup>32</sup> Por outro lado, em

---

autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente”.

<sup>29</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 655.

<sup>30</sup> “Art. 32. [...] § 6º O disposto no § 4º deste artigo, no § 1º do art. 33 e no § 2º do art. 55, não se aplica às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior”.

<sup>31</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; TORGAL, Lino. Licitação internacional e empresa estrangeira: ... Op. cit., p. 83. Segundo Egon Bockmann Moreira, Bernardo Strobel Guimarães e Lino Torgal, “a licitação de âmbito internacional prevista no art. 42 da Lei no 8.666/1993 é aquela que se pauta pela necessidade de harmonizar — em função de um parâmetro comum — empresas sujeitas ao direito brasileiro e empresas que não estão sujeitas às regras desse ordenamento. E essa harmonização é necessária precisamente por terem sido admitidas para disputar o objeto da contratação empresas estrangeiras sem representação no Brasil”. Os autores destacam, ainda, que: “o exame dos diversos preceitos examinados também permite que se extraia uma importante premissa para o exame que está sendo feito: aquilo que a legislação chama de *licitação de âmbito internacional* — regido eminentemente pelos arts. 32, §6º, 40, V e 42 da Lei n. 8.666/1993 — é figura excepcional [...]. E concluem que: “a definição da licitação de âmbito internacional, especialmente para fins de incidência do regime fixado no art. 42, depende que haja a necessidade de articular — a partir de um parâmetro contido no Edital — a participação de empresas que não se sujeitam ao direito brasileiro com empresas que se sujeitam a esse ordenamento jurídico” (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; TORGAL, Lino. Licitação internacional e empresa estrangeira: ... Op. cit., p. 81; 83; 85).

<sup>32</sup> MUKAI, Toshio. As licitações internacionais, as normas da Lei nº 8.666/93 e as dos organismos financeiros internacionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 208, 1997. Sidney Bittencourt faz o

relação às disposições do art. 42, da Lei de Licitações, Thiago Marrara e Carolina Silva Campos alegam que elas consistem em “licitações realizadas sob normas internacionais”, figura manifestamente distinta das “licitações internacionais”. Segundo os autores, “licitação realizada sob normas internacionais” consiste em processo licitatório executado por entidade brasileira federal, estadual ou municipal sob um regime jurídico diferenciado, porquanto composto parcialmente por normas e condições indicadas por organizações internacionais ou entidades externas. Isto é, a figura prevista pelo já mencionado artigo 42. Já as licitações internacionais, para estes autores, consistem em processos licitatórios caracterizados unicamente pelo objetivo de atrair licitantes nacionais e estrangeiros. internacionais. Assim, “uma licitação internacional pode ou não ser ao mesmo tempo licitação sob normas internacionais. Determinante para sua configuração é apenas o intuito de incentivar a competição pela presença de estrangeiros, sem prejuízo da participação dos brasileiros”.<sup>33</sup>

Desse modo, as *licitações internacionais* permitem que empresas *estrangeiras*, constituídas com base na legislação do seu país de origem, participem do processo licitatório, instituído pelo Poder Público brasileiro, *de forma direta* (sem, portanto, a necessidade do decreto de autorização, conforme visto supra).<sup>34</sup> Por outro lado, conforme pontuado no tópico precedente, as licitações *nacionais* consistem naquelas realizadas dentro das fronteiras do Brasil, isto é, sem a realização de divulgação e publicidade quanto à licitação no âmbito internacional (e dependem da autorização para funcionamento no Brasil).

Por outro lado, é preciso apontar duas exceções para essa regra que, para além de licitações internacionais, consistem em possibilidades de atuação de estrangeiros sem a

---

alerta para a necessidade de se diferenciar as duas formas de licitações internacionais. Segundo o autor: “é de se distinguir, de plano, as licitações internacionais instauradas somente com base na lei de licitações brasileira, daquelas que baseiam-se nas regras dispostas por organismos internacionais, uma vez que nessas são admitidas as normas e os procedimentos dos mencionados organismos, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração” (BITTENCOURT, Sidney. *Estudos sobre licitações internacionais*. Op. cit., p. 65-66).

<sup>33</sup> MARRARA, Thiago; CAMPOS, Carolina Silva. Licitações internacionais: ... Op. cit., p. 159-161. Para os autores, a licitação internacional, em que pese não possua um conceito explícito na Lei de Licitações, encontra-se consagrada de forma esparsa em vários dispositivos legais, por exemplo, no art. 3º, §1º, II, no art. 55, §2º, no art. 23, §3º e no art. 53, §3º (MARRARA, Thiago; CAMPOS, Carolina Silva. *Licitações internacionais*: ... Op. cit., p. 160-161).

<sup>34</sup> Cumpre destacar que com entrada em vigor da CISG no Brasil a partir de 2014, tem-se, outrossim, a possibilidade de sua aplicação sobre contratos administrativos internacionais para compra de mercadorias. É nesse exato sentido o entendimento de Cesar A. Guimarães Pereira, que inclusive afasta um possível argumento contrário de *lex specialis* em favor da Lei n. 8.666/1993: “Se a legislação de licitações e contratos administrativos pode ser tida como especial em face da CISG porque se aplica a compras públicas internas ou internacionais, a CISG é igualmente especial porque se aplica a compras internacionais, privadas ou públicas. Prevalece a CISG em relação às compras e vendas internacionais por ser posterior e baseada em tratado internacional, o que traduz um compromisso do Estado brasileiro em face de outros Estados”. Por outro lado, o referido autor faz a ressalva de que a matéria sobre o processo de seleção do contratado da Administração consiste em matéria alheia à CISG: “a validade é matéria excluída pela CISG nos termos do art. 4º. [...] Como em muitos países (ao contrário do Brasil), o direito interno de licitações não regula o conteúdo do contrato, apenas a forma de seleção do contratado, isso afasta a maior parte dos problemas práticos que resultariam da introdução da CISG” (PEREIRA, Cesar A. Guimarães. A CISG (Convenção de Viena de 1980) e as licitações para compras internacionais. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 86, jul./ago. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=156447>. Acesso em: 16 jul. 2018).

autorização para funcionar no Brasil (que, inclusive, afiguram-se hipóteses frequentes nos setores de infraestrutura). A primeira delas consiste na celebração de compromisso de consórcio em que, ante as especificidades do ajuste, o estrangeiro somente atue de modo indireto na execução do futuro contrato (vale dizer, de modo que a participação não configure “funcionamento no país”); em tais casos, é possível, portanto, a participação de estrangeiro em licitações, sem a necessidade da autorização do Poder Executivo, por intermédio do instrumento do consórcio, haja vista que a efetiva execução do objeto ficará a cargo de empresa que possui autorização para funcionamento no país.<sup>35</sup> Por outro lado, Celso Antônio Bandeira de Mello não admite essa possibilidade, “visto que os membros de um consórcio necessitam, a teor do art. 33, III, apresentar todos os documentos exigidos nos arts. 28 a 31”.<sup>36</sup> E, conforme referido supra, entre os documentos exigidos pela Lei de Licitações consta o decreto de autorização para funcionamento no país. Assim, segundo o aludido autor: “empresas estrangeiras que não sejam tipificáveis como ‘em funcionamento no País’, só podem participar de ‘licitações internacionais’”.<sup>37</sup>

Em relação à possibilidade de participação de consórcios em processos licitatórios cabe um parêntese: o art. 33, §1º, da Lei n. 8.666/1993 dispõe que “no consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste art.”. Trata-se de dispositivo que viola manifestamente a isonomia entre empresas nacionais e estrangeiras. O tema voltará a ser abordado no tópico seguinte que trata da proposta normativa que pretende reformar o regime jurídico das licitações (PL n. 6.814/2017).

Já a segunda exceção à regra relaciona-se a certos casos em que, após a participação em consórcio, ocorre a constituição de Sociedade de Propósito Específica (SPE), com a natureza jurídica de uma sociedade anônima (exceção prevista pela parte final do *caput* do art. 1.134 do Código Civil), que virá a ser o ente jurídico que executará o objeto do contrato com o Poder Público. Tais casos valem, por óbvio, para os referidos contratos de investimento.<sup>38</sup> Nesse sentido, é possível, então, que o estrangeiro, que não possui o decreto de autorização para atuar no Brasil, venha a participar do certame licitatório se, após a sua realização, a empresa vier a assumir tão somente a condição de acionista da SPE responsável pela execução do objeto contratual.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; TORGAL, Lino. Licitação internacional e empresa estrangeira: ... Op. cit., p. 86. Em relação a esta hipótese específica, também já se posicionou favoravelmente Carlos Ari Sundfeld: “nada impede que, na organização interna do consórcio, seja criado arranjo empresarial no qual determinado consorciado estrangeiro proporcione sua contribuição ao empreendimento fora do País, atuando desde sua própria sede, no estrangeiro” (SUNDFELD, Carlos Ari. Licitante estrangeiro: quando não é necessário o Decreto de Autorização de Funcionamento. In: \_\_\_\_\_. *Pareceres*. v. III. São Paulo: RT, 2013. p. 198).

<sup>36</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 585.

<sup>37</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 585.

<sup>38</sup> As leis que tratam dos contratos de investimento realizam previsões nesse sentido. É dizer, a Lei n. 11.079/2004, em seu art. 9º, exige a constituição de uma SPE. Ainda, o art. 20 da Lei n. 8.987/1995 faculta que o Poder Concedente exija a sua constituição de forma prévia à execução do objeto contratual (desde que haja previsão do edital nesse sentido).

<sup>39</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; TORGAL, Lino. Licitação internacional e empresa estrangeira: ... Op. cit., p. 86-88.



Portanto, além da possibilidade da participação direta de estrangeiros por meio de licitações internacionais, tem-se hipóteses em que, a despeito da inexistência de autorização para funcionamento da empresa no Brasil, admite-se a participação de estrangeiros em processos licitatórios e na execução do contrato, sobretudo em casos de maior impacto e complexidade que envolvem os setores de infraestrutura.

## **5 A PROPOSTA NORMATIVA QUE PRETENDE REFORMAR A LEI DE LICITAÇÕES (PL N. 6.814/2017): REFLEXÕES A RESPEITO DA PARTICIPAÇÃO DO EMPRESÁRIO ESTRANGEIRO EM LICITAÇÕES NACIONAIS E INTERNACIONAIS**

O Projeto de Lei n. 6.814/2017 da Câmara dos Deputados (de origem do Senado Federal – PLS n. 559/2013), de relatoria do deputado João Arruda (PMDB-PR), consiste em proposta normativa que pretende criar uma nova norma geral para as licitações nacionais e os contratos públicos, revogando a Lei n. 8.666/1993, a Lei do Pregão (Lei n. 10.520/2002) e o Regime Diferenciado de Contratações – RDC (Lei n. 12.462/2011).<sup>40</sup>

A aprovação do Projeto de Lei assume um papel importante na busca de maior segurança jurídica para os setores de infraestrutura. Dispositivos importantes do Projeto possuem a pretensão de conferir maior segurança às contratações públicas, sobretudo para o contexto dos contratos de desembolso. É o caso, por exemplo, da previsão do seu artigo 19 de que o edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos (que será obrigatória para contratos de grande vulto). Vale dizer, procura-se trazer este importante instrumento da legislação das parcerias público-privadas também para a realidade dos contratos de desembolso. Ainda, a previsão disposta no inciso IV do §2º do artigo 102, que reduz o prazo de inadimplemento para o contratado pleitear a sua rescisão. O prazo atual é de 90 dias; já o prazo do Projeto cai para 45 dias. Finalmente, a inovação constante do seu artigo 86, §3º, a respeito da possibilidade da previsão da arbitragem nos editais, inclusive quanto ao equilíbrio

<sup>40</sup> Segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira, algumas tendências das contratações públicas, que já haviam sido consagradas no ordenamento nacional foram inseridas no Projeto de Lei, como: a) planejamento e responsabilidade fiscal; b) celeridade do procedimento, com a diminuição de formalidades desnecessárias e a utilização da tecnologia, como a inversão das fases de habilitação e julgamento; c) promoção de valores constitucionais fundamentais, como a sustentabilidade ambiental; d) preocupação com a eficiência econômica na contratação; e e) maior transparência, com a divulgação dos atos praticados na internet. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 419). Por sua vez, autores como Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas criticam a falta de inovação do Projeto. Segundo os autores: “inúmeros projetos de lei são apresentados, comissões são constituídas, grupos de interesse defendem suas posições, instituições tentam ampliar o seu espectro de poder (v.g. a ampliação da atuação dos Tribunais de Contas). Mas, até agora, o que se tem notícia é da apresentação de projetos de lei que não alteram, por completo, a sistemática das contratações públicas brasileiras. De fato, as referidas proposições se limitam a realizar o trespasse de inovações trazidas por diplomas normativos mais recentes (como o RDC, e dos normativos que instituíram o pregão) para o regime geral. É bem pouco. A LGL deve ser, totalmente, reformulada, tendo por lastro um viés fomentador da eficiência, que reduza os custos de transação entre o poder público e os seus contratados.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. O futuro das contratações públicas. *Jota*, mar. 2018. Disponível em: [https://www.jota.info/opiniao-e-analise/art.s/o-futuro-das-contratacoes-publicas-13032018?lipi=urn%3Ali%3Apage%3Ad\\_flagship3\\_feed%3BlumSOWe6R5WojGjIT%2BE0Mg%3D%3D](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/art.s/o-futuro-das-contratacoes-publicas-13032018?lipi=urn%3Ali%3Apage%3Ad_flagship3_feed%3BlumSOWe6R5WojGjIT%2BE0Mg%3D%3D). Acesso em: 13 jul. 2018).

econômico-financeiro do contrato. Tratam-se, sem dúvidas, de inovações significativas que possuem a pretensão de conferir maior segurança para as contratações administrativas.

No tocante à disciplina das licitações internacionais, constata-se que o Projeto, ao contrário do regime legal vigente, prevê uma Subseção específica para o tema (Subseção V – “Das Licitações Internacionais”). Trata-se de uma tentativa louvável de sistematização da matéria, vez que, conforme visto nos tópicos anteriores, o regime jurídico da Lei n. 8.666/1993 carece de uma necessária sistematização. Porém, a redação do dispositivo constante nesta Subseção (art. 46 do Projeto) é praticamente idêntica à redação do art. 42 da Lei n. 8.666/1993. Assim, nada foi previsto de novo em relação à matéria. Somente foi incluído um título (“Das Licitações Internacionais”) na tentativa de sistematizar a matéria; mas parece que faltou gás ao legislador em relação a esse ponto.

Além disso, também com a tentativa de sistematizar o tema, o artigo 5º, em seu inciso XXXIII – que trata das definições constantes no Projeto – confere um conceito para a *licitação internacional* (algo, como visto, inexistente no regime da Lei n. 8.666/1993). Assim, nos termos do referido dispositivo, licitação internacional consiste na “licitação processada em território nacional na qual se admite a participação de licitantes estrangeiros, com a possibilidade de cotação de preços em moeda estrangeira, ou licitação na qual o objeto contratual pode ou deve ser executado no todo ou em parte em território estrangeiro”. Como dito, não existe qualquer conceito acerca do que seria uma licitação internacional no regime da Lei n. 8.666/1993 (apesar deste diploma legal também possuir um rol de definições gerais básicas em seu artigo 6º). Nesse ponto, portanto, o Projeto de Lei tenta inovar e traz uma previsão expressa do que seriam as licitações internacionais.

Mas as tentativas de sistematizar a matéria pelo PL 6.814/2017 acabaram sendo frustradas. Como visto, o termo “licitação internacional” empregado pela Lei n. 8.666/1993 é extremamente amplo e possui vários regimes no que toca às normas aplicáveis às licitações realizadas com a participação de estrangeiros.<sup>41</sup> Tanto é assim que autores como Thiago Marrara e Carolina Silva Campos realizam uma distinção entre as figuras das “licitações realizadas sob normas internacionais” e das “licitações internacionais”.<sup>42</sup> Egon Bockmann Moreira, Bernardo Strobel Guimarães e Lino Torgal, por sua vez, alegam que “tem-se aqui o típico caso em que diferenças terminológicas levam a graves equívocos no que se refere ao tratamento normativo a ser dispensado a cada uma das hipóteses, a ser dirimido pelo intérprete do direito”.<sup>43</sup> Ocorre que essa confusão foi mantida no PL n. 6.814/2017. A tentativa de sistematização da matéria é improfícua para a finalidade que se presta, porquanto toda esta diversidade de regimes acaba sendo tratada pela proposta normativa como se fosse uma coisa só. Não há, de fato, uma grande inovação, pois a confusão é mantida. A mudança imposta pelo Projeto de Lei é que, com a aprovação da proposta, situações distintas serão agora albergadas sob o signo de “licitação internacional”, nos termos do conceito previsto

<sup>41</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; TORGAL, Lino. Licitação internacional e empresa estrangeira: ... Op. cit., p. 70.

<sup>42</sup> MARRARA, Thiago; CAMPOS, Carolina Silva. Licitações internacionais: ... Op. cit., p. 159-161.

<sup>43</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; TORGAL, Lino. Licitação internacional e empresa estrangeira: ... Op. cit., p. 70.

pelo art. 5º, em seu inciso XXXIII. Logo, a distinção defendida por Thiago Marrara e Carolina Silva<sup>44</sup> não subsistirá com a aprovação da proposta normativa, pois “licitações realizadas sob normas internacionais” e “licitações internacionais” serão uma coisa só. Prova disso é que as situações previstas no artigo 46 do Projeto de Lei (que corresponde ao art. 42 da Lei n. 8.666/1993 que, segundo os autores, consistiriam em “licitações realizadas sob normas internacionais”) são, segundo o título da Subseção V, denominadas de “licitações internacionais”.

Ainda, o artigo 63, parágrafo único, do Projeto, prevê que “as empresas estrangeiras que não funcionem no país deverão apresentar documentos equivalentes, na forma do regulamento emitido pelo Poder Executivo federal”. O dispositivo em questão corresponde ao art. 32, §4º, da Lei n. 8.666/1993 e possui uma redação mais simplória, pois não realiza qualquer previsão sobre a necessidade de representação legal no Brasil. As especificidades, portanto, terão que ser tratadas por decreto federal a fim de a omissão legislativa não causar insegurança jurídica aos contratados.

Por outro lado, no caso das licitações consideradas *nacionais*, o artigo 59, que trata dos documentos relativos à habilitação jurídica, dispõe que ela se limita à “documentação a ser apresentada pelo licitante à comprovação de existência jurídica da pessoa e, quando cabível, de autorização para o exercício da atividade a ser contratada”. Portanto, não há qualquer referência ao decreto de autorização para funcionamento no país, como prevê o art. 28, V, da Lei n. 8.666/93. Contudo, tem-se que, a despeito de inexistir previsão legal explícita em relação ao decreto de autorização, ele deverá continuar sendo exigido pelo Poder Público, porquanto, como visto, trata-se de documento essencial para comprovar a “autorização para o exercício da atividade a ser contratada”. Ademais, o art. 60, §7º, que trata da documentação relativa à qualificação técnica, prevê que “sociedades empresárias estrangeiras atenderão à exigência prevista no inciso V do *caput* por meio da apresentação, no momento da assinatura do contrato, da solicitação de registro junto à entidade profissional competente no Brasil”; o inciso em questão trata do registro ou inscrição na entidade profissional competente. Essa exigência não encontra correspondência na Lei n. 8.666/93.

Além disso, o art. 8º, inciso II, mantém a vedação de tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras. Por sua vez, o art. 13, §3º também mantém a previsão legal de que “no consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras, a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira”. Trata-se de dispositivo manifestamente inconstitucional (assim como é o art. 33, §1º, da Lei n. 8.666/1993), porquanto viola o princípio constitucional da isonomia e se mostra incompatível com o próprio art. 8º, inciso II, do PL 6.814/2017. Nesse exato sentido, Rafael Wallbach Schwind alega que o dispositivo que impõe, de forma obrigatória, a liderança do consórcio à empresa brasileira, afigura-se como ofensivo à isonomia, haja vista que em um consórcio formado de modo exclusivo por estrangeiros não há qualquer vedação de liderança por parte de uma das empresas estrangeiras.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> MARRARA, Thiago; CAMPOS, Carolina Silva. *Licitações internacionais: ...* Op. cit., p. 159-161.

<sup>45</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. *Licitações internacionais: ...* Op. cit., p. 71.

Como destaca Carlos Ari Sunfeld, a Lei n. 8.666/1993 foi filha do *lobby* de empreiteiras emergentes de obras públicas, isto é, de empresas médias já atuantes no mercado público de obras e engenharia, de modo a dificultar o acesso de empresas novas a esse mercado, inclusive estrangeiras. Segundo o autor, “a lei de 1993 viciou o jogo em favor de empresas emergentes de atuação regional, que foram privilegiadas no acesso ao mercado de contratos administrativos”.<sup>46</sup> Além disso, a Lei n. 8.666/1993 possui aspectos que não são atrativos para os agentes econômicos privados, como as excessivas prerrogativas concedidas à Administração.<sup>47</sup> Tais previsões desproporcionais acabam afastando eventuais parceiros para o Poder Público; muitas empresas que poderiam oferecer boas propostas à Administração optam por não concorrer em determinado certame ou, ainda, formulam uma proposta de preço que contém eventuais prejuízos. Essa lógica precisa ser alterada pela proposta normativa que pretende reformar a Lei de Licitações. Em que pese algumas inovações e dispositivos atrativos para o estabelecimento de parcerias com o setor privado da economia, o Projeto incorreu numa série de erros e perdeu a chance de realmente inovar no tocante ao ingresso de estrangeiros na economia nacional. Com efeito, o PL n. 6.814/2017 deveria importar, de forma efetiva, a lógica das legislações que são atraentes para a instituição de parcerias com o setor privado, especialmente os diplomas relativos aos contratos de investimentos, a fim de repaginar o sistema de contratações públicas nacional.

## 6 CONCLUSÃO

O presente trabalho apresentou as diferentes possibilidades de atuação do empresário estrangeiro no Brasil e as respectivas formas de contratação com o Poder Público, seja por intermédio dos chamados contratos de desembolso, seja por meio do que se denomina de contratos de investimentos. Nesse contexto, apresentou-se, em primeiro lugar, a possibilidade de estruturação, por estrangeiros, de uma sociedade empresarial nacional (art. 1.126 do Código Civil), que consiste naquela aberta em conformidade com a lei brasileira e que tenha no país a sede de sua administração. Ainda, apresentou-se também a possibilidade de regularizar o funcionamento no território nacional de uma sociedade estrangeira (art. 1.134

<sup>46</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 55-79, mar./ago. 2012. p. 61.

<sup>47</sup> Nesse sentido, Marçal Justen Filho indica um rol das prerrogativas concedidas ao Poder Público que acabam por reforçar a vulnerabilidade do parceiro privado. A primeira prerrogativa consiste na escolha entre realizar a contratação ou não; vale dizer, mesmo que o parceiro privado se sagra vencedor do certame, a Administração possui, ainda, a prerrogativa de, dentro dos limites estipulados pela legislação, optar pela contratação. A segunda, na previsão legal de que o agente econômico privado continue prestando os serviços, mesmo com inadimplemento do Poder Público, por um prazo de noventa dias. A terceira prerrogativa consiste nas possibilidades de alteração unilaterais da avença contratual. A quarta, na possibilidade de auto-executoriedade das sanções aplicadas ao particular. E, finalmente, a quinta consiste na possibilidade de extinção do contrato por meio de decisão unilateral do Poder Público, com fulcro em mero juízo de conveniência da Administração (JUSTEN FILHO, Marçal. *Corrupção e contratação administrativa: a necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro*. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (LIC)*, Curitiba: Zênite, n. 258, ago. 2015). Por sua vez, Romeu Felipe Bacellar Filho leciona que “ainda que se reconheça a presença das cláusulas exorbitantes, tal circunstância não impede que o regime jurídico dos contratos administrativos ofereça garantias ao particular, por vezes, mais do que o próprio contrato privado, o que pode ser observado com as garantias decorrentes do equilíbrio econômico-financeiro” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 132).

do Código Civil), isto é, aquelas cuja administração e sede não se encontrem no Brasil. Para ambos os casos, destacou-se que o estrangeiro pode participar de licitações consideradas *nacionais*. No caso de sociedades estrangeiras, faz-se necessário, como requisito de habilitação, a apresentação do decreto de autorização do Governo Federal, na forma do inciso V do art. 28 da Lei n. 8.666/93. Por outro lado, caso não deseje regularizar o funcionamento no país e aguardar o necessário decreto de autorização, abre-se a possibilidade de participação *direta* de empresas estrangeiras em licitações *internacionais*, nos termos do art. 42, da Lei n. 8.666/1993. A principal característica destes certames consiste na expansão da possibilidade de participação de empresas no processo licitatório.

Com efeito, a atuação de empresários estrangeiros faz-se imprescindível para o incremento da infraestrutura diante do déficit de investimentos nos mais diversos setores da economia brasileira. Porém, o intuito de promover o ingresso de investimentos nos setores de infraestrutura encontra ainda obstáculos relevantes na legislação pátria. Nesse sentido, a Lei n. 8.666/1993 possui pontos falhos no tocante à participação de estrangeiros, mormente diante da ausência de sistematicidade que conferiu à disciplina das licitações internacionais, além de aspectos que não são atrativos para o setor privado, como as excessivas prerrogativas concedidas ao Poder Público.

O Projeto de Lei n. 6.814/2017 consiste em proposta normativa que pretende criar uma nova norma geral para as licitações e os contratos públicos, revogando a Lei n. 8.666/1993. A aprovação do Projeto assume um importante papel na busca de maior segurança jurídica para os setores de infraestrutura e possui dispositivos inovadores, como, por exemplo, da previsão do seu artigo 19 de que o edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos. Todavia, no tocante à disciplina da atuação do empresário estrangeiro no Brasil, em que pese a tentativa de sistematização da matéria, o Projeto de Lei continua a incorrer em uma série de erros. Como visto, não há, de fato, uma grande inovação na redação da proposta. A mudança imposta pelo Projeto de Lei é que, com a sua aprovação, situações distintas serão agora, definitivamente, albergadas sob o termo “licitação internacional”, nos termos do conceito previsto pelo art. 5º, em seu inciso XXXIII. Além disso, o art. 13, §3º, do PL n. 6.814/2017 mantém a previsão que impõe, de forma obrigatória, a liderança do consórcio à empresa brasileira. Trata-se, como visto, de dispositivo inconstitucional, pois ofende o princípio constitucional da isonomia e se mostra incompatível com o próprio art. 8º, inciso II, do Projeto, que mantém a vedação de tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras.

O cenário de combate à corrupção e as demandas sociais por um Estado mais eficiente aumentaram significativamente as pressões sobre os agentes públicos, sobretudo em relação à execução e gestão dos contratos administrativos. Tal contexto deriva da edição da Lei n. 8.666/1993, uma legislação burocrática e ineficiente, que concede muitas prerrogativas à Administração, o que acabou por afugentar investimentos nos setores de infraestrutura no Brasil, inclusive a participação de estrangeiros. Tem-se que o referido diploma legal – elaborado justamente para combater a corrupção – acabou se transformando em uma de suas maiores causas: vale dizer, o excessivo formalismo e a burocracia das lici-

tações ocasionaram um ambiente propício para a corrupção, seja no âmbito das licitações, seja ao longo da execução contratual. O PL n. 6.814/2017 não deve perder a oportunidade de modificar o estado das coisas e realmente inovar o sistema de contratações públicas nacional. A despeito de alguns dispositivos inovadores, o Projeto de Lei deveria realizar uma verdadeira repaginação no regime jurídico que prevê o ingresso de estrangeiros no mercado público nacional, importando-se a lógica das legislações que são atraentes para a instituição de parcerias com o setor privado da economia.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- CARVALHO, André Castro. *Direito da infraestrutura: perspectiva pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BITTENCOURT, Sidney. *Estudos sobre licitações internacionais*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002.
- DAL POZZO, Augusto Neves; JATENE, Pedro. Os principais atrativos das parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura pública e a necessidade de planejamento adequado para sua implantação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos: franquias, concessão, permissão e PPP*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann. *Licitação pública: a Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- HUNGARO, Luis Alberto. *Parceria público-privada municipal: a concretização de funções sociais da cidade: habitação, saneamento básico e mobilidade urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- \_\_\_\_\_. Corrupção e contratação administrativa: a necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 258, ago. 2015.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. O futuro das contratações públicas. *Jota, mar. 2018*. Disponível em: [https://www.jota.info/opiniao-e-analise/art.s/o-futuro-das-contratacoes-publicas-13032018?lipi=urn%3AAl%3Apage%3Ad\\_flagship3\\_feed%3BlumSOWe6R5WoJGjIT%2BE0Mg%3D%3D](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/art.s/o-futuro-das-contratacoes-publicas-13032018?lipi=urn%3AAl%3Apage%3Ad_flagship3_feed%3BlumSOWe6R5WoJGjIT%2BE0Mg%3D%3D). Acesso em: 13 jul. 2018.
- MARRARA, Thiago; CAMPOS, Carolina Silva. Licitações internacionais: regime jurídico e óbices à abertura do mercado público brasileiro a empresas estrangeiras. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 275, p. 155-187, maio/ago. 2017.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA, Egon Bockmann. PPP MAIS: seis pontos-chave para dar início ao debate. *Gazeta do Povo*, out. 2015. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/ppp-mais-seis-pontos-chave-para-dar-inicio-ao-debate-6qt61z58aek1hpm2s2d138sm8>. Acesso em: 11 jul. 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; TORGAL, Lino. Licitação internacional e empresa estrangeira: os cenários brasileiro e europeu. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, p. 67-106, maio/ago. 2015.

MUKAI, Toshio. As licitações internacionais, as normas da Lei n. 8.666/93 e as dos organismos financeiros internacionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 208, 1997.

NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviços públicos e PPPs. In: CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de; PASOLD, Cesar Luiz (Coords.). *Direito portuário, regulação e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. A CISG (Convenção de Viena de 1980) e as licitações para compras internacionais. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 86, jul./ago. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=156447>. Acesso em: 16 jul. 2018.

REGO, Anna Lygia Costa Rego. *Aspectos jurídicos da confiança do investidor estrangeiro no Brasil*. São Paulo, 2010. 351f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

REQUI, Érica Miranda dos Santos. Licitação nacional x licitação internacional. *Blog Zênite*, fev. 2013. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/licitacao-nacional-x-licitacao-internacional/>. Acesso em: 12 jun. 2018.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *Licitações internacionais: participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 55-79, mar./ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Carlos Ari. Licitante estrangeiro: quando não é necessário o Decreto de Autorização de Funcionamento. In: \_\_\_\_\_. *Pareceres*. v. III. São Paulo: RT, 2013.

VALIATI, Thiago Priess. *Segurança jurídica e infraestrutura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.







- Terceiro Lugar -

# A necessidade de uma lei de responsabilidade civil do Estado no Brasil

**Rafael Henrique Castilho Zaitter<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** **1** Introdução; **2** A experiência da responsabilidade civil do Estado no Brasil: um histórico de divergências e de insuficiência (ou deficiência) legislativa; **3** A edição de uma lei geral sobre a responsabilidade civil do Estado e a promoção da segurança jurídica; **4** A experiência em outros países ibero-americanos; **5** A edição de uma lei nacional de responsabilidade civil do Estado no Brasil – a questão da competência; **6** Conclusões; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Celso Antônio Bandeira de Mello define a responsabilidade extracontratual do Estado como sendo aquela correspondente à obrigação, que lhe é incumbida, de reparar economicamente os danos lesivos à esfera jurídica de outrem, em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, que lhe sejam imputáveis.<sup>2</sup>

No Direito pátrio, a responsabilidade civil do Estado encontra guarida no art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988.<sup>3</sup> Sobre o dispositivo, como bem esclarece Daniel W. Hachem, encontram-se, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, zonas de divergência interpretativas.<sup>4</sup> Como possível solução a este impasse, verifica-se a possibilidade de edição de uma lei nacional de responsabilidade civil do Estado, complementando a regra em questão, e conferindo balizas mais concretas ao instituto.

Assim, de início, demonstra-se o histórico de insuficiência legislativa, no Brasil, concernente ao regramento geral da responsabilidade civil do Estado. Em seguida, esclarece-se como a edição de uma lei nacional promoveria o princípio da segurança jurídica. No mais, investiga-se se, em outros países ibero-americanos, existem leis que dispensem um tratamento mais detalhado à obrigação reparatória do Estado. Ao final, analisa-se, no contexto brasileiro, a competência para legislar sobre a responsabilidade extracontratual estatal.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Advogado.

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 993.

<sup>3</sup> Art. 37, §6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

<sup>4</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da Teoria da Faute du Service. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 38, abr./maio/jun. 2014. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-38-ABRIL-2014-DANIEL-HACHEM.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2018.

## 2 A EXPERIÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL: UM HISTÓRICO DE DIVERGÊNCIAS E DE INSUFICIÊNCIA (OU DEFICIÊNCIA) LEGISLATIVA

A responsabilidade civil do Estado, no Direito pátrio, esteve historicamente permeada por divergências doutrinárias e jurisprudenciais, em decorrência, principalmente, do habitual tratamento normativo insatisfatório dispensado à matéria.

Para evidenciar esta recorrente insuficiência do ordenamento jurídico, e a falta de consenso decorrente disto, examinam-se quatro momentos distintos. Primeiramente, um cenário em que inexistia regramento geral – os primeiros anos da República. Outrossim, elegeram-se três importantes marcos legislativos posteriores para investigação: i) o art. 15 do Código Civil de 1916, tendo em vista tratar-se da primeira legislação a instituir de forma ampla a ideia de responsabilidade no país;<sup>5</sup> ii) o art. 194 da Constituição Federal de 1946, por ser o texto constitucional mais relevante precedente ao atual;<sup>6</sup> iii) por fim, o art. 37, §6º da Constituição Federal de 1988, regra hoje vigente. Vale dizer que o foco é o de evidenciar apenas as discordâncias existentes a respeito dos requisitos configuradores da responsabilidade estatal, por se tratar da questão mais elementar e importante dentro do tema<sup>7</sup> – e representativa da contenda, portanto.

O primeiro dos momentos é, então, o início da República. Neste período, a Constituição de 1891 não continha nenhum dispositivo expresso a respeito da obrigação reparatória extracontratual do Estado.<sup>8</sup> Ademais, no campo da legislação ordinária, inexistia lei ou dispositivo geral que abordasse a temática, podendo-se identificar apenas disposições especiais que previam o dever reparatório em casos específicos.<sup>9</sup> Contudo, apesar do déficit normativo, prevaleceu largamente a noção de responsabilização nos tribunais pátrios.<sup>10</sup> Ocorre que a jurisprudência demonstrou-se vacilante quanto aos requisitos para a caracterização da obrigação. Neste sentido, Amaro Cavalcanti afirmava, em 1905, que não existia no Supremo Tribunal Federal posição certa e fundada sobre o assunto.<sup>11</sup> Em síntese, em um contexto de

<sup>5</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. A Responsabilidade Extracontratual do Estado no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 202, out./dez. 1995. p. 21.

<sup>6</sup> Isso porque, as Constituições Federais de 1934 e de 1937 não importaram em alterações significativas. O art. 171 da CF/1934, bem como o art. 158 da CF/1937, previam a responsabilidade do Estado solidária com a do funcionário. No mais, as Constituições posteriores à de 1946, e anteriores à de 1988, apenas repetiram a regra da CF/1946, alterando somente a redação do preceito. Sobre o assunto, cf.: BITTENCOURT, Gisele Hatschbach. *Responsabilidade extracontratual do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 52-53.

<sup>7</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello considera esta como uma das questões capitais sobre da responsabilidade civil do Estado. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 1007.

<sup>8</sup> Amaro Cavalcanti, em texto publicado originalmente em 1905, alerta para a controvérsia existente quanto à interpretação do art. 82 da CF/1891: i) a de que a norma, prevendo apenas a responsabilidade do funcionário, excluía qualquer obrigação estatal; ii) a de que a regra, assim como a Carta Constitucional como um todo, não continha nenhuma disposição expressa no tocante à responsabilidade extracontratual do Estado, de maneira que esta não poderia ser excluída *a priori*. In: CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. p. 653. (nota 118).

<sup>9</sup> CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Op. cit., p. 614-619; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 648.

<sup>10</sup> CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Op. cit., p. 622.

<sup>11</sup> CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Op. cit., p. 624. Neste sentido, quando dos trabalhos da primeira Comissão Revisora do Projeto do Código Civil, o naquele tempo Presidente do Supremo Tribunal

desamparo normativo (de silêncio constitucional e de ausência de uma legislação ou dispositivo ordinário geral), não houve pacificação quanto ao tema.

Passado este primeiro momento, nota-se nos períodos seguintes uma opção por disciplinar a responsabilidade extracontratual estatal de forma genérica, em dispositivos normativos específicos (em âmbito ordinário e constitucional).

O primeiro deles foi o art. 15 do Código Civil de 1916.<sup>12</sup> Quanto a este, o que se percebe é que, provavelmente em decorrência da simplicidade da norma, ou mesmo em função da redação imprecisa, as divergências concernentes à matéria persistiram. Ou seja, não houve consenso, em sua interpretação, quanto ao regime jurídico estabelecido para a responsabilização.<sup>13</sup> O dissenso outrora existente é descrito por muitos autores.<sup>14</sup> Ao que parece, e em verdade, o art. 15 do Código Civil de 1916 ensejou dois tipos de compreensão: i) que o dever estatal de reparação exigia a demonstração de elemento subjetivo; ii) que a responsabilização era independente de averiguação de culpa ou dolo (objetiva, portanto).<sup>15</sup> Dentro destas duas balizas, as opiniões foram variadas.<sup>16</sup> E, em virtude deste cenário, a jurisprudência pátria, com destaque para a do Supremo Tribunal Federal, também oscilou.<sup>17</sup>

Posteriormente, verifica-se o surgimento de um movimento importante: a normatização geral quanto à responsabilidade civil do Estado foi alçada expressamente à esfera constitucional, já que as Constituições Federais posteriores passaram a cuidar, de forma explícita, desta temática.<sup>18</sup> No entanto, dentro deste relevo, e conforme já destacado, duas normas merecem especial atenção.

---

Federal, Ministro Aquino e Castro, assim se pronunciou: “não há, pois, jurisprudência assentada sobre assunto de tamanha importância [...]”. In: CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Op. cit., p. 624 (nota 99c).

<sup>12</sup> “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

<sup>13</sup> O dispositivo foi o único a regular, genericamente, a matéria até o advento da Constituição Federal de 1934.

<sup>14</sup> Entre outros: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. Op. cit., p. 648; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 377; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 431.

<sup>15</sup> Como ensina Luciano Ferraz, a diferença entre as teorias subjetivas e objetivas está nos elementos configuradores da responsabilidade. Para as primeiras exige-se, o dano, o nexo causal, e também a noção de culpa. Para a responsabilidade objetiva, bastam o nexo causal e o dano. Contudo, em ambas, o Estado exime-se comprovando hipóteses excludentes. In: FERRAZ, Luciano. *Responsabilidade do Estado por Omissão Legislativa – caso do art. 37, X da Constituição da República*. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 213.

<sup>16</sup> Isso porque, são variadas as teorias entendidas como subjetivas. Da mesma maneira, várias são as teorias cunhadas de objetivas. Sobre o assunto, cf.: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Responsabilidade civil da Administração Pública – aspectos relevantes. A Constituição federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras*. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 304-316.

<sup>17</sup> Carlos Bastide Horbach destaca que os arestos da Corte, nos primeiros anos após o advento da norma, apontavam para a responsabilização estatal somente nos casos em que se verificasse estritamente a ação culposa dos agentes públicos. In: HORBACH, Carlos Bastide. *Memória jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. p. 128. Contudo, conforme ressalta José Cretella Júnior, esta orientação modificou-se posteriormente, passando-se a admitir a obrigação de reparação também nas situações envolvendo atos dolosos. In: CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 245.

<sup>18</sup> Isto porque, como pondera Ruy Cirne Lima, tendo o Código Civil disciplinado a matéria, não poderia o texto constitucional olvidar-se de temática tão salutar. LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 536.

O primeiro dispositivo analisado, nesta esteira, é o art. 194 da Constituição Federal de 1946,<sup>19</sup> considerado pela doutrina como a primeira norma a consagrar expressamente, no Brasil, a responsabilidade extracontratual objetiva estatal (e daí a sua relevância).<sup>20</sup> Contudo, como observa Weida Zancaner, não houve consenso, tendo em vista que um número considerável de doutrinadores rechaçou a ideia de que a Constituição de 1946 tivesse abandonado de vez as teorias subjetivas para a responsabilidade extracontratual do Estado.<sup>21</sup> Neste sentido, por exemplo, é o magistério de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, para quem a responsabilidade objetiva se limitaria apenas às condutas comissivas.<sup>22</sup> As divergências doutrinárias também se refletiram na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Caio Tácito, em texto de 1959, apontava de maneira incontestante a falta de homogeneidade dos posicionamentos naquela Corte.<sup>23</sup>

Aparentemente, e como bem acentua Celso Antônio Bandeira de Mello, a discussão centrou-se na seguinte proposição: a regra supracitada consagrou a teoria objetiva para a generalidade dos casos, ou permitiu a adoção da teoria subjetiva para situações específicas?<sup>24</sup> O debate, longe de ter sido resolvido, ainda subsiste na Constituição atualmente vigente. Dentro deste contexto passa-se, então, ao segundo dispositivo constitucional que se pretende analisar.<sup>25</sup>

A Constituição Federal de 1988 trata da responsabilidade civil do Estado em seu art. 37, §6º. A redação da regra é mais completa e mais técnica do que a das Constituições anteriores.<sup>26</sup> Contudo, o dispositivo em questão também enseja zonas de divergência interpretativas.<sup>27</sup> E, neste ambiente, a mais conhecida das discordâncias é justamente aquela relacionada aos requisitos para a configuração da obrigação de reparação. Isto porque, ainda

<sup>19</sup> Art. 194: "As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes."

<sup>20</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. Op. cit., p. 377; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 280.

<sup>21</sup> ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 57-58. No mesmo sentido, para Júlio César dos Santos Esteves, por exemplo, não houve o propósito do constituinte de eliminar as teorias subjetivas. In: ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 70.

<sup>22</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 485.

<sup>23</sup> Como exemplo dessa ausência de concordância, o autor cita o RE n° 20.732, de 25 de abril de 1958, em que se notam ao menos três entendimentos divergentes: i) a preferência do Ministro Orozimbo Nonato pela noção de responsabilização objetiva; ii) a defesa do Ministro Nelson Hungria à ideia de culpa; iii) o entendimento do Ministro Villas Boas alinhado à teoria da *faute du service*. In: TÁCITO, Caio. Tendências atuais sobre a Responsabilidade Civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo*, v. 55, p. 262-273, 1959.

<sup>24</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 1039.

<sup>25</sup> O dispositivo regulamenta de forma geral a responsabilidade extracontratual atualmente, conjuntamente com o art. 43 do CC/2002.

<sup>26</sup> TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 171-172.

<sup>27</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *Faute Du Service* e o Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Orgs.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 262.

que atualmente haja consenso sobre a incidência da responsabilidade objetiva do Estado nos casos de condutas comissivas, há dissenso no tocante às omissões.

Neste caso específico, uma vertente defende a aplicação de um regime de responsabilidade subjetiva, com subsídio na teoria da *faute du service*.<sup>28</sup> Outra corrente, por sua vez, sustenta que o dever reparatório, assim como nas situações de ações, independe de comprovação de dolo ou culpa.<sup>29</sup> Em resumo, para alguns a responsabilidade objetiva é aplicada indistintamente. Para outros, ao contrário, inexistiria a possibilidade de utilização deste sistema nas situações envolvendo omissões estatais. A discordância doutrinária também se reflete na jurisprudência.<sup>30</sup>

O que se vê, portanto, é que a responsabilidade civil do Estado esteve, historicamente, cercada por controvérsias doutrinárias e jurisprudências – não havendo consenso, nem mesmo, quanto ao regime jurídico aplicável à responsabilização, questão mais elementar dentro do tema. Isto porque, o tratamento legislativo dispensado à matéria, como se viu, demonstrou-se insatisfatório. Em um primeiro momento, sequer existia qualquer regramento geral. Posteriormente, o tema passou a ser tratado de forma ampla por dispositivos genéricos, com redações que suscitaram debates. Ocorre que, potencialmente, as zonas de divergências interpretativas poderiam ser reduzidas pela existência de marcos legislativos mais assertivos.

No panorama atual, isto implicaria na elaboração de uma legislação nacional geral sobre a responsabilidade civil do Estado, complementando o art. 37, §6º da Constituição Federal, com objetivo de conferir parâmetros mais concretos ao instituto.

### 3 A EDIÇÃO DE UMA LEI GERAL SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A PROMOÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O que se vê, com relação à responsabilidade extracontratual do Estado, é um cenário de insegurança, ante as controvérsias doutrinário-jurisprudenciais existentes.<sup>31</sup> Dentro deste contexto, a elaboração de uma legislação nacional geral sobre a obrigação de reparação estatal poderia contribuir, justamente, para a redução deste ambiente de incertezas. Em outras

<sup>28</sup> Cumpre-se destacar, contudo, que existem divergências quanto à qualificação da teoria da *faute du service* como teoria subjetiva. Neste sentido, cf.: GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado... Op. cit., p. 269-282.

<sup>29</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O Responsabilidade civil do Estado... Op. cit., p. cit., p. 262.

<sup>30</sup> No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, essa tensão entre a necessidade, ou não, de demonstração de culpa ou dolo nos casos de omissão pode ser depreendida de acórdão, em repercussão geral, recentemente proferido no julgamento do RE 841526/RS, de relatoria do Ministro Luiz Fux – que envolvia a obrigação de reparação estatal, por inércia, em virtude de morte de detento em estabelecimento penitenciário. Apesar da referência à responsabilidade objetiva, o entendimento prevalecente menciona que, para além do dever de atuação, a responsabilização do Estado dependeria da demonstração da efetiva possibilidade de agir – o que, ainda que inconscientemente, significaria retomar o elemento culpa como requisito e, portanto, o regime subjetivo.

<sup>31</sup> Cumpre-se destacar que, de uma maneira geral, os tribunais brasileiros não possuem uma preocupação explícita em garantir uma coerência às suas decisões. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica*: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 236.

palavras, a lei se apresentaria como um mecanismo de promoção da segurança jurídica. Contudo, para explicar o porquê, torna-se necessário tratar – ainda que de forma sintética – da temática da segurança jurídica.

Primeiramente, essencial pontuar que a segurança jurídica pode ser apreendida sob três perspectivas diferentes: como fato, como valor e, ainda, como norma.<sup>32</sup> Para a finalidade aqui proposta, interessa a faceta da segurança jurídica relacionada ao âmbito normativo. Sob este ponto de vista, a referida é tradicionalmente encarada como um princípio.<sup>33</sup>

Conforme destaca Daniel Wunder Hachem, os princípios usualmente são distinguidos das regras, na doutrina brasileira, a partir de duas concepções distintas: i) grau de fundamentalidade; ii) estrutura lógico-normativa (forma de aplicação).<sup>34</sup> Aqui, princípios serão entendidos conforme a primeira abordagem, ou seja, como fundamentos do sistema normativo.<sup>35</sup> Por esta razão, classificar a segurança jurídica como um princípio significa entendê-la como um mandamento nuclear. Ademais, essencial ressaltar que inexiste, no Brasil, desacordos em considerá-la como um princípio de índole constitucional.<sup>36</sup> Mas, de nada a adiantaria tratar a segurança jurídica como um princípio, e afirmar o seu *status* constitucional, sem que se houvesse uma delimitação maior do seu conteúdo.<sup>37</sup>

Nesta esteira, e ao que parece, a melhor forma de se apreender o conteúdo do princípio da segurança jurídica deriva da explicitação dos ideais que o compõem. Para tanto, parte-se da abordagem proposta por Humberto Ávila. Desta forma, o princípio da segurança jurídica pode ser melhor examinado com base na investigação das duas dimensões que o compreendem: a estática e a dinâmica.<sup>38</sup> A dimensão estática revela, como ideal, a cognoscibilidade, ao passo que a dimensão dinâmica traz como aspirações a confiabilidade e a calculabilidade.<sup>39</sup> Importante ressaltar que Rafael Valim, ao detalhar o conteúdo do princípio da segurança jurídica, adverte que este seria composto por dois núcleos conceituais: certeza

<sup>32</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 114-117; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 42-46. No mesmo sentido, mas utilizando outras terminologias, cf.: VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 24-29.

<sup>33</sup> PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Op. cit., p. 45; VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. Op. cit., p. 26; ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica:...* Op. cit., p. 255.

<sup>34</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. 2011. 420f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. fl. 119-127.

<sup>35</sup> Na esteira da concepção de Emerson Gabardo e Eneida Desiree Salgado. In: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida. O princípio com fundamento no desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo In: MARQUES NETO, Floriano de A.; ALMEIDA, Fernando D. M. de; NOHARA, Irene; MARRARA, Thiago (Orgs.). *Direito e administração pública*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 105-121, p. 112-113.

<sup>36</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. Op. cit., p. 37.

<sup>37</sup> No entanto, esse ponto apresenta dificuldades, tendo em vista a imprecisão da própria expressão “segurança jurídica”. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 12.

<sup>38</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica:...* Op. cit., p. 295. Ravi Peixoto, ao mencionar os aspectos materiais componentes do princípio da segurança jurídica, também realiza a subdivisão em dois núcleos: estático e dinâmico. In: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Op. cit., p. 46-53.

<sup>39</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica:...* Op. cit., p. 299.

e estabilidade.<sup>40</sup> No entanto, a noção é a mesma daquela defendida por Humberto Ávila, embora os termos utilizados sejam distintos.<sup>41</sup> O cerne, aqui, volta-se exclusivamente para a dimensão estática.

A dimensão estática, assim, diria respeito ao conhecimento do Direito. Objetiva-se, aqui, a cognoscibilidade, e não a determinação. A ponderação é relevante, na medida em que a preocupação não é a de garantir uma certeza absoluta e nem a univocidade de interpretação dos enunciados normativos.<sup>42</sup> Isto porque, a linguagem jurídica, por mais técnica que se ambicione, apresenta as mesmas vulnerabilidades da linguagem ordinária, como a indeterminação e a ambiguidade, podendo gerar dúvidas e incertezas.<sup>43</sup> Além disso, não se pode ignorar, neste ponto, a atividade criadora por parte do Judiciário.<sup>44</sup> No entanto, conforme aponta H. L. A. Hart, mesmo considerando-se a textura aberta, a vida do Direito permanece direcionada, em grande parte, a orientar os destinatários através de textos normativos.<sup>45</sup> E, assim, crucial falar de cognoscibilidade.

Sob a ótica da dimensão estática (e do ideal da cognoscibilidade), então, a segurança jurídica estaria relacionada com a segurança da vigência, suficiência e, também, significado dos enunciados normativos.<sup>46</sup> Em outras palavras, o destinatário deve estar seguro não só quanto qual é a norma aplicável ao caso, mas, também, quanto qual o sentido deôntico desta.<sup>47</sup>

Nesta perspectiva, o art. 37, §6º da Constituição Federal demonstra-se aparentemente insuficiente para tratar exclusivamente, e em caráter geral, da responsabilidade civil do Estado. Assim, sua complementação legislativa, através de uma lei que atribuísse maior densidade ao dispositivo em questão, poderia contribuir para aumentar a cognoscibilidade do texto normativo. Portanto, a promoção do princípio da segurança jurídica, por intermédio da edição de uma lei nacional geral de responsabilidade civil do Estado, se daria em função de um incremento da dimensão estática do princípio.

Vale dizer que, quando se fala em cognoscibilidade, mais do que a própria ideia de conhecimento, remonta-se, como adverte Humberto Ávila, à noção de compreensão.<sup>48</sup> E, nesta seara, a inteligibilidade perpassa pela clareza normativa, que só é obtida por meio de uma dose harmoniosa de informações (nem falta, nem excesso).<sup>49</sup>

<sup>40</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. Op. cit.

<sup>41</sup> Conforme destaca Thiago Priess Valiatti. In: VALIATTI, Thiago Priess. *Segurança jurídica e infraestrutura: a segurança como dever dos Poderes Públicos e como direito dos agentes econômicos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2018. p. 16.

<sup>42</sup> Certeza absoluta e univocidade de resultados seriam as metas de uma perspectiva de determinação. In: ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*:... Op. cit., p. 297.

<sup>43</sup> Como destaca André Arnt Ramos. In: RAMOS, André Luiz Arnt. *Responsabilidade por danos e segurança jurídica: legislação e jurisdição nos contextos alemão e brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 44-45.

<sup>44</sup> Como adverte Ravi Peixoto. In: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Op. cit., p. 36.

<sup>45</sup> HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 175.

<sup>46</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*:... Op. cit., p. 297.

<sup>47</sup> Nos termos delineados por Rafael Valim. In: VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. Op. cit., p. 47.

<sup>48</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*:... Op. cit., p. 299.

<sup>49</sup> Sobre este equilíbrio, cf.: ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*:... Op. cit., p. 327; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Op. cit., p. 49.

Quando se volta para a análise da responsabilidade extracontratual do Estado, todavia, nota-se que este equilíbrio normativo é inexistente. Por esta razão, a complementação legislativa do dispositivo constitucional exterioriza-se com uma solução adequada para o fortalecimento da inteligibilidade, uma vez que significaria o aumento da clareza normativa. Os textos normativos necessitam, para sua operacionalidade, de uma densidade suficiente,<sup>50</sup> e isto poderia ser conquistado, no caso da responsabilidade, com a integração do texto constitucional pela legislação ordinária.

No mais, e aqui se torna crucial apontar, as dimensões do princípio da segurança jurídica possuem uma relação de reciprocidade. Ou seja, a cognoscibilidade é um pressuposto da confiabilidade e da calculabilidade.<sup>51</sup> Assim, na medida em que a lei favoreceria a dimensão estática, ao mesmo tempo, estaria alavancando, também, a dimensão dinâmica do princípio. Todavia, ao menos dois questionamentos poderiam ser apontados.

O primeiro é o de que a complementação legislativa ocasionaria um engessamento do instituto. A questão é essencial na medida em que o princípio da segurança jurídica não pode ser entendido, como bem adverte Irene Patrícia Nohara, sob a ótica da imutabilidade.<sup>52</sup> Entretanto, não parece que a edição de uma lei que dirimisse as principais controvérsias atualmente existentes sobre a responsabilidade civil do Estado, disciplinando um regramento geral para o tema, ensejaria o seu aprisionamento. No mais, outro apontamento que poderia ser realizado é o de que, mesmo com a confecção de uma lei, as divergências interpretativas permaneceriam existentes, uma vez que a própria lei poderia ocasionar debates sobre o seu conteúdo. Contudo, estes desafios hermenêuticos tratam-se de um caminho comum a qualquer nova legislação, e, neste contexto, a preocupação deve direcionar-se, sobretudo, à qualidade do texto normativo.<sup>53</sup>

Por fim, indispensável ressaltar que é evidente que um texto normativo, por si só, não tem o condão de resolver todos os problemas. Todavia, apresenta-se como um ponto de partida,<sup>54</sup> que, no caso específico da obrigação reparatória estatal, exsurgiria como um primeiro e importante passo, com o objetivo de reduzir as incertezas, relacionadas ao instituto, a um nível aceitável.<sup>55</sup>

#### 4 A EXPERIÊNCIA EM OUTROS PAÍSES IBERO-AMERICANOS

A responsabilidade civil do Estado, no Brasil, possui assentamento constitucional. Entretanto, a norma é genérica e não detém complementação legislativa ordinária – o que, como se destacou, poderia auxiliar potencialmente na redução das divergências interpretativas, promovendo o princípio da segurança jurídica. Dentro deste contexto, o objetivo deste ponto

<sup>50</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*:... Op. cit., p. 328.

<sup>51</sup> Na esteira da lição de Humberto Ávila. In: ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*:... Op. cit., p. 300.

<sup>52</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Ensaio sobre a ambivalência da segurança jurídica nas relações do Estado: da realização de justiça à faceta perversa do argumento. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 71.

<sup>53</sup> Conforme pontua Ravi Peixoto, “é inegável que a qualidade dos textos é uma preocupação da segurança jurídica”. In: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Op. cit., p. 36.

<sup>54</sup> A expressão é de Ravi Peixoto. In: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Op. cit., p. 36.

<sup>55</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 123-126. Ainda, cf.: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Op. cit., p. 30.



é o de analisar se, em outros países, a responsabilidade extracontratual estatal mereceu um tratamento normativo mais detalhado.<sup>56</sup> Para tanto, definiu-se um critério estritamente geográfico de investigação: os países ibero-americanos.<sup>57</sup> Importante registrar, também, que o exame restringe-se apenas às Constituições e a leis de amplitude federal ou nacional.<sup>58</sup>

Feitas estas considerações, examinando-se outros países ibero-americanos, pode-se identificar um primeiro grupo: aqueles que, como o Brasil, possuem a obrigação de reparação estatal prevista de forma ampla em suas Cartas Constitucionais, mas que, a despeito disso, não dispõem de nenhuma legislação geral, federal ou nacional, dando contornos mais objetivos à responsabilidade. Na América do Sul, são os casos de: i) Bolívia;<sup>59</sup> ii) Chile;<sup>60</sup> iii) Paraguai;<sup>61</sup> iv) Uruguai;<sup>62</sup> v) e Venezuela.<sup>63</sup>

Fazem parte do mesmo grupo, também, alguns países da América Central. Incluem-se, aqui: i) Cuba;<sup>64</sup> ii) El Salvador;<sup>65</sup> iii) Guatemala;<sup>66</sup> iv) Honduras;<sup>67</sup> v) e Nicarágua.<sup>68</sup>

Isolado, vivenciando uma realidade distinta de todos os outros países, pode-se mencionar o caso do Panamá. Neste, não se visualiza nenhuma norma genérica a respeito da responsabilidade civil do Estado no texto constitucional,<sup>69</sup> e tampouco uma lei (federal ou nacional) objetivando traçar alguns contornos específicos para o tema.<sup>70</sup>

<sup>56</sup> Vale dizer que não se trata de um estudo de Direito Comparado. O objetivo é, tão somente, o de identificar a presença, ou não, de leis dando contornos mais específicos à responsabilidade civil do Estado nos países selecionados. Sobre a metodologia envolvida em uma pesquisa de Direito Comparado, cf.: LEGRAND, Pierre. *Como ler o direito estrangeiro*. Tradução de Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018.

<sup>57</sup> No entanto, para se evitarem confusões terminológicas quanto à extensão da expressão “Ibero-américa”, utilizou-se como critério delimitador aqueles países que integram a Conferência Iberoamericana e que, ao mesmo tempo, possuem representantes no Foro Iberoamericano de Direito Administrativo. São eles: i) das Américas: Argentina, Bolívia, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Chile, República Dominicana, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela; ii) da península ibérica: Espanha e Portugal.

<sup>58</sup> Leis nacionais seriam aquelas válidas indistintamente em todo o país. Leis federais, por sua vez, seriam aquelas válidas somente para o equivalente, no Brasil, à União. Exclui-se, aqui, o Direito produzido por entidades locais.

<sup>59</sup> Art. 113 da Constituição de 2009.

<sup>60</sup> Art. 38 da Carta de 1980.

<sup>61</sup> O art. 39 da Constituição de 1992 prevê a responsabilização direta, fazendo menção expressa à necessidade de complementação. Já o art. 106 prevê casos de obrigação estatal subsidiária.

<sup>62</sup> Arts. 24 e Art. 25 do diploma constitucional vigente.

<sup>63</sup> Art. 140 da Constituição de 1999.

<sup>64</sup> Art. 26, que consagra expressamente a necessidade de integração normativa. Sobre isso, cf.: THOMAS, Dayamis Ramirez *et al.* La responsabilidad patrimonial de la administración pública en Cuba: perspectiva de cambio. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, dez. 2017. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/caribe/2017/12/administracion-publica-cuba.html>. Acesso em: 19 abr. 2018.

<sup>65</sup> Art. 245 da Constituição salvadorenha.

<sup>66</sup> Art. 155 do diploma constitucional guatemalteco.

<sup>67</sup> A norma encontra-se no art. 324. Vale dizer que, o art. 327 da Constituição faz expressa menção à indispensabilidade de integração. Em Honduras, o Tribunal Superior de Contas (TSC) noticiou que trabalha em uma proposta de instituição de uma Lei de Responsabilidade do Estado. Disponível em: [www.tsc.gob.hn/PDFS/SALA%20DE%20PRENSA/Comunicado\\_Ley\\_Responsabilidad\\_Del\\_Estado.pdf](http://www.tsc.gob.hn/PDFS/SALA%20DE%20PRENSA/Comunicado_Ley_Responsabilidad_Del_Estado.pdf). Acesso em: 19 abr. 2018.

<sup>68</sup> Art. 131 da Constituição da Nicarágua.

<sup>69</sup> No caso panamenho, de modo aproximado, pode-se observar tão somente a competência do contencioso administrativo para a resolução de casos envolvendo a prestação defeituosa de serviços públicos, prevista no art. 206 da Constituição.

<sup>70</sup> Existem, contudo, dispositivos na legislação ordinária que fixam a ideia de responsabilidade, de forma abrangente. Cita-se, como exemplo, o art. 1.645 do Código Civil.

Ademais, é possível sinalizar a existência de um segundo grupo de países: aqueles em que a Constituição não traz nenhum dispositivo disciplinando de forma geral a responsabilidade civil do Estado,<sup>71</sup> mas que, paralelamente, possuem diplomas normativos ordinários federais ou nacionais estipulando balizas concretas para o tema. São as situações de Argentina, Costa Rica e Peru.

Na Argentina, o diploma que deve ser destacado é a Lei n. 26.944,<sup>72</sup> que faz parte do arcabouço normativo federal, possibilitando, contudo, que a cidade autônoma de Buenos Aires, bem como as províncias argentinas, adotem o seu conteúdo.<sup>73</sup> Na Costa Rica, depreende-se um detalhamento da responsabilidade civil do Estado nos arts. 190 a 198 da Lei n. 6.227, de 1978 (Lei Geral da Administração Pública),<sup>74</sup> legislação federal, mas que também se aplica aos demais entes públicos, quando da inexistência de lei especial nestes ambientes.<sup>75</sup> Já no Peru, a normatização advém do art. 238 da Lei n. 27444, de 2011, diploma que cuida do Procedimento Administrativo Geral,<sup>76</sup> e que possui *status* nacional.<sup>77</sup>

Por fim, pode-se apresentar um terceiro grupo de países ibero-americanos, que dizem respeito àqueles que, assim como o Brasil, possuem uma norma constitucional ampla prevendo a responsabilização extracontratual estatal, mas que, em paralelo, dispõem de leis federais ou nacionais pormenorizando o instituto. Estes podem ser divididos em dois subgrupos, com base em um critério puramente formal: i) as localidades em que o assunto é tratado em legislação ordinária que, conjuntamente, aborda temas conexos (situação da República Dominicana, Equador e Espanha); ii) os países que possuem uma legislação exclusiva para a responsabilidade civil do Estado, que incluem Colômbia, México e Portugal.

Começando-se pelo primeiro subgrupo identificado, nota-se que, na República Dominicana, a norma constitucional, de caráter genérico,<sup>78</sup> encontra aprofundamento na Lei n. 107-13 (sobre os Direitos das Pessoas em suas Relações com a Administração e de Procedimento Administrativo), de âmbito nacional,<sup>79</sup> nos arts. 57 a

<sup>71</sup> No Peru, María Eugenia Caller Ferreyros, ex-presidente do Tribunal Fiscal daquele país, assinala com clareza que *"em el Perú, el principio de la responsabilidad del Estado no cuenta con una consagración normativa expresa a nivel constitucional"*. In: FERREYROS, María Eugenia Caller. Responsabilidad del Estado por actos de contenido tributario. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, n. 49, abr. 2010. Disponível em: [http://www.ipdt.org/editor/docs/02\\_Rev49\\_MECF.pdf](http://www.ipdt.org/editor/docs/02_Rev49_MECF.pdf). Acesso em: 21 abr. 2018.

<sup>72</sup> Conforme o seu art. 1º: *"Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas"*.

<sup>73</sup> Confira-se, a esse respeito, o art. 11: *"Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos"*.

<sup>74</sup> Os artigos mencionados fazem parte do título sétimo da Lei, intitulado *"De la Responsabilidad de la Administración y del Servidor Público"*, mais especificamente do capítulo 1 desta parte, nomeado de *"De la responsabilidad de la Administración"*.

<sup>75</sup> Art. 2º, 1. *"Las reglas de esta ley que regulan la actividad del Estado se aplicarán también a los otros entes públicos, en ausencia de norma especial para éstos"*.

<sup>76</sup> O artigo está inserido no Título V da lei, denominado *"De la responsabilidad de la administración pública y del personal a su servicio"*, e mais especificamente no Capítulo 1 desta parte, designado de *"Responsabilidad de la Administración Pública"*.

<sup>77</sup> Art. 1º: *"La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública"*.

<sup>78</sup> Trata-se do art. 148 da Constituição de 2010.

<sup>79</sup> Art. 2º: *"Ámbito de aplicación. Las disposiciones de la presente ley serán aplicables a todos los órganos que conforman la Administración Pública Central, a los organismos autónomos instituidos por leyes y a los entes que conforman la Administración Local"*.

60.<sup>80</sup> No Equador, por sua vez, a obrigação estatal de reparação extracontratual, que já possui um fundamento constitucional denso,<sup>81</sup> é complementada legislativamente pelo Código Orgânico Administrativo equatoriano, recém promulgado e de abrangência nacional, que trata minuciosamente da responsabilidade civil em seus arts. 330 a 344.<sup>82</sup> Na Espanha, por seu turno, o dever de reparação estatal, estampado de forma sintética no texto fundamental,<sup>83</sup> foi integrado por intermédio da Lei n. 40 de 2015 (Regime Jurídico do Setor Público), de aplicação nacional,<sup>84</sup> e que dispõe sobre a responsabilidade extracontratual estatal em seus arts. 32 a 35.<sup>85</sup>

Com relação ao segundo subgrupo mencionado (localidades que possuem lei particular), observa-se que na Colômbia, a norma constitucional, também de conteúdo amplo,<sup>86</sup> recebe traços mais concretos através da Lei n. 678, de 2001, de abrangência nacional. No entanto, o foco da legislação é somente a ação de regresso movida pelo Estado contra o agente.<sup>87</sup> Ou seja, a lei, apesar de exclusiva, refere-se apenas a um dos temas relativos à responsabilização. Nos demais países (México e Portugal), contudo, o diploma normativo busca tratar o tema de forma singular e, também, de modo mais abrangente.

Assim, no México, em reforço ao substrato constitucional,<sup>88</sup> vigora desde 2004 a “Lei Federal de Responsabilidade Patrimonial do Estado”,<sup>89</sup> em nível, como o próprio nome sugere, federal.<sup>90</sup> Em Portugal, por sua vez, o dispositivo constitucional, redigido de forma abrangente,<sup>91</sup> é disciplinado no plano infraconstitucional pela Lei n. 67, de 2007, intitulada “Lei da Responsabilidade Extracontratual do Estado e pessoas coletivas de Direito Público”, de alcance nacional.

<sup>80</sup> Os dispositivos mencionados encontram-se inseridos no Título IX, nomeado “*Responsabilidad de los entes públicos y del personal a su servicio*”.

<sup>81</sup> Art. 11, numeral 9 da Constituição equatoriana.

<sup>82</sup> Os dispositivos estão inseridos no Livro IV, denominado *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, contendo os seguintes títulos: i) I, designado de “*Aspectos Sustantivos*”; ii) II, nomeado de “*Aspectos procedimentales*”.

<sup>83</sup> Art. 106.2 da Constituição.

<sup>84</sup> Art. 2º: “1. *La presente Ley se aplica al sector público que comprende: a) La Administración General del Estado; b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas; c) Las Entidades que integran la Administración Local; d) El sector público institucional*”.

<sup>85</sup> As regras encontram-se dispostas no Capítulo IV, designado de “*De la Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*”, em sua primeira seção, que recebe o mesmo nome do capítulo.

<sup>86</sup> Art. 90 da Constituição.

<sup>87</sup> Art. 1º: “*Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto regular la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas, a través del ejercicio de la acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución Política o del llamamiento en garantía con fines de repetición*”.

<sup>88</sup> Art. 113.2 da Constituição mexicana.

<sup>89</sup> Art. 1º: “*La presente Ley es reglamentaria del segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus disposiciones son de orden público e interés general; tiene por objeto fijar las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran daños en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado. La responsabilidad extracontractual a cargo del Estado es objetiva y directa, y la indemnización deberá ajustarse a los términos y condiciones señalados en esta Ley y en las demás disposiciones legales a que la misma hace referencia*”.

<sup>90</sup> Art. 2º: “*Son sujetos de esta Ley, los entes públicos federales. Para los efectos de la misma, se entenderá por entes públicos federales, salvo mención expresa en contrario, a los Poderes Judicial, Legislativo y Ejecutivo de la Federación, organismos constitucionales autónomos, dependencias, entidades de la Administración Pública Federal, la Procuraduría General de la República, los Tribunales Federales Administrativos y cualquier otro ente público de carácter federal*”.

<sup>91</sup> Art. 22 da Constituição portuguesa.

Desta forma, realizando-se um balanço do que foi apresentado, pode-se inferir que, dos países ibero-americanos investigados (vinte, ao todo), metade encontra-se no mesmo cenário que o do Brasil: a responsabilidade extracontratual do Estado tem previsão genérica em norma constitucional, mas não possui complementação legislativa ordinária posterior, de âmbito nacional ou federal, detalhando o assunto. Em situação *sui generis*, tem-se o Panamá, que não tem previsão expressa da obrigação de reparação no texto fundamental, e também não possui lei geral disciplinando a temática.<sup>92</sup> Os demais países, em um total de nove, possuem legislação ordinária (nacional ou federal) detalhando o instituto, mesmo naquelas localidades em que a responsabilidade não possui sequer as balizas mínimas consagradas no texto da Constituição (caso específico de Argentina, Costa Rica e Peru).

## 5 A EDIÇÃO DE UMA LEI NACIONAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL – A QUESTÃO DA COMPETÊNCIA

O que se sustentou, até aqui, foi a necessidade de confecção de uma lei de responsabilidade civil do Estado, com a exteriorização das balizas mínimas de compreensão do tema. A edição de uma lei que disciplinasse os aspectos gerais contribuiria para a redução das divergências interpretativas relacionadas ao instituto, promovendo o princípio da segurança jurídica. Ademais, conforme relatado, podem-se encontrar experiências de leis que dão contornos mais concretos ao instituto em outros países ibero-americanos.

Contudo, o que se pode deduzir de toda a argumentação até aqui expendida, é que a legislação mencionada possuiria caráter nacional, ou seja, teria aplicação indistinta a todos os entes da federação. No entanto, para que isso seja possível, torna-se essencial a modificação pretérita do rol de competências legislativas previsto na Constituição Federal brasileira.<sup>93</sup> E, assim, como ponto de partida para a explicação da assertiva anterior, vale-se de discussão outrora desenvolvida na Argentina, que ganhou notoriedade no momento da elaboração do Novo Código Civil e Comercial daquele país, no ano de 2014.<sup>94</sup>

O texto original do Anteprojeto do Novo Código Civil e Comercial argentino, confeccionado pela Comissão de Reforma, continha três dispositivos destinados a disciplinar a responsabilidade extracontratual do Estado.<sup>95</sup> Contudo, posteriormente, o Poder Executivo

<sup>92</sup> O que, convém relembrar, não significa a adoção de uma irresponsabilidade do Estado naquele local.

<sup>93</sup> Para uma análise específica das competências na Constituição Federal de 1988, cf.: ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

<sup>94</sup> Trata-se do Código Civil y Comercial de la Nación (Ley n. 26.994), promulgado pela então presidente Cristina Fernandez de Kirchner, em 08/10/2014.

<sup>95</sup> ARTÍCULO 1764 - Responsabilidad del Estado. El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño; ARTÍCULO 1765- Responsabilidad del funcionario y del empleado público. El funcionario y el empleado público son responsables por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes. ARTÍCULO 1766- Responsabilidad del Estado por actividad lícita. El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del

Nacional modificou todo o regramento da proposta, substituindo integralmente a redação dos artigos,<sup>96</sup> sob o entendimento de que o tema não poderia ser tratado pela legislação civil – elaborada exclusivamente pelo Congresso, e aplicável de forma homogênea em todo o território. O posicionamento, ao contrário, era o de que cada ente possuiria competência para legislar sobre o assunto de modo particular, dentro do seu próprio âmbito de jurisdição. O Novo Código Civil e Comercial argentino foi, subsequentemente, promulgado com as alterações introduzidas pelo Poder Executivo Nacional – sem abordar a responsabilidade extracontratual estatal, portanto.<sup>97</sup>

Como bem sintetiza Fernando M. Lagarde, o cerne da discussão cinge-se em se determinar se a responsabilidade civil do Estado se trata de matéria de direito civil, ou de direito administrativo. Isto porque, a resposta à indagação influencia diretamente na identificação do responsável por legislar sobre o assunto – conforme a repartição de competências legislativas previstas na Constituição argentina. Dentro deste contexto, entendida que a responsabilidade é matéria de direito civil, a competência seria exclusiva do Congresso, que poderia regular a temática uniformemente para todos os entes. Contudo, na hipótese de se reconhecer que o assunto é atinente à seara do direito administrativo, a competência para legislar sobre a obrigação reparatória seria exclusiva de cada ente federativo.<sup>98</sup>

Como se demonstrou, a solução legislativa adotada pela Argentina foi a de entender que a responsabilização extracontratual estatal estaria relacionada com o direito administrativo, o que impediria, portanto, o tratamento através de lei única, válida para todos os entes, editada pelo Congresso. O entendimento ganhou o apoio da quase totalidade dos administrativistas argentinos.<sup>99</sup>

Ocorre que, a discussão pode ser transplantada integralmente para o cenário brasileiro, tendo em vista que, o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado como

daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro.

<sup>96</sup> ARTÍCULO 1764 - Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. ARTÍCULO 1765 - Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda. ARTÍCULO 1766- Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

<sup>97</sup> Não por outro motivo, a Lei de Responsabilidade Civil da Argentina, Lei n. 26.944, publicada em 08/08/2014, aplica-se apenas à esfera federal, possibilitando, contudo, que a cidade autônoma de Buenos Aires, bem como as províncias argentinas, adotem o seu conteúdo (Art. 11: “*Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos*”).

<sup>98</sup> LAGARDE, Fernando M. La atribución constitucional para regular la responsabilidad del Estado y el margen de actuación de las jurisdicciones locales. In: ÁVILA, Santiago Matías. *Responsabilidad del Estado: aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944*. Buenos Aires: Infojus, 2015. p. 14-15. Sobre o assunto, cf. também: BIGLIERI, Alberto. Tensión entre la Reforma del Código y la ley de responsabilidad del Estado proyectada. *Revista La Ley*, Buenos Aires, n. 85, p. 1-8, 2014. p. 1-2.

<sup>99</sup> Fernando M. Lagarde apresenta a opinião de vários juristas argentinos a respeito do tema, concluindo pela predileção dos administrativistas ao tratamento da responsabilidade no campo do direito administrativo, e dos civilistas para a disciplina da obrigação reparatória no Código Civil. Cf.: LAGARDE, Fernando M. La atribución constitucional... Op. cit., p. 21-25.

tema de direito civil ou administrativo, também influencia na definição da competência para legislar sobre a obrigação reparatória do Estado – tendo em vista a repartição de competências legislativas entre União, Estados e Municípios, previstas na Constituição Federal brasileira.<sup>100</sup>

Assim, estremada a responsabilidade como tema de direito civil, por força do comando do art. 22, I, da Constituição, a competência para legislar seria privativa da União.<sup>101</sup> Desta forma, seria plenamente possível a edição de uma única lei, promulgada pelo Congresso Nacional, que disciplinasse a responsabilidade em âmbito nacional. Pelo contrário, caso a obrigação reparatória estatal seja tomada como matéria de direito administrativo, a resposta é diferente. Conforme ressalta Fernando Dias Menezes de Almeida, não se verifica, no texto constitucional brasileiro, a discriminação da competência para legislar em matéria de direito administrativo. E, em sendo assim, e por conta do art. 18 da Constituição,<sup>102</sup> que prevê a autonomia dos entes federativos, cada membro possuiria competência privativa para legislar sobre direito administrativo em sua respectiva jurisdição<sup>103</sup> – o que afastaria a possibilidade de elaboração de uma única lei nacional.

A respeito deste impasse, nota-se que, no Brasil, a responsabilidade civil do Estado é tradicionalmente tratada, para além da esfera constitucional, no âmbito da legislação civil – como se depreende dos Códigos de 1916 e 2002.<sup>104</sup> Ou seja, a responsabilização extracontratual estatal foi invariavelmente encarada, ao menos no âmbito do direito positivo infraconstitucional brasileiro, como matéria de direito civil.

Inspirada nesta concepção, crucial asseverar que se encontra em tramitação, no Congresso Nacional, proposta legislativa que pretende criar uma única Lei de Responsabilidade Civil do Estado no Brasil, aplicável de forma indistinta a todos os entes da federação. Trata-se do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 412/2011, que se encontra atualmente sob análise no Senado Federal.<sup>105</sup> Importante registrar que, na verdade, a ideia

<sup>100</sup> Sobre isso, em termos gerais, cf.: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 28-31.

<sup>101</sup> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. Conforme ensina Fernanda Dias Menezes de Almeida, competências privativas são aquelas próprias de cada ente da federação – e podem ser também entendidas como “competências exclusivas”. In: ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. Op. cit., p. 85-87.

<sup>102</sup> Art. 18: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

<sup>103</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Competências Legislativas e Analogia – Breve ensaio a partir de decisões judiciais sobre a aplicação do art. 54 da Lei n. 9.784/99. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, p. 357-370, jan./dez. 2007. p. 365 (mais especificamente, nota “21”). No mesmo sentido, cf.: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. A administração pública e a revisão constitucional. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 187, p. 48-81, jan./mar. 1992. p. 53.

<sup>104</sup> Art. 15 do Código Civil de 1916 e art. 43 do Código Civil de 2002.

<sup>105</sup> Onde tramita com o nome de Projeto de Lei da Câmara n. 126/2015. Vale dizer que foi apresentado Substitutivo pelo relator Senador Antonio Anastasia. O Substitutivo pode ser visualizado no seguinte endereço: BRASIL. Senado Federal. *Parecer n.*, de 2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7723053&disposition=inline>. Acesso em: 24 jul. 2018. Ao substitutivo já foram apresentadas, ao todo, 10 emendas, e a proposição encontra-se atualmente com a tramitação suspensa, em virtude de pedido de vista formulado pelo Senador Raulo Rodrigues.

originou-se de anteprojeto de lei confeccionado por uma Comissão de juristas,<sup>106</sup> que foi apresentado como proposição na Câmara dos Deputados.<sup>107</sup>

Ocorre que nem na Comissão de Juristas, nem na Câmara dos Deputados, houve discussão a respeito da constitucionalidade formal da proposta. A questão foi enfrentada apenas pelo Senado Federal. Neste, entendeu-se que a disciplina da responsabilidade civil do Estado envolvia a competência privativa para legislar sobre Direito Civil e Direito Processual Civil, sendo, então, de responsabilidade do Congresso Nacional.<sup>108</sup>

No entanto, e na realidade, o tema da responsabilidade extracontratual estatal, assim como majoritariamente sustentado na contenda existente na Argentina, deve ser considerado como objeto de estudo do direito administrativo, como bem adverte Romeu Felipe Bacellar Filho.<sup>109</sup> E, desta forma, não parece possível a edição de uma única lei nacional sobre o tema, ao menos se considerando a atual conformação da repartição de competências legislativas previstas na Constituição Federal – o que leva, inclusive, a reconhecer um vício de constitucionalidade formal da proposição atualmente em exame no Congresso Nacional (apesar do mérito da iniciativa)

A conclusão acima aventada sugere o seguinte o paradoxo: a responsabilidade civil do Estado apresenta-se como um instituto que demanda, no Brasil, uma disciplina geral, em lei nacional, com o objetivo de conferir maior segurança jurídica ao tema. No entanto, a atual conformação do rol de competências legislativas constitucionais não permite, em tese, a elaboração de uma legislação nacional sobre o tema, diante da autonomia administrativa dos entes federativos. Qual a solução, então? A anterior modificação, necessária e possível, do catálogo de competências legislativas na Constituição Federal.

Dentro deste contexto, torna-se importante ressaltar que a autonomia política dos entes federados não é absoluta, sendo que a própria Constituição prevê hipóteses em que esta é excepcionada, possibilitando que assuntos afetos ao Direito Administrativo sejam alvo de legislação nacional elaborada pelo Congresso. De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, são situações em que o constituinte priorizou a essencialidade de um tratamento

<sup>106</sup> A comissão foi criada por intermédio da Portaria Conjunta n. 8, de 22/02/2002, da AGU e do Ministério da Justiça. A referida, presidida por Caio Tácito, incluía ainda os seguintes juristas: Odete Medauar, Carlos Alberto Menezes Direito, Sérgio de Andréa Ferreira, Ivete Lund Viegas, João Francisco Aguiar Drumond, Thereza Helena de Miranda Lima e Yussef Cahali. Contudo, cumpre-se alertar que os dois últimos não participaram dos trabalhos.

<sup>107</sup> Em 2009, e por apelo do então presidente do STF, Gilmar Mendes, o anteprojeto elaborado pela Comissão foi apresentado como proposição na Câmara dos Deputados, pelo deputado federal Flávio Dino. Ocorre que a proposição foi arquivada posteriormente, em decorrência de motivos regimentais. Por isso, subsequentemente, o anteprojeto foi novamente submetido à Câmara dos Deputados, desta vez pelo deputado federal Hugo Leal, no ano de 2011, recebendo então o n. 412/2011.

<sup>108</sup> Conforme o relatório do Senador Antonio Anastasia: “o PLC é constitucional, tanto sob os aspectos formal e material. Com efeito, compete à União legislar sobre direito processual e direito civil (CF, art. 22, I), regras obviamente relacionadas à regulamentação do § 6º do art. 37 — que, demais disso, exige um tratamento em lei nacional”. O relatório, na integralidade, pode ser acessado no seguinte link: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7723053&disposition=inline>. Acesso em: 24 jul. 2018.

<sup>109</sup> BACELLAR, FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código Civil*. Op. cit., p. 198. Importante alertar que a afirmação do autor é realizada tão somente com relação à responsabilidade civil do Estado no exercício da função administrativa, mas, ao que parece, não existe qualquer óbice à sua generalização.

uniforme à questão.<sup>110</sup> A hipótese amolda-se justamente ao caso da responsabilidade civil do Estado, instituto que, conforme sustentado, requer um tratamento legislativo geral homogêneo.<sup>111</sup> No entanto, como o reconhecimento da exceção demanda disposição constitucional expressa,<sup>112</sup> torna-se necessária uma pequena modificação na Constituição Federal. Basta que seja acrescido ao rol de competências legislativas concorrentes,<sup>113</sup> inciso atinente à responsabilidade extracontratual estatal, viabilizando, assim, que legislação nacional discipline normas gerais a respeito da temática.<sup>114</sup>

O que se vê, portanto, é que a edição de uma lei nacional sobre a responsabilidade extracontratual do Estado é indispensável, mas carece, de forma pretérita, de uma alteração no rol de competências legislativas constitucionais.

## 6 CONCLUSÕES

As conclusões já foram apresentadas no decorrer do texto, mas podem ser sintetizadas nas seguintes assertivas:

i) No Direito pátrio, a responsabilidade civil do Estado esteve historicamente permeada por divergências doutrinárias e jurisprudenciais, muito em função de um habitual tratamento normativo insatisfatório dispensado ao assunto – não permitindo que houvesse consenso, nem mesmo, quanto aos requisitos configuradores da responsabilidade.

ii) Potencialmente, as discordâncias poderiam ser reduzidas com a existência de marcos legislativos mais assertivos, o que demandaria, no cenário atual, a elaboração de uma legislação nacional geral sobre a responsabilidade civil do Estado, complementando o art. 37, §6º da Constituição Federal, com objetivo de conferir parâmetros mais concretos ao instituto.

iii) A elaboração de uma lei nacional geral de responsabilidade civil do Estado promoveria o princípio da segurança jurídica, através de um fortalecimento da dimensão estática do princípio, uma vez que a complementação legislativa do art. 37, §6º da Constituição Federal aumentaria o grau de cognoscibilidade do texto.

iv) Em diversos países ibero-americanos, pode-se identificar um tratamento legislativo mais detalhado com relação à responsabilidade civil do Estado.

<sup>110</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. A administração pública e a revisão constitucional. Op. cit., p. 48-81, p. 53. Cf., como exemplo, o art. 22, XXVII, que atribui à União a competência para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades”.

<sup>111</sup> Importante ressaltar que, até mesmo na Argentina, em que se reconheceu a competência legislativa privativa de cada ente federativo, existe a preocupação com o tratamento uniforme mínimo do instituto. In: LAGARDE, Fernando M. La atribución constitucional... Op. cit., p. 33-34.

<sup>112</sup> É este o entendimento de Romeu Felipe Bacellar Filho, segundo o qual a regra geral em termos de competência para legislar sobre Direito Administrativo só pode ser afastada por disposição constitucional expressa. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código Civil*. Op. cit., p. 28.

<sup>113</sup> Trata-se do rol do art. 24 da Constituição. A competência legislativa concorrente, aqui, é aquela que Diogo de Figueiredo Moreira Neto classifica como competência legislativa concorrente limitada, que permite à União a edição de normas gerais sobre assunto, remanescendo aos demais entes federativos a possibilidade de confeccionarem normas específicas. In: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. A administração pública e a revisão constitucional. Op. cit., p. 57.

<sup>114</sup> Com supedâneo no art. 24, §1º da Constituição Federal.



v) A confecção de uma lei geral nacional, aplicável indistintamente a todos os entes federativos, demandaria uma prévia alteração no rol de competências legislativas constitucionais, tendo em vista que a competência para legislar sobre Direito Administrativo, campo em que se enquadra a responsabilidade extracontratual estatal, é exclusiva de cada ente federativo.

vi) Para que seja possível a criação de uma única lei, válida para todos os membros, que preveja um regramento geral para a responsabilidade civil do Estado, basta que a matéria seja incluída no rol de competências legislativas concorrentes, uma vez que o tema demanda tratamento legislativo uniforme – constituindo-se, portanto, em uma exceção à autonomia administrativa dos entes federativos.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Competências Legislativas e Analogia – Breve ensaio a partir de decisões judiciais sobre a aplicação do art. 54 da Lei n. 9.784/99. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, p. 357-370, jan./dez. 2007.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- \_\_\_\_\_. Responsabilidade civil da administração pública – aspectos relevantes. A Constituição federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BIGLIERI, Alberto. Tensión entre la Reforma del Código y la ley de responsabilidad del Estado proyectada. *Revista La Ley*, Buenos Aires, n. 85, 2014.
- BITTENCOURT, Gisele Hatschbach. *Responsabilidade extracontratual do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.
- COUTO E SILVA, Almiro do. A responsabilidade extracontratual do estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 202, out./dez. 1995.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- \_\_\_\_\_. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.
- ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade civil do Estado por Ato Legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por Omissão Legislativa – caso do art. 37, X da Constituição da República. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FERREYROS, Maria Eugenia Caller. Responsabilidad del Estado por actos de contenido tributario. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, n. 49, abr. 2010. Disponível em: [http://www.ipdt.org/editor/docs/02\\_Rev49\\_MECF.pdf](http://www.ipdt.org/editor/docs/02_Rev49_MECF.pdf). Acesso em: 21 abr. 2018.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado, Faute Du Service e o Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Orgs.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GABARDO, Emerson; SALGADO, Neida. O princípio com fundamento no desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo In: MARQUES NETO, Floriano de A.; ALMEIDA, Fernando D. M. de; NOHARA, Irene; MARRARA, Thiago (Orgs.). *Direito e administração pública*. São Paulo: Atlas, 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. 2011. 420f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

HART, H. L.A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HORBACH, Carlos Bastide. *Memória jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

LAGARDE, Fernando M. La atribución constitucional para regular la responsabilidad del Estado y el margen de actuación de las jurisdicciones locales. In: ÁVILA, Santiago Matías. *Responsabilidad del Estado: aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944*. Buenos Aires: Infojus, 2015.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. A administração pública e a revisão constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 187, p. 48-81, jan./mar. 1992.

NOHARA, Irene Patrícia. Ensaio sobre a ambivalência da segurança jurídica nas relações do Estado: da realização de justiça à faceta perversa do argumento. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

RAMOS, André Luiz Arnt. *Responsabilidade por danos e segurança jurídica: legislação e jurisdição nos contextos alemão e brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2018.

TÁCITO, Caio. Tendências atuais sobre a responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo*, v. 55, 1959.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THOMAS, Dayamis Ramirez et al. La responsabilidad patrimonial de la administración pública en Cuba: perspectiva de cambio. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, dez. 2017. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/caribe/2017/12/administracion-publica-cuba.html>. Acesso em: 19 abr. 2018.

VALIATTI, Thiago Priess. *Segurança jurídica e infraestrutura: a segurança como dever dos Poderes Públicos e como direito dos agentes econômicos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2018.

VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

A stylized, vertical graphic of a fountain pen nib, rendered in a light gray color. It features a central vertical line and a small white circle at the top, resembling the feed of a pen. The nib is positioned on the left side of the page, extending from the top to the bottom.

Textos  
**representativos**  
dos comunicados  
científicos

PARTE III



# Diálogo competitivo: um natimorto no direito brasileiro

Celso de Almeida Afonso Neto<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Diálogo competitivo: origem; 3 Diálogo competitivo: definição; 4 Diálogo competitivo: a Diretiva 24/2014/EU; 4.1 Diálogo competitivo: inovações na Diretiva 24/2014/EU; 4.2 Diálogo competitivo: disciplina na Diretiva 24/2014/EU; 4.2.1 Fase pré-licitatória; 4.2.2 Fase de habilitação; 4.2.3 Fase de diálogos; 4.2.4 Fase de propostas; 4.2.5 Fase de avaliação; 5 Diálogo competitivo: vantagens; 6 Diálogo competitivo no Brasil; 6.1 Lei n. 8.666/93; 6.2 Projeto de Lei n. 559/2013 e Projeto de Lei n. 6.814/2017; 6.3 Diálogo competitivo no Brasil: Substitutivo ao PL n. 6.814/2017; 7 Análise crítica do diálogo competitivo no Brasil; 8 Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

As compras públicas no Brasil são disciplinadas pela Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei de Licitações e Contratos. Não obstante, desde 2013, tramita o Projeto de Lei do Senado n. 559, que tem por objeto alterar as regras para as contratações públicas. Aprovado em 13 de dezembro de 2016 no Plenário do Senado Federal, o PLS n. 559/2013 foi encaminhado à Câmara dos Deputados, onde foi convertido no Projeto de Lei n. 6.814, de 2017 e ainda está pendente de apreciação.

O intuito da nova legislação seria o de modernizar as leis brasileiras relativas à formação, formalização e execução de contratos públicos.<sup>2</sup> Diante dessa perspectiva, o projeto de lei contempla uma nova modalidade licitatória: o diálogo competitivo.

Sob a alcunha original de *competitive dialogue* (diálogo concorrencial), o instituto tem origem na legislação europeia, a qual serviu de inspiração à disciplina do instituto no Brasil.<sup>3</sup> Para melhor compreender os propósitos do diálogo competitivo, torna-se de suma importância analisá-lo em sua origem, considerando os fundamentos e o regramento jurídico na Europa. A partir dessa perspectiva comparativa, será possível determinar em que medida do regramento dado pelo PL n. 6.814 realmente está de acordo ou não com as finalidades do instituto.

<sup>1</sup> Pesquisador bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp). Graduando (10º período) em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FD/RP) da Universidade de São Paulo (USP).

<sup>2</sup> OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro*. 2017. p. 2. Disponível em: [http://licitacaoecontrato.com.br/assets/artigos/artigo\\_download\\_2.pdf](http://licitacaoecontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_2.pdf). Acesso em: 5 jul. 2018.

<sup>3</sup> O instituto do diálogo competitivo é originalmente conhecido como *competitive dialogue* e foi traduzido para o português, na Diretiva 2004/18/CE, no artigo 29, como *diálogo concorrencial*. Apesar de já existir a tradução do termo para a língua portuguesa, o Projeto de Lei n. 559, de 2013, trouxe o instituto como diálogo competitivo, realizando a tradução literal, a qual foi mantida no Projeto de Lei n. 6.814, de 2017. Ante o exposto, é evidente que o diálogo competitivo no Brasil é baseado no diálogo concorrencial, ou *competitive dialogue*. Dessa forma, no presente trabalho, usar-se-ão os termos diálogo competitivo e diálogo concorrencial como sinônimos.

## 2 DIÁLOGO COMPETITIVO: ORIGEM

No início da União Europeia não havia qualquer disciplina específica acerca das compras públicas. O tema era tratado a partir dos princípios presentes no Tratado de Roma, de 1957 – igualdade, não discriminação e livre circulação –, os quais permanecem sendo a base das normativas do direito europeu.<sup>4</sup>

As primeiras regulações europeias sobre licitações remontam à Diretiva 32, de 1970. Porém, um debate aprofundado no tema surgiu só em 1996, com o Green Paper Public Procurement in the European Union: Exploring the way forward.<sup>5</sup>

O objetivo de revisar as licitações europeias foi assumido em 1998, com base na Communication Public Procurement in the European Union, cuja principal característica era a flexibilidade. Na época, uma comissão foi criada especificamente para tratar do tema.<sup>6</sup> Essa Comissão assumiu ser necessário facilitar diálogos técnicos, especialmente para os contratos complexos, nos casos em que a entidade adjudicante não conseguisse encontrar a melhor solução às suas necessidades.<sup>7</sup> O grande dilema, de acordo com Michael Burnett,<sup>8</sup> era exatamente este: como conduzir licitações nas quais o contrato apresentasse um alto grau de complexidade.

A necessidade de um procedimento mais flexível e que permitisse uma maior participação do setor privado na construção de soluções para a demanda pública já havia aparecido no Reino Unido, na década de 1990. A experiência inglesa foi positiva e influenciou a criação do diálogo competitivo no âmbito europeu.<sup>9</sup>

O sistema europeu clássico de compra pública se mostrou inadequado, pelos seguintes fatores: i) a desconsideração das particularidades dos projetos cada vez mais complexos e interfronteiriços; ii) requisito de, no mínimo, 5 propostas nos procedimentos abertos e fechados, o que é completamente irrazoável considerando projetos complexos e de alto custo para sua mera elaboração; iii) requisito de definição das especificações técnicas de maneira completa desde o início do procedimento; iv) possibilidade limitada de diálogo durante o procedimento; v) possibilidade limitada de diálogo também depois da escolha do vencedor.<sup>10</sup>

Na intenção de atender essa demanda pela unificação das contratações do bloco e preencher a lacuna de eficiência deixada pelas outras modalidades licitatórias em situ-

<sup>4</sup> TELLES, Pedro. *Competitive dialogue in Portugal and Spain*. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade de Nottingham, Nottingham, 2010. p. 53-54.

<sup>5</sup> GOTTLIEB, S. C.; HAUGBOLLE, K.; PIHL, D. Competitive dialogue: driving innovation through procurement? *In: Nordic Conference on Construction Economics and Organization*. 8<sup>th</sup>, 2015, Copenhagen *Anais...* Copenhagen: 2015. p. 556.

<sup>6</sup> LAEDRE, Ola; LOHNE, Jardar; WONDIMU, Paulos Abebe. Motives for the use of competitive dialogue. *In: WALSH, K., SACKS, R., BRILAKIS, I. (eds.). LC3 2017 volume II - proceedings of the 25th Annual Conference of the International Group for Lean Construction*. Greece: Heraklion, 2017. Disponível em: <https://iglcstorage.blob.core.windows.net/papers/iglc-d23cf673-a9f7-4ffb-b40b-b44eba2a6763.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018. p. 53-54.

<sup>7</sup> TELLES, Pedro. *Competitive dialogue in Portugal and Spain*. Op. cit., p. 72.

<sup>8</sup> BURNETT, Michael. Using competitive dialogue in EU public procurement – early trends and future developments. *Eipascoppe*, 2009. Disponível em: [http://aei.pitt.edu/12381/1/20100114121857\\_Eipascoppe\\_2009\\_2\\_Article2.pdf](http://aei.pitt.edu/12381/1/20100114121857_Eipascoppe_2009_2_Article2.pdf). Acesso em: 25 abr. 2018.

<sup>9</sup> TELLES, Pedro. *Competitive dialogue in Portugal and Spain*. Op. cit., p. 74-76.

<sup>10</sup> TELLES, Pedro. *Competitive dialogue in Portugal and Spain*. Op. cit., p. 75.

ações específicas, a Diretiva 2004/18/CE criou o diálogo competitivo,<sup>11</sup> substituindo o *negotiated procedure*, procedimento então utilizado por inúmeros países,<sup>12</sup> que permitia a negociação apenas depois de estarem definidos todos os elementos do contrato – enquanto que o diálogo é mais abrangente, atendendo a demanda do mercado<sup>13</sup> – e que era direcionado apenas a projetos confidenciais ou urgentes – o que não se aplica ao diálogo competitivo.<sup>14</sup>

### 3 DIÁLOGO COMPETITIVO: DEFINIÇÃO

A Diretiva 2004/18/CE, do dia 31 de março de 2004, é relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços. Esse instrumento normativo foi o responsável por criar o diálogo competitivo e inseri-lo no cenário europeu.

De sua Exposição de Motivos, extrai-se que ela foi produzida com o intuito de responder às exigências de simplificação e modernização das compras públicas. É nessa perspectiva que o diálogo concorrencial se insere. A preocupação básica do legislador europeu era a de garantir a transparência e a concorrência efetiva, ressaltando esses dois elementos diversas vezes na Diretiva.

Dessa forma, o diálogo competitivo foi trazido ao direito comunitário para responder uma demanda específica dos Estados-membros, no sentido de eliminar restrições, simplificar e modernizar as compras públicas, garantindo a igualdade de tratamento, o reconhecimento mútuo, a proporcionalidade, a transparência, e, principalmente, a concorrência efetiva, aspectos enfatizados diversas vezes no documento.

Nos termos do item 11, c, da Diretiva 18/2004, o dialogo concorrencial é o procedimento em que a entidade adjudicante conduz um diálogo com os candidatos e no qual qualquer operador econômico pode solicitar sua participação, visando desenvolver uma ou várias soluções aptas a responder às suas necessidades. Com base nas soluções encontradas, os candidatos selecionados serão convidados a apresentar uma proposta.

Esse mesmo dispositivo impunha que o diálogo competitivo só poderia ser utilizado em casos de contratos complexos.<sup>15</sup> Contudo, o conceito de contrato complexo não encontrava definição específica na legislação. No entendimento de Jan-Bertram Hillig e Mieke

<sup>11</sup> LAEDRE, Ola; LOHNE, Jardar; WONDIMU, Paulos Abebe. Motives for the use of competitive dialogue. Op. cit., p. 53.

<sup>12</sup> LOSCH, Ruth. *Competitive dialogue and negotiated procedure in the public sector directive 2004/18/EC*. Heidelberg, 2007. Disponível em: <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/phdconference2007/ruthloschfinalconferencepaper.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018. p. 1.

<sup>13</sup> LAEDRE, Ola; LOHNE, Jardar; WONDIMU, Paulos Abebe. Motives for the use of competitive dialogue. Op. cit., p. 12.

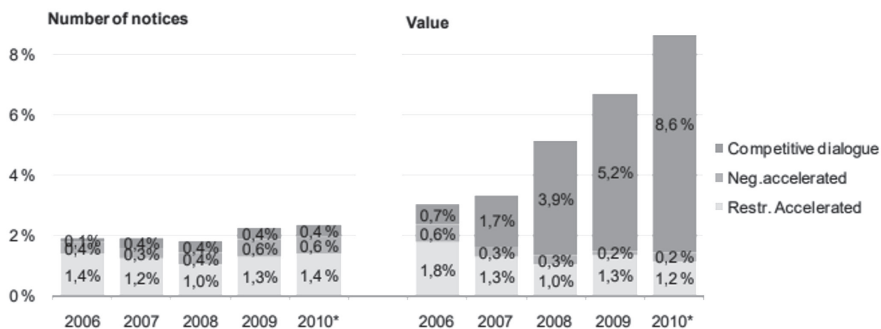
<sup>14</sup> DEWULF, Geert; HOEZEN, Mieke; VOORDIJK, Hans. Contracting dynamics in the competitive dialogue procedure. *Built Environment Project and Asset Management*, v. 2, p. 6-24, 2012.

<sup>15</sup> HUIJTH, G. J.; NAGELKERKE, M. C. J.; VALKENBURG, M. Competitive dialogue abyss or opportunity? *Delft*, 2017. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/265353994\\_COMPETITIVE\\_DIALOGUE\\_ABYSS\\_OR\\_OPPORTUNITY?enrichId=rgreq-a2ebef9b1b09ead72245991d8e34f0e4-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdIOzI2NTM1Mzk5NDtBUzo0NDkzMDMzOTYyNjE4ODhAMTQ4NDEzMzY4NTQ2Nw%3D%3D&el=1\\_x\\_2&esc=publicationCoverPdf](https://www.researchgate.net/publication/265353994_COMPETITIVE_DIALOGUE_ABYSS_OR_OPPORTUNITY?enrichId=rgreq-a2ebef9b1b09ead72245991d8e34f0e4-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdIOzI2NTM1Mzk5NDtBUzo0NDkzMDMzOTYyNjE4ODhAMTQ4NDEzMzY4NTQ2Nw%3D%3D&el=1_x_2&esc=publicationCoverPdf). Acesso em: 5 abr. 2018. p. 4.

Hoezen, os contratos complexos se encaixam especialmente nos projetos de transporte, de infraestrutura e de grandes conexões de internet.<sup>16</sup>

Apesar de ser um instituto inédito e que levantava inúmeros questionamentos, entre 2006 e 2010, a utilização do procedimento cresceu 8 vezes em valor, como demonstra a tabela a seguir:

**TABELA 1**



Fonte: Adaptado de CANTON, E.; RAMADA, P.; STRAND, I. (2011, p. 16).

Alguns países, como a Suécia, demoraram mais para realmente utilizar o instituto, mas, vendo o sucesso e efetividade dessa modalidade licitatória nos outros Estados-membro, passou a escolher o diálogo competitivo de maneira crescente entre 2009 e 2014.<sup>17</sup>

No ano de 2010, o diálogo competitivo foi escolhido em 4% das compras públicas da União Europeia, demonstrando a utilidade do instituto já nos seus primeiros anos de existência.<sup>18</sup> Nessa perspectiva Michael Burnett e Martin Oder<sup>19</sup> expõem que naquele mesmo ano, o diálogo competitivo correspondeu a 40 milhões de euros em contratações públicas. Informação esta que se coaduna com o exposto pela European Commission.<sup>20</sup>

Ante o exposto, resta evidente que o diálogo concorrencial, sob a Diretiva 2004/18/CE, foi inicialmente pouco utilizado, número este que foi crescendo com o aprimoramento do instituto, a ampliação do conhecimento acerca dele e o seu sucesso dentre os licitantes e as autoridades. O balanço após 10 anos da Diretiva 2004/18/CE demonstrou que o diálogo

<sup>16</sup> HILLIG, Jan-Bertram; HOEZEN, Mieke. *The competitive dialogue procedure: advantages, disadvantages, and its implementation into English and Dutch Law*. 2008. Disponível em: <https://www.irbnet.de/daten/iconda/CIB14508.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2018. p. 5-6.

<sup>17</sup> JÖNSSON, Stefan; LUKKARINEN, Jonathan; MORILD, Karin. *Facts and figures on public procurement in Sweden*. Stockholm: National Agency for Public Procurement, 2015. Disponível em: [http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/rapporter/rapport\\_2015-9\\_english.pdf](http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/rapporter/rapport_2015-9_english.pdf). Acesso em: 5 jun. 2018. p. 46.

<sup>18</sup> CANTON, Erik; RAMADA, Paula; STRAND, Ivar. *Public procurement in Europe: cost and effectiveness*. London, 2011. Disponível em: <https://ukmin.lrv.lt/uploads/ukmin/documents/files/Studija%20d%C4%97%20kainos%20ir%20efektyvumo%20vie%C5%A1uosiuose%20pirkimuose.pdf>. Acesso em: 21 maio 2018. p. 15.

<sup>19</sup> BURNETT, Michael; ODER, Martin. *Competitive dialogue and negotiated procedures: a practical guide*. 2. ed. Maastricht, 2015. Disponível em: [https://www.eipa.eu/wp-content/uploads/2018/01/CompetitiveDialogue2015\\_complete.pdf](https://www.eipa.eu/wp-content/uploads/2018/01/CompetitiveDialogue2015_complete.pdf). Acesso em: 10 jun. 2018. p. 47.

<sup>20</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Evaluation report: impact and effectiveness of EU Public Procurement Legislation*. Brussels, 2011. p. 10.



concorrencial adquiriu uma posição de relevância no direito comunitário, agradando licitantes e autoridades.<sup>21</sup>

## 4 DIÁLOGO COMPETITIVO: A DIRETIVA 24/2014/EU

Em 2014, foi editada a Diretiva 24/2014/UE, a qual é responsável por delinear o diálogo competitivo hoje, preenchendo lacunas e corrigindo problemas surgidos no instituto. Entretanto, a essência da modalidade licitatória e sua capacidade de garantir a competição foram mantidas.

### 4.1 Diálogo competitivo: inovações na Diretiva 24/2014/EU

Do ponto de vista da previsão legal, a Diretiva 24/2014 inovou no sentido de ter um artigo específico para delinear as possibilidades de utilização dos procedimentos, o que não era encontrado na diretiva revogada, cuja previsão limitava-se a contratos particularmente complexos.

De acordo com o artigo 26, da Diretiva 24/2014/UE, o diálogo competitivo será possível nos casos em que:

a) as contratações de obras, fornecimentos ou serviços devem preencher um ou mais dos seguintes critérios:

i) as necessidades da autoridade adjudicante não podem ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis;

ii) os produtos ou serviços que incluem a feitura de soluções inovadoras;

iii) o contrato não pode ser adjudicado sem negociações prévias, devido a circunstâncias específicas relacionadas com a natureza, a complexidade, ou a montagem jurídica e financeira, ou devido aos riscos a elas associadas;

iv) as especificações técnicas não podem ser definidas com precisão suficiente pela entidade adjudicante por referência a uma norma, homologação técnica europeia, especificações técnicas comuns ou referência técnica, de acordo com o Anexo VII da Diretiva.

b) as contratações de obras, fornecimentos ou serviço, que em resposta a um concurso aberto, ou limitado, a autoridade adjudicante só tiver recebido propostas irregulares ou inaceitáveis. Nessa situação, a entidade não é obrigada a seguir o anúncio de licitação inicial, podendo convertê-lo em diálogo competitivo ou concorrencial, apenas com aqueles que tenham apresentado propostas razoáveis. O elemento que define uma proposta razoável é a ausência de indícios de conluio, ou corrupção, ou também a proposta não ter uma qualidade anormalmente baixa. Além disso, serão inaceitáveis também as propostas de candidatos que não possuam as qualificações exigidas no edital, bem como aquelas que tiverem um preço que exceda o orçamento previsto.

A princípio, a previsão do item b existia apenas com relação ao procedimento por negociação, por força do artigo 30.1, a, da Diretiva 2004/18/CE. A partir da Diretiva 24/2014,

<sup>21</sup> BURNETT, Michael; ODER, Martin. *Competitive dialogue and negotiated procedures*: ... Op. cit., p. 47.

portanto, o diálogo concorrencial passou a ser também um procedimento subsidiário ao concurso aberto e ao concurso limitado, quando as propostas apresentadas nesses se caracterizarem como irregulares ou inaceitáveis.

De modo geral, a Diretiva 24/2014 reproduziu a disciplina da diretiva revogada, detalhando algumas previsões, a exemplo da determinação do artigo 30.1, referente ao prazo mínimo para candidatura dos interessados, correspondente a 30 dias, a contar da data de publicação do anúncio de licitação (na Diretiva de 2004, o prazo era de 37 dias, conforme o artigo 38.3, a). Diante disso, é importante mencionar que a Diretiva 2014/24/UE trouxe uma sistemática mais clara para o instituto, deixando todo o delineamento do diálogo competitivo num artigo apenas, aperfeiçoando a norma anterior.

Além disso, a disciplina dos critérios de adjudicação do contrato no artigo 67, da Diretiva 24/2014, é mais detalhada e sistematizada do que a do artigo 53, da Diretiva 18 de 2004.<sup>22</sup>

Ao contrário da previsão revogada, a disciplina atual especifica exatamente o que é a proposta economicamente mais vantajosa, utilizando uma abordagem custo-eficácia, baseada em critérios qualitativos que incluem aspectos ambientais e sociais, ligados ao objeto do contrato.

Por outro lado, a Diretiva revogadora estabelece que as entidades adjudicantes devem tomar as providências para documentar o procedimento, os diálogos com os participantes, garantindo a conservação por, pelo menos, três anos desse material (art. 84). Essa previsão pode ser considerada um avanço frente à Diretiva 18/2004, cujo artigo 84.2 era menos específico a esse respeito, prevendo que as autoridades adjudicantes deviam apenas documentar o procedimento.

Finalmente, a Diretiva revogadora diminuiu os montantes limiares de aplicação do instrumento (art. 4) que passaram a ser, pelo menos: 5.186.000 euros para contratos de empreitada de obras públicas; 134 mil euros para os contratos de fornecimento e de serviços adjudicados por autoridades centrais; 207 mil reais para contratos públicos de fornecimento e de serviços adjudicados por autoridades subcentrais; e, este sendo um limiar inédito, 750 mil euros para contratos públicos de serviços relativos a serviços sociais.

Essa diminuição, entretanto, não impactou o número de contratações que utilizam as modalidades licitatórias previstas na Diretiva 24, em relação à Diretiva 18, de 2004. Jan-Bertram Hillig e Mieke Hoezen<sup>23</sup> ressaltam que, mesmo com esses limites, os institutos presentes na Diretiva podem ser aplicados, incluindo o diálogo competitivo, se o Estado-membro assim decidir, com valores menores. Logo, há a obrigatoriedade de prever esses institutos internamente dentro desses limiares, fora deles, fica a critério do próprio país.

## 4.2 Diálogo competitivo: disciplina na Diretiva 24/2014/EU

As diferenças do diálogo concorrencial da Diretiva 2004/18/CE com o desenho dado pela Diretiva 24/2014/UE são mínimas. Não obstante, cabe analisar as previsões específicas

<sup>22</sup> TELLES, Pedro. *Competitive dialogue in Portugal and Spain*. Op. cit., p. 82.

<sup>23</sup> HILLIG, Jan-Bertram; HOEZEN, Mieke. *The competitive dialogue procedure: ... Op. cit.*

centrais da Diretiva revogadora, a qual é responsável pela disciplina do instituto no direito europeu. De acordo com a Diretiva 24/2014, o diálogo competitivo pode ser dividido nas seguintes fases: pré-licitatória, de habilitação, de diálogo, de propostas e de avaliação.

#### 4.2.1 Fase pré-licitatória

Antes de dar início ao procedimento em si, o World Bank<sup>24</sup> postula que a entidade deve planejar a licitação, tendo ciência de sua complexidade e estabelecendo seus prazos. Além disso, deve ainda preparar o mercado, decidindo a melhor forma de abordá-lo.

Antes mesmo de iniciar a fase de habilitação, a autoridade adjudicante deve fazer uma consulta preliminar ao mercado, para ter capacidade de delinear, mesmo que de maneira básica, o que será colocado no edital/anúncio de licitação. Isso permite que a entidade tenha, desde o início, um Core Project Team, o qual marca o centro de toda a discussão a ser realizada no procedimento.<sup>25</sup>

Nessa preparação, a autoridade deve estabelecer uma sólida estrutura de governança, com o intuito de alocar responsabilidade para a tomada de decisões centrais. Essa estrutura deve ser formada por uma equipe, a qual auxiliará o líder do procedimento, que deve ser alguém com notável experiência, além da possibilidade de consultar especialistas na matéria, para que possam contribuir no certame.<sup>26</sup> Segundo o relatório do HM Treasury,<sup>27</sup> essa preparação é elemento integrante e indispensável da fase pré-licitatória, ou pré-diálogo competitivo.

#### 4.2.2 Fase de habilitação

O diálogo competitivo é caracterizado por permitir a participação de qualquer agente econômico que peça para ser candidato, em resposta a um edital de licitação publicado. Esse anúncio deve abrir um prazo mínimo de 30 dias, a partir de sua publicação, para os pedidos de participação serem feitos, e é a abertura desse prazo que inicia a fase de habilitação.

As normas da União Europeia<sup>28</sup> em matéria de contratos públicos permitem às entidades públicas excluir uma empresa de um procedimento licitatório quando ela se encontrar em situação de falência ou de liquidação; se tiver cessado suas atividades, ou estiver sob administração judicial; tiver cometido uma falta grave em matéria profissional; não tiver pago

<sup>24</sup> THE WORLD BANK. *Competitive dialogue: how to undertake a competitive dialogue procurement process*. Washington: The World Bank, 2017. Disponível em: <http://pubdocs.worldbank.org/en/412401507743078456/Competitive-Dialogue-Guidance-2017.pdf>. Acesso em: 11 maio 2018. p. 4-5.

<sup>25</sup> SONOLA, Adeola. *Competitive dialogue for local authorities*. *Public Law Today*, 2016. Disponível em: <http://www.publiclawtoday.co.uk/local-government/procurement/308-procurement-and-contracts-articles/30545-competitive-dialogue-for-local-authorities>. Acesso em: 15 maio 2018. p. 2.

<sup>26</sup> THE WORLD BANK. *Competitive dialogue*:... Op. cit., p. 9.

<sup>27</sup> HM TREASURY. *Competitive dialogue in 2008*. Norwich: Office of Government Commerce, 2008. Disponível em: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/225317/02\\_competitive\\_dialogue\\_procedure.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/225317/02_competitive_dialogue_procedure.pdf). Acesso em: 15 maio 2018. p. 11.

<sup>28</sup> REGRAS e procedimentos em matéria de contratos públicos. *União Europeia*, maio 2018. Disponível em: [https://europa.eu/youreurope/business/public-tenders/rules-procedures/index\\_pt.htm](https://europa.eu/youreurope/business/public-tenders/rules-procedures/index_pt.htm). Acesso em: 25 maio 2018.

os impostos ou as contribuições para a segurança social; tiver prestado falsas declarações a uma entidade pública.

A participação no diálogo é condicionada ao convite feito pela entidade adjudicante, após a avaliação das informações prestadas pelo candidato. No anúncio, ou edital, as autoridades adjudicantes indicam as regras e critérios objetivos para a seleção daqueles que serão convidados a participar do diálogo.

O número de participantes pode ser limitado, a critério do licitante, em número não inferior a 3. O número de candidatos convidados deve ser suficiente para garantir uma concorrência real, a teor do artigo 65.2.

As autoridades adjudicantes divulgam suas necessidades, os requisitos de participação, bem como o critério de adjudicação no anúncio de licitação, ou na memória descritiva, estabelecendo um calendário indicativo das atividades.

### 4.2.3 Fase de diálogos

Pautada nesse calendário, após a primeira etapa, inicia-se a fase de diálogos entre a entidade adjudicante e participantes com o objetivo de identificar e definir os meios que melhor possam satisfazer suas necessidades, debatendo todos os aspectos da licitação, como expresso no artigo 30.3. Esse calendário deve prever e determinar as prioridades e a linha temporal geral do procedimento.<sup>29</sup>

Isso demonstra a preocupação com a garantia do tratamento igual entre os concorrentes, imposta no artigo 30.3, impedindo a entidade de facultar informações, de forma discriminatória, que possam conferir vantagens a determinados concorrentes.

Nesse mesmo sentido, as autoridades não podem revelar aos outros participantes as soluções propostas ou informações confidenciais comunicadas por um proponente, ou candidato, sem o seu consentimento, o qual deve ser colhido em termos específicos.

Durante esse diálogo existe uma interação entre todas as partes, compartilhando e combinando conhecimento, com o fito comum de encontrar a melhor solução para a demanda pública, inclusive por meio de comunicações diretas.<sup>30</sup>

Apesar dessa relação entre as partes, de acordo com o World Bank<sup>31</sup>, a autoridade adjudicante deve conduzir os diálogos separadamente com cada candidato, a partir do momento em que delineada a possível solução.

<sup>29</sup> MUNTZ-BEEKHUIS, Jacobien; NAGELKERKE, Marijke; STAAY, Diederik van der. *The competitive dialogue: a guide based on the current experience of the Rijksgebouwendienst, Rijkswaterstaat and the Ministry of Defence*. Rijksoverheid, The Hague, 2009. Disponível em: <https://www.piano.nl/sites/default/files/documents/documents/thecompetitivedialogue.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018. p. 33.

<sup>30</sup> CONTRACTING dynamics in the competitive dialogue procedure. *Built Environment Project and Asset Management*, v. 2, p. 6-24, 2012. p. 18.

<sup>31</sup> THE WORLD BANK. *Competitive dialogue*:... Op. cit.

Do ponto de vista psicológico, a interdependência entre a entidade e os participantes faz com que haja um respeito muito grande, vez que o objetivo é o mesmo<sup>32</sup>.

Os diálogos podem se desenrolar em fases sucessivas, de modo a reduzir o número de soluções a serem debatidas, aplicando os critérios previstos no edital. Caso a entidade tenha o interesse de usar essa faculdade, deve prever especificamente isso no edital.

#### 4.2.4 *Fase de propostas*

Encerrada a fase de diálogos, inicia-se a fase de propostas, na qual entidade irá solicitar aos participantes restantes que apresentem suas propostas finais, com base nas soluções apresentadas e especificadas durante o diálogo.

Essas propostas, de acordo com o artigo 30.6, devem incluir todos os elementos exigidos e necessários para a execução do projeto. A pedido das entidades adjudicantes, essas propostas podem ser clarificadas, precisadas e otimizadas, porém, isso não pode vir a alterar elementos fundamentais da proposta.

#### 4.2.5 *Fase de avaliação*

Por fim, na fase de avaliação, as autoridades adjudicantes vão selecionar a proposta economicamente mais vantajosa, tendo em conta a melhor relação qualidade-preço, com base nos critérios previstos no edital, tais como qualidade, acessibilidade, características sociais e ambientais.

Nessa fase, a entidade poderá negociar com o proponente vitorioso, de maneira a finalizar os termos do contrato. Essa negociação, todavia, não pode resultar numa alteração material dos aspectos essenciais da proposta, ou do contrato público, gerando distorções na concorrência.

Ademais, há a possibilidade de as autoridades adjudicantes preverem prêmios ou pagamentos àqueles que participarem do diálogo, sendo esse um estímulo na busca de uma solução que atenda o interesse público.

Além disso, o artigo 67.4 impõe que o critério de adjudicação não pode ter efeito de conferir à autoridade adjudicante uma liberdade de escolha ilimitada, devendo também assegurar a concorrência efetiva no procedimento.

## 5 **DIÁLOGO COMPETITIVO: VANTAGENS**

Apesar de ainda ser objeto de questionamentos, o diálogo competitivo é um instituto disseminado na União Europeia para atender uma demanda específica por flexibilidade e eficácia. E são várias as suas vantagens.

---

<sup>32</sup> THE WORLD BANK. *Competitive dialogue*:... Op. cit., p. 18.

De acordo com o relatório emitido pelo Lambeth's Council,<sup>33</sup> uma das maiores vantagens do diálogo competitivo é a manutenção da competição até o ponto em que as propostas finais são enviadas, mantendo um alto grau de certeza de custo para a Administração Pública. Ao analisar dois casos em que foi utilizado o diálogo competitivo, o relatório salienta que a visão dos licitantes foi sempre positiva, vez que o procedimento impedia um aumento inesperado nos custos totais da licitação e contratação.<sup>34</sup>

Isso porque, como a participação dos licitantes no procedimento é bastante ativa, ao discutir com a autoridade, eles definem todos os elementos da contratação, o que, por si só, já é uma vantagem do diálogo concorrencial.

O relatório acerca do diálogo competitivo no Reino Unido, emitido pelo HM Treasury,<sup>35</sup> caminha nesse mesmo sentido. Segundo o relatório, a utilização dessa modalidade licitatória diminui a quantidade de modificações contratuais após a sua adjudicação, em comparação com os outros procedimentos, reduzindo o custo associado às compras públicas<sup>36</sup>.

Nesse mesmo sentido, o diálogo concorrencial apresenta outras vantagens. Primeiro, ele permite à entidade adjudicante adaptar as especificações e buscar uma solução que atenda exatamente a sua necessidade. Mais, o contato resultante do procedimento faz gerar uma confiança mútua entre agentes privados e públicos, benéfica para o sistema como um todo<sup>37</sup>.

A efetividade dos contratos derivados do diálogo competitivo é a terceira vantagem, uma vez que os operadores econômicos vão agir exatamente naquilo que são especialistas. Por último, a alocação de riscos será definida pela relação entre os participantes e a autoridade, sendo assim, há uma maior justiça em sua delimitação.

## 6 DIÁLOGO COMPETITIVO NO BRASIL

### 6.1 Lei n. 8.666/93

A disciplina das compras públicas no Brasil é essencialmente realizada pela Lei n. 8.666/1993 (Lei de Licitações). Quando de sua edição, a Lei de Licitações tinha por objetivo racionalizar as contratações efetuadas pelo Poder Público, de maneira a garantir a concorrência, o desenvolvimento sustentável, a probidade administrativa e eficiência dos gastos (artigo 3º).

À época, acreditava-se um procedimento licitatório complexo e burocrático protegeria o interesse público, dificultando a prática de corrupção, ou outras formas de falsear a concorrência, como a formação de cartéis.

<sup>33</sup> LAMBETH's Council. EU Public Procurement – Competitive Dialogue, the Background, Lambeth's Experience and Knowledge. *Lambeth*, feb. 2009. Disponível em: <https://moderngov.lambeth.gov.uk/documents/s12649/03%20Competitive%20Dialogue.pdf>. Acesso em: 2 maio 2018. p. 5.

<sup>34</sup> LAMBETH's Council. EU Public Procurement – Competitive Dialogue... Op. cit., p. 8.

<sup>35</sup> HM TREASURY. *HM Treasury review of competitive dialogue*. London, nov. 2010. Disponível em: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/225318/03\\_ppp\\_competitive\\_dialogue.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/225318/03_ppp_competitive_dialogue.pdf). Acesso em: 15 maio 2018. p. 16.

<sup>36</sup> LAEDRE, Oia; LOHNE, Jardim; WONDIMU, Paulos Abebe. Motives for the use of competitive dialogue. Op. cit., p. 53-54.

<sup>37</sup> HILLIG, Jan-Bertram; HOEZEN, Mieke. *The competitive dialogue procedure*:... Op. cit., p. 9-10.

Todavia, após 25 anos da vigência da referida lei, extrai-se que essa norma estabeleceu um procedimento de compras públicas extremamente burocrático e inefetivo, representando, inclusive, um óbice à eficiência no gasto público.<sup>38</sup> Basta notar que o desperdício de recursos públicos por ineficiência representa mais de 70% do total de desaproveitamento existente em território nacional.<sup>39</sup>

Por outro lado, a Lei de Licitações não foi capaz de coibir os desvios da Administração Pública e ainda tornou a contratação pública lenta e custosa. Ademais, há um hiato enorme entre o instante em que surge a demanda interna por um bem, serviço ou obra, e o momento no qual há a sua execução.<sup>40</sup>

## 6.2 Projeto de Lei n. 559/2013 e Projeto de Lei n. 6.814/2017

Justamente nesse cenário o Senado Federal criou a Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos, com o intuito de responder algumas questões, dentre elas: a) é necessária uma supernormatização para garantir a isonomia, a livre concorrência e a racionalidade na contratação pública?; b) existe a necessidade de existirem tantas modalidades licitatórias e detalhes procedimentais tão complexos, inclusive para juristas?; c) o volume de normas e procedimentos é diretamente proporcional ao sucesso e à efetividade de um modelo licitatório?; d) qual o grau de burocracia deve permanecer?<sup>41</sup>

As atividades dessa Comissão culminaram no Projeto de Lei n. 559/2013, o qual, após anos de tramitação, foi atualizado e transformado no Projeto de Lei n. 6.814/2017. Esse instrumento normativo é responsável por introduzir o diálogo competitivo no Brasil, visando satisfazer a demanda do mercado por uma licitação que tenha como característica a flexibilidade.

Como já salientado, o diálogo competitivo tem como característica a competitividade, a flexibilidade, a igualdade de tratamento e a transparência.<sup>42</sup> Exatamente os elementos ausentes nas licitações brasileiras.

O artigo 5º, XLI define o diálogo competitivo como a modalidade de licitação em que a Administração Pública dialoga com licitantes previamente selecionados com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento do diálogo.

<sup>38</sup> DOURADO, Guilherme Afonso. A Lei de Licitações como óbice à eficiência da atuação do Estado Brasileiro: apontamentos, constatações e perspectivas. *Revista do CEPEJ*, n. 16, 2015. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/22339/14410>. Acesso em: 11 maio 2018. p. 258.

<sup>39</sup> DIAS, Lidiane Nazaré da Silva; LAURINHO, Ícaro Saraiva. Corrupção e ineficiência nos processos licitatórios da saúde pública brasileira: um enfoque nos dados da CGU. In: Congresso UFPE de Ciência Contábeis, 2016, Pernambuco. *Anais...* Pernambuco: Universidade Federal de Pernambuco, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/SUCC/article/view/3601/4998>. Acesso em: 10 mai. 2018. p. 12.

<sup>40</sup> MARRARA, Thiago. Em 20 anos, Lei de Licitações não foi capaz de coibir desvios. *Revista Consultor Jurídico*, abr. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-04/thiago-marrara-20-anos-lei-licitacoes-nao-foi-capaz-coibir-desvios>. Acesso em: 16 maio 2018.

<sup>41</sup> MARRARA, Thiago. Em 20 anos, Lei de Licitações não foi capaz de coibir desvios. Op. cit.

<sup>42</sup> LOSCH, Ruth. *Competitive dialogue and negotiated procedure...* Op. cit., p. 16.

Pelo conceito legal, percebe-se a influência europeia para o delineamento do diálogo concorrencial no Brasil, o qual é trazido como modalidade licitatória no artigo 25, VI, do PL n. 6.814.

O procedimento do diálogo competitivo é disciplinado pelo artigo 29, do PL n. 6.814, que estabelece seu caráter excepcional, porquanto restrito a contratações em que a Administração: I - vise contratar objeto que envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: a) inovação tecnológica ou técnica; b) possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou c) possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado; II – verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam vir a satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos: a) solução técnica mais adequada; b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; ou c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato e III – considere que os modos de disputa aberto e fechado não permitem apreciação adequada das variações entre propostas.

O parágrafo primeiro do mesmo artigo determina que a Administração deve divulgar, no instrumento convocatório, apenas as suas necessidades e as exigências já definidas. Incluindo os critérios empregados para a pré-seleção dos licitantes.

Como mencionado, a preocupação é preservar a concorrência e a igualdade de tratamento entre os participantes, impedindo a divulgação discriminatória de informações que possa gerar vantagem para algum licitante. Pelo mesmo motivo, a Administração necessita do consentimento do proponente para revelar aos demais licitantes as soluções propostas e informações sigilosas.

O diálogo poderá ser realizado em fases sucessivas até que a Administração identifique a solução que atenda às suas necessidades. Concluído o diálogo, a entidade adjudicante deve abrir um prazo, não inferior a 20 dias, para que os licitantes apresentem suas propostas finais. Nesse momento, a Administração Pública poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas, desde que isso não distorça a concorrência.

A condução do diálogo, deve ser feita por uma banca composta por, pelo menos, três servidores ou empregados públicos efetivos, admitindo-se a contratação de profissionais para assessoramento técnico, os quais devem assinar o termo de confidencialidade e estão impedidos de realizar atividades que configurem conflito de interesses. O diálogo, de acordo com a redação do PL, poderá ser acompanhado por órgãos de controle.

### **6.3 Diálogo competitivo no Brasil: substitutivo ao PL n. 6.814/2017**

A disciplina do diálogo competitivo no PL n. 6.814/2017 já foi objeto de críticas, o que resultou na proposição de um novo substitutivo, de autoria do Deputado Relator João Arruda, com modificações sensíveis ao instituto.

O novo delineamento do diálogo concorrencial, presente no artigo 31, traz o prazo de 30 dias para que, a partir da divulgação do edital de licitação, um interessado possa manifestar seu intuito de participar do procedimento. Essa previsão não existia versão anterior do Projeto de Lei.



Além disso, a nova redação do artigo 31, inciso VIII prevê o prazo mínimo de 90 dias para que todos os interessados apresentem suas propostas para a realização da fase competitiva.

O artigo 31, inciso VI também é uma modificação positiva. Pelo dispositivo, ausente na versão anterior, requer-se o registro das reuniões com os licitantes, por meio de atas e gravação de áudio e vídeo.

No que concerne ao controle externo, o substitutivo determina que o órgão de controle externo, sem especificar qual, poderá acompanhar e monitorar os diálogos competitivos. Na nova redação, esse órgão possui o prazo de 60 dias para opinar sobre a legalidade, legitimidade e economicidade da licitação, antes da celebração do contrato.

Apesar de caminhar em direção ao aperfeiçoamento do instituto do diálogo competitivo, o substitutivo do PL nº 6.814/2017 possui falhas consideráveis.

Logo em seu artigo 6º, inciso XLII, o legislador inseriu um elemento novo ao conceito, referente à contratação de “obras, serviços e compras de grande vulto”. Por sua vez, inciso IV do artigo 31, derivado dessa definição, impõe, para a utilização dessa modalidade licitatória, que o valor estimado da contratação seja maior do que cem milhões de reais. Como se demonstrará, se mantida, essa previsão poderá transformar o diálogo concorrencial, definitivamente, num procedimento natimorto no direito brasileiro.

Salienta-se, ainda, que a disciplina do instituto ainda é insuficiente. Assim, enquanto não houver todo o esclarecimento necessário acerca de um procedimento, não existirão as necessárias segurança jurídica e confiança entre as partes.

## **7 ANÁLISE CRÍTICA DO DIÁLOGO COMPETITIVO NO BRASIL**

Por todo o exposto, extrai-se que o diálogo competitivo no Brasil é uma cópia im-perfeita do diálogo concorrencial europeu. Os elementos que fundamentam essa afirmação podem ser agrupados em: a) possibilidade de utilização do procedimento; b) texto legal; c) prazos; d) fases do diálogo; e) extensão do diálogo; f) banca examinadora; g) outras modalidades presentes no ordenamento pátrio; e h) valor contratual.

Quanto à (a) possibilidade de utilização do procedimento, o caput do artigo 29, do PL n. 6.814 utiliza o termo “restrito”, a fim de impor tornar o diálogo competitivo uma modalidade excepcional de licitação. Para um procedimento que é, por essência, mais raro e especializado, essa terminologia pode gerar um efeito de negação ao instituto.

O rol legal de hipóteses em que o diálogo concorrencial seria aplicável no Brasil vai além da Diretiva 2014/24/UE, inovando e modificando a natureza do procedimento.

O inciso I, b, do artigo 29, do PL n. 6.814/2017 refere-se aos casos em que a execução do contrato possa se dar com diferentes metodologias. Tendo em vista que praticamente todo contrato pode ser executado com diferentes metodologias, haveria uma extensão do diálogo para situações em que não faz sentido a sua utilização. A essência do diálogo concorrencial é, exatamente, para contratações em que não há um método pré-concebido de execução daquele objeto.

No que diz respeito ao (b) texto legal, o artigo 29, do PL n. 6.814/2017, demonstra a dificuldade do legislador em compreender a essência do instituto. Essa modalidade licitatória é, por sua natureza, complexa, e o modo pelo qual foi colocado no Projeto de Lei o torna quase incompreensível.

A previsão legal parece ser um emaranhado de normas, pouco coesas, sem uma ideia contínua de delineamento do procedimento. Por exemplo, o inciso III, do artigo 29, prevê que o diálogo concorrencial poderá ser utilizado quando a Administração considerar que os modos de disputa aberto e fechado não permitem a apreciação adequada das variações entre as propostas. Contudo, os termos “aberto” e “fechado” são característicos do direito português, tendo pouca aplicação no Brasil. Ademais, não está claro se os incisos I e II, do artigo 29, são requisitos cumulativos ou alternativos.

As dificuldades redacionais demonstram que o caminho a ser percorrido pelo legislador brasileiro ainda é longo para atingir a devida aplicação do instituto. Isso porque, para atingir a confiança entre os participantes e a segurança jurídica necessárias ao sucesso do procedimento<sup>43</sup>, é necessário um texto legal claro que delimite exatamente os direitos, deveres e a maneira pela qual será conduzido o diálogo concorrencial.

No tocante aos (c) prazos, o artigo 29, do PL n. 6.814, prevê somente o prazo de 20 dias, após a conclusão dos diálogos, para a apresentação das propostas finais. Não obstante, um dos prazos mais importantes do diálogo concorrencial é o inicial, referente à recepção dos pedidos de participação no procedimento, após a publicação do anúncio de licitação. O PL, em sua versão substitutiva, acrescenta uma previsão a esse respeito, seguindo o prazo de 30 dias, estipulado no artigo 30, da Diretiva 24/2014/EU.

Porém, o substitutivo comete dois equívocos quanto aos prazos. Primeiro, estabelece o prazo mínimo de 90 dias para a apresentação das propostas finais por todos os interessados. Esse prazo não existe na União Europeia e é ausente de fundamentação, porquanto variável de acordo com o objeto contratado e o avanço alcançado na fase de diálogos. Mais, a abertura desse prazo não se restringe à apresentação das propostas finais pelos participantes restantes, o que causa questionamentos acerca do procedimento.

Em segundo lugar, determina um prazo máximo de 60 dias para que o órgão de controle externo opine sobre o procedimento. Esse prazo é gera grandes dúvidas quanto a seus efeitos. Caso esse órgão de controle não o cumpra, perderá a legitimidade para opinar? A Administração fica vedada de adjudicar o contrato durante esses 60 dias que o órgão de controle tem para opinar? A previsão legal é silente a esse respeito.

Quanto às (d) fases do diálogo, o substitutivo do PL ao tentar estabelecer as fases do procedimento, acaba por as confundir. Como mencionado, o diálogo competitivo europeu possui as fases pré-licitatória, de habilitação, de diálogos, de propostas, e, por fim, a fase de avaliação. No PL substitutivo (inciso VIII, do artigo 31), prevê-se a fase competitiva, como o momento em que os participantes são convocados para realizarem a sua proposta final. Porém, não há uma competição de fato entre os candidatos nesse momento, dado que um

---

<sup>43</sup> LAMBETH's Council. EU Public Procurement – Competitive Dialogue... Op. cit., p. 9.

proponente não sabe a proposta que o outro enviou. Essa seria, em verdade, a fase de propostas. A competição ocorre somente na fase de diálogos, na qual todos colaboram para a formação da solução mais adequada para o contrato.

No que tange à (e) extensão do diálogo, o artigo 30, 3 da Diretiva 2014/24/EU permite expressamente à autoridade adjudicante debater com os participantes todos os aspectos da licitação. Não há previsão semelhante no diálogo concorrencial brasileiro, o que traz mais dúvidas sobre o procedimento.

Sobre a (f) banca examinadora, relatório do World Bank<sup>44</sup> relata que manter um servidor com conhecimento suficiente para conduzir essa modalidade licitatória é inviável, tendo em vista o grau de especialização necessário. A despeito disso, o artigo 29, inciso X, do PL n. 6.814/2017 impõe que o procedimento deve ser conduzido por, pelo menos, três servidores ou empregados públicos efetivos. Não obstante, dificilmente serão encontrados tantos membros da Administração Pública com conhecimento específico para a função.

O Projeto de Lei n. 6.814/2017 também não explicita como se dará a (g) relação entre o diálogo competitivo e as outras modalidades licitatórias presentes no Brasil. O legislador pátrio permitiu a utilização do diálogo concorrencial (artigo 29, inciso I, do PL) nas mesmas hipóteses do artigo 9º e incisos, da Lei n. 12.462/2011. Assim, o diálogo competitivo seria responsável por esvaziar o objeto de aplicação do Regime Diferencial de Contratações Públicas, ou vice-versa.

Por fim, no que diz respeito ao (h) valor do contrato, o legislador, no Projeto de Lei substitutivo, artigo 31, inciso IV, estabelece que o diálogo concorrencial é permitido apenas para contratações superior a cem milhões de reais, valor aleatório e sem justificativa.

Para fins de comparação, a Diretiva 2014/24/UE, em seu artigo 4º, impõe que os Estados-membros prevejam o diálogo concorrencial para contratações acima de 5 milhões, cento e oitenta e seis mil euros, sendo esse o limiar máximo do instrumento, destinado aos contratos de empreitada de obras públicas, tendo os serviços e fornecimento valores menores ainda. Além disso, permite que os países integrantes do bloco utilizem o procedimento para limiares menores do que esse.

Dessa maneira, o limiar de 100 milhões de reais estabelecido no Brasil parece ser proposital para inviabilizar a utilização do diálogo concorrencial, vez que a quantidade de licitações de vulto maior que esse valor é ínfima. Essa previsão, portanto, desnatura todo o instituto e o transforma num procedimento natimorto no Brasil.

Assim, o diálogo competitivo, como delineado no artigo 29 do PL nº 6.814/2017 ou no artigo 31 de seu substitutivo, apresenta falhas e incongruências, as quais podem transformar o instituto numa previsão legal ineficaz, ou, até mesmo, inútil.

---

<sup>44</sup> THE WORLD BANK. *Competitive dialogue...* Op. cit.

## 8 CONCLUSÃO

O diálogo competitivo foi inserido na União Europeia com a Diretiva 18/2004, suprimindo uma lacuna existente nos procedimentos licitatórios nos casos em que a Administração Pública não conseguia, por si só, definir todos os elementos da contratação, necessitando, portanto, do auxílio do mercado para encontrar soluções.

Entre 2004 e 2014, o diálogo concorrencial cresceu bastante em volume de procedimentos, sendo a modalidade licitatória que mais avançou no período. Porém, apresentou problemas que precisavam ser corrigidos. Isso foi feito pela Diretiva 24/2014, que estabeleceu todas as suas fases (pré-licitatória, de habilitação, de diálogos, de propostas e de avaliação).

No Brasil, o procedimento licitatório é dado pela Lei nº 8.666/93, criticada por sua burocracia excessiva, ineficácia em coibir os desvios e um óbice à eficiência no gasto público. Respondendo à demanda por um procedimento mais flexível, eficaz e que possibilite aos licitantes participar da formulação de soluções que atendam o interesse público, surgiu o PL n. 6.814/2017 (originado do PL n. 559/2013), que introduz as discussões sobre o diálogo competitivo no Brasil.

Todavia, o PL e seu substitutivo possuem diversos problemas, principalmente no que concerne à possibilidade de utilização do diálogo competitivo; ao texto legal; aos prazos; às fases do procedimento; à extensão do diálogo; à banca examinadora; às outras modalidades licitatórias no ordenamento pátrio; e ao limiar de utilização.

Todos esses elementos, em conjunto, podem fazer do diálogo concorrencial no Brasil um instituto natimorto. Da maneira como disciplinada, essa modalidade pouco será utilizada pela Administração Pública em suas licitações, sendo, portanto, letra morta.

## REFERÊNCIAS

- BURNETT, Michael. Using competitive dialogue in EU public procurement – early trends and future developments. *Eipascopes*, 2009. Disponível em: [http://aei.pitt.edu/12381/1/20100114121857\\_Eipascopes\\_2009\\_2\\_Article2.pdf](http://aei.pitt.edu/12381/1/20100114121857_Eipascopes_2009_2_Article2.pdf). Acesso em: 25 abr. 2018.
- BURNETT, Michael; ODER, Martin. *Competitive dialogue and negotiated procedures: a practical guide*. 2. ed. Maastricht, 2015. Disponível em: [https://www.eipa.eu/wp-content/uploads/2018/01/Competitive-Dialogue2015\\_complete.pdf](https://www.eipa.eu/wp-content/uploads/2018/01/Competitive-Dialogue2015_complete.pdf). Acesso em: 10 jun. 2018.
- CANTON, Erik; RAMADA, Paula; STRAND, Ivar. *Public procurement in Europe: cost and effectiveness*. London, 2011. Disponível em: <https://ukmin.lrv.lt/uploads/ukmin/documents/files/Studija%20d%C4%97l%20kainos%20ir%20efektyvumo%20vie%C5%A1uosiuose%20pirkimuose.pdf>. Acesso em: 21 maio 2018.
- DEWULF, Geert; HOEZEN, Mieke; VOORDIJK, Hans. Contracting dynamics in the competitive dialogue procedure. *Built Environment Project and Asset Management*, v. 2, p. 6-24, 2012.
- DIAS, Lidiane Nazaré da Silva; LAURINHO, Ícaro Saraiva. Corrupção e ineficiência nos processos licitatórios da saúde pública brasileira: um enfoque nos dados da CGU. In: Congresso UFPE de Ciência Contábeis, 2016, Pernambuco. *Anais...* Pernambuco: Universidade Federal de Pernambuco, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/SUCC/article/view/3601/4998>. Acesso em: 10 maio 2018.

DOURADO, Guilherme Afonso. A Lei de Licitações como óbice à eficiência da atuação do Estado Brasileiro: apontamentos, constatações e perspectivas. *Revista do CEPEJ*, n. 16, 2015. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/22339/14410>. Acesso em: 11 maio 2018.

EUROPEAN COMMISSION. *Evaluation report: impact and effectiveness of EU Public Procurement Legislation*. Brussels, 2011.

GOTTLIEB, S. C.; HAUGBOLLE, K.; PIHL, D. Competitive dialogue: driving innovation through procurement? *In: Nordic Conference on Construction Economics and Organization*. 8th, 2015, Copenhagen *Anais...* Copenhagen: 2015.

HILLIG, Jan-Bertram; HOEZEN, Mieke. *The competitive dialogue procedure: advantages, disadvantages, and its implementation into English and Dutch Law*. 2008. Disponível em: <https://www.irbnet.de/daten/iconda/CIB14508.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2018.

HM TREASURY. *Competitive dialogue in 2008*. Norwich: Office of Government Commerce, 2008. Disponível em: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/225317/02\\_competitive\\_dialogue\\_procedure.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/225317/02_competitive_dialogue_procedure.pdf). Acesso em: 15 maio 2018.

HM TREASURY. *HM Treasury review of competitive dialogue*. London, nov. 2010. Disponível em: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/225318/03\\_ppp\\_competitive\\_dialogue.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/225318/03_ppp_competitive_dialogue.pdf). Acesso em: 15 maio 2018.

HUIJTH, G. J.; NAGELKERKE, M. C. J.; VALKENBURG, M. Competitive dialogue abyss or opportunity? *Delft*, 2017. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/265353994\\_COMPETITIVE\\_DIALOGUE\\_ABYSS\\_OR\\_OPPORTUNITY?enrichId=rgreq-a2ebef9b1b09ead72245991d8e34f0e4-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzI2NTM1Mzk5NDtBUzo0NDkzMzOTYyNjE4ODhAMTQ4NDEzZmZy4NTQ2Nw%3D%3D&el=1\\_x\\_2&\\_esc=publicationCoverPdf](https://www.researchgate.net/publication/265353994_COMPETITIVE_DIALOGUE_ABYSS_OR_OPPORTUNITY?enrichId=rgreq-a2ebef9b1b09ead72245991d8e34f0e4-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzI2NTM1Mzk5NDtBUzo0NDkzMzOTYyNjE4ODhAMTQ4NDEzZmZy4NTQ2Nw%3D%3D&el=1_x_2&_esc=publicationCoverPdf). Acesso em: 5 abr. 2018.

JÖNSSON, Stefan; LUKKARINEN, Jonathan; MORILD, Karin. *Facts and figures on public procurement in Sweden*. Stockholm: National Agency for Public Procurement, 2015. Disponível em: [http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/rapporter/rapport\\_2015-9\\_english.pdf](http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/rapporter/rapport_2015-9_english.pdf). Acesso em: 5 jun. 2018.

LAEDRE, Ola; LOHNE, Jardar; WONDIMU, Paulos Abebe. Motives for the use of competitive dialogue. *In: WALSH, K., SACKS, R., BRILAKIS, I. (eds.). LC3 2017 volume II - proceedings of the 25th Annual Conference of the International Group for Lean Construction*. Greece: Heraklion, 2017. Disponível em: <https://iglcstorage.blob.core.windows.net/papers/iglc-d23cf673-a9f7-4ffb-b40b-b44eba2a6763.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018.

LAMBETH's Council. EU Public Procurement – Competitive Dialogue, the Background, Lambeth's Experience and Knowledge. *Lambeth*, feb. 2009. Disponível em: <https://modern.gov.lambeth.gov.uk/documents/s12649/03%20Competitive%20Dialogue.pdf>. Acesso em: 2 maio 2018.

LOSCH, Ruth. *Competitive dialogue and negotiated procedure in the public sector directive 2004/18/EC*. Heidelberg, 2007. Disponível em: <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/phdconference2007/ruthloschfinalconferencepaper.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018.

MARRARA, Thiago. Licitações na União Europeia (II): princípios e modalidades licitatórias. *Direito do Estado*, n. 94, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniao-europeia-ii-principios-e-modalidades-licitatorias>. Acesso em: 13 maio 2018.

MARRARA, Thiago. Em 20 anos, Lei de Licitações não foi capaz de coibir desvios. *Revista Consultor Jurídico*, abr. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-04/thiago-marrara-20-anos-lei-licitacoes-nao-foi-capaz-coibir-desvios>. Acesso em: 16 maio 2018.

MUNTZ-BEEKHUIS, Jacobien; NAGELKERKE, Marijke; STAAY, Diederik van der. *The competitive dialogue: a guide based on the current experience of the Rijksgebouwendienst, Rijkswaterstaat and the Ministry of Defence*. Rijksoverheid, The Hague, 2009. Disponível em: <https://www.pianoo.nl/sites/default/files/documents/documents/thecompetitivedialogue.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima. *O diálogo competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro*. 2017. Disponível em: [http://licitacaoecontrato.com.br/assets/artigos/artigo\\_download\\_2.pdf](http://licitacaoecontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_2.pdf). Acesso em: 5 jul. 2018.

SONOLA, Adeola. Competitive dialogue for local authorities. *Public Law Today*, 2016. Disponível em: <http://www.publiclawtoday.co.uk/local-government/procurement/308-procurement-and-contracts-articles/30545-competitive-dialogue-for-local-authorities>. Acesso em: 15 maio 2018.

TELLES, Pedro. *Competitive dialogue in Portugal and Spain*. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade de Nottingham, Nottingham, 2010.

THE WORLD BANK. *Competitive dialogue: how to undertake a competitive dialogue procurement process*. Washington: The World Bank, 2017. Disponível em: <http://pubdocs.worldbank.org/en/412401507743078456/Competitive-Dialogue-Guidance-2017.pdf>. Acesso em: 11 maio 2018.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2004/18/CE*. Parlamento Europeu e o Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0018>. Acesso em: 10 maio 2018.

\_\_\_\_\_. *Diretiva 2014/24/UE*. Parlamento Europeu e o Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>. Acesso em: 10 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Regras e procedimentos em matéria de contratos públicos. 2018. Disponível em: [https://europa.eu/youreurope/business/public-tenders/rules-procedures/index\\_pt.htm](https://europa.eu/youreurope/business/public-tenders/rules-procedures/index_pt.htm). Acesso em: 11 maio 2018.

# O debate jurídico acerca da reversibilidade de bens em telecomunicações

**Cibelle Mortari Kilmar<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** **1** Visão Geral da Evolução Histórica da Concessão do Serviço de Telefonia Fixa Comutada – STFC e da desestatização do Sistema Telebrás e da Embratel; **2** Um novo modelo. Desestatização e Privatização das Telecomunicações e o Estado Regulador; **3** O regime jurídico dos bens reversíveis no âmbito da concessão dos serviços de telecomunicações; **4** Da atuação da Anatel sobre os bens reversíveis das concessionárias do STFC; **5** A problemática dos novos contratos de concessão do STFC; Referências.

## **1 VISÃO GERAL DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONCESSÃO DO SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA COMUTADA – STFC E DA DESESTATIZAÇÃO DO SISTEMA TELEBRÁS E DA EMBRATEL**

Desde o início da institucionalização das telecomunicações no Brasil<sup>2</sup>, o regime jurídico e a titularidade dos serviços atravessaram por diversos modelos até alcançar o atual momento, em que houve a descentralização administrativa, com a derrogação da prestação dos serviços à iniciativa privada.

Historicamente, o setor evoluiu não só em relação às tecnologias empregadas na consecução das atividades empreendidas, como também superou diversas modalidades de serviços em si, de maneira a mudar o comportamento social, caminhando rapidamente para as denominadas inovações disruptivas amplamente difundidas na atualidade.

Por intermédio da criação do Código Brasileiro de Telecomunicações, instituído pela Lei n. 4117 de 27 de agosto de 1962, foi consolidada a regulamentação da área das telecomunicações e da radiodifusão no país. Nascido na vigência da Constituição Federal de 1946, e posteriormente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o CTB tinha a expectativa de alcançar desenvolvimento e expansão na universalização dos serviços, que à época consistia nos serviços de rádio, televisão e telefonia fixa exclusivamente.

Posteriormente e representando efetivamente a promoção das telecomunicações no Brasil, o governo federal criou a *holding* do Sistema Telebrás,<sup>3</sup> como também transformou a

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada.

<sup>2</sup> A primeira linha de telégrafo elétrico nacional foi inaugurada em 11 de maio de 1852, ligando a Quinta Imperial e o Quartel de Campo, ambos sediados no Rio de Janeiro, sob o pretexto de combater o tráfico de escravos. TELEBRASIL. *Companhia Telegráfica ITALCABLE marca presença na cidade de Santos*. Rio de Janeiro: Telebrasil, 2017. Disponível em: <http://www.telebrasil.org.br/sala-de-imprensa/releases/8186-companhia-telegrafica-italcable-marca-presenca-na-cidade-de-santos>. Acesso em: 16 nov. 2018.

<sup>3</sup> Em razão dos movimentos políticos herdados da década de 1960 e, ainda, pelo movimento nacionalista preponderante no Governo Militar, criou-se o Sistema Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebrás), instituído pela Lei n. 5.792, de 11 de julho de 1972, e vinculado ao Ministério das Comunicações.

já consolidada Embratel<sup>4</sup> numa empresa de economia mista, ambas de regime jurídico público. As empresas públicas Embratel e as empresas do conglomerado do Sistema Telebrás não só detinham o monopólio das operações das telecomunicações no país, como também eram operacionalizadas essencialmente pelo Estado.

Neste mesmo período de monopólio estatal, chegaram a coexistir com a Embratel e o Sistema Telebrás, outras pequenas empresas privadas que eram titulares de concessões de telefonia em determinadas localidades do país, criadas anteriormente ao Sistema Telebrás e que não foram absorvidas ou revogadas pelo Estado com o advento da lei que criou o novo modelo de gestão diretamente estatal. Conforme a política vigente à época, ao expirarem os prazos de concessões dessas empresas privadas, tanto a Embratel como o Sistema Telebrás absorveram tais operações, assumindo e ampliando suas atuações gradativamente.

No meio da década de 90, momento efervescente da reforma gerencial administrativa, o Sistema Telebras figurava entre os 20 maiores operadores de telecomunicações, com uma receita operacional de aproximadamente US\$ 9,5 milhões e 92,5 mil funcionários.<sup>5</sup>

Apesar da ótima colocação em relação ao mundo, o Sistema Telebrás possuía certas dificuldades, como por exemplo o desarranjo tarifário, as restrições operacionais impostas à gestão empresarial, dotadas de mecanismos da Administração Pública, sem orientação voltada à obtenção de lucros e ao cumprimento de metas e, principalmente, a falta de competitividade entre agentes no mercado.

Com a articulação política pela promulgação da emenda n. 8 à Constituição Federal, que representou profundas mudanças na interação entre a economia e o Estado, foi conferida nova redação ao artigo 21<sup>6</sup> da Constituição Federal, para constar a exploração das telecomunicações, mediante autorização, concessão ou permissão, bem como estabelecer a descentralização administrativa,<sup>7</sup> por intermédio de uma agência reguladora para o setor.

Nesse sentido, a Lei 9.472 de 16/07/1997, a chamada Lei Geral de Telecomunicações, criou a Anatel, definiu o novo modelo de exploração das telecomunicações e estabeleceu o processo de desestatização<sup>8</sup> das empresas do Sistema Telebrás e da Embratel.

<sup>4</sup> Em 16 de setembro de 1965, a Embratel foi reconstituída pelo Fundo Nacional de Telecomunicações, com a missão de interligar todas as capitais e as principais cidades do país. A empresa assumiu também a exploração dos serviços internacionais, à medida que expiravam os prazos das concessões das companhias estrangeiras, até então responsáveis pelos serviços.

<sup>5</sup> ALMEIDA, Márcio Wohlers. A internacionalização das telecomunicações: caracterização básica e impacto institucional. In: BOLAÑO, César Ricardo Siqueira (Org.). *Globalização e regionalização das comunicações*. São Paulo: Educ, 1999.

<sup>6</sup> "Art. 21. Compete à União: ...

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;"

<sup>7</sup> NOHARA, Irene Patrícia, *Constituição Federal de 1988: comentários ao capítulo da administração pública*. Trata-se de um sentido criticado por Emerson Gabardo e Gilberto Bercovici, que entendem não ser possível a aceitação de que o sistema de descentralização administrativa se pauta pela subsidiariedade nem mesmo que poderia ser legitimado por um modelo de Estado Gerencial-Liberal.

<sup>8</sup> O termo desestatização foi recepcionado pelo Programa Nacional de Desestatização do governo federal, instituído pela Lei n. 9491/97.



Todo esse movimento de transformação da administração pública surgiu a partir do ideal de buscar alternativas que pudessem promover a universalização das telecomunicações, difundir a expansão da rede física instalada que detinha grande demanda reprimida, e que ainda era um dos maiores desafios à serem empreendidos à época em razão da dimensão territorial do país.

Por outro lado, é importante observar que as tecnologias existentes à época, muito repousada em redes físicas, cabos, fios e centros de comutação, representavam como um entrave para a superação das barreiras territoriais, com o alcance das telecomunicações nas regiões longínquas.

Dentre as medidas adotadas pelo Ministério das Comunicações e pela Anatel para implementar o que estabelecia a Lei Geral de Telecomunicações, vale destacar: (i) a reestruturação do Sistema Telebrás em três empresas *holding* de telefonia fixa local, uma de longa distância e oito de telefonia móvel, conforme o Decreto nº 2.546, de 14 de abril de 1998; (ii) a contratação, em 14 de maio de 1998, de consultorias para realizar a avaliação econômico-financeira das empresas a serem privatizadas; (iii) a assinatura de 70 contratos de concessão do STFC – telefonia fixa; (iv) a publicação do Edital MC/BNDES n. 1/1998, em 10 de junho de 1998, cujo objetivo era alienar as ações equivalentes a 51,79% do capital votante de cada empresa do Sistema Telebrás; e (v) a realização do leilão, em 29 de julho de 1998, pelo preço mínimo de R\$ 10,67 bilhões, somando-se todas as empresas de STFC – telefonia fixa.<sup>9</sup>

Parte dos atuais bens classificados como sendo reversíveis são portanto, o legado patrimonial das empresas públicas que foram privatizadas, compreendidos pelo período de transição destas operações empresariais puramente empreendidas pelo Estado para a exploração dos serviços pelas concessionárias.

## **2 MODELO GERENCIAL DO ESTADO. DESESTATIZAÇÃO E PRIVATIZAÇÃO DAS TELECOMUNICAÇÕES E A DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA (ESTADO REGULADOR)**

É importante destacar que o regime jurídico dos bens reversíveis ganhou novos contornos, com o novo modelo gerencial do Estado, que defluiu formas de atuação conjunta entre a Administração Pública e o Poder Econômico, estimulada pela competição entre os agentes econômicos, fazendo com que o regime jurídico administrativo e o regime jurídico em si desses bens sofram mutações e ganhem novos contornos rapidamente.

Bens Reversíveis são aqueles bens empregados pela Concessionária e indispensáveis à continuidade da prestação do serviço no regime público, os quais poderão ser revertidos ao Estado ao término dos contratos de concessão. O acompanhamento pelo Estado desses bens é disciplinado pelo Regulamento de Controle de Bens Reversíveis, aprovado

<sup>9</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Relatório de Auditoria TC 015.409/2016-3*. Relator Ministro Bruno Dantas. Brasília: TCU, 2016.

pela Resolução n. 447, de 19 de outubro de 2006 expedido pela Anatel, que é responsável pelo acompanhamento e controle das concessões vigentes.

O ideário de concessão de serviço público iniciou-se pelo movimento político neoliberal na Europa, difundido desde o século XIX, sobretudo na França, para serviços que exigem grandes investimentos financeiros e pessoal técnico especializado, encargos estes que o Poder Público possui certas dificuldades em operacionalizar e atuar diretamente.

Nas palavras de Luiz Carlos Bresser Pereira, que define a substituição do modelo burocrático amparado no sistema weberiano pelo modelo de administração pública gerencial:

Tornou-se comum afirmar que as reformas orientadas para o mercado que vêm sendo realizadas desde 1980 importam na passagem do Estado produtor para o regulador. Esta linguagem é perigosa, tem forte sabor neoliberal, na medida em que está afirmando que a reforma limita-se a privatizar serviços monopolistas ou quase-monopolistas e, em seguida, estabelecer agências reguladoras dos preços das empresas privatizadas. Por isso, prefiro falar em uma reforma gerencial do Estado e, portanto, que a transição do Estado produtor para o Estado gerencial vai além de criar agências reguladoras: é também o Estado democrático e eficiente, que financia a fundo perdido os serviços sociais e de pesquisa científica e age como capacitador (*enabler*) da competitividade das empresas privadas.<sup>10</sup>

O termo privatização se reveste de uma forma de diminuição do tamanho do Estado, abrangendo várias outras formas, como desmonopolização, terceirização, concessão e venda de ações de estatais. No Direito Brasileiro, ao instituir o Programa Nacional de Desestatização, a Lei n. 9491/97 positivou o conceito de que privatização abrange somente a transferência de ativos ou ações de empresas estatais para o setor privado e conseqüentemente a concessão de serviços públicos das empresas públicas para empresas privadas são modalidades de desestatização.<sup>11</sup>

Passamos às explicações. A natureza jurídica dos processos que ocorreram com as concessionárias de serviços de telecomunicações, pertencentes ou não ao sistema Telebrás, a competência continua sendo da União, que apenas delega a prestação do serviço às empresas, sejam elas públicas como é o caso da Sercomtel ou privadas como é o caso da CTBC ou Telefônica, por intermédio de concessão ou autorização. Vale destacar o que diz Eros Roberto Grau:

O inciso XI referia concessão a *empresas sob controle acionário estatal* dos “serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações”. A nova redação conferida ao preceito, que menciona singelamente *serviços de telecomunica-*

<sup>10</sup> Cf. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial do Estado de 1995. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 4, jul./ago. 2000.

<sup>11</sup> A divergência de nomenclatura na doutrina é grande. No presente estudo, adotaremos, aproximadamente ao que sustenta Celso Antonio Bandeira de Mello (*In*: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Privatização e Serviços Públicos. *RTDP*, n. 22, p. 172-180, s.d.) com base no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 9491/97, o termo “desestatização”, em sentido geral como gênero, e em sentido específico para os serviços públicos cuja execução foi delegada à iniciativa privada, sendo que o termo “privatização” poderia ser utilizado para as atividades econômicas que deixaram de ser exploradas por entidades estatais, que não é o caso do presente estudo.

ções, refere simplesmente a *autorização, concessão ou permissão* dos serviços, o que importa em que possam vir ser *privatizados*. Este terá sido, seguramente, o objetivo maior visado pelo Poder Executivo na proposição da reforma constitucional, em coerência com o programa neoliberal e de internacionalização econômica. O interesse das multinacionais, sobretudo na telefonia celular, é bem marcante, articulando-se com grande eficiência.<sup>12</sup>

Dentre os ativos financeiros que compunham o patrimônio das empresas desestatizadas, constavam: (i) a concessão em si, com o seu respectivo contrato prevendo direitos e deveres da concessionária; (ii) os bens relacionados com o serviço de STFC como redes e imóveis; e (iii) outros bens não relacionados com o STFC, como clubes de funcionários, áreas de estacionamento, imóveis administrativos etc.<sup>13</sup>

A Lei Geral de Telecomunicações previa que o fim das concessões pactuadas em 1998 do STFC ocorreria em dezembro de 2005, assegurado o direito à prorrogação única por vinte anos. Em dezembro de 2005, prorrogou-se as concessões até 2025, com a assinatura de setenta contratos de idêntico teor, que incluíram a possibilidade de revisões quinquenais para estabelecer novos condicionamentos e novas metas para universalização e qualidade dos serviços concedidos.

Após diversos movimentos societários, com aquisições, fusões e incorporações, existem atualmente seis concessionárias no país:

- a) Empresas originárias da desestatização do Sistema Telebrás: Embratel (Grupo Claro), Telefonica (Grupo Vivo) e Brasil Telecom e Telemar (ambas do Grupo Oi); e
- b) Empresas sem relação com a desestatização do Sistema Telebrás: Sercomtel (Prefeitura de Londrina/PR) e Companhia Telefônica Borda do Campo – CTBC (Grupo Algar).

O paradigma contemporâneo cinge entre a crítica veemente do Estado *versus* um ideário que alça novas categorias e princípios a partir de uma nova forma de pensar e gerir o ente estatal, e, por assim dizer, o ideário de um “novo Direito Administrativo”, que está inserido na ideia de um novo tempo. Nesse sentido, elucida Emerson Gabardo:

Um tempo que não mais é propício para alguns signos tradicionalmente aceitos. Alguns teóricos, por exemplo, com o objetivo manifesto de culpar o princípio da supremacia do interesse público pelas mazelas da atuação estatal contemporânea, vão em busca de certo “pecado original” pelo qual o Estado deve quotidianamente ser declarado culpado, cabendo-lhe como redenção apenas a recorrência ao interesse privado ou à ponderação (esta última a palavra mágica do novo século).<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. Grifos do autor.

<sup>13</sup> Relatório de Auditoria do Tribunal de Contas da União. Grupo I – Classe V – Plenário. TC n. 024.646/2014-8.

<sup>14</sup> Cf. GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Tramita na Câmara dos Deputados, o projeto de lei PLC 79 de 2016, de autoria do Deputado Federal Daniel Vilela que propõe alterar a Lei Geral de Telecomunicações, estabelecendo um novo marco legal para o setor. Dentre as mudanças propostas, a principal delas é autorizar, mediante solicitação da concessionária, a adaptação dos contratos de concessão para o modelo de autorização, sem contudo, estar resolvida a reversibilidade dos bens.

### 3 O REGIME JURÍDICO DOS BENS REVERSÍVEIS NO ÂMBITO DA CONCESSÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

Desde já, deve-se ter em mente que a transferência da execução do serviço público para a empresa privada não implica na supressão absoluta do regime jurídico administrativo ao qual este serviço encontra-se originariamente vinculado. Deve-se ponderar que a transferência da execução do serviço público para a empresa privada implica na derrogação do regime jurídico de direito público existente na prestação direta dessa atividade pelo Estado.

Para Irene Patrícia Nohara, “A opção política por promover especialização na regulação foi orientada para a obtenção de eficiência. Este princípio engloba, conforme visto, os objetivos de imparcialidade, transparência, aproximação do serviço da população, bem como a exigência de parâmetros de qualidade em sua prestação”.<sup>15</sup>

O modelo econômico moderno orientado à competitividade e a evolução rápida das tecnologias carece de um posicionamento *eficiente* do Estado, tendo em vista o legado patrimonial público existente.

A moderna atividade econômica é marcada por tal signo, ou seja, o signo da competitividade, que é muito salutar. Todavia para serviços públicos essenciais, que necessitam atingir todos os níveis da população, nas mais diversas localidades, principalmente naquelas localidades que são distantes dos grandes centros, tal qual é o telefone fixo e a internet, as regras do livre mercado, sem freios, não podem ser aplicadas em detrimento de possivelmente serem preteridos direitos fundamentais instituídos pela Constituição Federal.

A transferência da prestação de serviços públicos a empresas privadas levou à uma necessária alteração de lógica jurídica. Isto porque, mesmo sendo executados por particulares, os serviços públicos não podem perder as suas características de generalidade, essencialidade, continuidade, modicidade tarifária, relevância, isonomia e satisfação de necessidades coletivas.<sup>16</sup>

Tal qual é a indisponibilidade das características dos serviços públicos, são também as características dos bens reversíveis das concessionárias destes serviços: Inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e não onerabilidade.

A inalienabilidade, mesmo no que se refere aos bens públicos em sentido estrito, guardam esta característica enquanto conservarem a sua função, na forma que a lei determinar. Isso quer dizer que a inalienabilidade está ligada a afetação do bem a uma utilidade pública.

<sup>15</sup> NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

<sup>16</sup> GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2005.

Se houver a substituição dos bens empregados na execução da atividade pública, os insumos substituídos passarão à qualidade de bens privados da empresa prestadora de tais serviços e deste modo, poderão ser livremente alienados, podendo ocorrer nos casos de depreciação dos bens empregados na concessão e em caso de atualização tecnológica.

Naturalmente, essa substituição deve ser acompanhada e autorizada pelo Poder Concedente, que analisará todos os critérios para que sejam respeitadas as condições de reversibilidade com o término do contrato de concessão, assunto que abordaremos logo mais a frente.

A imprescritibilidade, ressalta-se pela sua principal característica, segundo a qual os bens públicos são insuscetíveis de prescrição aquisitiva, ou seja, de aquisição por usucapião.

Por fim, a impenhorabilidade dos bens afetados à prestação dos serviços públicos tem ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial, sendo esta característica dos bens públicos extensível aos bens das concessionárias vinculadas à execução dos serviços públicos, por serem considerados indisponíveis por sua natureza.

Todavia, observa-se na atualidade certa divergência de entendimento doutrinário que considera mais importante a preservação da igualdade da concorrência entre os agentes econômicos do que a preservação das características basilares dos bens reversíveis, ou seja, o critério da afetação do bem destinado à prestação do serviço deixou de ser utilizado para a definição do seu regime jurídico nos casos em que o serviço público é prestado de forma concorrencial, sob pena de criar privilégios entre os concorrentes.

Há portanto, uma alteração do regime jurídico dos serviços públicos concedidos, que passou a ser um regime parcialmente público ou parcialmente privado. Convém transcrever o entendimento de Vitor Rhein Schirato:

Atualmente, não há como se falar em uma separação rígida entre regimes público e privado. Estes se confundem e se misturam; os critérios tradicionais de separação não conseguem responder a situações hoje presentes. Por vezes, à privados são conferidas prerrogativas típicas de direito público – como a condução de processos de urbanização nos quais serão satisfeitos interesses meramente empresariais do particular e interesses públicos –, ao mesmo tempo em que a administração pública se vale da transação e do consensualismo para atingir o interesse público, abrindo mão de suas premissas.<sup>17</sup>

A variação de entendimentos e a diluição da noção do direito público, que possui no direito positivo e em cada momento sócio-econômico uma posição, em muito contribui para a dificuldade de analisar a questão, que se mostra cada dia mais orientada a ser definida pelas regras do Direito Concorrencial e de caso a caso. “Um mercado no qual não haja mecanismos de promoção da livre concorrência prejudica os consumidores finais, pois as boas circunstâncias concorrenciais proporcionam, em regra, o aumento da variedade e da qualidade dos produtos, bem como a diminuição geral dos preços”.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>18</sup> NOHARA, Irene Patricia. *Direito administrativo*. Op. cit.

Assim, os bens reversíveis, aqueles afetados à prestação do serviço, deveriam em tese, ser revertidos ao poder público ao término da concessão, independentemente de terem sido transferidos ao concessionário no momento da concessão ou de terem sido incorporados pelo concessionário ao serviço durante a execução do contrato. Quando da sua reversão ao Poder Concedente, somente deveriam ser indenizados, na forma do contrato, os bens que ainda não tiverem sido amortizados, na forma do contrato pactuado entre a empresa privada e o Poder Concedente.

#### **4 ATUAÇÃO DA ANATEL SOBRE OS BENS REVERSÍVEIS DAS CONCESSIONÁRIAS DO STFC**

O princípio da especialidade permite que o Poder Concedente delegue prerrogativas para desafetar bens reversíveis. A Lei Geral de Telecomunicações conferiu parcela destes dever e poder, à Anatel.

A aproximação entre o Estado e a empresa privada prestadora do serviço público, como já visto, demonstra que as diferenças entre os elementos que compõem o regime jurídico dos bens públicos tendem a desaparecer no tocante a telecomunicações, dadas inclusive às tecnologias em franca expansão e o ambiente de competitividade instalado entre os agentes do mercado.

A Lei Geral de Telecomunicações estabelece expressamente que as operações de alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis dependem de prévia aprovação da Anatel, que analisará se os objetivos de garantia da continuidade e atualidade dos serviços concedidos sejam cumpridos. Cabe aqui perquirir sobre os desdobramentos jurídicos dessa transferência de patrimônio público a pessoas de direito privado no que diz respeito aos bens utilizados para a prestação dos serviços. Tal obrigação fiscalizatória da Anatel também está prevista nos contratos de concessão celebrados com as concessionárias e ainda sob supervisão do Tribunal de Contas da União.

Em 2015 o Tribunal de Contas da União elaborou Relatório de Auditoria que apurou uma preocupante situação com relação a atuação da Anatel no tocante ao assunto dos bens reversíveis das concessionárias do STFC.

A unidade técnica verificou que a legislação e a regulamentação atuais não abrangem todos os aspectos necessários para uniformizar os conceitos e os critérios exigidos para reger e controlar a reversibilidade dos bens do STFC. Afinal, a equipe de auditoria constatou a existência de fragilidades na regulamentação da Anatel, tais como:

- divergências de interpretação pela Anatel e pelos demais atores do setor;
- ausência de metodologia de controle e acompanhamento;
- fragilidades quanto à legitimidade, à previsibilidade e à segurança jurídica proporcionada pelos normativos; e
- falta de tempestividade.

[...] a equipe de auditoria constatou que a agência, entre 1998 e 2005, ainda não tinha elaborado um histórico da evolução dos bens reversíveis nem desenvolvido uma metodologia para seu controle e acompanhamento. Além disso, não havia realizado atividades sistêmicas efetivas para controlar esses bens. Como possíveis causas dessas falhas, a unidade técnica apontou:

- a) o descumprimento reiterado pelo ente regulador das suas obrigações legais, contratuais e regulamentares de controle e fiscalização dos bens reversíveis nos anos seguintes à sua criação; e
- b) a não priorização das atividades relativas aos bens reversíveis no período de estruturação inicial da agência, momento em que estavam sendo alocados seus recursos humanos e tecnológicos.

Entre os efeitos e riscos decorrentes dessas falhas, a equipe de auditoria destacou:

- a) a perda dos dados históricos das concessionárias nos primeiros anos da concessão;
- b) a perda do histórico interno das atividades desenvolvidas em relação aos bens reversíveis realizadas pela própria Anatel, o que acarretou a não utilização nas atividades atuais de controle de qualquer informação obtida antes de 2005;
- c) possíveis duplicações de esforços;
- d) o risco de que não seja mais possível verificar com certeza se foram realizadas operações com os bens reversíveis entre 1998 e 2005 sem o devido conhecimento da Anatel, o que pode em tese ter gerado prejuízos para a continuidade e a atualidade do serviço à época, especialmente com relação aos bens móveis; e
- e) o risco de que os valores obtidos com as alienações de bens reversíveis sem anuência da Anatel possam ter sido, no todo ou em parte, aplicados em outros serviços privados dos grupos econômicos das concessionárias, em prejuízo da concessão de STFC e da modicidade tarifária para os seus usuários.<sup>19</sup>

Pela análise exarada pelo Tribunal de Contas da União, conclui-se que a Anatel não possui mecanismos suficientes de controle e de acompanhamento periódicos dos bens reversíveis, situação propícia para estimular insegurança jurídica nas concessionárias e quanto aos limites de atuação das concessionárias em detrimento do patrimônio iminentemente público como já visto.

## 5 A PROBLEMÁTICA DOS NOVOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DO STFC

Contratar uma concessão de serviço de telecomunicações com o Estado, significa travar um negócio gerador de serviço essencial, de remuneração garantida e continuada. “É a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar”.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Relatório de Auditoria do Tribunal de Contas da União. Grupo I – Classe V – Plenário. TC n. 024.646/2014-8

<sup>20</sup> Lei Geral de Telecomunicações instituída pela Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997.

A reversão dos bens não constitui uma operação de venda e aquisição. Quando da época da outorga da prestação do STFC, seria obrigatório o pagamento pela concessionária, no mínimo pelo valor correspondente ao valor patrimonial dos bens empregados no serviço que, no momento inicial, lhe foram transferidos.

A cessão dos bens reversíveis foi realizada com base no fluxo de caixa e nas projeções de geração de receitas futuras e nos termos da Lei Geral de Telecomunicações. Cabe destacar que, mesmo no âmbito das empresas do Sistema Telebrás, não houve avaliação específica nem pagamento do valor patrimonial dos bens empregados no serviço cedido.

A interpretação da regulamentação da reversibilidade dos bens, é encarada como insegurança jurídica e desincentivo a investimentos pelas empresas concessionárias do STFC, como sendo um fator crucial para o equilíbrio e para o incentivo em modernização e racionalização de infraestrutura de rede no país. Entretanto, é evidente que tal entendimento objetiva a eliminação das barreiras legais, bem como a atuação fiscalizatória do Poder Concedente.

Faz muito sentido falar em amortização dos investimentos em relação à empresa privada. É ela quem se propõe investir, por sua conta e risco, na melhoria das instalações do serviço, tendo na cobrança da tarifa o seu retorno, por longo período. Celso Antonio Bandeira de Mello leciona que as concessões são contratos por prazo e não por objeto.

Em geral são outorgadas por prazo longo as concessões em que os bens aplicados ao serviço devem, ao final, integrar-se no patrimônio público mediante reversão. Assim se faz para que os concessionários amortizem os investimentos efetuados, isto é, paguem-se destes dispêndios, ressarcindo-se através das próprias tarifas cobradas dos usuários, pela adscrição de uma parcela delas a tal finalidade. Dessarte, ao expirar-se a concessão por decurso de prazo, o Poder Público não incorrerá em desembolsos para assenhorear-se do acervo.<sup>21</sup>

De acordo com a Relação de Bens Reversíveis (RBR) de 2011, a quantidade dos bens das concessionárias do STFC supera oito milhões de itens patrimoniais.<sup>22</sup>

As propostas contidas no projeto de lei em trâmite fixam novo marco regulatório das telecomunicações, na medida em que modificam substancialmente o principal alicerce do atual modelo, que é a existência concomitantemente de dois regimes de exploração de serviços, ou seja, o regime público, com obrigações de universalização, continuidade e a reversibilidade dos bens públicos explorados sob o regime da concessão, e o outro privado, sem tais obrigações.

Ainda sobre tal projeto de lei, há previsão de que a Anatel, caso ocorra a migração, crie metodologia para efetuar o cálculo do valor econômico da mudança de regime de prestação do STFC. O valor da transição seria resultante da diferença entre o VPL (Valor Presente Líquido) da expectativa de Fluxo de Caixa decorrente da exploração do STFC e demais recur-

<sup>21</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

<sup>22</sup> Relatório de Auditoria do Tribunal de Contas da União. Grupo I – Classe V – Plenário. TC n. 024.646/2014-8.



sos em regime de Autorização e o VPL (Valor Presente Líquido) da expectativa de Fluxo de Caixa da exploração do STFC e demais recursos em regime de concessão.<sup>23</sup>

Mesmo que seja possível efetuar tal cálculo, existem incertezas conceituais e até mesmo operacionais que dificultam a efetivação de tal tarefa. Conceitualmente seria necessário interpretar quais são os bens reversíveis ou não, o que de antemão apresenta-se como desafio e operacionalmente, seria necessário identificar quais são ou não os bens reversíveis.

Levando-se em consideração que a auditoria realizada pelo TCU concluiu que “o processo de fiscalização da Anatel não garante a fidedignidade e a atualidade dos bens reversíveis.”<sup>24</sup> Tal processo de transformação no setor traz insegurança jurídica e pode ocasionar impactante prejuízo ao erário.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Márcio Wohlers. A internacionalização das telecomunicações: caracterização básica e impacto institucional. In: BOLAÑO, César Ricardo Siqueira (Org.). *Globalização e regionalização das comunicações*. São Paulo: Educ, 1999.

BERCOVICI, Gilberto e José Francisco Siqueira Neto. Direito e Inovação Tecnológica. In: SCALQUETTE, Ana Claudia Silva; SIQUEIRA NETO, José Francisco (Coords.). *60 desafios do direito – política, democracia e direito*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2013.

BRASIL. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 8, de 1995. *Vade Mecum*. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>23</sup> Diz o Parecer da Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática, sobre o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 79, de 2016 (n. 3.453/2015, na Casa de origem), do Deputado Daniel Vilela, que altera as Leis n. 9.472, de 16 de julho de 1997, para permitir a adaptação da modalidade de outorga de serviço de telecomunicações de concessão para autorização, e n. 9.998, de 17 de agosto de 2000, e dá outras providências: “[...] O valor de aquisição dos bens reversíveis, acumulado ao longo do tempo para os cinco grupos de concessionárias (Telefônica, Oi, Claro/Embratel, Algar e Sercomtel), passou de R\$ 99,5 bilhões em 2005, primeiro ano em que passou a vigorar o regulamento de controle de bens reversíveis, para R\$ 132,2 bilhões de reais em 2017. No caso do Grupo Oi, por exemplo, esse valor passou de R\$ 58,3 bilhões para R\$ 71,6 bilhões, segundo dados contidos nas RBR apresentadas pela empresa. Ressalte-se que esses valores são declarados pelas próprias empresas e, assim, restringem-se aos bens que elas próprias consideram reversíveis. Não incluem, por exemplo, os bens não empregados na prestação do serviço concedido. Tampouco os demais bens pertencentes à companhia, que pode explorar, inclusive, outras atividades econômicas além de serviços de telecomunicações. Nesse sentido, o ativo imobilizado, declarado e auditado em balanço patrimonial, seria um limite superior, não atingível, para o valor contábil real dos bens reversíveis de uma concessionária. Aquelas cifras não poderiam ser confundidas sequer com o valor do ativo imobilizado vinculado à concessão, na medida em que precisariam incorporar a depreciação e, de acordo com as normas contábeis aplicáveis, serem corrigidas para que representassem mais adequadamente seu valor atual. Logo, esse valor histórico de aquisição de R\$ 132 bilhões é absolutamente inapropriado para valorar, mesmo contabilmente, os bens vinculados a concessão. Tal conclusão é ratificada quando se comparam esses valores históricos de aquisição de cada concessionária com os respectivos valores de ativo imobilizado, declarados em balanço. Novamente para exemplificar, tome-se o balanço patrimonial consolidado do Grupo Oi para o exercício de 2017. O ativo imobilizado é de R\$ 26 bilhões, valor muito inferior aos R\$ 71,6 bilhões de custo de aquisição lançado, e que tem sido erroneamente referenciado como sendo o valor dos bens reversíveis. Como todo o ativo imobilizado da companhia, auditado e lançado oficialmente em balanço, poderia ser inferior ao valor dos bens vinculados à concessão? Não pode, na medida em que o todo nunca é menor do que uma de suas partes”

<sup>24</sup> BRASIL. *Relatório de Auditoria do Tribunal de Contas da União*. Grupo I – Classe V – Plenário. TC n. 024.646/2014-8.

BRASIL. *Relatório de Auditoria do Tribunal de Contas da União*. Grupo I – Classe V – Plenário. TC n. 024.646/2014-8.

\_\_\_\_\_. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, v. 2, n. 2, 2015.

\_\_\_\_\_. *Parecer Técnico da Secretaria de Apoio Pericial do MPF sobre o Projeto de Lei da Câmara n. 79/2016*.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial do Estado de 1995. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 4, jul./ago. 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório – temas polêmicos*. Vários Autores. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUERRA, Sergio. *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2005.

LEHFELD, Lucas de Souza. *As novas tendências na regulação do sistema de telecomunicações pela Anatel*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. Privatização e Serviços Públicos. *RTDP*, n. 22, p. 172-180, s.d.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri: Manole, 2003.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PIRES, Antonio Cecílio Moreira; FURLAN, Erika Chioca. Uma acepção do estado regulador – as agências reguladoras. In: SCALQUETTE, Ana Claudia Silva; SIQUEIRA NETO, José Francisco (Coords.). *60 desafios do direito – política, democracia e direito*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.



Resumos de  
experiências  
**inovadoras** em  
gestão pública

PARTE IV



## Programa Compra Mais 2: programa de compras governamentais para micro e pequenas empresas no estado do Rio de Janeiro

**Ana Paula da Silva Lima Ferreira<sup>1</sup>**

**Mario Tinoco da Silva Filho<sup>2</sup>**

O Programa Compra Mais 2 foi fruto da parceria firmada entre o Governo do Estado do Rio de Janeiro, por meio da Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento (Sefaz), e o Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas do Estado do Rio de Janeiro (Sebrae/RJ), formalizada pelo Convênio 291/2015. Teve como objetivo geral fortalecer e promover um ambiente favorável para o desenvolvimento dos pequenos negócios e agricultores familiares fluminenses por meio do uso do poder de compras estadual. O programa teve como público alvo microempreendedores individuais, empresários de micro e pequenas empresas (MPE), agricultores familiares e gestores públicos estaduais. Os objetivos específicos foram: 1) Implementar um sistema de inteligência setorial voltado para as compras públicas, realizando pesquisas com gestores públicos, empresários e produtores rurais; 2) Revisar e atualizar legislações; 4) Realizar eventos voltados para a aproximação entre empreendedores e compradores públicos; 5) Capacitar gestores públicos e empreendedores no tocante às contratações públicas. O programa foi metodologicamente estruturado em três etapas: 1) *Estruturação geral*: na qual foram realizadas pesquisas junto ao público alvo, com vistas à estruturação e planejamento das principais ações e parcerias que seriam realizadas e firmadas; 2) *Desenvolvimento e Execução de Metodologias e Soluções*: nesta etapa foram desenvolvidas as metodologias e soluções de treinamento e consultoria que, em seguida, foram aplicadas a cada um dos atores e públicos do programa, de acordo com os objetivos estratégicos estabelecidos para cada ação; 3) *Monitoramento e Avaliação Final*: ao longo de toda a execução do programa, as ações e resultados parciais foram sistematicamente monitorados e avaliados, com o intuito de tomar as providências necessárias e correção dos rumos do projeto. Ao final da etapa operacional, foi realizada uma pesquisa com os principais atores e líderes, a fim de se avaliar os resultados alcançados, as metas atingidas, pontos de sucesso e insucesso, o que subsidiou o início de um novo ciclo de execução da política pública de fomento aos pequenos negócios fluminenses, por meio das compras públicas. **Resultados:** Incremento de 13,48% de fornecedores cadastrados no Sistema de Gestão e Aquisições – SIGA, do governo fluminense, e de 15,24% de MPE neste mesmo cadastro; Aumento de 8,57% no volume de compras públicas estaduais realizadas de MPE; Realização de 14 oficinas para a capacitação de 270 servidores gestores públicos estaduais; Realização

<sup>1</sup> Analista de Políticas Públicas. MBA em Gestão Pública. Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas do Estado do Rio de Janeiro – Sebrae/RJ. [alima@rj.sebrae.com.br](mailto:alima@rj.sebrae.com.br).

<sup>2</sup> Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental. Mestre em Administração. Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento do Rio de Janeiro – Sefaz. [mtfilho@fazenda.rj.gov.br](mailto:mtfilho@fazenda.rj.gov.br).

de 55 oficinas para a capacitação de aproximadamente 900 empresários; Realização de 19 oficinas para o treinamento de 275 agricultores familiares sobre como fornecer para a merenda escolar; Premiação por dois anos consecutivos (2017 e 2018) do Governo do Estado do Rio de Janeiro, no Congresso Brasileiro de Pregoeiros, como o órgão público brasileiro que mais capacitou servidores públicos que atuam na área de compras governamentais; Atualização de legislações estaduais que beneficiam as MPE nas compras públicas. **Conclusões:** O Programa Compra Mais 2 foi uma experiência exitosa de parceria institucional entre o Poder Público e a iniciativa privada para coordenação, implementação e avaliação da política pública de fomento aos pequenos negócios, por meio das compras governamentais. Alcançou resultados significativos e executou ações concretas para melhoria do ambiente de negócios.

**Palavras-chave:** licitações; micro e pequenas empresas; políticas públicas; agricultura familiar; gestão pública.

## O Projeto Corujinha como política pública: creche doze meses no município de Ponta Grossa/Paraná

**Vanessa Cavalari Calixto<sup>1</sup>**

O presente trabalho possui como objetivo demonstrar o Projeto Corujinha, creche doze meses, como uma Política Pública implementada no município de Ponta Grossa-Paraná desde o ano de 2013, até os dias atuais. Tal pesquisa consistirá em um estudo qualitativo e exploratório, tendo como instrumento a entrevista dos profissionais que participam do Projeto desde a sua implantação, quanto aos dados empíricos será utilizada Análise de Conteúdo proposta por Bardin (1977). O referido projeto iniciou através da observação de uma contingência social na cidade de Ponta Grossa-Paraná, que atingia os pais de alunos dos Centros Municipais de Educação Infantil (CMEI), no período de férias escolares (julho e janeiro), que não detinham recursos humanos e/ou financeiros para amparar seus filhos nestes meses. Assim, surge este Projeto como uma Política Pública no município de Ponta Grossa, para garantir o direito à Educação, como formação do desenvolvimento pleno da criança. Destaca-se, que para este projeto os recursos humanos são oriundos da própria Administração Pública, englobando as diversas áreas, docentes, assistentes de Educação Infantil, nutricionistas, serventes escolares, educadores físicos e gestores. Neste período, o CMEI torna-se um espaço de recreação para todos os discentes envolvidos, desvincilhando os conteúdos curriculares e a sistematização da rotina escolar. Ratificando, que a Educação Infantil é considerada a primeira etapa da Educação Básica, tendo como importante função possibilitar à criança a vivência em coletividade, celebrando a diversidade, o acolhimento do outro, o respeito e a individualidade de cada um. Neste íterim, respeitando os princípios básicos da Educação Infantil e cada etapa do infante, o projeto se desenvolve para crianças de um a cinco anos de idade, tendo, hoje, como pólo de atendimento dois CMEIS na cidade. Até o presente momento foram atendidas 5.484 crianças, em nove edições do Projeto.

**Palavras-chave:** Projeto Corujinha; recreação; educação infantil; política pública; crianças.

---

<sup>1</sup> Chefe da Seção de Assuntos Jurídicos da Secretaria Municipal de Educação Ponta Grossa/PR. Mestranda do curso de Ciências Sociais Aplicadas. Universidade Estadual de Ponta Grossa/PR.

# Proposta de método para a conformidade ambiental de um posto de abastecimento de combustível militar em consequência da Lei Complementar n. 140/2011

**Breno S. Ramalho<sup>1</sup>**

**André Nagalli<sup>2</sup>**

O Exército Brasileiro tem entre suas atribuições o permanente preparo de sua tropa, visando sua melhoria operacional, pronto emprego e a utilização responsável do meio ambiente sob sua responsabilidade. A Lei Complementar n. 140/2011, atribuiu às Forças Armadas a dispensa do licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades que envolvam o preparo e emprego da tropa. Desta forma, surge a necessidade de elaboração de procedimentos que conciliem a atividade militar com a conformidade ambiental. Através de um estudo de caso, esta pesquisa analisou, descreveu e criticou os procedimentos realizados pelos órgãos ambientais, necessários ao licenciamento ambiental para um posto de abastecimento de combustível de veículos automotores. Foi proposto um método a ser aplicado pela Diretoria de Meio Ambiente do Exército Brasileiro para verificação da conformidade ambiental de seus futuros empreendimentos. O método proposto é dividido em duas fases, a primeira chamada de licenciamento de 1ª Fase, e a segunda, de licenciamento de 2ª Fase, com a previsão da renovação da 2ª Fase. Foram criados formulários para cada fase do licenciamento, bem como roteiros de fiscalização de tanques de armazenamento e tubulações. Como resultado da aplicação do método, propôs-se uma minuta de Instrução Normativa, que se adotada irá padronizar a conformidade ambiental para aquela atividade dentro do Exército Brasileiro. Ao se analisar os processos administrativos dentro do Exército Brasileiro pode-se concluir que não há procedimentos específicos que tratem de forma administrativa ou técnica o licenciamento ambiental de empreendimentos. Concluiu-se que 58% dos quesitos necessários ao licenciamento do caso estudado poderiam ser suprimidos, sem prejuízo do processo de licenciamento. Pode-se perceber como vantagens da aplicação do método: a economia de tempo e recursos financeiros decorrentes da maior rapidez do rito proposto em comparação ao licenciamento tradicional, a conformidade ambiental da atividade de abastecimento dentro do escopo da atividade militar e, sob a ótica administrativa, a padronização do licenciamento ambiental. Como desvantagem conclui-se que o autolicensing pode propiciar desvios de conduta no interesse institucional, os quais podem ensejar a não conformidade ambiental, almejada pelo método. Assim, sugere-se que tais falhas administrativas precisam ser verificadas e combatidas por meio de fiscalização por parte de órgãos externos ao Exército Brasileiro ou através da fiscalização cruzada, isto é, a verificação do processo da conformidade ambiental realizado por uma Força Armada diferente da que realizou o

<sup>1</sup> Doutorando em Engenharia Civil – UTFPR. Mestre em Engenharia Civil – UTFPR. Graduação em Direito – UERJ.

<sup>2</sup> Doutor em Geologia – UFPR. Mestre em Engenharia de Recursos Hídricos e Ambiental – UFPR. Graduação em Engenharia Civil – UFPR. Graduação em Direito – Universidade Tuiuti.



processo, ou seja, o Exército Brasileiro fiscalizaria os processos de licenciamento feitos pela Marinha do Brasil e Força Aérea Brasileira, sendo a recíproca verdadeira. Outra desvantagem é a necessidade de alocação de recursos humanos adicionais para aplicação do método, necessitando de um aperfeiçoamento constante de seus militares.

**Palavras-chave:** lei complementar n. 140/2011; procedimento; processo administrativo ambiental militar; responsabilidade ambiental militar; licenciamento ambiental militar.

## Projeto interinstitucional de fortalecimento do controle interno do poder executivo do município de Serra

**Magaly Nunes do Nascimento<sup>1</sup>**

**Patrícia Siqueira Nunes<sup>2</sup>**

Trata-se de boa prática consistente em projeto cujo objetivo foi a reestruturação organizacional do Sistema de Controle Interno do Município (SCI) de Serra. O projeto foi elaborado em parceria institucional entre o Poder Executivo e a 13ª Promotoria de Justiça do Ministério Público Estadual, visando a reestruturação orgânica da Controladoria Geral, mediante a garantia de uma estrutura adequada e modernização, apta a orientar o Poder Executivo no aprimoramento dos normativos legais relacionados ao SCI do Poder Executivo Municipal de Serra, dotando-os de organização e transparência para elevar o patamar de referência em auxiliar o gestor público a potencializar o controle preventivo e eficaz no combate à corrupção, mediante a definição de autonomia e eficiência no desempenho das macro funções (auditoria, controle, correição e ouvidoria) e, também, na intensidade da atuação sistêmica e aderente aos normativos e atuação interdisciplinar com os órgãos do controle externo. A metodologia foi a revisão bibliográfica e normativa e a análise comparativa de dados, pelo método dedutivo. Envolveu a coleta e avaliação dos principais dados sócios econômicos e condições atuais dos órgãos de controle interno de Serra, em comparativo com os dados dos demais municípios que apresentam realidade similar (Grande Vitória), a fim de parametrizar a reorganização do SCI do Município de Serra. A análise qualitativa utilizou um eixo teórico-normativo a partir do levantamento dos conceitos normativos de controle interno e do regime jurídico aplicável ao seu funcionamento. O projeto, também, realizou uma discussão analítica-dialógica com os atores regionais com expertise na matéria, notadamente a Secretaria de Estado de Controle e Transparência e o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, a fim de encontrar parâmetros para a definição de organograma e estrutura mínima para o controle interno e, também, para a definição de indicadores de eficiência no exercício das macro funções. Como resultado, o projeto subsidiou o Poder Executivo na melhoria da legislação municipal para fins de uma atuação sistêmica e aderente aos normativos implementados pelo controle externo: prever quadro de pessoal com natureza jurídica e qualificação adequadas e suficientes ao desempenho das funções do SCI no Município de Serra; adequar-se à Lei Anticorrupção e estabelecer indicadores para mensuração da eficiência de cada uma das macro funções do SCI de Serra. O projeto, ainda, incrementa o controle social na aplicação dos recursos públicos, eis que tem por objetivo a estruturação do órgão municipal responsável pela política de transparência do Executivo Municipal, cuja organização e funcionamento ideais impactam, fortemente, na qualificação do acompanhamento do

---

<sup>1</sup> Controladora-Geral de Serra/ES. Especialista em Controle da Administração. Contadora na Prefeitura Municipal de Serra/ES.

<sup>2</sup> Assessora de auditoria da Prefeitura Municipal de Serra/ES. Especialista em Gestão Pública. Advogada.

cidadão sobre a execução das políticas públicas e seus respectivos gastos. A proposta de alteração da estrutura organizacional pretende viabilizar o desempenho de atribuições que visam a elevar o patamar de eficiência da gestão municipal, com uma atuação articulada baseada nos atuais conceitos de controle interno.

**Palavras-chave:** controle interno; macrofunção; transparência; corrupção; reestruturação.

## Controle social na defesa dos direitos humanos: a experiência da Ouvidoria Estadual de Direitos Humanos do Ceará

**Francisco Cláudio O. Silva Filho<sup>1</sup>**

**Maria Isabel R. B. Sousa Ripardo<sup>2</sup>**

O trabalho objetiva apresentar a prática da Ouvidoria Estadual de Direitos Humanos (OEDH), vinculada ao Gabinete do Governador do Estado do Ceará, cuja missão é escutar, analisar, encaminhar e acompanhar as demandas de violações de Direitos Humanos no Ceará. É um órgão de participação social e de defesa de direitos, no contexto de aprimoramento do controle social do serviço público, dos mecanismos de transparência e acesso à informação e da efetividade de direitos fundamentais. A metodologia descritivo-exploratória utiliza dados quantitativos e qualitativos, assentada em revisão bibliográfica sobre controle social, serviços públicos e direitos fundamentais. Os dados quantitativos foram acessados pelo Sistema de Ouvidoria da Controladoria e Ouvidoria do Ceará. As informações qualitativas foram levantadas por observação participante, entre dezembro de 2017 e junho de 2018. A OEDH, regulamentada pelo Decreto n. 32.435/2017, tem dentre suas competências: receber, examinar e encaminhar denúncias sobre violações de direitos humanos; coordenar ações que visem à adoção de providências; atuar diretamente na resolução de tensões e conflitos sociais. As manifestações e solicitações de informações são recebidas pelo Sistema de Ouvidorias do Estado, especialmente por telefone, portal virtual e atendimento presencial. A Ouvidoria possui equipe multidisciplinar - composta por ouvidor, advogado, assistente social, psicóloga, assessorias para violência institucional e para mediação de conflitos fundiários e duas técnicas - responsável pelo acolhimento, apuração e encaminhamento das demandas. Vinculado à Ouvidoria, o Comitê Gestor da Rede de Defesa de Direitos Humanos, reúne secretarias de governo, Defensoria Pública e Conselho de Direitos Humanos, auxiliando em estratégias para defesa de direitos. A Ouvidoria alinha-se ao aprimoramento do controle social e transparência da Administração Pública, especialmente com a Lei de Acesso à Informação e o Código Defesa dos Direitos do Usuário dos Serviços Públicos. No Ceará, a Lei n. 15.175/2012 disciplina o Sistema de Acesso à Informação e cria o Conselho de Acesso à Informação, composta por órgãos dos três poderes, Ministério Público e Tribunal de Contas. Em 2015, foi criada a Rede de Ouvidorias Públicas, coordenada pela Controladoria Geral do Estado. Como resultado, observa-se uma quantidade expressiva de manifestações, 396 no período pesquisado. 30% tratam de orientações para acesso a serviços e 15% de graves violações de direitos. Diversas reuniões institucionais realizadas para apurações e sugestões de medidas. Destaca-se a atuação no aprimoramento de unidades de privação de liberdade, proteção a pessoas ameaçadas e atendimento a vítimas de violência. Percebe-se a importân-

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Ouvidor especial de Direitos Humanos do Ceará.

<sup>2</sup> Especialista em Psicologia Social e Comunitária. Membro do Nudijus e assessora da Ouvidoria Estadual de Direitos Humanos.

cia do caráter ativo da ouvidoria para superação das violações aos direitos. Conclui-se que a Ouvidoria apresenta estrutura e metodologia inovadora para responder, em prazo razoável e nos limites institucionais, às manifestações e solicitações. Busca a máxima efetividade dos princípios da Administração Pública, especialmente a publicidade, e reforça a participação democrática. Como desafio a integração com órgãos dos três níveis da Administração e a incorporação de suas recomendações para aprimoramento do serviço público, da cidadania e da democracia participativa.

**Palavras-chave:** ouvidoria; controle social; transparência; direitos humanos; serviços públicos.

## Almoxarifado central – eficiência na gestão de estoques da administração municipal

**José Roberto Tiossi Junior<sup>1</sup>**

A crise econômica e financeira que assola o país exige que a Administração Pública faça mais com menos, ou seja, invista em mecanismos de controle para reduzir o desperdício e aumentar a eficiência no atendimento das demandas sociais. As atuais estruturas e os métodos ortodoxos existentes na Administração Municipal vêm produzindo resultados nefastos ao interesse público, por isso é necessário implantar novas técnicas de gestão que agreguem inovação e desenvolvimento, visando sempre à boa aplicação dos recursos públicos e transparência nas compras públicas. Já a multiplicidade de leis e regulamentos sobre licitações e contratos causam insegurança jurídica aos gestores públicos, culminando em processos morosos, eivados de vícios, além de tornar um ambiente propício para os mais variados tipos de corrupção, visto que a licitação vem se tornando um fim em si mesma, com foco na fase de escolha do licitante vencedor e total descaso na fase de execução contratual. O enfoque principal é estimular mudanças de atitudes e comportamentos, minimizando custos e fortalecendo a imagem institucional da Administração Pública Municipal, através de uma eficiente aplicação dos recursos públicos. O projeto foi implantado no município de Mandaguari, que se encontra localizado na região Norte do Estado do Paraná e possui uma população de aproximadamente 35.000 mil habitantes. E que, em virtude do elevado número de licitações e aquisições realizadas, aliada a urgência para atendimento das demandas, inexistia metodologia padronizada e informatizada para recebimento, armazenamento, controle e distribuição de produtos e mercadorias licitados, que eram realizadas sem prévio agendamento e de forma descentralizada. Dessa forma, o autor foi contratado como responsável técnico para prestação de serviços técnicos especializados de consultoria jurídica, visando a implantação do Almoxarifado Central, através de uma nova metodologia de gestão, com reestruturação de procedimentos e padronização de rotinas, aliado a capacitação dos servidores públicos. O intuito era garantir uma melhor aplicação de recursos públicos, através da adoção de técnica jurídica e logística. Existiam vários locais para entrega por parte dos fornecedores, sendo que muitas das entregas eram realizadas diretamente nas unidades responsáveis pelo consumo de materiais, locais estes que não eram apropriados à armazenagem dos produtos adquiridos, ocasionando a deterioração, perdas e possíveis desvios. Além do fato, de que de muitas entregas aconteciam em locais errados, recebidas quase sempre por servidores despreparados, fato que resultava em fornecimento com quantidades e marcas divergentes das licitadas, bem como de qualidade inferior. A mudança de cultura por parte de servidores públicos e fornecedores foi a principal dificuldade, pois existiam muitos vícios enraizados na postura desses atores. Na prática, num primeiro momento, houve a falta de produtos e mercadorias em diversas Secretarias Municipais, visto que a maioria das entregas realizadas

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Unicesumar.

no Almoarifado Central aconteciam em desconformidade com o edital e dessa forma, eram recusadas e devolvidas para regularização. Porém, os resultados imediatos culminaram no engajamento dos servidores públicos para continuidade e aperfeiçoamento do projeto, que garantiram recebimento de produtos com qualidade, dentro do prazo e nas especificações licitadas. O combate à corrupção no âmbito das contratações públicas foi o foco do projeto.

**Palavras-chave:** licitação; controle; centralização; transparência; eficiência.

## Auditorias integradas na Justiça Eleitoral: a busca pela eficiência e pelo aprimoramento dos seus processos de trabalho relevantes e críticos – a experiência do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina

**Karine Borges de Liz<sup>1</sup>**

Este resumo apresenta o Projeto Auditorias Integradas da Justiça Eleitoral, ação inovadora de aprimoramento da gestão administrativa, capitaneada pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e executada pelos Tribunais Regionais Eleitorais.

Iniciativa regulamentada pela Resolução TSE n. 23.500/2016, sua concepção teve inspiração no modelo de Fiscalização de Orientação Centralizada (FOC) do Tribunal de Contas da União. Nesse modelo, órgãos distintos em comunhão de esforços e sob a coordenação de uma unidade centralizadora, auditam temas ou processos considerados críticos/relevantes para todos os envolvidos. O objetivo desse labor, para a Justiça Eleitoral, é avaliar, de forma sistêmica, assuntos e processos de trabalho relacionados aos seus objetivos estratégicos. Com isso, busca-se identificar os desvios mais comuns e relevantes e propor, sendo o caso, o aperfeiçoamento em sua gestão e na própria sistemática de controle. Dentre as finalidades desse Projeto destaca-se: (a) obter soluções eficazes e inovadoras para o enfrentamento de problemas comuns aos 27 Tribunais Regionais Eleitorais; (b) alcançar maior eficiência no uso dos recursos públicos; (c) implementar uma cultura de sustentabilidade no uso dos recursos; (d) modernizar a gestão de processos de trabalho aprimorando a prestação dos serviços da Justiça Eleitoral. Em 2017 foram auditados dois processos de trabalho fundamentais para a Justiça Eleitoral: o processo de gestão de suprimentos de materiais eleitorais e o processo de gestão de armazenamento e manutenção preventiva das urnas eletrônicas. Ambos estratégicos, com custos relevantes. Exemplificando, nas eleições de 2016, os cinco suprimentos de maior valor totalizaram um montante de R\$ 17.979.022,90. A execução dessas auditorias inovou também por adotar a metodologia ABR (Auditoria Baseada em Risco), atualmente considerada das mais eficientes para identificar riscos e apontar soluções ajustadas à realidade da Administração. No TRESA essas auditorias promoveram como resultados, dentre muitos: 1) o mapeamento desses processos de trabalho, oportunizando melhor conhecimento de cada etapa e auxiliando no seu melhor gerenciamento quanto ao aproveitamento de recursos humanos, financeiros e naturais – destaca-se, nesse sentido, a revisão da logística de descarte das baterias das urnas eletrônicas, material altamente poluente; a revisão de rotinas de trabalho obtendo maior economia e sustentabilidade; identificação de boas práticas administrativas que foram divulgadas aos demais Regionais; 2) o

---

<sup>1</sup> Analista Judiciário, chefe da Seção de Acompanhamento, Avaliação de Gestão e Auditoria – Área Administrativa do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina (Tresc). Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Regional de Blumenau – Furb.



mapeamento dos riscos e sistemas de controles internos de cada processo – aprimorando a prestação dos serviços entregues à sociedade; 3) aplicação de testes de controle nas atividades que se mostraram mais críticas no processo – contribuindo para sua revisão e melhoria. No âmbito do TSE, em suma, esse trabalho oportunizou uma visão mais realista e sistêmica desses dois processos de trabalho críticos auxiliando no ajuste de ações que tenham repercussão tanto nacional, como em ações localizadas – exemplificando, a logística de eleições na Região Norte do país difere em vários aspectos em relação à Região Sul. Em conclusão, essa iniciativa trouxe muitos benefícios à Justiça Eleitoral como um todo. Cada Tribunal Regional reviu esses processos fundamentais ajustando-os e aprimorando-os, e o TSE inaugurou uma nova dinâmica de repensar sua realidade administrativa a partir de diagnósticos objetivos com vistas à realização de ações mais profícuas e eficientes de melhoria.

**Palavras-chave:** administração; eficiência; auditoria; processo; trabalho.

## Equipe de trabalho remoto em ações de improbidade administrativa da PGF/AGU

**Bruno Félix de Almeida<sup>1</sup>**

A Com o escopo de incrementar e reposicionar a Procuradoria-Geral Federal (PGF), órgão da AGU, na atividade de ajuizamentos de ações civis públicas por atos de improbidade administrativa, a Equipe de Trabalho Remoto em ações de improbidade administrativa (ETR-Probidade) foi criada no ano de 2016, com a atribuição de exclusividade de análise de Procedimentos de Instrução Prévia para o ajuizamento destas ações além das cautelares de arresto de acórdãos do Tribunal de Contas da União ainda não transitados em julgado, nos casos em que o ente lesado pelo suposto ato ímprobo seja um autarquia ou fundação pública federal representada pela PGF (159 entes). A equipe vem trabalhando com exclusividade na análise de procedimentos dessa natureza desde de junho de 2016 e em 2017 viu o projeto efetivamente se consolidar. Em 2017, a ETR-Probidade teve seu primeiro ano completo de funcionamento, com a equipe integralmente composta, período no qual foram instaurados 846 procedimentos para análise da prática de atos de improbidade administrativa, além de solicitações do Tribunal de Contas da União (TCU) para ajuizamento de ações cautelares de arresto de bens decorrentes de processo de Tomada de Contas Especial (TCE), em julgamento naquele Tribunal de Contas. Ao longo do ano de 2017, foram ajuizadas 323 ações de improbidade administrativa e cautelares de arresto de bens decorrentes de TCE, com expectativa de ressarcimento de R\$ 1.2 bilhão, entre prejuízo ao Erário e multas da Lei n. 8.429, de 1992, tendo sido identificadas 40 liminares, que resultaram em autorização para bloqueio de bens no valor de R\$ 52 milhões. Também merece destaque que a ETR-Probidade, atualmente composta por 7 integrantes, apresentou média de ajuizamento de cerca de 26 ações por mês, sendo a média histórica da PGF de 26 ações por ano, o que representa incremento de aproximadamente 1242% em comparação com o modelo anterior de descentralização das atividades de instrução prévia e ajuizamento de ações de improbidade. Com a adoção de um mecanismo de tecnologia eficiente (Sapiens) a plena digitalização dos procedimentos de investigação prévia e a concentração em uma equipe de trabalho remoto houve um aumento exponencial da análise de tais procedimentos e consequentemente das ações. A par disso a concentração dessa atuação está permitindo uma ampla coleção de dados que permitem identificar padrões dos atos de improbidade na administração federal indireta, permitindo retorno das informações como forma de prevenir futuros atos, fornecendo subsídios para gestão de risco das entidades e aprimoramento de rotinas administrativas, como também sugestões para atualizações na legislação. Não há no orçamento da PGF/AGU dotação específica para realização de despesas voltadas à atuação da Equipe. Os equipamentos utilizados pelos Procuradores Federais que atuam em trabalho remoto são custeados às suas próprias expensas, sem utilização dos recursos orçamentários disponibilizados à PGF/AGU. Como a

---

1 Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Procurador Federal.

Equipe é toda estruturada para atuação em trabalho remoto, não são necessárias despesas com instalações físicas, mobiliário, manutenção, dentre outras. As reuniões periódicas da Equipe, inclusive, são realizadas por meio de videoconferência, o que evita gastos com diárias e passagens aéreas.

**Palavras-chave:** equipe de trabalho remoto; defesa da probidade; legitimidade ativa dos entes lesados; alta especialização e visão nacional; redução de custos operacionais.

## Regime jurídico do teletrabalho na administração pública

**Horácio Augusto Mendes de Sousa<sup>1</sup>**

A presente iniciativa objetiva demonstrar a aplicação do regime jurídico do teletrabalho na administração pública, a partir da experiência concreta do Estado do Espírito Santo, nos termos da disciplina constante da Lei Complementar estadual n. 874/2017 e normas regulamentares estaduais. Sob a ótica do procedimento metodológico utilizado, destacam-se os principais aspectos jurídicos e operacionais do regime do teletrabalho, a saber: (i) somente se aplica aos servidores efetivos do Estado; (ii) o seu deferimento constitui opção discricionária do gestor público; (iii) é condicionado ao aumento da produtividade do servidor público, no percentual mínimo de 20% (vinte por cento), em relação às atividades desenvolvidas pelos servidores em regime presencial; (iv) pressupõe a celebração de termo de compromisso entre o Estado e o servidor, onde são fixadas as condições para o regime de teletrabalho, principalmente as metas a serem cumpridas e seus prazos e (v) as principais informações do teletrabalho são inseridas no *site* do órgão ou entidade do Estado, viabilizando efetiva transparência ao programa. Na perspectiva dos resultados alcançados, até o presente momento, considerando a receticidade de sua execução no Estado, o teletrabalho já foi implementando na Secretaria de Estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca (Seag), com um servidor, em regime de teletrabalho, desenvolvendo as seguintes atividades: (i) a emissão de manifestações técnicas em processos administrativos de prestação de contas de Municípios nas parcerias firmadas com a Seag; (ii) o auxílio aos fiscais na gestão de contratos administrativos e (iii) elaboração de notas técnicas para a confecção de atos normativos e projetos de lei de interesse da Seag. O segundo caso, mais recente, se deu no âmbito da Secretaria de Estado da Saúde (Sesa). Esse órgão implementou, por meio do teletrabalho, o seu sistema de regulação de consultas e exames, já que os servidores dessa atividade regulatória podem trabalhar, de maneira mais eficiente, e com mais resultados, se o fizerem de maneira remota, eis que a atividade de regulação de consultas e exames se dá on-line, sendo, portanto, desnecessária a presença física dos profissionais. Ambos os órgãos estaduais fixaram metas superiores às desenvolvidas presencialmente pelos servidores, em percentual médio de 30% (trinta por cento) a mais que os servidores em regime presencial. Pelo exposto, pode-se concluir que o teletrabalho na gestão pública dá um relevante passo na direção da administração pública voltada a resultados mais eficientes. Atende-se o interesse público, com o aumento da eficiência nas entregas do Estado à sociedade, a partir do aumento da produtividade dos servidores. Atende-se o interesse do servidor, pois pode realizar as suas atividades organizando o seu tempo de maneira mais adequada à sua reali-

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado do Espírito Santo. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Candido Mendes/RJ. Professor da Escola de Serviço Público do Estado do Espírito Santo. Subsecretário de Estado de Administração da Secretaria de Estado de Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca do Estado do Espírito Santo. Membro do Comitê de Implementação do Teletrabalho no Poder Executivo do Estado do Espírito Santo.

dade pessoal e familiar. Em última análise, cuida-se de iniciativa administrativa que atende, ao mesmo tempo, diversos valores e princípios constitucionais, tais como a legalidade, a publicidade e a eficiência direcionada a resultados eficazes, colocando o Estado em sintonia com as melhores práticas de gestão sustentável de pessoas, processos e serviços públicos, com efetiva economia de tempo e recursos públicos.

**Palavras-chave:** estado; administração; teletrabalho; eficiência e servidor.

## Projeto 100-150-200: eficiência e celeridade na prestação do serviço público judiciário

**Diana Brandão Maia Mendes de Sousa<sup>1</sup>**

O Projeto em questão objetiva concretizar os princípios da eficiência e da celeridade na prestação do serviço público judiciário, conforme determinam os arts. 37, *caput* e 5º, LXXVIII, da CR/88 c/c arts. 4º e 6º, do CPC. Considerando-se que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é o órgão administrativo de controle do Poder Judiciário (art. 103-B, § 4º, da CR/88), o Projeto adotou, como paradigma para cumprimento do objetivo acima, a efetivação das Metas Prioritárias do CNJ, em fase de conhecimento, dos anos de 2017 e 2018, para concretizar a eficiência e a celeridade na prestação do serviço público judiciário, o Projeto busca viabilizar (i) o julgamento de quantidade igual ou maior de processos distribuídos a cada ano e parcela do estoque, (Meta 01 do CNJ), bem como (ii) o julgamento de 100% (cem por cento) dos processos distribuídos até 31.12.2013 (Meta 02 do CNJ). O procedimento metodológico do Projeto consiste em disponibilizar, para análise do magistrado responsável, em ciclos de três meses, 100, 150 e 200 minutas de sentenças para apreciação. Assim, no primeiro mês, são disponibilizadas 100 minutas de sentenças, no segundo mês, 150 minutas, e, no terceiro mês, 200 minutas. Ao final de cada ciclo de três meses, retoma-se o objetivo do primeiro mês (apresentação de 100 minutas de sentença), iniciando-se novo ciclo trimestral. Cuida-se, pois, de estabelecer uma progressão aritmética crescente finita (PA crescente), tendo-se que  $a_1$  corresponde a 100;  $a_2$  corresponde a 150 e  $a_3$  corresponde a 200, a partir da constante 50 ( $r = 50$ ). Segundo o Projeto, todos os servidores – tanto os da Secretaria, quanto os assessores de Gabinete – são responsáveis por minutar sentenças, respeitando-se a vocação de cada divisão interna do órgão jurisdicional. Assim, enquanto a Secretaria é responsável por minutar sentenças padronizadas e repetitivas, o Gabinete é responsável por minutar sentenças atípicas e com maior grau de dificuldade. Os servidores são estimulados a cumprir as metas mensais por meio de cerimônias de reconhecimento e *feedback* positivo do responsável pelo Projeto para o servidor mais produtivo do mês. Já para os servidores em teletrabalho, o alcance das metas mensais é um dos paradigmas para manutenção do regime. O Projeto foi implantando, no mês de outubro de 2017 na 6ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Espírito Santo (SJES). Tal Vara detém competência Cível Especializada. Trata, portanto, de matéria tributária, previdenciária, servidores públicos civis, concorrência e comércio internacionais (Resolução n. 21/2018, do E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região). Dois resultados práticos foram observados no período de outubro de 2017 a maio de 2018 (08 meses): (i) redução em 7,28% do acervo e (ii) prolação do maior número de sentenças em 06 dos 08 meses analisados, comparati-

---

<sup>1</sup> Oficial de Gabinete da 6ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Espírito Santo. Mestra em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Professora da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Professora da Escola de Serviço Público do Estado do Espírito Santo – ESESP.

vamente às Varas com mesma competência da SJES. Conclui-se, portanto, que a iniciativa gerencial em questão busca conciliar os dois principais vetores constitucionais do Poder Judiciário moderno - eficiência e celeridade - de modo a garantir, ao jurisdicionado, o direito fundamental do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CR/88).

**Palavras-chave:** eficiência; celeridade; justiça; processo e julgamento.

## Ações de compliance e integridade

**Weber Dias Oliveira<sup>1</sup>**

**Nicolle Ferreira Blème<sup>2</sup>**

Tendo por foco a Lei Anticorrupção (12.846/2013), também chamada Lei da Empresa Limpa e Decreto Municipal n. 1.085/2016, que regulamenta a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, a Controladoria Geral do Município de Contagem lança o projeto SIC – Selo de Integridade de Contagem. Essa iniciativa é pertinente às práticas e arranjos institucionais para prevenção à corrupção, incremento à transparência e gestão de licitações e contratos. São objetivos da iniciativa: Criar um selo como diferencial competitivo das empresas para compras com o setor público; Fomentar uma cultura de integridade, prevenção à corrupção e promoção da ética nas relações com as empresas privadas; Antecipar e preparar as empresas de Contagem para uma tendência do poder público, que consiste em atribuir pontuação ou benefícios nas licitações às empresas que possuem programas de integridade; Criar uma ferramenta para avaliar os programas de integridade das empresas e reduzir eventuais multas aplicadas nos termos da Lei 12.846/13. Para consolidar a marca da integridade no Município de Contagem, foi estabelecido um selo. Já para a obtenção do selo de integridade foi desenvolvida a seguinte metodologia: Requisitos de admissibilidade; Certidões tributárias negativas; Não constar de cadastros de empresas punidas por atos contrários a Lei anticorrupção ou a Lei 8.666/93; Requisitos objetivos; Possuir código de ética; Possuir canal de comunicação e denúncias; Resposta ao questionário de ambiente de integridade. O compilado desses requisitos está em sequência: Cronograma do projeto; Prazo para a empresa responder o questionário de integridade e cadastrar suas respectivas comprovações em plataforma on-line: 15/08 a 19/10; Avaliação dos requisitos pela Controladoria Geral: 22/10 a 23/11; Divulgação dos resultados: 30/11; Evento de certificação: 11/12 (comemoração dia internacional de combate a corrupção). Resultados e conclusões: Trata-se de continuidade das ações de integridade realizadas pela Controladoria Geral de Contagem, que no ano passado (2017) realizou o evento “Compliance: Sua empresa está preparada?”, em parceria com a CIEMG/FIEMG, ACIC, OAB, Sebrae, CDL, Próiso e CGU. Neste ano, além dos parceiros já confirmados, haverá os seguintes palestrantes no evento, sendo estes funcionários responsáveis pelas áreas de compliance, com objetivo de demonstrar para as empresas que investir no compliance e integridade, é um bom negócio: Fiat Automóveis, Unimed BH. Esperamos com essa iniciativa pioneira em âmbito Municipal, que em especial as Micro e Pequenas empresas, que correspondem a 65% das compras públicas realizadas no Município, possam conhecer e adotar ações de integridade em seu negócio, de modo a fomentar uma cultura de compliance e ética no relacionamento com o poder público, que é um tema atual e muito importante para toda a sociedade.

**Palavras-chave:** compliance; integridade; ética; lei anticorrupção; diferencial competitivo.

---

<sup>1</sup> Prefeitura Municipal de Contagem/MG. Controladoria Geral do Município de Contagem/MG.

<sup>2</sup> Prefeitura Municipal de Contagem/MG. Controladoria Geral do Município de Contagem/MG.



A stylized, vertical graphic of a fountain pen in shades of gray. The nib is at the bottom, pointing downwards. The main body of the pen is a long, tapered cylinder. There are two horizontal bands: a thin one near the top and a thicker one near the bottom. The cap is partially visible at the top left, showing its curved shape.

Resumos de  
**comunicados**  
científicos

PARTE V



## A atuação do Tribunal de Contas da União e a governança socioambiental: as decisões da corte de contas como instrumento de promoção do desenvolvimento sustentável

**Cláudia de Oliveira Cruz Carvalho<sup>1</sup>**

As diretrizes constitucionais do Desenvolvimento Sustentável progressivamente têm se mostrado mais presentes na estruturação da gestão pública. É notória a atenção da doutrina e do agente público sobre os meios de promoção e proteção do Desenvolvimento Sustentável através da atuação da Administração Pública. Nesse quadro, para além das novidades normativas relacionadas com o tema, ou ainda a movimentação em prol de suas várias dimensões através de organismos internacionais, tal qual o Pnuma, o que se verifica é a mobilização dos Tribunais de Contas na fiscalização deste viés da atuação do gestor. Nesse quadro, pretende-se verificar na pesquisa a relação da atuação da Corte de Contas com o desenvolvimento da governança socioambiental na Administração Pública. Com o traço, objetiva-se verificar o alcance e contornos desta atuação através da análise de suas decisões quanto ao uso das contratações públicas para a promoção do Desenvolvimento Sustentável. É dizer: investigar quais são as características das principais decisões do Tribunal de Contas da União em matéria de contratações sustentáveis. No contexto, será necessário também, e preliminarmente, revisitar a doutrina dos limites do controle externo e sua relação com a atividade do gestor. Com tal quadro, tornar-se-á possível identificar elementos de orientaram nos últimos anos a construção da governança socioambiental na estrutura administrativa em matérias de compras públicas, tais como orientações e eventuais penalidades dos agentes públicos. Com o diagnóstico, será possível em um primeiro momento apresentar os principais aspectos cobrados pela Corte de Contas quando da concretização das contratações sustentáveis, bem como, e por consequência, verificar os elementos que impactaram o progresso da governança socioambiental na Administração Pública. Ainda, tornar-se-á viável listar os pontos comuns negativos identificados na gestão administrativa em matéria socioambiental, o que permitirá a reflexão e eventualmente a apresentação de elementos para a elaboração de um plano estratégico para a gestão pública em matérias de contratações sustentáveis.

**Palavras-chave:** desenvolvimento sustentável; governança socioambiental; estado socioambiental; administração pública; tribunal de contas da união.

---

<sup>1</sup> 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 Escola de Administração Fazendária - Esaf.

## O medo e os martelos: uma análise consequencialista do ativismo judicial em matéria de improbidade a partir da análise econômica do Direito

**Pablo Ademir de Souza<sup>1</sup>**

A presente pesquisa tem por objetivo geral verificar as consequências práticas do ativismo judicial em matéria de improbidade administrativa, sob o marco teórico econômico. Os objetivos específicos são (i) verificar os incentivos oferecidos aos agentes públicos e privados (*extraneus*) no momento da tomada de decisão; (ii) analisar os estímulos gerados pela jurisprudência do STJ sobre o tema; (iii) analisar as influências do “fator risco” no comportamento dos agentes públicos e privados. A metodologia utilizada será a análise bibliográfica do marco teórico selecionado, junto à pesquisa empírica das decisões do tribunal escolhido. A hipótese inicial é de que o ativismo judicial, neste ponto, tende ao punitivismo. Esse cenário, por sua vez, propicia risco e incerteza ao agente público, engessando suas ações e desestimulando qualquer tentativa de inovação. A história da política brasileira, na última década, transformou profundamente o imaginário dos magistrados brasileiros. Em tempos ditos históricos, todos desejam se sagrar heróis. A constante luta pelo protagonismo do Judiciário, junto ao fascínio pelo combate à corrupção “a todo custo”, cria terreno fértil para o punitivismo prosperar. A sanha por erradicar a corrupção de nosso país cega os magistrados, fazendo-os aplicar deliberada e extensivamente as medidas sancionatórias da Lei de Improbidade. Esse cenário punitivista aumenta o risco e a incerteza na ação dos agentes públicos, que acabam ficando arraigados às velhas práticas. Os agentes privados, por sua vez, veem no risco e na incerteza um aumento nos chamados custos de transação para se relacionar com a Administração. Esse cenário se explica pelo fato de que a possibilidade de responder por um processo administrativo e/ou judicial – e arcar com todos os custos inerentes – aumenta o fator risco no momento de tomada de decisão. A Análise Econômica do Direito (AED), no que lhe concerne, oferece uma sólida base científica para o estudo dos efeitos das decisões sobre os indivíduos. Há, na AED, um robusto suporte teórico para análise comportamental de decisões econômicas não mercantis, a partir de incentivos gerados pelas instituições que regem e controlam o funcionamento da Administração. Partindo do pressuposto do indivíduo racional, os seres humanos são considerados detentores de uma racionalidade, que lhes permite (i) vislumbrar as futuras consequências de seus atos; e (ii) decidir suas ações com base nestas perspectivas. Com isso, conclui-se parcialmente que o risco e a incerteza, advindos do ativismo judicial em matéria de improbidade, influenciam diretamente a tomada de decisão dos agentes públicos e privados, vez que mitigam a segurança quanto às ações que podem executar. O fator risco configura-se, portanto, como desincentivo a práticas inovadoras no âmbito da Administração.

**Palavras-chave:** ativismo judicial; improbidade administrativa; análise econômica do direito; decisão sob risco; corrupção.

---

<sup>1</sup> Acadêmico do 6º período de Direito. Pesquisador do PET Direito. Membro do Grupo de Estudos em Fundamentos do Direito Administrativo (Núcleo de Investigações Constitucionais – NINC/UFPR).

## Subcontratação de obras públicas: críticas acerca das regulações atuais

**Alexandre Cardoso Dal Ross<sup>1</sup>**

É inegável que as obras públicas estão sob maior escrutínio nos últimos anos, bem como é natural que a sociedade deseje que os recursos públicos sejam bem aplicados por seus representantes. Nesse contexto, questiona-se sobre a contribuição da legislação para atender ao princípio da eficiência quando se trata da subcontratação de obras. O objetivo deste trabalho é, portanto, debater se o conteúdo da Lei 8.666/93, no que se refere a subcontratação, contribui ou obstaculiza a realização de uma obra pública com eficiência. Por meio do estudo da Lei de Licitações e Contratos, foram descritas quais as possibilidades de subcontratação. Além disso, a partir de julgados relativos ao tema, identificou-se o entendimento recente do Tribunal de Contas da União (TCU). Posteriormente, levantou-se uma situação hipotética presente no dia a dia das obras a fim de verificar a possibilidade de fazer-se cumprir a Lei 8.666/93, e, concomitantemente, promover o princípio constitucional da eficiência. Para tal, não foi deixado de observar, evidentemente, o atendimento a demais princípios, notadamente o da legalidade. A Lei de Licitações é sucinta no que se refere ao tema. Neste trabalho, suas disposições foram agrupadas em dois eixos de interesse: (1) o contratado poderá subcontratar partes da obra até o limite admitido, em cada caso, pela Administração; e (2) a subcontratação - total ou parcial, não admitidas no edital e no contrato – constitui motivo para rescisão do contrato. O TCU entende que a subcontratação é possível, desde que prevista no edital e no contrato. Sem previsão, entende-se como ofensa à norma. Além disso, a Administração deve adotá-la unicamente quando necessária para garantir a execução do contrato, e deve estabelecer limites para cada caso nos instrumentos convocatórios. Quanto à realidade da execução de obras, é fato que dificilmente uma construtora disponha de mão-de-obra para todos os serviços inerentes às edificações, como vidraçaria, instalações lógicas, marmoraria, entre outros. Para realizá-los, há que se contratar uma empresa especializada para tal – vale dizer: subcontrata-se. Face a isso, argumenta-se que o atendimento da previsão legal da subcontratação não permite ao gestor ser eficiente, vez que, para amparar sua decisão de mérito administrativo e resguardar-se de possíveis sanções, é necessário um sem-fim de controles burocráticos. Isso ocorre porque são muitos os ônus do gestor, por exemplo: decidir e motivar que parcelas e em quais limites pode haver subcontratação; decidir pela rescisão contratual, caso haja subcontratação não prevista; e permitir a subcontratação *unicamente* quando necessária. Conclui-se que para o atingimento da eficiência, é necessário pensar um novo paradigma legislativo, que simplifique processos e permita equilíbrio entre o cumprimento da lei e a realização eficiente de subcontratações em obras públicas. Não se propõe extinguir a responsabilidade, tampouco que se criem mais regulamentações, porém, o modelo vigente mostra-se incompatível com a satisfação da tão desejada eficiência.

**Palavras-chave:** licitação; obra; subcontratação; crítica; eficiência.

---

<sup>1</sup> Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Engenheiro Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. MBA em Gestão Pública pela FAE Centro Universitário.

## O uso de pneus de forma sustentável

**Adair Soares Ferreira<sup>1</sup>**

**Lhayse Santos Soares<sup>2</sup>**

Avanços tecnológicos, ritmo acelerado de produção, competitividade econômica e a disputa de mercado, somados, resultam numa perspectiva de péssimas condições de destinação final dos resíduos sólidos. O excesso de lixos provenientes das produções industriais coloca a sociedade diante um grandioso desafio e resta buscar alternativas para solucionar esta problemática. O presente trabalho terá por finalidade explanar algumas alternativas adotadas, mais especificamente, pelos municípios de Anápolis e Goiânia, os quais, trabalham na reutilização e reaproveitamento dos pneus sob a perspectiva de amortizar a contaminação ambiental deste detrito. Devido as características do material, a composição emborrachada torna o componente mais elástico, o qual proporciona uma pavimentação de qualidade e mais resistente aos impactos automobilísticos. Observadas as composições e após estudos e análises, contata-se a vantajosidade no uso da matéria, visto a sua adequação as condições climáticas da região. A adoção desta alternativa facilita a constatação de fissuras asfálticas além de contribuir com o fator ecológico. Assim, estas medidas somadas as políticas públicas resultam numa maior consciência ambiental e ecológica, na redução de detritos em consonância com a reciclagem e o reaproveitamento de pneus. No Brasil não existe nenhum incentivo por parte do governo para a reciclagem de pneus. Todo o processo de logística reversa é financiado pelos fabricantes e importadores de pneus novos. Isto torna a reciclagem de pneus um grande desafio. Para alcançar o desiderato científico proposto, será utilizada metodologia do dedutivo-bibliográfico e a pesquisa descritiva, isto é, um método de estudo teórico, embasado na doutrina e nas entrevistas locais realizadas com dados relativos da atualidade.

**Palavras-chave:** artefatos; pneus; reciclagem; pavimentação; meio ambiente.

---

<sup>1</sup> Pós-graduado no curso de Gestão, Auditoria e Perícia Ambiental pela Faculdade Católica de Anápolis.

<sup>2</sup> Servidora do Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Especialista em Direito Processual Civil.

# Desenvolvimento de modelo institucional de correição da Universidade Federal de Goiás (UFG) como política pública de transparência e eficiência funcional

**Tancredo Elvis Santos Silva<sup>1</sup>**

**Robert Bonifácio<sup>2</sup>**

Pretende-se formular um modelo de reorganização administrativa do sistema de correição da Universidade Federal de Goiás (UFG). Objetiva-se implementar um novo arranjo do sistema de correição, que viabilize maior transparência administrativa das atividades relacionadas a investigações disciplinares em face de agentes públicos de seu quadro de servidores, como também proporcionar maior eficiência funcional do referido sistema. A UFG participa como unidade seccional do chamado Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, instituído pelo Decreto nº 5.480 de 30 de junho de 2005, que possui a finalidade de promover a coordenação e harmonização das atividades de correição. Neste contexto, em decorrência da autonomia administrativa que possuem as Instituições Federais de Ensino Superior (Ifes), assegurada pelo art. 207 da Constituição Federal de 1988, essas podem organizar internamente o funcionamento de sua unidade de correição, ficando sujeitas, porém, à orientação normativa do Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União (CGU), além da supervisão técnica da unidade setorial vinculado ao Ministério da Educação (MEC). Deste modo, o objetivo geral do trabalho é analisar a estrutura institucional e as informações sobre eficiência e transparência quanto a tramitação e resultados de processos investigativos e disciplinares em Ifes, analisando se o modelo de corregedoria indicado pela CGU é mais eficiente do que outros modelos em voga. A base de dados utilizada proporcionará o cálculo de tempo médio de tramitação de procedimentos investigativos e disciplinares concluídos em 9 (nove) Ifes com corregedoria instalada, além de outras 7 (sete) Ifes sem corregedoria instalada, no período dos anos de 2012 a 2017. Com a análise dos dados, observar-se-á a estrutura organizacional da funcionalidade interna da atividade correcional, buscando-se verificar boas práticas dentro do espectro de Ifes estudadas, para fins de formulação de modelo a ser proposto à UFG. A pesquisa encontra-se ainda em fase de coleta e análise de dados, partindo o estudo do objeto de pesquisa através dos referenciais teóricos de transparência administrativa, como forma de promoção das ferramentas de *accountability*, de modo a garantir a prestação de contas e controle das atividades exercidas na atividade correcional. Complementarmente, será utilizado o princípio da eficiência como referencial teórico dentro de uma perspectiva de direito fundamental à boa administração, tendo em conta a finalidade do Sistema de Correição como precursor de modelo de conduta aos agentes públicos.

**Palavras-chave:** processo administrativo disciplinar; sistema de correição; transparência administrativa; princípio da eficiência; *accountability*.

---

<sup>1</sup> Especialista pela Universidade Federal de Goiás. Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas – PPGDP.

<sup>2</sup> Doutor pela Universidade Federal de Goiás. Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas – PPGDP.

## A garantia de direitos sociais e a judicialização da saúde: análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

**Sabrina Santos Lima<sup>1</sup>**

**Carolina da Silva Ruppenthal Weyh<sup>2</sup>**

No contexto pós Constituição Federal 1988, onde verifica-se o real compromisso do Constituinte em ver-se garantidos os direitos fundamentais, incluídos, nesse tópico, os direitos sociais, sobressaem debates que tocam o direito à saúde, especificamente. É dever do Estado garantir a todos o direito à saúde, que se consubstancia, ao fim e ao cabo, no próprio direito à vida, ocorre que nem sempre essa garantia é eficaz, tendo em vista o não fornecimento de determinados medicamentos, o atraso nas consultas médicas e exames, a não marcação de cirurgias, bem como a falta de vagas em leitos hospitalares. É nesse momento, portanto, que se vê em evidência a atuação do Poder Judiciário, não pouco criticado por, teoricamente, invadir a esfera de competência dos demais Poderes (Legislativo e Executivo), haja vista o grande número de demandas judiciais que buscam, então, a garantia do direito à saúde, em razão da negativa ou inércia do Poder Público. Diante desse cenário, mostra-se relevante a análise da questão da judicialização da saúde no estado do Rio Grande do Sul, a qual se caracteriza, justamente, na busca da proteção do direito junto ao Judiciário, que desenvolve um papel protagonista no cenário brasileiro atual. A partir dessa questão surge a problemática a ser trabalhada ao longo do trabalho, qual seja: no que consistem e como se manifesta o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos casos de judicialização da saúde? Assim, pretendendo responder o problema suscitado, utilizar-se-á o método dedutivo, através de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, que consistirá na busca de jurisprudência no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, abarcando um período de dois anos (01 de agosto de 2016 a 01 de agosto de 2018), por meio do termo “direito à saúde”. Desse modo, num primeiro momento pretende-se abordar como se dá a judicialização dos direitos sociais no cenário constitucional atual, para, então, verificar o desenvolvimento do direito à saúde no Brasil e, por fim, analisar as decisões que envolvam a busca pelo direito à saúde no Rio Grande do Sul, a fim de fazer um mapeamento das principais causas que alcançam o Poder Judiciário, e como o mesmo se manifesta, analisando, especificamente: os argumentos trazidos pelo Tribunal para conceder ou negar a demanda, como o Tribunal aplica o modelo de hierarquização do Sistema Único de Saúde (SUS), e de que forma o Tribunal entende a questão do fornecimento de medicamentos não regulamentados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

**Palavras-chave:** direito à saúde; direitos sociais; judicialização da saúde; Rio Grande do Sul; sistema único de saúde.

<sup>1</sup> Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Bolsista Prosuc/Capes.

<sup>2</sup> Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Pós-graduada em Direito Previdenciário, pela Universidade Anhanguera. Advogada.



# Aquisição de medicamentos na administração pública: metodologia para pesquisa de preços e formação de termo de referência

**Orlando Monteiro da Silva Neto<sup>1</sup>**  
**Giulio Henrique Furlan de Campos<sup>2</sup>**

A partir da premissa do dever do Estado ao fornecimento de medicamentos e do grande impacto do valor investido na saúde por municípios de pequeno e médio porte, o presente artigo objetiva apresentar uma metodologia sobre a apuração do sobrepreço na aquisição de medicamentos por parte dos municípios do Estado do Paraná no período compreendido entre primeiro de janeiro à 31 de junho de 2018 utilizando como critério de amostragem as modalidades de Tomada de Preços para determinar quais licitações disponibilizadas no site do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, fazendo uso do Banco de Preços em Saúde como base de dados sobre preço de aquisição de medicamentos no Paraná no último ano, serão estudadas. Usa-se a curva de Pareto para distinguir quais são os medicamentos a serem avaliados. Os valores demonstrados apresentam editais que conseguiram valores acima e abaixo do valor médio ponderado das compras dos mesmos medicamentos por outras instituições. Apresentam-se resultados que comprovam a necessidade de acompanhamento dos órgãos municipais por parte de agência fiscalizadora. O artigo também salienta as disposições do Tribunal de Contas do Estado do Paraná referente a sua divisão de trabalho interna e o seu planejamento para atuação preventiva na fiscalização dos municípios, assim como casos exitosos de fiscalização. É concluído que há necessidade de instauração de metodologia para que os pequenos e médios municípios possam efetivar a utilização de bancos de dados para auxiliar na tomada de decisão e sobre a necessidade de fiscalização preventiva de órgão competente e do controle social.

**Palavras-chave:** sobrepreço; metodologia; eficiência; licitações; medicamentos

---

<sup>1</sup> Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Paraná.

<sup>2</sup> Acadêmico de Ciências Contábeis da Universidade Federal do Paraná.

## O regime jurídico-administrativo como um escudo contra o arbítrio: uma análise do processo histórico de democratização da administração pública

**Luzardo Faria<sup>1</sup>**

O Direito Administrativo, nos últimos anos, tem sido o palco de grandes debates doutrinários a respeito do seu passado e do seu futuro. Têm ganhado corpo, nesse sentido, diversas propostas de instituição de uma Administração Pública mais paritária e dialógica, por exemplo. No entanto, muitas dos autores que propõe a consensualização da Administração Pública, o fazem criticando as origens supostamente autoritárias do Direito Administrativo (e, simultaneamente, a noção de interesse público e sua supremacia e indisponibilidade), criando com isso uma sustentação teórica para sua defesa da redução das prerrogativas administrativas. Percebe-se, nesse ponto, uma estratégia retórica e argumentativa de tratar a história do Direito Administrativo como uma história de arbítrios e autoritarismos, o que faz com a tese “crítica” receba adeptos mais facilmente. Em uma análise mais profunda, porém, percebe-se que muitas vezes essas críticas vêm acompanhadas de propostas de substituição das noções atualmente estruturantes do regime jurídico administrativo, o que também pode ser encarado como mais uma tentativa de fuga para o Direito Privado. Objetiva-se, diante disso, demonstrar que, ao contrário do que apontam essas críticas, o Direito Administrativo possui um berço democrático: a instituição do Estado de Direito e a submissão do Poder Público à ordem jurídica. Para isso, é importante realizar uma análise do momento histórico de afirmação desse novo paradigma na Teoria do Estado, ressaltando que o regime jurídico-administrativo é criado – e vem sendo desenvolvido – exatamente para frear os impulsos arbitrários do Poder Público. Também é imprescindível ressaltar que, por diversas questões jurídicas, políticas e culturais, não se poderia esperar que o Direito Administrativo criado após as revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX fosse inteiramente oposto às práticas dos regimes anteriormente vigentes. Com efeito, institutos jurídicos não se criam em um passe de mágica e a história do direito não é um conto linear como frequentemente se propaga. Nesse sentido, deve-se tomar todo esse fenômeno como um constante processo de democratização da Administração Pública. Seria um anacronismo imaginar que a experiência arbitrária vivenciada no desenvolvimento inicial do Direito Administrativo como disciplina jurídica autônoma ainda o estigmatize como sendo um instrumento normativo de caráter essencialmente autoritário. É exatamente por conta da vocação emancipatória do regime jurídico-administrativo que se deve continuar “investindo” em sua democratização, sempre com o objetivo maior de instrumentalizar aos cidadãos um escudo contra os anseios arbitrários do Poder Público, não significando isso, porém, uma completa inversão de sua

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Secretário Executivo da Revista de Investigações Constitucionais. Membro do Ninc – Núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná. Advogado.

lógica estrutural. Assim, ao fim pretende-se demonstrar que a adoção de práticas ainda mais democráticas (como alguns dos instrumentos consensuais) não apenas não é incompatível com a essência do regime jurídico-administrativo brasileiro, como também está em perfeita sintonia com os objetivos deste.

**Palavras-chave:** regime jurídico-administrativo; autoritarismo; Estado de Direito; processo de democratização; administração pública.

## O direito fundamental à moradia digna e a função socioambiental da regularização fundiária urbana: uma análise da implementação da Lei 13.465/2017

**Michele Dixon Moreira Alves<sup>1</sup>**

**Luiz Carlos Figueira de Melo<sup>2</sup>**

As questões de acesso à moradia, ao trabalho, melhoria das condições econômicas, acesso ao transporte público, à saúde, à educação, ao saneamento, à energia elétrica, ao lazer, à segurança, à cultura, são interesses difusos que requerem investimentos pelo Poder Público, o que significa planejamento territorial das áreas urbanas e rurais de serviços que auxiliem e promovam a cidadania e a justiça social. Assim, é notória a importância de políticas que desenvolvam o processo de regularização fundiária. No inc. XX do art. 21 da Constituição Federal compete a União instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano. Já o inc. II do art. 30 do mesmo estatuto atribui competência aos Municípios para suplementar legislação estadual e federal no que couber. Também a Lei Federal n. 13.465/17 autoriza o Município dispor sobre questões suplementares ao tema. De acordo com a nova legislação, caberá aos poderes públicos desenvolver no espaço urbano políticas que coadunam com os princípios da sustentabilidade, da competitividade, complexidade funcional, ambiental e social. Assim, indaga-se: a função socioambiental da regularização fundiária encontra elementos eficazes na Lei n. 13.465 de 2017?; o modelo adotado contribui para efetivação de direitos para população de baixa renda?. As cidades têm papel importante para atender as necessidades de toda a população que nela habita, no entanto, o que vislumbramos é um espaço de concentração de riquezas e tragédias de toda ordem. Para reverter o quadro de degradação e desigualdades sociais, o Estado Brasileiro deve adotar uma política urbana que tenha como objetivo os direitos inerentes às pessoas de viverem em condições dignas, ampliando os direitos fundamentais mediante a realização de reforma urbana. Por fim, nota-se que o objetivo é a incorporação dos assentamentos irregulares ao ordenamento territorial urbano, visando aproximar ao ordenamento jurídico as diversas situações fáticas existentes, como direito real de laje, os institutos do condomínio urbano simples e do condomínio de lotes, além de disposições relativas aos condomínios habitacionais e aos loteamentos com acessos controlados. O método de abordagem adotado será o dedutivo com pesquisas bibliográficas, doutrinárias e estudos jurisprudenciais sobre o tema.

**Palavras-chave:** direito fundamental à moradia digna; função socioambiental; Lei n. 13.465/2017; política urbana; regularização fundiária urbana.

---

<sup>1</sup> Advogada. Especialista em Direito Público com ênfase em Gestão Pública na Faculdade Damásio.

<sup>2</sup> Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal de Uberlândia. Doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais.

## Obrigatoriedade de processo administrativo na requisição administrativa

**Luiz Carlos Figueira de Melo<sup>1</sup>**

**Beatriz Dixon Moreira Alves<sup>2</sup>**

O uso de bens e serviços privados em situações de urgência tanto em caso de guerras, graves perturbações da ordem pública, ou ainda catástrofes, epidemias, inundações ou ainda por ações humanas geradoras de perigo iminente ensejam a utilização do instituto jurídico da “requisição administrativa” civil ou militar por parte do Estado. O fundamento desta prerrogativa interventiva do Estado está cravado no inc. XXV, do art. 5º, da Constituição. Por outro lado, a Constituição elegeu como princípio fundamental do Estado, a cidadania. Esta é mais que simples prerrogativa política e pode-se afirmar que no Estado Democrático de Direito ela é o direito de participação do indivíduo nas decisões estatais, sobretudo quando a decisão estatal afeta direitos individuais, emerge como garantia fundamental. Por isso, nos incs. LIV e LV, a Constituição erigiu como garantia fundamental o devido processo legal para a construção de decisões administrativas e judiciais. O fato de a requisição administrativa alinhar-se à perigo iminente, parte da doutrina entende que não é necessário qualquer ato da Administração para efetivação da medida. Em pleno século XXI, não se pode conceber o exercício da função pública, com afetação de bens ou serviços particulares, sem o devido processo legal. As medidas interventivas do Estado somente se legitimam pelo devido processo legal. A inquirição é: como instrumentalizar a requisição administrativa efetivada em situação de perigo iminente pelo devido processo administrativo? A autoridade diante da situação de perigo requisita o bem ou serviço, mas assim que chegar à repartição deve abrir processo administrativo justificando a tutela cautelar utilizada nos termos do disposto no art. 45, da Lei Federal 9784/99 ou norma equivalente existente em lei estadual ou municipal, salientando que a omissão de leis processuais administrativas ensejam a aplicação da lei 9784/99. Após a motivação do ato imediato e coercitivo, como medida cautelar o processo administrativo segue o seu curso para vistoria, produção de prova pericial e outros atos necessários para aquilatar possível prejuízo do particular e devolução do bem com o devido ressarcimento, tudo no plano administrativo. No Estado Democrático de Direito o exercício da função administrativa legitima-se pelo processo como instrumento de participação do indivíduo nas decisões estatais. Na presente pesquisa valer-se-á do método dedutivo com pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais.

**Palavras-chave:** requisição administrativa; processo administrativo; obrigatoriedade; devido processo legal; estado democrático de direito.

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal de Uberlândia. Doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais.

<sup>2</sup> Advogada da Câmara Municipal de Uberlândia. Graduada pela Universidade Federal de Uberlândia. Especialista em Direito Público.

## A responsabilidade civil do Estado x a teoria da irresponsabilidade frente aos erros judiciários

**Larissa Alves Canedo<sup>1</sup>**

Este artigo dedicou-se a analisar se a teoria adotada pela jurisprudência atual quanto à reparação dos danos advindos de erros judiciários, contraria os anseios sociais de uma justiça mais eficaz. Para isso foi realizado um levantamento da literatura existente sobre o tema e analisado as jurisprudências aplicadas nesses casos. Com bases nos resultados encontrados, tem-se que apesar de estar previsto constitucionalmente a responsabilidade do Estado pelos danos causados por seus agentes públicos a terceiro, os prejuízos advindos de erros dos magistrados, pelo menos em regra, não ensejam Responsabilidade Civil para o Estado. Dentro desse contexto, verificou-se que é aplicada pela jurisprudência e aceita pela maioria da doutrina, a Teoria da Irresponsabilidade Estatal quanto aos erros judiciários, razão pela qual o objetivo maior desta pesquisa foi demonstrar que a adoção da Teoria da Irresponsabilidade no tocante aos erros judiciários pela Jurisprudência, alimenta a crença da sociedade em geral, na ineficácia da Justiça brasileira, bem como aumenta a desconfiança do cidadão para com os magistrados, representantes do poder jurisdicional do Estado. Para tanto, uma análise dessa natureza requereu o uso da pesquisa básica, cuja forma de abordagem foi uma pesquisa qualitativa, de cunho exploratório, bem como o uso de pesquisa bibliográfica, a partir do método de abordagem dedutivo. Isto posto, conclui-se que é evidente o desamparo legal experimentado pelos cidadãos que sofrem danos ocasionados por erros de magistrados, principalmente nas ações de natureza Cível. E isso acarreta em descrédito por parte da população na Justiça Brasileira, fazendo com que a garantia constitucional do acesso à Justiça, se torne apenas uma utopia restrita a escrita.

**Palavras-chave:** responsabilidade civil; Estado; danos; erros judiciários; jurisprudência.

---

<sup>1</sup> Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas do Araguaia – Faculdades Cathedral. Pós-graduada em Direito Público pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci – Uniasselvi.

## Controle externo de políticas públicas em educação: função do sistema de Tribunais de Contas

**Maisa de Castro Sousa<sup>1</sup>**

A pesquisa está sendo realizada como atividade discente da 1ª turma do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas – PPGDP, Nível de Mestrado Profissional, da Universidade Federal de Goiás, na Linha 1 – Regulação, Efetivação e Controle Constitucional das Políticas Públicas e no Projeto Institucional 1.2 – Finanças e políticas públicas: análises, planejamento e controle externo do federalismo cooperativo. Estabeleceu-se, como tema central o estudo na seara do Direito Administrativo, Constitucional e Financeiro, do papel do Sistema de Tribunais de Contas brasileiro no controle da gestão da política pública educacional e seus reflexos na realização do atual Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005/2014). A questão central consiste em perquirir se o Sistema de Controle realizado pelos Tribunais de Contas contribui para o aprimoramento da política pública educacional vigente. Constituem objetivos específicos da pesquisa: 1) Mapear a qualidade das unidades escolares estaduais goianas tendo por parâmetro os seus Ideb's dos anos finais do ensino fundamental; 2) Analisar o financiamento da educação e a distribuição desses recursos entre as unidades escolares da rede pública estadual goiana; 3) Identificar boas práticas de gestão escolar pública; 4) Analisar os processos de auditoria operacional vinculados à política pública de educação (últimos 5 anos) e processos de acompanhamentos do atual PNE, e o conseqüente impacto das decisões proferidas na política pública e cumprimento das metas do PNE com vencimento até 2017; 5) Apresentar sugestões de aprimoramento da Política Pública Educacional e do controle externo realizados pelos Tribunais de Contas. A problematização se justifica na medida em que as políticas públicas em educação compõem importante pilar de desenvolvimento e diminuição das desigualdades de uma nação. De igual sorte, a complexidade do modelo federativo torna a tarefa do adequado planejamento educacional e execução financeira vinculada a essas políticas públicas um grande desafio. Para o desenvolvimento da pesquisa, utilizar-se-á o método hipotético-dedutivo, proposto pelo filósofo austríaco Karl Popper, testando-se as hipóteses. O método estatístico será útil para coleta, análise e apresentação de dados relativos à educação e controle externo. Quanto à efetividade das decisões dos Tribunais de Contas e eventual potencial de impactar as políticas públicas educacionais, lançaremos mão do método dialético-argumentativo. A análise do problema posposto envolve a compreensão do Sistema de Tribunais de Contas e sua relação com as políticas públicas educacionais. Essa análise se dará na perspectiva da Teoria dos Sistemas de Luhmann. A compreensão quanto à corrupção sistêmica será também utilizada para a adequada percepção da realidade do Controle Externo exercido pelos Tribunais de Contas. No que tange ao papel e relevância do controle do Gasto Público, lançar-se-á mão da compreensão de Francesc Vallès Vives, exposta na obra *El control externo del gasto*

<sup>1</sup> Mestranda em Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal de Goiás (UFG).

*público Configuración y garantía constitucional*, bem como de Antonio-Martín Porras Gómez em *La Gobernanza Multinivel del Gasto Público Europeo*. Relativamente às políticas públicas, adotar-se-á as contribuições propostas por Maria Paula Dallari Bucci que reconhece a complexidade e multiplicidade da expressão política pública, admitindo a interdisciplinaridade que lhe é inerente, garantindo seu diálogo com o direito.

**Palavras-chave:** controle externo; tribunais de contas; financiamento; políticas públicas; educação.



## Controladorias municipais: comparativo jurídico dos modelos existentes nos dez maiores municípios paulistas

Óthon Castrequini Piccini<sup>1</sup>

Na Constituição Federal, dispõe o art. 74 que “os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno [...]”. Quanto aos Municípios, cerne do presente estudo, o art. 31 do Texto Magno assim prescreve: “A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei”. Apresentados os comandos constitucionais acerca da temática, cabe indagar como se dá o funcionamento prático do sistema de controle interno municipal, bem como de seu órgão central de direção. Para pautar a análise, utilizaram-se os critérios demográfico (maiores populações) e político-espacial (Estado de São Paulo). A partir disso, verificou-se uma tendência, nas Administrações Municipais paulistas, de revisão do Sistema de Controle Interno (SCI) a partir da reestruturação de suas Unidades Centrais, conforme panorama apurado nos dez maiores municípios do Estado de São Paulo, a saber: São Paulo, Guarulhos, Campinas, São Bernardo do Campo, Santo André, São José dos Campos, Osasco, Ribeirão Preto, Sorocaba e Mauá. Destes, 80% já têm ou pretendem ter um órgão especializado central no SCI, enquanto apenas 20% ainda não se mobilizaram para apresentar projeto a respeito. Chama a atenção, também, a concomitância do fenômeno: dos municípios ora selecionados, 50% deles, desde 2016, criaram Controladorias-Gerais. Isso posto, surgem os seguintes questionamentos a nortearem os objetivos do presente trabalho: de que modo as Controladorias Gerais de Município têm se estruturado? Por quem e por quais órgãos elas são dirigidas? Como seus dirigentes são escolhidos? Em que medida a organização adotada se relaciona com a eficiência e com a impessoalidade? Existe algum padrão organizacional preferido pelos municípios? Quais as vantagens e desvantagens potenciais dos modelos jurídicos adotados? Em vista do contexto em voga nos municípios examinados, a análise comparativa entre os distintos órgãos centrais de controle interno, no âmbito de suas estruturas, serve para demonstrar o papel das normas organizacionais para a construção de controles efetivos. Outra faceta importante para se verificar a efetivação prática do controle interno reside nas normas que enumeram e disciplinam os mecanismos de atuação de uma Unidade Central do SCI, ou seja, seus procedimentos, rotinas e instrumentos administrativos de operação. A comparação entre as diferentes leis e projetos de leis municipais instituidores de SCI se destina, em última instância, a revelar os pontos de convergência e de divergência normativa nos municípios-alvo, bem como os avanços e as inovações paulistas nesse campo relevante para o bom funcionamento do Estado. Além disso, a comparação poderá resultar em propostas de aperfeiçoamento de aspectos essenciais do controle interno da Administração Pública no Brasil.

**Palavras-chave:** controle da administração pública; controladorias municipais; controle interno; sistema de controle interno; controlador.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito na Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto.

## Os direitos sociais e sua concretização através da tutela judicial: traços de um Estado pós-democrático?

**Fernanda Tavares Sonda<sup>1</sup>**

**Laura Vaz Bitencourt<sup>2</sup>**

A interpretação sistemática do artigo 5º, §2º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), além do §1º do mesmo artigo e 37, caput, bem como dos artigos 1º, incisos II e III, e 3º, incisos I a IV todos da nossa Carta Magna, juntamente com os artigos 2º, inciso 3º, “a” e “b” do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos garantem aos cidadãos o direito fundamental à tutela administrativa efetiva. Ou seja, é dever da Administração Pública fornecer aos cidadãos uma tutela igualitária dos seus direitos sociais. No entanto, a realidade estabelecida no cenário brasileiro demonstra um quadro caótico de cidadãos em busca da concretização de diversos direitos sociais garantidos teoricamente em nossa Constituição Federal, mas sem efetivação concreta na prática. E justamente neste anseio de efetivação de um direito fundamental social a busca por uma tutela judicial acaba sendo a primeira e única alternativa vislumbrada por aquele que pleiteia o seu direito, esquecendo, no entanto, que a própria norma posta garante uma tutela administrativa efetiva e igualitária. A propósito, a própria essência e razão de existir desses direitos sociais é justamente a necessidade de se promover a igualdade entre os cidadãos. Ocorre que, ao se garantir um direito social através de uma tutela judicial para um indivíduo, acaba-se criando um contrassenso com a própria razão de existir destes direitos sociais, que é a promoção da igualdade dos indivíduos. Estabelecido este contrassenso, a presente pesquisa busca responder o seguinte questionamento: a preferência de busca pela tutela judicial de um direito social pode ser reflexo do Estado pós-democrático? A verificação dar-se-á por meio do método hipotético-dedutivo, iniciando-se pela definição e contextualização dos direitos sociais, passando pela verificação da relação existente entre os direitos fundamentais sociais e as políticas públicas, bem como a necessidade de atuação judicial na garantia de tutela coletiva dos direitos sociais e por fim, a solução para o problema envolvendo a cultura jurisdicional brasileira em matéria de tutela de direitos sociais e a sua relação com o Estado pós-democrático. Como resultado da pesquisa, evidencia-se que o acesso dos direitos sociais efetivamente ocorre diversas vezes através de uma tutela judicial e que esta conduta evidencia a configuração do Estado Pós-Democrático onde verifica-se prioritariamente o acesso ao Poder Judiciário em ações individuais que são propostas principalmente por indivíduos integrantes das classes médias e alta da população, permeando a segregação existente e corroborando para a manutenção das graves desigualdades existentes na sociedade brasileira.

**Palavras-chave:** direitos sociais; tutela judicial; Constituição Federal; Estado pós-democrático; Poder Judiciário.

<sup>1</sup> Mestranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc.

# Consensualidade e administração pública no Estado Democrático de Direito: novas perspectivas para a política pública autocompositiva judicial

**Aline Vieira Tomás<sup>1</sup>**

**Cleuler Barbosa das Neves<sup>2</sup>**

O objetivo da pesquisa é testar se fatores externos (ingestão de glicose) podem contribuir para um aumento estatisticamente significativo do índice de conciliação da política pública judiciária de solução consensual de conflitos. Para tanto, utiliza-se de instrumental jurídico, somado a conhecimentos médicos e de psicologia comportamental aptos a fornecer suporte para o alcance de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, notadamente o direito de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV, permitindo a promoção da solução consensual para os que acessam o Poder Judiciário, bem como o desenvolvimento do país. O experimento processa-se em dois grupos: grupo experimental, para quem é oferecido suco de uva (glicose) antes das audiências de conciliação e grupo de controle, para os quais nada é oferecido antes das sessões conciliatórias. Comparam-se os resultados alcançados quanto ao percentual do número de acordos realizados em cada um dos grupos. Assim, o estudo é focado em uma questão específica: a ingestão de glicose nas audiências de conciliação e os efeitos observados na proporção de acordos nas varas de família da Comarca de Anápolis/Goiás em abril de 2018. A pesquisa traz para somar com o Direito e com a Ciência Política (políticas públicas), conhecimentos de Medicina e Psicologia Comportamental, visando a otimização de resultados e maior alcance de efetividade/eficácia social do modelo vigente. Assim dialoga com a Glicobiologia, com a observação da função da glicose no cérebro e o processamento da recompensa alimentar em seres humanos, tendo como referenciais teóricos os Princípios de Bioquímica de Lehninger e no Tratado de Fisiologia Médica de Guyton e Hall; com a Psicologia Comportamental, analisando as repercussões psicológico-comportamentais da ingestão de glicose nas sessões de conciliação, com fundamento nos estudos de Edward Lee Thorndike e sua Lei do Efeito. O método de abordagem é o hipotético-dedutivo, com realização de pesquisa empírica, para avaliar os resultados alcançados pela ingestão de glicose no mês de abril de 2018. O método de procedimento é o estatístico, com uso da metodologia quantitativa dos dados, tratados segundo parâmetros estatísticos. A mensuração da eficácia é extraída dos resultados alcançados com a proporção de acordos do grupo experimental (com ingestão de glicose), comparando-os com os acordos efetivados no grupo de controle (sem ingestão de glicose). Os resultados e conclusões parciais já identificados no trabalho foram: a) há evidência suficiente para REJEITAR a hipótese nula ( $p_1 = p_2$ ) de que as proporções amostrais de quem não ingeriu suco de

<sup>1</sup> Especialista e mestranda em Direito e Políticas Públicas/UFG.

<sup>2</sup> Doutor pela Universidade Federal de Goiás. Professor do Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas – PPGDP.

uva e daqueles que ingeriram fossem iguais em relação aos níveis de conciliação alcançados em cada uma dessas categorias; b) A diferença entre as duas proporções populacionais observadas no Grupo de Controle e no Grupo de Tratamento é estatisticamente significativa para um Nível de Confiança bem acima de 99.5%. A comunicação contribuiu para o evento na medida em que suscita reflexões a respeito novas práticas forenses para a construção de uma Administração eficaz, responsável e transparente, com a utilização de um *nudge* disponível (ingestão voluntária de glicose) para buscar incrementar a eficácia das práticas consensuais no Poder Judiciário.

**Palavras-chave:** consensualidade; administração pública; políticas públicas; Poder Judiciário; ingestão de glicose.

## Reintegração judicial ao cargo público em decorrência de vacância do cargo por aposentadoria: um limite para as indenizações devidas pela Fazenda Pública

**João Felipe Lehmen<sup>1</sup>**  
**Roberta de Moura Ertel<sup>2</sup>**

Ao longo dos dois últimos anos, especialmente, verificou-se no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul um crescente número de julgados que envolvem a (in)legalidade da vacância de cargos públicos quando o servidor se aposenta pelo Regime Geral de Previdência Social. Com base nas disposições do Regime Jurídico, o qual determinava que era causa de vacância do cargo, muitos profissionais foram “afastados” dos quadros de servidores públicos municipais. Julgando ilegal este ato administrativo que determinava a vacância do cargo, muitos recorreram ao Poder Judiciário com o fito de verem-se reintegrados e indenizados pelo ato praticado pela Administração. Neste contexto, o presente ensaio busca analisar, sobretudo a partir do Recurso Extraordinário (RE) n. 724347, que definiu que não cabe indenização a servidor empossado por decisão judicial, salvo em casos de situação de arbitrariedade flagrante, se é devido indenização neste caso ou em sendo admitida, qual os seus limites, já que não existe contraprestação laborativa pelo servidor. É importante deixar claro que o estudo não visa examinar o papel do Poder Judiciário ao definir ou não a aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social como causa de vacância de cargo público, mas sim, partindo-se do pressuposto de que é possível, qual a amplitude que se deve dar a eventual indenização? Parte-se da hipótese de que a atual conjuntura não comporta indenizações pelo período não trabalhado, visto que elas não atendem aos princípios que norteiam a Administração Pública, como é o caso da economicidade. Para a confirmação ou falseamento da hipótese, utilizar-se-á o método hipotético-dedutivo, iniciando a discussão pelos princípios do art. 37 da Constituição Federal que são aplicáveis à espécie, passando pela análise do contexto em que foi proferido o acórdão do Recurso Extraordinário (RE) nº. 724347, para encerra-se a discussão por meio de uma análise crítica do (de)serviço prestado pelos operadores do direito e chancelado pelo Poder Judiciário à máquina pública com indenizações por períodos não trabalhados.

**Palavras-chave:** aposentadoria; causa de vacância; reintegração judicial; limite para indenizações; período não trabalhado.

---

<sup>1</sup> Mestrando do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc/RS. Bolsista Prosuc/Capes. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – Ibet. Advogado e consultor na Delegação de Prefeituras Municipais – DPM.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Bolsista Prosuc/Capes. Advogada.

## Licitações e análise prévia de editais de contratação de obras públicas como política pública de prevenção à corrupção

**Fernanda de Moura Ribeiro Neves<sup>1</sup>**

**Cleuler Barbosa das Neves<sup>2</sup>**

A pesquisa investiga a possibilidade de contribuição dos Tribunais de Contas para a política pública de prevenção à corrupção ao controlar previamente cláusulas restritivas ao caráter competitivo em licitações de obras públicas. Inicialmente, o estudo vale-se de pesquisa bibliográfica sobre os conceitos de interesse público, corrupção, controle, controle externo, controle do gasto público, licitação, políticas públicas e efetividade. Na sequência, utiliza-se o método hipotético-dedutivo para testar a hipótese de que é possível detectar preventivamente tais impropriedades em atos convocatórios, mediante práticas proativas das Cortes de Contas. Além disso, com o intuito de extrair empiricamente o sentido e o alcance do conceito aberto de cláusulas restritivas, será utilizado o método estatístico para a coleta, análise e apresentação de dados relativos à jurisprudência do Tribunal de Contas da União, notadamente em sua base de Acórdãos. A importância do tema proposto revela-se no fato de que são notórios os impactos dos custos da corrupção no tratamento das políticas públicas no Brasil, cujo aumento pode estar ligado à falta de efetiva fiscalização pelos órgãos de controle. O reconhecimento do direito fundamental à boa administração pública é um vetor que exige a atualização dos modelos de controle da gestão financeira estatal, especialmente no tocante a sua atuação preventiva, precavida e eficaz. O controle precedente dos defeitos ou irregularidades nos atos convocatórios de obras públicas pelos Tribunais de Contas justifica-se na medida em que na fase interna da licitação a definição do objeto, das regras de habilitação e das condições de execução podem permitir o seu direcionamento e definir o vitorioso de um futuro certame ou até mesmo causar a impossibilidade de sua realização, ocasionando a contratação direta. Como as políticas públicas são direitos assegurados na Constituição, pode-se afirmar que as licitações fazem parte do processo que permite a concretização daquelas e têm reflexos perante toda a sociedade. Em razão disso, as contratações para efetivar políticas públicas devem ser controladas, uma vez que culminam no dispêndio de recursos públicos. As licitações de que derivam os contratos de obras e serviços de engenharia são dotados de particularidades técnicas que demandam do intérprete e do aplicador do Direito especial atenção, especialmente no tocante à inserção de potenciais cláusulas restritivas do caráter competitivo nos atos convocatórios. Propõe-se como sugestão crítico-propositiva aos Tribunais de Contas, o desenvolvimento de processos e técnicas relacionadas à forma de seleção dos editais de licitação de obras a serem fiscalizados previamente por tais Cortes, como instrumento de efetividade do controle externo à

---

<sup>1</sup> Especialista pela Universidade Federal de Goiás. Mestranda em Direito e Políticas Públicas – PPGDP/UFG.

<sup>2</sup> Doutor pela Universidade Federal de Goiás. Professor do Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas – PPGDP.

corrupção, uma vez que busca evitar e corrigir certames contendo restrições de competitividade, além de possuir caráter pedagógico e contributivo para uma política pública de sua prevenção, com a mitigação de prejuízos ao erário.

**Palavras-chave:** controle externo; Tribunal de Contas; edital de licitação; política pública; prevenção à corrupção.

## Decisões envolvendo merenda escolar na perspectiva do direito à educação: do direito à condenação dos gestores públicos

**Júlio Arthur Frantz<sup>1</sup>**

**Mariane Alves Goulart<sup>2</sup>**

O presente artigo tem como intento determinar o posicionamento majoritário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS – em resposta aos desvios de verbas reservadas às instituições de ensino da rede pública e a efetiva responsabilização aos gestores através do controle administrativo, uma vez que o estado deve zelar pela proteção e garantia do direito fundamental a educação. Com efeito, ilustrar-se-á a relevância de políticas públicas como materializador dos direitos sociais elencados na Constituição Federal de 1988, onde a ética do gestor público é medular como agente ativo na defesa da integral das crianças e adolescentes do ensino básico, fundamental e médio.

Neste sentido, é verossímil o discurso onde a responsabilidade social demanda de políticas públicas acompanhadas por um administrador público competente são mecanismos para efetivar a responsabilidade social do estado, impedindo o perpetuamento da existência de uma promessa vazia perante o cidadão. Desse modo, a pesquisa foi elaborada através da palavra-chave “merenda escolar” mediante as jurisprudências disponíveis no site do TJRS, restringindo a seção civil, com os dados das datas de julgamento desde 01 de janeiro de 2014 até a data de 30 de junho de 2018.

Em razão do tema polêmico do desvio de recursos destinados a merenda escolar e imprescindibilidade de trabalhos acadêmicos a respeito do assunto, para tornar mais sério os debates que essa matéria foi designada para ser investigada. Diante disso, no primeiro capítulo serão abordados os direitos fundamentais a educação e sua relação a alimentação de crianças e adolescentes nas instituições de ensino, assim como sua importância ao desenvolvimento dos jovens.

No segundo capítulo a interferência da corrupção na concretização dos direitos, demonstrando como o desvio de recurso público e seus reflexos na responsabilidade social do estado. E, por fim, no terceiro capítulo, serão analisadas as decisões do egrégio TJ-RS no combate à improbidade administrativa.

**Palavras-chave:** análise jurisprudencial; direito à educação; gestores públicos; merenda escolar; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

---

<sup>1</sup> Graduando na Universidade de Santa Cruz do Sul.

<sup>2</sup> Graduada na Universidade de Santa Cruz do Sul.



## A contratação temporária de professores e os serviços públicos de educação: o que pensa o Tribunal de Justiça?

**Adriano Gonçalves Paulo<sup>1</sup>**

**Arthur Feltrin Milani<sup>2</sup>**

O presente artigo tem por escopo analisar o instituto da Contratação Temporária, prevista no artigo 37, IX da CF/88, excepcionador da regra constitucional do Concurso Público para o provimento dos cargos e empregos públicos, prescrita no artigo 37, II. Com o processo de ampliação do número de contratações temporárias de docentes na rede pública de ensino no Brasil, o número de ações judiciais tem aumentado de maneira expressiva nos últimos anos. Nesse contexto, partindo da concepção de que o conhecimento e a análise da aplicação do direito na área educacional merecem integrar a compreensão do fenômeno educacional contemporâneo e, diante da realidade citada, objetiva-se nesse artigo investigar e analisar o posicionamento e a interpretação desenvolvidos pelo Poder Judiciário, especificamente pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em demandas referentes à contratação temporária de docentes na rede pública de ensino no âmbito da educação, no período compreendido entre 13.07.2015 a 13.07.2018, isto é, quais são os requisitos a serem preenchidos no ato. E é nesse viés que o presente trabalho debruça seus esforços, isto é, i) o que pensa Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a respeito da contratação temporária de professores e os serviços públicos de educação, ii) quais os prazos para a contratação temporária, iii) evidenciar os argumentos utilizados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nas decisões. O caminho consiste, em um primeiro momento, em realizar o levantamento de dados junto ao site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, desenvolvendo uma metodologia própria para se chegar ao resultado de acórdãos e, a partir daí fazer a seleção dos documentos pertinentes a temática. Num segundo momento, aborda-se os prazos para a contratação temporária não através de uma descrição pura e simples, mas sim se a transitoriedade está correlacionada à necessidade excepcional das atividades atendida pela Administração, de modo que o contrato perpetuará o tempo imprescindível para atender à necessidade momentânea que lhe deu causa, de acordo com cada hipótese de contratação temporária. Num terceiro momento, faz-se a análise quantitativa dos acórdãos e decisões monocráticas selecionados. Neste ponto, analisa-se, de forma geral, quantas são desfavoráveis, favoráveis e parcialmente favoráveis. Ao final, tendo em vista que o contrato temporário, ato discricionário da administração pública, não cria nenhum vínculo entre o contratado e a Administração, a qual pode, a qualquer momento, num juízo de conveniência e oportunidade, extinguir o contrato temporário firmado, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem decidido que por tratar-se de relação jurídica de natureza administrativa, mostra-se inaplicável a Consolidação das Leis do Trabalho e, por consequência, não são devidas

<sup>1</sup> Graduanda na Universidade de Santa Cruz do Sul. E-mail: agpaulo@hotmail.com.

<sup>2</sup> Graduanda na Universidade de Santa Cruz do Sul. E-mail: arthurfeltrinmilani@gmail.com.

as verbas trabalhistas postuladas: aviso prévio, FGTS e multa do art. 477, § 8º, da CLT. No entanto, relativamente às verbas rescisórias (férias, terço constitucional e gratificação natalina), merece parcial acolhimento o pedido.

**Palavras-chave:** administração pública; análise jurisprudencial; contratação temporária; professor; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

# A improbidade dos municípios em matéria de saúde pública segundo análise de julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

**Ricardo Hermany<sup>1</sup>**

**Betieli da Rosa Sauzem Machado<sup>2</sup>**

O presente artigo centra-se em examinar os atos de improbidade dos municípios em matéria de saúde, com base na análise de julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Se justifica tal pesquisa, eis que o Brasil passa por uma das mais severas crises política e financeira, assim tal crise afeta significativamente a saúde pública, pois por meio de atos ímprobos se executam as políticas públicas de forma ineficiente e precária, pondo em risco a vida de muitos indivíduos. Desse modo, o modelo de Estado democrático é considerado como ponto essencial para a busca da boa aplicação dos recursos públicos de saúde e a punição para os indivíduos que desvirtuam e desviam estes recursos, deixando a população a sua própria sorte. O problema de pesquisa evidencia-se na seguinte questão: quais os atos e condutas se configuram como improbidade em matéria de saúde? O TJ/RS, diante de um suposto caso de improbidade administrativa em saúde, tende a se posicionar de que forma? Assim, visando responder o objeto da pesquisa, dividiu-se a investigação nos seguintes momentos: primeiro, analisa-se o papel dos municípios na gestão da saúde pública, verificando-se a divisão de competências entre os entes federativos, com enfoque no que compete aos municípios, sob a lógica do princípio da subsidiariedade e do federalismo cooperativo; segundo, aborda-se os atos de improbidade administrativa, suas espécies e sanções previstas na lei 8.429 de 1992, e as respectivas consequências para saúde pública; e, por fim, analise-se julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul referentes a atos de improbidade em matérias de saúde na esfera local. A pesquisa se justifica pela busca em verificar como o TJ/RS vem se posicionando diante de possíveis atos de improbidade em matéria de saúde pública, visando a punição dos gestores e a boa aplicação dos recursos públicos. A pesquisa foi elaborada por meio da técnica de pesquisa bibliográfica, com consulta em diplomas legais e periódicos sobre a temática. A metodologia se desenvolveu em dois momentos: no primeiro, uma dimensão quantitativa, e o segundo, em dimensão qualitativa, realizando-se uma tiragem das decisões, buscando casos que envolvam atos de improbidade municipais em saúde. O método de investigação é o hipotético-dedutivo. A partir destas premissas pode-se concluir que TJ/RS vem se posicionando no sentido de condenar os responsáveis pelos atos ímprobos aplicando as sanções, bem como observam-se diversas situações de violação aos princípios da administração pública que merecem uma evolução na instrução probatória dos atores do processo.

**Palavras-chave:** atos de improbidade; gestão da saúde pública; recursos públicos; saúde municipal; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

<sup>1</sup> Professor da graduação e do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Pós-Doutor na Universidade de Lisboa.

<sup>2</sup> Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Advogada.

## A política pública de consensualidade na administração pública implementada na Câmara da Advocacia-Geral da União

**Carolina Lemos de Faria<sup>1</sup>**

**Silvia Alves Carvalho<sup>2</sup>**

O escopo da pesquisa, que está em fase de tratamento de dados, é avaliar a política pública de solução consensual de conflitos no âmbito da Advocacia Pública Federal, com foco na consensualidade implementada perante a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), órgão da Advocacia-Geral da União, a fim de verificar a eficiência administrativa e eficácia da referida política pública. A partir teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann procede-se a investigação do procedimento autocompositivo no âmbito da Advocacia-Geral da União e sua validade dentro do sistema jurídico, após o recorte metodológico em uma das etapas do ciclo de políticas públicas, que é a avaliação, que se operará *ex post* (posterior a implementação da política pública). O foco da pesquisa é o procedimento. O método de abordagem é o indutivo, com realização de pesquisa empírica, para avaliar a política pública por meio da análise dos procedimentos que buscavam uma solução consensual e tramitaram na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, nos anos de 2014 até 2017. A pesquisa se valerá de dois métodos de procedimento: estatístico e estruturalista, com uso da metodologia qualitativa e quantitativa dos dados, esta última tratada segundo parâmetros estatísticos. A mensuração dos critérios de eficiência administrativa e eficácia é extraída dos conceitos de política pública, sendo o primeiro parametrizado no nível de conformação da execução da política pública aos métodos preestabelecidos por ocasião de sua implementação, enquanto a eficácia da política pública, será observada a partir do grau de alcance de metas ou objetivos estabelecidos. Os resultados parciais já identificados no trabalho foram: a) a compreensão das atividades realizadas pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) como implementação de uma política pública de solução consensual de conflitos na Administração Pública, que atingiu estruturação plena a partir da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, e da Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015; b) a legitimidade do procedimento autocompositivo para busca da consensualidade; e, c) a constitucionalidade e legitimidade da condução do procedimento pela Advocacia-Geral da União, por ser função essencial à justiça. A continuidade da pesquisa e o tratamento dos dados já obtidos serão hábeis para consecução de diagnóstico sobre a eficiência administrativa e eficácia das práticas consensuais empreendidas pela Advocacia-Geral da União, em sua Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), avaliando a política de solução consensual de conflitos realizada dentro da referida instituição para, após, proceder a sugestões crítico-propositivas.

**Palavras-chave:** consensualidade; administração pública; políticas públicas; Advocacia-Geral da União; avaliação.

<sup>1</sup> Especialista e Mestranda em Direito e Políticas Públicas da UFG.

<sup>2</sup> Doutora pela Universidade Federal de Goiás. Professora do Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas da UFG.

## Contratos administrativos e sustentabilidade econômico-financeira

**Antônio Flávio de Oliveira<sup>1</sup>**

**Fabrício Macedo Motta<sup>2</sup>**

Na presente pesquisa busca-se estabelecer um conceito de sustentabilidade que leve em consideração seu aspecto econômico nas contratações e ações administrativas, tendo em vista os limites orçamentários e fiscais existentes, de um lado e, de outro a dimensão das necessidades públicas sempre crescentes. Para tanto utiliza-se do método construtivo lógico-semântico e pesquisa empírica com a coleta de dados de obras públicas realizadas no Estado de Goiás, por amostragem. O viés atual de planejamento estatal, que contempla a elaboração de plano plurianual, lei orçamentária e orçamento, descaram da necessidade de pensar além do horizonte da obra física de equipamentos urbanos e sociais, programa-se tão-somente quanto à edificação e provimento de acessórios mobiliários e tecnológicos utilizados para determinada finalidade, quando é cediço que em muitos casos o custo de manutenção desses mesmos equipamentos urbanos e sociais ultrapassam o custo de implantação daquela atividade. Não é mais suficiente que se limite a tratar da sustentabilidade com uma perspectiva ambiental, porquanto o caráter principiológico que possui o tema faz com que este repercuta sobre todos os aspectos das relações humanas e de suas interações, inclusive no que tange às contas públicas, exigindo para a consecução do equilíbrio que se concebam as políticas públicas a partir de uma ótica alinhada com a necessidade de preservação dos recursos necessários para sua execução. Aliás, o desequilíbrio econômico, como é possível de se constatar na realidade que nos cerca, terminará por afetar outros aspectos, avançando por direitos sociais e pelas finanças públicas. Do mesmo modo, o desequilíbrio das contas públicas, por insustentáveis investimentos, acaba por reverberar também em outros campos, uma vez que obriga que sejam buscadas soluções para mitigá-los, mas com potencial de serem causadoras ou agravantes dos desequilíbrios que as desencadearam. Propõe-se, como conceito de sustentabilidade econômico-financeira, que exista uma correspondência entre as despesas públicas e suas fontes de custeio, de maneira que estas sejam simétricas tanto no aspecto de sua duração, como da extensão e da natureza. Sendo importante, pois, que as fontes de custeio sejam tão duradouras quanto o tempo de duração das despesas; que tenham extensão idêntica, a fim de que não falem recursos para acorrê-las e, por fim, que advenham os recursos de origem orçamentária adequada à sua realização.

**Palavras-chave:** contrato; sustentabilidade; orçamento; equilíbrio; fiscal.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito e Políticas Públicas da UFG.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela USP. Professor do Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas da UFG.

## Serviço público de saúde em Portugal e no Brasil: um levantamento jurídico da estrutura administrativa e dos fenômenos organizatórios (Estado Saúde e Estado Doença)

**Jucelito Darella Mendes<sup>1</sup>**

A prestação dos serviços públicos de saúde tem desafiado a Administração Pública em todos os contextos e foi o interesse na compreensão destes desafios que nos motivou a fazer um estudo comparativo entre duas realidades distintas, a prestação do serviço público de saúde em Portugal e no Brasil. O que queríamos era possibilitar uma visão geral, ou seja, em termos jurídicos, como está organizado e como funciona o Serviço Nacional de Saúde – SNS no Estado Português e o Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil. Para tanto promovemos um levantamento da estrutura administrativa, assim como levantamos os principais fenômenos jurídicos organizatórios. No âmbito das escolhas metodológicas, a pesquisa caracteriza-se por uma natureza bibliográfica, na qual realizamos um levantamento bibliográfico, teórico e legislativo, contida geograficamente aos limites do Estado Brasileiro e da parte continental do Estado Português. Temporalmente focamos apenas no tempo presente, recorrendo à análise histórica somente quando necessária para melhorar a compreensão do direito atual. A estrutura da saúde portuguesa é pautada numa Administração Indireta, ou seja, o Estado Português se utiliza de pessoas jurídicas para o desenvolvimento das suas atividades, no que já se chamou de privatização da forma organizativa. As figuras que mais se destacam são os institutos públicos e as empresas públicas, amplamente utilizado no SNS. Diferentemente, o Estado Brasileiro pauta-se por uma estrutura centrada nos serviços prestados diretamente pelo Estado, ou seja, num sistema de Administração Direta. A rede de prestadores de serviços de saúde é composta basicamente por órgão da Administração Pública. Quanto aos fenômenos organizatórios, a parte a riqueza de institutos que cada sistema apresenta, no serviço português merece destaque a presença das Parcerias Público-Privadas -PPP, mas sem dúvida a contratualização é o ponto central. A contratualização no âmbito dos serviços públicos de saúde é uma estratégia pautada na superação do paradigma do financiador/prestador, aplicada a todos os níveis de serviços e numa gestão por objetivos centrando atenção nos resultados. Já no Brasil o fenômeno organizatório que mais chama a atenção é a contratação com o terceiro setor, notadamente a contratação com as Organizações Sociais. Por derradeiro, surgiu dos nossos estudos uma impressão geral dos dois sistemas, que no intuito de denominar segundo um ponto central, chamamos de Estado Saúde e Estado Doença. O Estado Saúde seria o modelo português, pois a implementação da contratualização guia o sistema segundo um modelo de resultado. De forma que o regime recompensa a eficiência segundo resultados alcançados. O Estado Doença seria o modelo brasileiro, pois ainda se pauta na orientação dos recursos segundo os níveis das demandas e, nesse modelo, diferentemente, o volume maior de recursos vai para a demanda maior.

**Palavras-chave:** serviço; saúde; contratualização; Brasil; Portugal.

---

<sup>1</sup> Advogado. Servidor público da Secretaria de Estado da Administração/SC. Mestrando pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

## As licitações sustentáveis e o controle exercido pelo Tribunal de Contas

**Flávio de Azambuja Berti<sup>1</sup>**

**Renata Brindaroli Zelinski<sup>2</sup>**

Quando se consagra a sustentabilidade como modelo de desenvolvimento, um país, para ser considerado desenvolvido, precisa não apenas se ater ao crescimento da economia, mas também à proteção do meio ambiente e à inclusão social. Os três pilares da sustentabilidade – econômico, ambiental e social – surgiram da discussão firmada em âmbito mundial quando da tratativa internacional para a elaboração de planos de ação e estratégias para garantir o desenvolvimento sustentável. Neste contexto, a licitação passou a consistir em uma política pública por parte do Estado, controlável pelos Tribunais de Contas. O tema do estudo é, portanto, o controle externo exercido pelas Cortes de Contas quanto às licitações sustentáveis, consideradas como aquelas que, simultaneamente à garantia da isonomia entre os licitantes e à seleção da proposta mais vantajosa, promovem o crescimento da economia nacional, bem como a preservação ambiental e a inclusão social. Os objetivos do trabalho são expor, de um lado, o conceito de sustentabilidade integral e o seu emprego às licitações e contratações públicas, e demonstrar, de outro, que a Corte de Contas possui competência para controlá-las, não apenas no que tange à legalidade, legitimidade e economicidade, mas, também, zelar pela observância dos demais princípios aplicáveis e, em particular, da satisfação de direitos fundamentais, especialmente à luz do reclamado desenvolvimento nacional sustentável. Como método, o artigo utiliza a pesquisa bibliográfica e legislativa, com vistas a evidenciar a possibilidade de atuação do controle externo tanto em relação à contemporânea consciência da gestão pública, que é assumida numa dimensão futura, de modo que se concretize um desenvolvimento nacional sustentável equilibrado não só para as presentes, mas, também, para as futuras gerações, como a partir da concepção das licitações e contratações sustentáveis como instrumento para promoção de políticas públicas que visam concretizar direitos fundamentais, sem, contudo, e por evidente, deixar de atinar para a cautela necessária na utilização de recursos públicos.

**Palavras-chave:** licitações sustentáveis; desenvolvimento nacional sustentável; controle externo; tribunal de contas; direitos fundamentais.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Internacional Uninter.

## Administração pública na aldeia global: enfrentando o “admirável mundo novo” das tecnologias disruptivas

**Ana Cristina Aguilar Viana<sup>1</sup>**

**Leticia Regina Camargo Kreuz<sup>2</sup>**

O advento de novas tecnologias disruptivas, características da emergência da 4ª Revolução Industrial, e a inserção cada vez mais rápida desses mecanismos no cotidiano das pessoas faz com que o Direito Administrativo pautado em doutrinas dos séculos anteriores se torne obsoleto. Com isso, o desafio imposto ao Direito é de se tornar, igualmente, disruptivo. Esta é a análise proposta pela pesquisa. O objetivo do ensaio é demonstrar como as categorias clássicas do Direito Administrativo se apresentam estáticas face às mudanças operadas pelas novas tecnologias e, com isso, faz-se necessário uma elaboração jurídica que dê conta, simultaneamente, de regular e flexibilizar a resposta dada pelo direito às novas realidades. Inicialmente, faz-se uma análise das mudanças operadas na esfera social e da incapacidade de adaptação do Direito Administrativo oitocentista a este “admirável mundo novo”. A análise então propõe que, assim como os teóricos clássicos da Administração, o dever-ser seja conectado à práxis e, portanto, flexível à regulação da tecnologia. A nova Administração Pública deve ser pautada pela regulação, cujo controle deve se dar em conformidade com a Constituição e prezando, acima de tudo, pela garantia dos direitos fundamentais. A conclusão é de que o desenho regulatório deve ser flexível, permitindo adaptações ante uma realidade em constante mudança, buscando alcançar o equilíbrio entre os vetores político, econômico e tecnológico, a partir de uma proposta de assimetria regulatória que permite observar as singularidades das tecnologias disruptivas. A metodologia empregada é a análise bibliográfica, partindo de teóricos clássicos e contemporâneos, a partir de uma perspectiva crítica.

**Palavras-chave:** oitocentismo; administração pública; tecnologias disruptivas; regulação; assimetria.

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito na Universidade Federal do Paraná. Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar e em Sociologia Política pela Universidade Federal do Paraná. Presidenta do Instituto Política por.de.para Mulheres.

<sup>2</sup> Doutoranda e mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Pesquisadora do Núcleo de Investigações Constitucionais – NINC/UFPR. Vice-presidenta do Instituto Política por.de.para Mulheres. Professora do Unifacear.



## O planejamento urbano do município de Ibitinga /SP no contexto da pluralidade de competências administrativas nas áreas da Usina Hidrelétrica UHE/Ibitinga

**André Simionato Castro<sup>1</sup>**

**Ricardo de Padua Salles<sup>2</sup>**

A pesquisa tem por objetivo conhecer, a partir de caso concreto, como o planejamento urbano do município de Ibitinga é afetado pela presença de uma usina hidrelétrica instalada em seu território. Algumas das problemáticas observadas podem decorrer da multiplicidade de atores e competências no contexto específico do planejamento deste município. Isso porque, além de restrições inerentes à atividade, a geração de energia acontece em áreas de propriedade do Estado (margens da represa) com restrições ambientais (APA - Lei Estadual 5.536/1987) e utilizando-se do potencial hidrelétrico da União num regime de concessão a particular (Aneel/AES Tietê). Neste cenário de complexidade administrativa, o município ainda deve realizar o seu planejamento urbano de maneira autônoma, considerando-se as particularidades locais, conforme determinam a Constituição Federal e o Estatuto da Cidade. Entretanto, dados iniciais levantados na Secretaria de Planejamento Urbano de Ibitinga apontam que esse planejamento possivelmente é limitado por ações ou omissões dos demais entes envolvidos. Diante disto, questiona-se: a presença da hidrelétrica interfere na autonomia municipal para gestão do seu próprio território? A pesquisa consistirá no levantamento de dados documentais junto à Secretaria de Planejamento Urbano de Ibitinga, Prefeitura Municipal, Câmara Municipal, Promotoria de Justiça, Poder Judiciário e AES-Tietê sobre o ordenamento jurídico-urbanístico e conflitos fundiários locais. Pretende-se, com isso, analisar: a) se e de que modo os entes envolvidos têm cumprido as suas competências legais e contratuais; b) como isso se correlaciona com o uso e ocupação do solo, por exemplo, nas ocupações de áreas afetadas para fins de moradia; c) viabilidade de aplicação da nova Lei Federal de Regularização Fundiária (Lei 13.465/2017) nessas áreas, uma vez que o município vem sendo cobrado pelo Ministério Público Estadual como responsável para solução das irregularidades habitacionais. O caso concreto que serve de objeto empírico da pesquisa diz respeito à ação de reintegração de posse ajuizada pela concessionária AES Tietê S/A em face de morador de loteamento às margens da Represa. Durante anos a permanência no local foi permitida mediante contrato de concessão de uso de bem público, pactuada entre a Companhia Energética de São Paulo (Cesp - estado) e o particular. Entretanto, após a privatização da empresa, a cessão de uso não foi renovada. Na medida em que os conflitos habitacionais são de interesse e competência municipais, o caso evidencia como a presença da hidrelétrica, gerida pelo Estado, pela União, e por empresa privada pode gerar ônus e dificuldades às políticas de planejamento urbano local.

**Palavras-chave:** concessão de hidrelétrica; competência federativa; planejamento urbano; direito urbanístico; contratos administrativos.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela FDRP – USP.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela FDRP – USP.

## A atuação do Estado no ambiente societário e a Lei 13.303 de 2016

**Samantha Alice de Oliveira Bauer<sup>1</sup>**

O presente estudo se presta à análise das relações societárias entre entes públicos e privados, seus conflitos de interesse, a constituição das formas de atuação das empresas públicas e sociedade de economia mista no exercício da atividade econômica, bem como bem como a função social a ser atendida pelos referidos entes da administração pública. Aborda-se, também, como se constituem as formas de controle interna e externa a serem desempenhadas ao longo da execução de tais funções. Por fim, toda a análise promovida visa responder como a recente Lei 13.303/2016 se aplica no objeto de estudo, bem como se os seus dispositivos cumprem a obrigação de regular as mais diversas formas de atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista. Dessa forma, a análise se presta a responder tais questões mediante a abordagem de casos concretos envolvendo conflito de interesse público e privado, utilizando-se do histórico apresentado para vislumbrar a importância da correta compreensão da função social da atuação estatal na economia e os efeitos de um conflito de tal natureza perante toda a sociedade. Impõe, ainda, a apuração de como a lei estudada vem para regular as relações em destaque para, enfim, verificar se as normas legais aplicáveis atendem, na prática, a proteção do interesse público nas relações objeto de estudo, analisando se o fazem com eficiência. Em face disto, o estudo promovido resulta na constatação de que a legislação mencionada se presta a regular as relações e conflitos estudados, em harmonia com os princípios da administração e da função da atividade econômica exercida pelo Estado, exercendo adequado controle sobre a mesma. Conclui, por fim, que a Lei 13.303/2016 constitui um relevante marco, conferindo eficiência nas relações estudadas e no cumprimento da função social das empresas e o interesse público delas provenientes.

**Palavras-chave:** Lei 13.303 de 2016; função social da empresa; conflito de interesse público e privado; Estado como acionista; controle da atividade econômica estatal.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/Minas. Especialista em Direito Processual pelo IEC – PUC/Minas. Advogada.

## Impactos da reestruturação organizacional da EBC para o exercício eficiente da radiodifusão pública

**Alexandre Benedito Pessatte Filho<sup>1</sup>**

Um das características fundamentais para a configuração de um regime democrático é a possibilidade de os cidadãos formularem suas preferências, exprimi-las e verem estas atendidas pelo governo. Para a existência destas três possibilidades é preciso que haja, entre outras garantias institucionais, fontes alternativas de informação. Contudo, essa característica não é encontrada quando se analisa o cenário do mercado de radiodifusão brasileiro, que possui concentração vertical, horizontal e cruzada dos meios de comunicação, além do fato de ser centrada no sistema privado em detrimento do estatal e público. Buscando reverter este quadro historicamente construído, a Constituição Federal estabeleceu em seu artigo 223 o princípio da complementariedade entre os sistemas de radiodifusão público, estatal e privado. A Carta Magna, assim, apostou na comunicação pública, promovida pela radiodifusão, como uma das formas de garantir o direito à informação e o acesso do cidadão à esfera pública. O trabalho consiste em uma análise comparada entre o estatuto da EBC (Empresa Brasil de Comunicação) antes e após sua reestruturação administrativa ocorrida em 2016 com o advento da Medida provisória 744/16, de forma a verificar quais foram os impactos na eficiência orgânica da empresa para exercício de sua finalidade, qual seja a prestação de serviços de radiodifusão pública. Isto porque, muitas vezes, o sucesso da Administração em atender 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 a organização do Estado, entendendo-a em relação ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública a fim de atender a determinada finalidade. Os pontos do estatuto a serem comparados são aqueles caros à prestação do serviço da radiodifusão pública, tendo como características centrais o financiamento, a independência editorial e financeira, a autonomia dos órgãos de governança, a pluralidade, diversidade e imparcialidade da programação, claro mandato de serviço público e prestação de contas junto ao público e aos órgãos reguladores independentes.

**Palavras-chave:** radiodifusão pública; esfera pública; eficiência; organização administrativa; função administrativa.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

## O mercado das águas e as premissas constitucionais de desenvolvimento sustentável

**Adriana Kempe<sup>1</sup>**

**Crissie Alba Giese<sup>2</sup>**

Considerada a recente proposta de instituição do mercado das águas no Brasil, o presente trabalho objetivou analisar, sob a ótica do desenvolvimento sustentável, os prováveis efeitos da entrega água, considerada direito humano e bem comum, à exploração privada. A pesquisa desenvolveu-se, sobretudo, pelo levantamento bibliográfico e análise de produções legislativas, jurídicas e históricas sobre o tema. Em um primeiro momento, buscou-se, pela análise da legislação vigente, a apreensão dos atuais contornos jurídicos da temática. Sobre o aspecto histórico, obras que reescrevem a história sob uma perspectiva crítica, sobretudo, a respeito do período de colonização, servem de aporte teórico às críticas formuladas sobre o modelo predatório de desenvolvimento, fomentado pelo capitalismo predatório, que, em tempos coloniais, parafraseando Galeano, fez da América Latina um continente miserável e o fez em razão de sua riqueza. Finalmente, produções doutrinárias, sobretudo nas áreas de Direito Ambiental, Direito Administrativo e Direito Constitucional, serviram à compreensão dos temas desenvolvimento sustentável e sustentabilidade, com fins de estabelecer o contraponto necessário entre desenvolvimento uni e pluridimensional. A análise até então procedida indicou que a única interpretação admitida em sede constitucional para o instituído desenvolvimento, enquanto objetivo da República, é a que dá conta do desenvolvimento sustentável, à luz da pluridimensionalidade da sustentabilidade, que se volta à aspectos variados, que não apenas o econômico. A análise se baseou em uma leitura analítica da Constituição Federal e de seus pressupostos basilares, viu-se, mesmo a precípua dignidade da pessoa humana, em suas nuances, seria capaz de indicar as barreiras impostas àquele modelo de desenvolvimento, costumeiramente praticado, que se presta apenas ao crescimento econômico. A proposta de instituição do mercado das águas, que segundo o Projeto de Lei 495/017, deve funcionar em regime de cessão onerosa de direitos sobre os recursos hídricos, fundamenta-se, segundo a defesa do autor do projeto, direcionada à negociação dos direitos de uso de recursos hídricos, em uma negativa ao argumento de que, com a instituição do mercado, busca-se a privatização da água e seus recursos. No entanto, a fundamentação usada também dá à água a percepção de que se trata de um bem de valor econômico, na contramão da definição da água enquanto bem comum e direito humano. Em tese, o desenvolvimento sustentável está ancorado em uma forte base jurídica. No entanto, a pesquisa indicou que as premissas dadas pela Constituição Federal encontram significativas, e quase intransponíveis, barreiras fáticas, impostas, sobretudo, pela continuidade de um

---

<sup>1</sup> Graduanda do Curso de Direito da Universidade Positivo. Bolsista do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da mesma instituição.

<sup>2</sup> Graduanda do Curso de Direito da Universidade Positivo.

modelo econômico unilateral que avança sobre diversas áreas, inclusive, e sem surpresas, sobre os direitos humanos. A água, contudo, é um bem essencial à vida humana, entregá-la à exploração privada e conferir-lhe valor econômico é afastar do humano o próprio direito à vida.

**Palavras-chave:** mercado das águas; desenvolvimento sustentável; sustentabilidade; direitos humanos; concessão de uso.

## O direito administrativo revisitado: uma análise da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sob a perspectiva filosófica de Jacques Derrida

**André Martins Tavares Scianni Morais<sup>1</sup>**

Alçado como autêntica pedra de toque do regime jurídico administrativo, a supremacia do interesse público sobre o privado vem, há muito, regendo e ditando os rumos dados ao direito público como um todo no Brasil, partindo, dela, enorme parcela de entendimentos e justificativas para diversos atos da administração pública. Investido de caráter e aceitação quase incontestes ao longo dos anos, o referido princípio da primazia do interesse público vem sofrendo um contingente severo de críticas, no afã de se propor uma releitura, ou até mesmo uma desconstrução de suas bases quase inatingíveis. O recente e aceso conjunto de críticas vem pautado em diversos prognósticos feitos por um grupo de estudiosos que se alinha em questões desde a constitucionalização do direito administrativo – com a consequente inadequação de tal supremacia aos preceitos constitucionais irradiados pela Constituição de 1988 –, até a ponderação de interesses e princípios e, sobretudo, a partir do enfoque de se privilegiar os direitos e garantias fundamentais do cidadão, revelados por uma incontável lista de direitos fundamentais invocados pela nova ordem constitucional. Com isso, a pessoa humana passa a ser o epicentro de toda questão normativa do atual sistema de direitos, em face do inegável caráter humanista da nova carta constitucional. E essa inconfundível personalização da ordem constitucional, em seu viés privilegiador, acima de tudo, dos direitos fundamentais, implica em uma necessária e dispendiosa revisão e releitura de uma série de institutos que povoam os mais diversos ramos jurídicos, e, no Direito Administrativo, tal tarefa não se tornou imune a esses ventos de constitucionalização. Desse contexto surgem as críticas ao clássico tratamento dado à supremacia do interesse público sobre o interesse particular, revestido, desde os clássicos e tradicionais entendimentos da matéria no direito brasileiro, enquanto “princípio” estruturante do regime jurídico administrativo, vetor de toda e qualquer interpretação que balize a temática. Assim, o ponto deste trabalho é relacionar as principais e recorrentes teses da desconstrução do referido pilar do direito administrativo com o pensamento daquele que criou as bases da teoria desconstrucionista filosófica: Jacques Derrida. A teoria desconstrucionista de Derrida permite um potencial crítico e intelectual bastante sensível às estruturas e à dinâmica discursiva da sociedade contemporânea. O autor busca, ao longo de sua vasta obra, questionar os tradicionais e seculares elementos do pensamento ocidental, utilizando-se, dentre outras questões, da noção da *différance*, em uma verdadeira crítica às dicotomias não raro encontradas na metafísica ocidental. A metodologia da pesquisa é eminentemente bibliográfica, buscando extrair suas conclusões através do estudo dos teóricos brasileiros que encabeçam a mencionada tese de releitura,

---

<sup>1</sup> Mestrando pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Advogado.

aliadas à clássica obra de Jacques Derrida. Ao final, pode-se concluir que pela inadequação da tradicional doutrina administrativista brasileira no que tange à supremacia do interesse público sobre o particular para com as disposições da constituição vigente, conclusão alcançada com o auxílio da teoria filosófica do autor francês.

**Palavras-chave:** direito administrativo; desconstrução; interesse público; *differance*; constitucionalização do direito.

## As licitações sustentáveis como instrumento de inclusão social

**Glauber de Brittes Pereira<sup>1</sup>**

Segundo dados da Organização Mundial da Saúde, existem mais de um bilhão de pessoas que convivem com algum tipo de deficiência ao redor do mundo. No Brasil, estima-se que esse número seja de aproximadamente 45,6 milhões de pessoas com deficiência, ou 23,9% de sua população total. O conceito de pessoa com deficiência é uma construção histórica, com significativas mudanças, inclusive na terminologia, até chegarmos ao Modelo Social da Deficiência, materializada por meio da inclusão social. Após firmar compromissos internacionais para promover a inclusão social de pessoas com deficiência e o desenvolvimento sustentável, o Estado brasileiro tomou algumas medidas no campo normativo, dentre elas a promulgação da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, que alterou a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, com reflexos na forma de contratação da Administração Pública brasileira. Contudo, apesar de tais mudanças e do objetivo a que elas se propõem, no que tange à inclusão social das pessoas com deficiência, parece que a matéria continua incipiente ou mesmo invisível aos olhos dos gestores públicos. Assim, pretende-se investigar se as licitações públicas podem servir como ferramenta para a efetivação de políticas públicas inclusivas, seja de forma direta ou indireta. Trabalha-se com a hipótese de que a Administração Pública, por intermédio das licitações sustentáveis, pode contribuir para o modelo social de inclusão das pessoas com deficiência, induzindo demais setores da sociedade a exercerem práticas inclusivas. Para tanto, parte-se da premissa de que a inclusão é uma das facetas da sustentabilidade na sua dimensão social. A fim de desenvolvimento desta tese, será utilizado o método hipotético-dedutivo, priorizando a revisão de fontes bibliográficas nacionais e estrangeiras. Ao longo da pesquisa, recorre-se a reflexões conceituais e históricas da trajetória das pessoas com deficiência, bem como sua internalização e aplicação pelo Estado brasileiro por meio das licitações sustentáveis, além da análise da instrumentalidade das licitações na efetivação de políticas públicas e dos direitos humanos. À guisa de conclusão, verifica-se a existência de um arcabouço jurídico satisfatório para que os gestores e agentes públicos possam embasar suas decisões administrativas, no curso das licitações públicas, em favor de práticas sustentáveis e inclusivas.

**Palavras-chave:** inclusão social; pessoas com deficiência; direitos humanos; desenvolvimento sustentável; licitações sustentáveis.

---

<sup>1</sup> Pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.



## Parecer de Schrödinger? A propósito do parecer jurídico exigido pelo artigo 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993 como instrumento de controle de legalidade

**Eduardo Cangussu Marrochio<sup>1</sup>**

O problemático enquadramento do parecer jurídico de que trata o artigo 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993 na tipologia que se subdivide em pareceres facultativos, obrigatórios e vinculantes, parece ainda exigir reflexão sobre o tema, objetivo com o qual se pretendeu contribuir, adotando-se como método a pesquisa doutrinária e jurisprudencial. Se, no geral, os pareceres são reputados, pela teoria do ato administrativo, como atos enunciativos, que não criam nem declaram direitos – apenas emitem uma opinião, o mesmo não costuma se passar com a hipótese de parecer sobre a qual nos debruçamos, que, por vezes, é reputada como vinculante. Por certo, assim como os demais pareceres técnicos, o parecer jurídico configura uma hipótese em se verifica, para o órgão assessorado, um déficit, seja de habilitação profissional, seja mesmo de atribuição (competência) – que se fundamenta seja em uma especialização funcional seja em uma técnica de controle de conformidade. Visto que o gestor público não depende, via de regra, de um parecer técnico-jurídico para “aplicar a lei de ofício”, o problema parece ser reconduzido à questão do controle de conformidade. A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, acerca do parecer em exame afirma o caráter vinculante do parecer desfavorável e não vinculante do parecer favorável, em cotejo, ademais, com as lições da doutrina francesa sobre a figura do *avis conforme*, parece confirmar que se trata de um caso específico de parecer voltado ao controle da legalidade sem compartilhamento da decisão administrativa. Não se trata, pois, de um caso de aplicação do princípio da incerteza aos efeitos jurídicos típicos do parecer jurídico em exame, mas sim de efeito típico e próprio de sua função específica de controle de legalidade.

**Palavras-chave:** licitação; parecer; efeitos; controle; legalidade.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

# Auxílio financeiro como política de desenvolvimento de pesquisa no Brasil no âmbito da pós-graduação *stricto sensu*: análise quantitativa da concessão de bolsas Capes no período de 1995 até 2016

**Alexandre Godoy Dotta<sup>1</sup>**

A investigação possui como objeto a política pública para o desenvolvimento da pesquisa científica no Brasil por meio da concessão de auxílio financeiro. Busca-se dimensionar o tamanho do crescimento desta modalidade de financiamento público para a promoção da educação e investigação no âmbito dos cursos de pós-graduação *stricto sensu*. Desenvolve mediante análise da atuação da Capes (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), fundação pública ligada ao Ministério da Educação responsável pela promoção do desenvolvimento e da consolidação da pesquisa nos programas de mestrados e doutorados no país. Deste modo o estudo apresenta a quantidade de bolsas distribuídas pela Capes no período de 1995 até 2016. Conclui apresentando o crescimento do número de concessão de bolsas no período e comparando os governos administrados pelos presidentes Fernando Henrique Cardoso (FHC1 1995-1998, primeiro mandato e FHC2 1999-2002, segundo mandato), Luiz Inácio Lula da Silva (LULA1 2003-2006, primeiro mandato e LULA2 2007-2010, segundo mandato) e Dilma Rousseff (DILMA1 2011-2014, primeiro mandato e DILMA2 2015-2016 segundo mandato interrompido). O período FHC1 foram concedidos aproximadamente 84 mil bolsas, no FHC2 foram 85 mil, observando-se crescimento insignificante. No segundo período LULA1 foram cerca de 115 mil bolsas, e depois no LULA2 foram quase 200 mil bolsas, denotando grande crescimento na promoção do auxílio, o primeiro mandato cresceu 26% e o segundo mandato 36%. Por fim no período DILMA1 foram mais de 345 mil bolsas, crescimento de 48% em relação ao mandato anterior (LULA2), e nos dois últimos anos DILMA2 foram aproximadamente 206 mil bolsas auxílio concedidas.

**Palavras-chave:** política de desenvolvimento de pesquisa no Brasil; pós-graduação *stricto sensu*; mestrado e doutorado; Capes – Coordenação de aperfeiçoamento de pessoal de nível superior; bolsa de auxílio financeiro.

---

<sup>1</sup> Doutor em Políticas Educacionais pela PUC/PR. Professor do Centro Universitário Autônomo do Brasil.

## Participação popular e controle da política de uso do solo urbano – análise empírica do processo de revisão do plano diretor de Ribeirão Preto, estado de São Paulo

**Julia Navarro Peroto<sup>1</sup>**

**Ricardo de Pádua Salles<sup>2</sup>**

A presente pesquisa analisa o controle social no processo de revisão do Plano Diretor de Ribeirão Preto/SP, entre os anos de 2017 e 2018, sob um enfoque empírico qualitativo. Desde o processo de redemocratização brasileiro, nos anos de 1980, e com o marco da Constituição Federal de 1988, diversas formas de controle social Administração Pública foram criadas, visando o aprofundamento democrático e a garantia de maior legitimidade às políticas de Estado. Desde então, uma série de avanços e dificuldades têm sido apontadas pelas pesquisas que se dedicam ao assunto. Na temática específica do direito urbanístico, a participação popular e o controle social são determinados tanto constitucionalmente, quanto pelo Estatuto das Cidades. A despeito das previsões normativas, na prática, diversas pesquisas apontam para o desvirtuamento de instrumentos de controle popular, especialmente pela influência do setor econômico. Durante a pesquisa realizada, as observações em campo apontaram para uma série de entraves à participação popular autônoma, com o privilégio, pelo Poder Público, das exigências do setor imobiliário em detrimento do interesse coletivo. A hipótese de pesquisa é que existe uma captura dos espaços de controle social, especial as audiências públicas, por atores que representam o mercado. Assim, o objetivou-se verificar: 1) se no referido processo houve legitimação de atos ilegais e contrários ao interesse público em favor dos interesses de agentes privados pelos controles interno e externo da Administração Pública; 2) em que termos o controle social externo pode ser alternativa ao enfraquecimento da fiscalização interna do Estado; 3) se e como o controle social sofre impacto da influência do setor privado. A metodologia empregada foi o acompanhamento participativo das audiências públicas para a elaboração do Plano Diretor em 01, 02, e 05 de setembro de 2017, e em reuniões abertas à população realizadas em 20 de setembro e 19 de outubro do mesmo ano. Ainda, foram acompanhadas as audiências realizadas no âmbito do Poder Legislativo nos dias de dias 13 e 18 de dezembro de 2017, e em 23 de fevereiro de 2018. Foram analisados documentos referentes a este processo, bem como o Procedimento Administrativo de acompanhamento do Processo de Revisão do Plano Diretor, o projeto de lei de Revisão do Plano Diretor, a manifestação da 12ª Seccional da OAB/SP, o parecer da Comissão Permanente de Constituição, Justiça e Redação, o parecer do FGDP encaminhado a esta Comissão e a representação feita em face da mesma junto Ministério Público do Estado de São Paulo. A pesquisa ainda está em curso. Como conclusões parciais, tem-se a exis-

---

<sup>1</sup> Mestra em Direito pela FDRP – USP.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela FDRP – USP.

tência de diversos entraves ao controle social, como o local das audiências, realizadas exclusivamente no centro da cidade, restringindo-se a participação das populações periferias.

**Palavras-chave:** plano diretor; controle administrativo; participação popular; política urbana; controle social.

## O conteúdo jurídico da exclusividade e titularidade estatal dos serviços públicos no ordenamento jurídico brasileiro

**Rafaella Nátaly Fácio<sup>1</sup>**

O presente comunicado científico tem por objetivo discorrer sobre a noção de serviço público, e responder a duas perguntas relacionadas ao conteúdo jurídico da exclusividade e da titularidade estatal em relação aos serviços públicos. Para desempenhar tal tarefa, no tópico 2 será traçado o panorama do surgimento da noção de serviço público na França, pontuando qual é a contribuição que subsiste até os dias atuais. O tópico 3 tem por objeto discorrer sobre as chamadas crises ou transformações na noção de serviço público, bem como refletir sobre o conteúdo das respectivas crises. O tópico 4, por sua vez, tem por objetivo discorrer sobre a concepção de serviço público de alguns autores, não com o objetivo de delimitar um conceito próprio a ser utilizado neste trabalho, mas sim com o objetivo de delimitar minimamente o conceito para excluir demais atividades estatais que não são correlatas. Por fim, o tópico 5 abordará especificamente o conteúdo jurídico da exclusividade e titularidade estatal em relação aos serviços públicos, buscando estabelecer uma resposta a duas perguntas: (1) Uma atividade, ao ser considerada serviço público, pode ser prestada também por particulares além das hipóteses de prestação estatal indireta (concessão, permissão e autorização) e de autorização constitucional expressa (serviços públicos sociais)? (2) Uma atividade, ao ser considerada serviço público, deverá sempre ser prestada pelo Estado, ou este poderá garanti-lo de forma indireta através de atividade regulatória? O procedimento metodológico do presente trabalho consistiu em pesquisa e consulta de bibliografia e de legislação pátria. Quanto ao primeiro questionamento, conclui-se que a atribuição, ao Estado, da competência para prestar determinado serviço público, não afasta a incidência dos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, portanto, é possível que os serviços públicos sejam prestados também por particulares, independente de delegação ou autorização constitucional ou legal expressa. Quanto ao segundo questionamento, conclui-se que a atribuição, ao Estado, da competência para prestar determinado serviço público, enseja a obrigação de prestação e o respectivo direito público subjetivo à esta prestação; e esta prestação não pode ser reduzida a um dever genérico de “garantia” ou apenas a um dever de regulação.

**Palavras-chave:** serviço público; titularidade; exclusividade; livre iniciativa; livre concorrência.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná.

## O princípio da publicidade e a adequação da lei de acesso à informação no município de Ponta Grossa/Paraná

**Vanessa Cavalari Calixto<sup>1</sup>**  
**Rodrigo de Jesus Camargo<sup>2</sup>**

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a adequação do princípio da publicidade com a aplicabilidade da Lei de Acesso à Informação, no município de Ponta Grossa-Paraná. Os princípios da Administração Pública estão contidos na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, tendo a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, assim, todas as ações dos administrados e da própria administração devem estar amparadas nesses princípios, sendo todos essenciais para a evolução e aprimoramento político social da sociedade. Aliado aos princípios, tem-se as normas estabelecidas para que também se tenha uma melhor organização do Estado. Assim, esta pesquisa busca os pontos convergentes entre uma legislação específica, a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527 de 2011), que foi baseada nos dispostos constitucionais do artigo 5º, XXXIII, bem como dos artigos 37 e 216, com o princípio da publicidade. Neste sentido, embora haja proteção legal para que tais preceitos sejam devidamente aplicados, se faz necessário à sua verificação e fiscalização para a sua concretude seja efetivada. O princípio da publicidade diz respeito não apenas à divulgação do que os administradores estão fazendo, mas também, todos os atos que a Administração Pública pratica, nas suas diversas fases do procedimento, podendo fiscalizar a sua legalidade. Destaca-se que a não obrigatoriedade deste princípio, somente será em casos de segurança nacional, investigação policial ou interesse superior da Administração Pública (nestes casos, deverá ser declarado previamente, o sigilo do procedimento). No tocante a Lei de Acesso à Informação a mesma está inserida no cenário nacional com a finalidade de se fazer cumprir este princípio constitucional. A população teve ter a clareza destas informações. Assim, foi analisado o portal da transparência do município de Ponta Grossa, analisando a aplicabilidade da legislação e verificado que até o presente momento não há integralidade da sua eficácia. No presente estudo utilizou-se como metodologia uma abordagem qualitativa, fazendo uma revisão bibliográfica a respeito do tema proposto.

**Palavras-chave:** transparência; lei de acesso à informação; princípio da publicidade; administração pública; portal da transparência.

---

<sup>1</sup> Chefe da Seção de Assuntos Jurídicos da Secretaria Municipal de Educação em Ponta Grossa/PR. Mestranda do curso de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa/PR.

<sup>2</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Secal.

## A tecnologia *blockchain* e os *smart contracts* como instrumentos de controle da administração pública

**Pedro Augusto Lisboa Heck<sup>1</sup>**

O presente trabalho tem como objetivo analisar a tecnologia *Blockchain*, sua integração com a plataforma *Ethereum* e com os *smart contracts*, a fim de explorar sua aplicabilidade como instrumento de controle da atividade administrativa, dando-se ênfase ao processo licitatório. Quanto ao procedimento metodológico, utilizou-se no estudo o método hipotético-dedutivo e revisão bibliográfica, sendo que o artigo foi dividido em duas etapas. Na primeira etapa buscou-se analisar publicações e obras sobre tecnologias descentralizadas de estruturação de dados para localizar iniciativas de sucesso com a utilização do *Blockchain*. Na segunda etapa foi trabalhada a definição de controle da Administração Pública e como o controlador pode fazer uso da tecnologia *Blockchain* para satisfazer o interesse público, para tanto escolheu-se mostrar alguns possíveis cenários de utilização dos *smart contracts* no processo de licitação. Quanto aos resultados, foram identificados diversos casos de aplicação bem-sucedida das tecnologias apresentadas, as quais contribuiriam sobremaneira com a atividade de controle por parte da Administração Pública, dentre os quais inclui-se a processo licitatório, no qual seria possível a utilização dos contratos inteligentes em diversas etapas. E, finalmente, conclui-se que a implementação de práticas associadas à arquitetura do *Blockchain* permite que a atividade de controle ocorra de forma praticamente autônoma e impessoal, minimizando excessiva subjetividade e eventuais desvios, razão pela qual gera maior confiabilidade e segurança na consecução do interesse público, alinhando-se aos princípios regentes da atividade administrativa.

**Palavras-chave:** *blockchain*; *ethereum*; *smart contracts*; controle; administração.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

## As possibilidades da denúncia da lide do agente público nas ações de responsabilidade civil do Estado

**Paulo Vinicius Liebl Fernandes<sup>1</sup>**

A admissibilidade da denúncia da lide nas ações de responsabilidade civil do Estado é tema tormentoso objeto de controvérsia na doutrina administrativista. Na vigência do CPC/1973 despontaram três posições sobre o tema: (i) aqueles que entendiam que a denúncia do agente público era obrigatória; (ii) aqueles que entendiam que a denúncia pelo ente público era facultativa; e (iii) aqueles que defendiam a inadmissibilidade do instituto processual nas ações de responsabilização estatal. O CPC/2015 optou por alterar o regramento do instituto processual, tornando-o mera faculdade disposta à parte que tem o direito de regresso em face de terceiro estranho à lide. Porém, a controvérsia acerca da admissibilidade ou não da denúncia da lide do agente público continua presente no campo doutrinário. A corrente contrária fundamenta o seu posicionamento em três argumentos: (i) a denúncia da lide inclui na demanda reparatória um fundamento novo; (ii) a instauração da lide incidental ocasionaria um retardamento no andamento da lide principal; e (iii) o pleito de denúncia colocaria a Fazenda Pública numa posição que a impediria de contestar a demanda principal. Já os juristas que defendem a admissibilidade da denúncia da lide o fazem de forma comedida, aceitando a instauração da lide incidental entre o Estado e o seu preposto somente nas ações de responsabilidade ajuizadas em face de ato omissivo ou de falta individual do agente público. Diante deste quadro, observa-se que a controvérsia existente na doutrina administrativa gira em torno de saber se as objeções elencadas pelos autores contrários inviabilizam o acionamento do instituto processual em todas as hipóteses de demandas reparatórias ajuizadas contra o Estado. Aqui se defende que os argumentos suscitados pela corrente contrária não vedam a admissibilidade do instituto processual em ao menos duas situações: (i) nas demandas reparatórias ajuizadas em face de ato omissivo do Estado e (ii) nas ações reparatórias decorrentes de falta individual do agente público. Em primeiro lugar porque, nessas hipóteses, o elemento subjetivo já está inserido no bojo da demanda reparatória e será obrigatoriamente analisado pelo Judiciário, o que afasta a alegação de que a denúncia introduziria fundamento novo na ação reparatória. Em segundo lugar, a instauração da lide incidental não necessariamente provocará um retardamento na marcha processual na ação principal, pois, nestas hipóteses, o conjunto probatório produzido na ação reparatória será suficiente para averiguar a presença de dolo ou de culpa na conduta do preposto faltoso. Por fim, a admissão da denúncia da lide também não impossibilitará o Estado de contraditar os argumentos lançados pela suposta vítima na demanda reparatória, uma vez que ele poderá ainda sustentar, como tese de defesa, a inexistência de dano suportado pelo particular ou a ausência de nexo causal entre o dano relatado e a conduta culposa do seu agente.

**Palavras-chave:** ações de responsabilidade civil do Estado; denúncia da lide; agente público; responsabilidade por ato omissivo; responsabilidade por falta individual.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela USP. Especialista em Direito Administrativo no Instituto Romeu Felipe Bacellar. Advogado.



## Diamante de sangue: ciberdemocracia e exclusão social

**Ana Cristina Aguilar Viana<sup>1</sup>**

A vida *online* está cada vez mais presente no cotidiano de todos. Vive-se o início da 4ª Revolução Industrial, uma era de *conexão*, no qual pessoas se relacionam via sistemas digitais. O mundo integrado e compartilhado das esferas da internet permite a concretização da vida dos indivíduos em todas as searas apenas por uma tela de computador, *smartphone* ou *tablet*. Além da disrupção tecnológica vivenciada no Século XXI, abre-se espaços para discussões políticas e sociais, que possibilitam que um maior número de pessoas tenha seu lugar de fala. As entidades governamentais estão atentas a esse cenário e vêm implementando, de forma gradual, ferramentas de acesso e interconexão *online* com os cidadãos. São plataformas digitais que concedem acesso à determinados serviços ou, ainda, que possibilitam a participação direta de cidadãos em processos decisórios. Exemplo deste tipo de serviços é o cadastro de Imposto de Renda de Pessoa Física via internet ou o protocolo de recursos de multas de trânsito. A página do E-democracia, administrada pela Câmara dos Deputados ilustra, por sua vez, uma forma de aproximação dos cidadãos às decisões políticas. Em regra, a doutrina exalta o uso de aparatos digitais pelo governo e defende que o acesso eletrônico é de extrema relevância para a transparência administrativa, sendo um instrumento que possibilita o controle democrático. No entanto, cabe indagar se a transformação do Estado em um governo digital não acabará por excluir cidadãos ao invés de integrá-los. Isto é, deve-se examinar a eficácia de mecanismos de implementação de governo eletrônico no Brasil diante da dificuldade de acesso aos cidadãos de aparatos digitais. Este é, com efeito, o escopo do trabalho. A metodologia é lógica-dedutiva, mediante exame bibliográfico acerca da implementação pelo governo de mecanismos digitais, bem como do acesso dos brasileiros à essa realidade virtual. Os resultados mostram que a Administração Pública brasileira vem implementado novos mecanismos eletrônicos com o propósito de facilitar o acesso à informação e tornar seus procedimentos mais transparentes. No entanto, enquanto algumas ferramentas não podem ser usufruídas por todos (a exemplo dos mecanismos judiciais cujo acesso integral é disponibilizado apenas para advogados), outras são passíveis de utilização apenas por aqueles que detêm determinado poder aquisitivo (caso do certificado digital). Sob outro aspecto, dados do IBGE revelam que no Brasil 116 milhões de pessoas estão conectadas à internet, representando 64,7% da população brasileira. Por outro lado, são 63,3 milhões de pessoas desconectadas. De acordo com um levantamento realizado pelo Economist Intelligence, o Brasil ocupa a 18ª posição em um ranking de 75 países em relação às condições de acesso à internet, estando, inclusive, entre os dez países do mundo com maior número de população desconectada. Tais resultados evidenciam que o governo brasileiro precisa deve preocupar em ampliar investimentos em banda larga e em infraestrutura a fim de possibilitar um real acesso dos cidadãos ao mundo digital, antes

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito na Universidade Federal do Paraná. Mestra em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Paraná.

de promover transformações substanciais nessa esfera. Caso contrário, o governo digital implicará em maior exclusão social, ao invés de promover a participação dos indivíduos, constituindo-se em um verdadeiro *diamante de sangue*.

**Palavras-chave:** novas tecnologias; acesso à internet; disrupção; democracia; desigualdade.

## O embate entre propriedade privada e o direito fundamental à moradia à luz do desenvolvimento sustentável

**Adriana Kempe<sup>1</sup>**

Partindo das premissas do desenvolvimento sustentável, asseverado pelo texto da Constituição Federal, o trabalho buscou analisar as dinâmicas de colisão de duas garantias fundamentais inseridas em um contexto de extrema inclinação ao instituto da propriedade privada, em detrimento de disposições garantistas – movimento intrínseco ao capitalismo. As análises feitas partiram da leitura da legislação sobre o tema e do levantamento bibliográfico de produções de Direito Administrativo, Direito Civil e Direito Constitucional. As leituras proporcionaram traçar o panorama necessário à compreensão dos institutos norte da pesquisa. Preliminarmente, necessário foi depreender as noções de função social, desenvolvimento sustentável, sustentabilidade, direito à propriedade e seu processo histórico de construção. Esse exercício deu condições ao desenvolvimento e entrelaçamento dos conceitos e resultou na análise crítica da dialética entre duas garantias que se inserem distintamente em um contexto social regido pelo capitalismo. O rol de direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal deu, em maior ou menor grau, novo sentido às relações jurídico-sociais, sobretudo, pelo caráter garantista e vinculativo das novas disposições. Por definição, esses direitos constituem o aparato mínimo necessário à manutenção da dignidade da pessoa humana, fundamento da República. Dessa lista, destacam-se os direitos à propriedade e à moradia, que, na dinâmica diária, excedente aos limites das disposições teóricas, corriqueiramente entram em colisão. Embora mitigado, em razão do advento da função social, o direito à propriedade é historicamente fortalecido e indubitavelmente valorizado em meio social. Contrariamente, o direito à moradia, tornou-se expresso em texto constitucional apenas nos anos 2000, por força de emenda constitucional que editou o rol de direitos sociais. Próximo das duas décadas, ao direito à moradia falta a solidez fática que tem excessivamente o direito à propriedade. A pesquisa evidenciou que o exercício daquela garantia frequentemente encontra óbices no direito à propriedade privada. Esses impasses inflamam a ineficácia de um terceiro postulado: o desenvolvimento. Na esteira do pretendido, restou claro, o desenvolvimento, lido à luz das disposições constitucionais impreterivelmente como desenvolvimento sustentável, preconizado pela Constituição Federal enquanto objetivo da República, deve ser o instrumento de análise da dinâmica entre direito à propriedade e direito à moradia – consistentemente violada por lógicas sociais que excedem o jurídico e perpassam o capital. Apesar do desenvolvimento sustentável em seu caráter multidimensional preocupar-se com questões que excedem a unilateralidade do crescimento econômico, em que se insere, com clareza, o direito à moradia digna, a pesquisa reforçou que as vontades que movem o capitalismo reduzem ao *dever ser* as disposições progressistas que se voltam às promessas

---

<sup>1</sup> Graduanda do Curso de Direito da Universidade Positivo. Bolsista do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais na Universidade Positivo.

sustentáveis. Com infortúnio, apesar do desenvolvimento sustentável e o direito à moradia terem robusto amparo jurídico, questões conjunturais, nascidas no capitalismo, impedem a efetividade das previsões que se curvam às lógicas alheias aos dispositivos constitucionais, supremos, apenas em certa medida.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais; moradia digna; propriedade privada; desenvolvimento sustentável; capitalismo.

## A intervenção do estado no domínio econômico por intermédio da atividade de fomento, para alcance do desenvolvimento nacional sustentável

**Maria Cristina Cruz Lima<sup>1</sup>**

**Carla Regina Bortolaz de Figueiredo<sup>2</sup>**

Considerando que o desenvolvimento nacional sustentável é um direito fundamental, assegurado no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, compete à Administração Pública a busca pela concretização desse objetivo, da maneira mais eficiente possível, posto que a eficiência é igualmente um imperativo na atuação do Estado na ordem econômica. A conexão dessas constatações gera uma necessidade de intervenção obrigatória do Estado na concretização do ideal desenvolvimentista. E, de acordo com as possíveis formas de intervenção do Estado, o fomento, atividade típica da Administração Pública, se apresenta como uma das mais eficientes, como um estímulo feito à iniciativa privada, que é oferecido direta (ou indireta), imediata e concreta pelo Estado, seja por auxílios financeiros ou subvenções, por intermédio de financiamentos em condições especiais ou ainda favores fiscais que estimulem atividades consideradas úteis ao progresso do país, de acordo com as diretrizes constitucionais. Partindo da premissa básica da supremacia do interesse público sobre o privado, bem como da indisponibilidade do interesse público, o fomento deve ser analisado sob viés constitucional e democrático. A noção de desenvolvimento não está fundada somente na ideia de crescimento econômico, mas também na obrigatoriedade da preservação dos recursos naturais, de proteção ambiental – incorporado à ordem econômica –, bem como na efetivação dos direitos fundamentais. Isto é, não se trata do mero crescimento econômico avaliado unicamente por meio de variáveis macroeconômicas, mas de um desenvolvimento amplo voltado a obter avanços decorrentes do progresso econômico, somado a preservação ambiental e ao desenvolvimento social. Assim sendo, cabe ao Estado a intervenção no domínio econômico, visando assegurar o direito previsto constitucionalmente, a partir de atividades de fomento, de modo a garantir os direitos fundamentais. Como objetivo geral, pretende-se investigar, dentro da perspectiva do desenvolvimento nacional sustentável, a função da Administração Pública e a atividade de fomento, a fim de verificar a sua compatibilidade com o projeto social previsto na carta constitucional. No que tange ao procedimento metodológico, optou-se pelo método hipotético dedutivo, lastreado em pesquisa bibliográfica. Neste cenário, o presente trabalho pretende concluir acerca da possibilidade de utilização do instrumento de fomento para a concretização dos direitos fundamentais previstos e assegurados na Constituição Federal de 1988, bem como evidenciar que as atividades de fomento podem (e devem) ser instrumentos estratégicos e eficazes para a concretização de tais direitos e,

<sup>1</sup> Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia, pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Pós-graduada em Gestão de Estratégica de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas.

<sup>2</sup> Graduanda do 9º período pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil.

em um panorama macro, atingir um dos objetivos previstos constitucionalmente, qual seja, o de garantir o desenvolvimento nacional sustentável.

**Palavras-chave:** fomento; administração pública; desenvolvimento; direitos fundamentais; meio ambiente.

## O papel das agências reguladoras diante das novas tecnologias audiovisuais: o caso Spotify

**Lucas Bossoni Saikali<sup>1</sup>**

O desenvolvimento tecnológico apresenta facetas de extrema utilidade para o dia-a-dia. Desde o envio de uma mensagem instantânea até a descoberta do nome de uma música em menos de um segundo, as inovações disruptivas, aquelas que apresentam um novo modo de prestar um serviço e um novo modelo econômico. No presente estudo, é analisado o papel das agências reguladoras, especialmente da Agência Nacional de Telecomunicações, diante das tecnologias de profusão de conteúdo audiovisual fornecidas através do *streaming* de músicas. No Brasil, diante de um cenário em que os serviços de radiodifusão sonora são prestados em regime de direito público e fortemente regulado, o Spotify – aplicativo de *streaming* de músicas – representa uma quebra na tradicional prestação desse serviço. Os limites entre o público e o privado se aproximam, o que importa em uma atuação da agência reguladora responsável. O futuro das inovações disruptivas é imprevisível. A rapidez e fluidez da tecnologia não permitem que a Administração Pública a acompanhe. De toda forma, isso não impede que o Estado estabeleça normativas e diretrizes que garantam o respeito e protejam os serviços públicos, tradicionalmente regulados. Embora o Spotify ofereça uma versão gratuita, com poucas limitações em relação à versão paga, é necessário o acesso ao aparelho (celular, computador, *tablets*, dentre outros) para utilizar o aplicativo, ou seja, este não é um serviço universal - ou que almeje sê-lo –, ao contrário dos serviços públicos de radiodifusão sonora. No setor das telecomunicações, o art. 211 da Lei n. 9.472/97 permite que a Anatel leve os aspectos concernentes às evoluções tecnológicas em consideração para elaborar e manter os planos de distribuição de canais. A metodologia de pesquisa adotada é o método hipotético-dedutivo, por meio da qual se parte da hipótese de que as agências reguladoras devem exercer, dentre outras, função fiscalizatória-normativa em face das empresas fornecedoras de serviços via *streaming*. Como conclusão preliminar, tem-se que, seja através da assimetria regulatória ou por uma regulação de intensidade média, a única forma do Estado regular a contínua evolução das prestações de serviços privados é pela regra da “tentativa e erro”. E, ao contrário do que parece, não há qualquer demérito nessa atuação. Um desenho regulatório que beneficie todos os agentes envolvidos requer a constante modificação e adaptação das ferramentas de regulação.

**Palavras-chave:** inovações disruptivas; conteúdo audiovisual; Spotify; assimetria regulatória; agências reguladoras.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

## O Estado brasileiro, a racionalidade neoliberal e o direito administrativo

**Camila Sailer Rafanhim de Borba<sup>1</sup>**

O objetivo deste trabalho é questionar o papel do Direito Administrativo na realidade contemporânea brasileira. O Direito Administrativo, cuja finalidade é limitar o poder estatal, tem características diversas conforme o modelo de Estado em questão. O Brasil adotou, por meio da Constituição Federal de 1988, o modelo de Estado Democrático de Direito com viés social, embora nunca tenha se consolidado efetivamente como Estado de Bem-estar social. Atualmente, o país está inserido num cenário de implementação de políticas neoliberais, presente em todo o mundo. Assim, é necessário delimitar, em primeiro lugar, o que se entende por neoliberalismo, enquanto racionalidade do capitalismo contemporâneo. Analisando as políticas adotadas pelo Estado brasileiro em termos de organização da Administração Pública nos últimos 20 anos, tem-se que todos os governos adotaram em alguma medida políticas neoliberais. Isto atingiu governos de direita, de esquerda e de centro, mesmo que em graus diversos. Neste período, apesar de algum decréscimo dos níveis de desigualdade, os dados oficiais mostram que o Brasil continuou sendo um dos países mais desiguais do mundo. Sendo objetivo fundamental da República a redução das desigualdades, constata-se que as políticas neoliberais não levam a um Estado mais eficiente do ponto de vista do atingimento dos objetivos constitucionais. Conclui-se que cabe ao Direito Administrativo modificar-se para servir de instrumento de concretização da Carta Magna e de verdadeiro desenvolvimento social. Propõe-se, então, um novo olhar para este ramo do Direito, decolonizado do direito privado e do capitalismo hegemônico. O Estado brasileiro instituído pela Constituição de 1988 é uma economia capitalista, de modo que não é o enfrentamento aniquilador do capitalismo que se propõe sob a égide desta Carta Política. Propõe-se aos intelectuais administrativistas que exercem seu papel relevante de contra-poder para enfrentar as consequências sociais das contradições do capitalismo, possibilitando a redução das desigualdades e a melhora da qualidade de vida dos cidadãos internamente ao próprio sistema capitalista. A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica e a análise documental de leis, documentos oficiais (como os Cadernos MARE e o “Ponte para o Futuro”) e indicadores como o índice Gini.

**Palavras-chave:** direito administrativo; estado democrático de direito; neoliberalismo; decolonização; Constituição Federal.

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Sociologia pela Universidade Federal do Paraná. Bolsista Capes. Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Unibrasil. Professora licenciada do Centro Universitário Unibrasil.



## Súmula vinculante n. 3: a flexibilização de contraditório e ampla defesa no controle de atos de pessoal

**Luiza Helena Schlichting Ribas<sup>1</sup>**

O presente trabalho tem por objetivo evidenciar a problemática do controle de atos de pessoal realizado pelo Tribunal de Contas da União, no que se refere a observância das garantias constitucionais de contraditório e ampla defesa. A atividade de controle é inerente a instituição, vez que incumbida de auxiliar o Poder Legislativo no controle externo da Administração Pública. Uma das formas de exercício do controle recai sobre os atos de pessoal, os quais devem obrigatoriamente ter a legalidade atestada pela Corte de Contas. Ocorre que, a despeito de serem os servidores públicos e seus dependentes os maiores interessados e afetados por esta forma de controle da Administração Pública, é entendimento fixado pela Súmula n. 3 do Supremo Tribunal Federal a desnecessidade de lhes oportunizar contraditório e ampla defesa no âmbito de análise dos atos pelo Tribunal de Contas. Tal entendimento baseia-se na premissa de que o ato de pessoal consiste em ato administrativo complexo, o qual só se aperfeiçoa com a chancela de legalidade e registro na Corte sendo que, justamente por isso, não haveria de se falar em participação do servidor/dependente na formação do ato. Diante do flagrante conflito ocasionado, a pesquisa busca a partir da análise jurisprudencial e doutrinária abordar a flexibilização contraditório e ampla defesa operada pelo enunciado sumular do STF, concluindo pela impossibilidade de manutenção do entendimento fixado ante a: I) a natureza composta e não complexa dos atos administrativo de pessoal, haja vista que a manifestação do Tribunal de Contas consiste em apreciação da legalidade do ato e não em manifestação de vontade necessária à validade e eficácia deste e; II) a processualidade da análise de legalidade destes atos, uma vez que esta ocorre por meio de um conjunto de peças capazes de documentar o exercício da atividade do Tribunal e cuja decisão é capaz de influenciar na esfera jurídica do servidor ou dependente.

**Palavras-chave:** ato de pessoal; Tribunal de Contas; controle; administração pública; Súmula n. 3 – STF.

---

<sup>1</sup> Graduada pela Universidade Federal do Paraná.

## A parceria entre o TJ-PR e órgãos públicos paranaenses: a preocupação dos dados pessoais na era digital

**Tailaine Cristina Costa<sup>1</sup>**

Em meados de julho de 2017, o Tribunal de Justiça do Paraná firmou uma parceria com a Secretaria de Segurança Pública do Paraná (Sesp), com o Instituto de Identificação do Paraná, com o Detran/PR, com a Celepar (Tecnologia da Informação e Comunicação do Paraná) e com a Justiça Eleitoral com o fim de aumentar a segurança em eventos esportivos e em espetáculos com grande quantidade de pessoas. Segundo o TJ-PR, será criado, por meio desse convênio, um sistema de consulta – entre os órgãos públicos – de dados biométricos cadastrados com informações de torcedores e de frequentadores de eventos de grande porte. No âmbito da capital paranaense, o Clube Atlético Paranaense aderiu ao projeto. Dessa forma, a título de exemplo, ao utilizar-se da biometria para entrar no estádio para assistir a um jogo ou a um *show*, uma pessoa teria seus dados confrontados nessas bases de dados interligadas, podendo ser reconhecida pessoa que tenha contra si mandado de prisão expedido ou outra restrição decretada do âmbito do Juizado do Torcedor. Em um primeiro momento, a iniciativa do Poder Público parece ser um remédio eficaz e eficiente para identificar e cumprir ordens judiciais. Contudo, o presente comunicado tem a intenção de refletir sobre a utilização dos dados de caráter pessoal de uma pessoa – vide a utilização de identificação biométrica – entre os órgãos estatais – e, principalmente, entre órgãos estatais e associações privadas, como clubes de futebol. Sobre a proteção e utilização dos dados pessoais, o Marco Civil da Internet estabelece que o coletor dos dados deverá informar com clareza o motivo do uso, armazenamento, tratamento e proteção daqueles, devendo haver o consentimento expresso da pessoa (art. 7º, inc. VIII e IX). Muito embora o Marco Civil da Internet forneça uma base inicial de proteção dos dados pessoais na internet brasileira, o ordenamento jurídico não conta – até o momento – com uma legislação própria para o assunto. Por vezes o cidadão não tem escolha que não o fornecimento de todas as suas informações. O banco de dados com informações da maior quantidade de cidadãos é da Justiça Eleitoral, uma vez que o cadastramento biométrico é obrigatório, sua não realização importa na impossibilidade do exercício do sufrágio e, conseqüentemente, traz uma série de restrições ao cidadão. Até a data do envio do presente comunicado, há a aprovação no Senado Federal do Projeto de Lei Complementar 53/2018, que regulamenta o uso, a proteção e a transferência de dados pessoais no Brasil – dentre as novidades que a legislação pretende trazer, tem-se a criação de uma agência reguladora específica, a Agência Nacional de Proteção de Dados, e a regulamentação das atribuições concernentes à Administração Pública. Portanto, a intenção do presente comunicado é analisar o convênio/parceria realizada entre diversos órgãos estatais para a transferência e compartilhamento de dados pessoais no Estado do Paraná, para ao final – com a análise da Lei Geral de Proteção de Dados, se outorgada – concluir acerca da legalidade ou ilegalidade da medida e em qual medida os direitos de privacidade do sujeito são preservados.

**Palavras-chave:** administração pública; dados pessoais; proteção de dados; Marco Civil da Internet; consentimento.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná.

## As consequências jurídicas para a administração pública pelo descumprimento do dever de prestar a informação

**André Inacio Silva Lopes<sup>1</sup>**  
**Caroline Müller Bitencourt<sup>2</sup>**

O objetivo do presente artigo é analisar as consequências decorrentes ao poder público no caso de descumprimento do direito fundamental de prestar o acesso à informação e no caso da Administração Pública o dever fundamental de prestar o acesso à informação, analisando se há responsabilizações que seriam cabíveis aos órgãos públicos no caso de não haver o cumprimento com o dever de acesso à informação, não prestar as informações requeridas de forma corretas ou não as disponibilizando conforme é requerido. Como problema de pesquisa, busca-se resolver: quais seriam as decorrências que adviriam frente a um descumprimento do dever de prestar informações nos moldes da Lei de Acesso à Informação pelo poder público? Em um primeiro momento busca-se conhecer o acesso à informação e correlaciona-lo ao direito a boa-administração pública, realizando um paralelo com a obrigação que possui o Estado de efetivar os direitos e da amplitude que o direito a boa-administração gera no direito de acesso à informação. Após o trabalho orienta-se sobre a Lei de Acesso à Informação, Lei 12.527/2011 e os mecanismos que possui de transparência ativa e passiva para a disponibilização de informações aos cidadãos, traçando um panorama sobre as ferramentas que são atinentes a transparência ativa, no caso a divulgação de informações de forma proativa e a transparência passiva, sendo as informações divulgadas mediante pedido. Por fim se apresenta a falta de normatividade que recaí sobre os entes públicos nos casos de não cumprimento com um direito fundamental, trazendo alguns julgados exemplificativos de decisões que optaram por sentenciar com multas diárias os órgãos públicos, entretanto após a busca de normas que incidissem sobre o direito de acesso à informação não se constatou outras formas de sanções que poderiam ser impostas nos casos de descumprimentos, restando apenas ao judiciário e ao Ministério Público através de ações civis públicas a imposição de multas, conforme casos trazidos. O método utilizado é o hipotético-dedutivo.

**Palavras-chave:** acesso à informação; administração pública; descumprimento; boa-administração; improbidade administrativa.

---

<sup>1</sup> Bolsista de Iniciação Científica na modalidade Fapergs.

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela Unisc. Professora da graduação e da pós-graduação da Unisc.

## Exigibilidade de lei para criação de empregos públicos nas empresas públicas de Minas Gerais – Análise ADI n. 4844

**Larissa Gonçalves da Matta<sup>1</sup>**

As empresas públicas e as sociedades de economia mista, nos preceitos normativos são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta e, criadas pelo Estado como instrumento de sua atuação no domínio econômico, seja para a exploração de atividades econômicas ou para a finalidade de prestação de serviços públicos. Nessa esteira, a Constituição Federal no artigo 173, § 1º, inciso II previu que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Considerando que o regime jurídico das empresas privadas se situa no campo do direito civil e comercial e que a competência para legislar sobre essa matéria é privativa da União, porque assim dispõe o artigo 22, inciso I, da CF, compete a esse ente federativo dispor sobre matérias atinentes às referidas estatais. Porém, a Constituição do Estado de Minas Gerais conferiu, na redação dos artigos 61, inciso X; e 66, inciso III, alínea “d”, legitimidade ao Chefe do Poder Executivo estadual para instaurar processo legislativo sobre o quadro de empregos das empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como ao legislador estadual regulamentar a estrutura e a organização dessas entidades. Com isso, a matéria tornou-se objeto de discussão na ADI n. 4844 impetrada em 2012, pelo então Governador do Estado de Minas Gerais, Antônio Anastasia que, na petição inicial, requereu a declaração de inconstitucionalidade dos artigos da Constituição Mineira, sob a alegação de que os mesmos invadem esfera de competência privativa da União. Assim, essa instabilidade tem comprometido a gestão das empresas públicas e das sociedades de economia mista tendo em vista que o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, no exercício do controle administrativo que lhe é conferido, vem adotando em seus julgados a redação dada pela Constituição Mineira, suspendendo inclusive, concursos que não tenham seguido o trâmite legal, ou seja, de submeterem previamente um projeto de lei à Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Considerando a complexidade do tema, o presente trabalho, de natureza qualitativa, partiu do levantamento de revisões bibliográficas, utilizando como fontes as leis, as doutrinas e as jurisprudências que abarcam o direito administrativo, objetivando precipuamente a análise, sob o ponto de vista Constitucional, da exigibilidade de lei para criação de empregos públicos nas empresas públicas. Nessa esfera, foram abordados posicionamentos doutrinários acerca do regime de contratação conferido às empresas públicas e às sociedades de economia mista, bem como definições inerentes ao instituto do concurso público e os principais aspectos sobre as normas de criação, extinção e transformação de cargos, empregos e funções públicas.

---

<sup>1</sup> Especialista em Administração Pública, Planejamento e Gestão Governamental pela Fundação João Pinheiro. Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Políticas Sociais da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro. Advogada.

A partir desses conceitos, adentrou-se no estudo da ADI n. 4844, que apesar de envolver especificamente a constituição do estado de Minas Gerais, aborda matéria relevante atinente à administração pública em geral, tendo em vista a ocorrência de discussões semelhantes em outros estados da federação. Assim, objetivou-se traçar as principais manifestações presentes na ação e as respectivas posições, quais sejam: a abordagem da Petição Inicial, a defesa da Assembleia Legislativa de Minas Gerais, o parecer da Advocacia Geral da União e a manifestação da Procuradoria Geral da República. E, por fim, a consubstanciação das teorias estudadas levaram a considerar a inconstitucionalidade dos dispositivos tratados e que há expectativa de que, com o julgamento da ADI n. 4844, seja conferido estabilidade jurídica aos entes públicos citados.

**Palavras-chave:** direito administrativo; administração pública federal; administração pública estadual; empresas públicas e sociedades de economia mista; inconstitucionalidade de Lei.

# A transparência no serviço público de saúde nos municípios da Região Metropolitana de Curitiba

**André Felipe Pereira de Souza**<sup>1</sup>

**Bruno Henrique Aibara**<sup>2</sup>

Historicamente, a Administração Pública brasileira possuiu como característica o patrimonialismo, marcado pela má distinção entre o patrimônio público e o patrimônio privado daqueles incumbidos de gerir a coisa pública. Esta característica de opacidade do agir administrativo perdurou por muitos anos. Nesse sentido, a Constituição de 1988 foi marco de mudança, ao consagrar a publicidade como um dos princípios norteadores da Administração Pública e, com o tempo, promover maior transparência na Administração Pública. Um instrumento importante de transparência ativa são os portais de transparência municipais, verdadeiras fontes de informações públicas. As informações disponibilizadas nesses portais, assim, podem sofrer controle pelos agentes competentes para tanto, inclusive pela sociedade. O presente artigo, através de uma metodologia de pesquisa qualitativa e quantitativa, bem como através de metodologia documental, tem por objetivo investigar os portais de transparência dos municípios da Região Metropolitana de Curitiba, sobretudo, no que diz respeito aos gastos com o serviço público de saúde, para se verificar se a Administração Pública vem, efetivamente, cumprindo com o dever de transparência, indispensável de uma boa administração pública. Nesse sentido, o artigo foi construído a partir de uma revisão bibliográfica de artigos científicos e livros acerca das temáticas de transparência, publicidade e boa administração pública, bem como a partir de uma análise qualitativa e quantitativa dos portais da transparência e, conseqüentemente, dos dados divulgados à sociedade pelos municípios da Região Metropolitana de Curitiba. Concluiu-se que são poucos os municípios investigados são efetivamente “transparentes”. Boa parcela dos municípios da Região Metropolitana de Curitiba precisa ainda aperfeiçoar seus instrumentos de promoção da transparência ativa para, conseqüentemente, cumprir também com um dever de boa administração.

**Palavras-chave:** administração pública; transparência; democracia; boa administração pública; acesso à informação.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

## O modelo de democracia substancial como saída para as crises do Estado

**Lenon Oliveira Horbach<sup>1</sup>**

**Andressa Berwanger de Carvalho<sup>2</sup>**

A pesquisa aqui proposta tem como problema central estudar quais elementos que fundamentam a transformação do Estado frente as crises por ele perpassadas? Ainda, tem como objetivo analisar a possibilidade de redemocratização do Estado, através de uma democracia substantiva, após abordagem das crises do atual sistema. A metodologia de pesquisa utilizada se desdobra em uma pesquisa descritiva, qualitativa, através de delineamento bibliográfico e documental, com estratégia de análise de conteúdo, a partir de documentação indireta em fontes primárias, assim como em fontes secundárias bibliográficas, nomeadamente em livros e periódicos científicos. Como resultados se desenvolve que após a superação do liberalismo clássico, se ascendeu o modelo de Estado Social, que buscou a satisfação das necessidades básicas de cada ser humano, com ações intervencionistas e direcionadas a contemplação da seguridade social. Porém, o novo modelo de Estado entrou em escaladas crises que atingiram a estrutura do Estado, se desdobrando nas crises fiscal, ideológica, e filosófica, nos moldes descritos por Bolzan de Moraes. Em síntese, ao tempo que o Estado Liberal estava ultrapassado e não correspondia as expectativas sociais, o Estado Social se encontrava em profundas crises. Se fundamenta dessa forma, a necessidade de transformação do Estado, tornando-se crucial traçar linhas de adoção de uma democracia substancial, resguardando o constitucionalismo, tendo ainda a Constituição como reguladora da sociedade e da economia, ressaltando que o ponto nevrálgico do constitucionalismo é sua relação com a democracia, na tentativa de conciliação entre as duas, e por isso a necessidade de se repensar a democracia em sua base. A introdução de uma democracia substancial advém de uma democracia formal, uma vez que ela é pressuposto para qualquer modelo democrático, todavia, que a dimensão formal não é suficiente para classificar um sistema político como democrático constitucional, necessitando, o Estado, de amplitude democrática. Para efetivação de uma amplitude democrática e para concretização de uma democracia substancial, se apresenta o garantismo jurídico, criando uma identidade de propósitos entre Estado e cidadão. A título de conclusão se ressalta o modelo de democracia substancial, marcada pela reformulação de uma cultura democrática e política, visando principalmente os ajustes das instituições, na forma do constitucionalismo. A referida teoria garantista, combina preceitos neoliberais e sociais, para idealizar uma identidade de propósitos entre Estado e cidadão, na medida em que não há interferência nos direitos dos cidadãos por parte do Estado, porém inexistir-se-á a isenção deste em propiciar o bem-estar social aos indivíduos, com o intuito de superar as atuais crises que acometem estrutura estatal.

**Palavras-chave:** democracia substancial; crise do Estado; estado liberal social; transformação do estado; garantismo.

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Público na Universidade do Rio dos Sinos – Unisinos. Advogado.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade do Rio dos Sinos – Unisinos. Advogada.

## A reversão na atividade de fomento do Estado: o incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica

**Jesus Pacheco Simões<sup>1</sup>**

O estudo objetiva verificar a existência de lacuna legal quanto ao destino dos investimentos estatais em fomento à inovação e pesquisa, haja vista a produção de excedente tecnológico e a existência de bens que subsistem ao encerramento das parcerias, assim como a possibilidade da aplicação do instituto da reversão de bens em tais casos. A metodologia utilizada foi a verificação da legislação aplicável ao caso, sendo analisada tendo como base a teoria existente sobre o fomento no Brasil e o entendimento atual sobre bens e domínio público. Os conceitos teóricos e legais são analisados frente à situação encontrada ao final das parcerias e projetos, objetivando contribuir para a área do Direito Administrativo e trazer maior segurança jurídica para as hipóteses que ocorrerão. A pesquisa tem como pressuposto a ideia que a reversão é um instituto que permeia as relações entre o setor público e o privado, para além de sua existência dentro da teoria das concessões públicas. Também tem dentre seus pressupostos a defasagem do conceito de bens no direito brasileiro, sendo realizadas críticas à atual conceituação de bens públicos e o posicionamento quanto ao destino dos bens criados e utilizados durante o fomento tecnológico, concluindo pela obscuridade legal quanto ao tema, especialmente quanto à inovação procedimental e à terminologia, não prevendo diretamente a reversão, mas sim de maneira indireta e esparsa, situação que traz incerteza aos contratos firmados e merece atenção doutrinária e, principalmente, legal, reforçando a segurança jurídica e os princípios elencados na lei e na Constituição Federal.

**Palavras-chave:** fomento; reversão; pesquisa e desenvolvimento; bens públicos; parcerias público-privadas.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Advogado.



## A falta de efetividade e a judicialização dos direitos sociais: o caso do saneamento básico

**Nicholas Arena Paliologo<sup>1</sup>**

O objetivo do presente trabalho é analisar a judicialização das políticas públicas de saneamento básico no estado do Rio de Janeiro e seus respectivos impactos na prestação dos serviços correlatos. Para isso, foi traçada uma linha de raciocínio com base teórica na doutrina da efetividade das normas constitucionais, o agigantamento do Poder Judiciário frente aos outros poderes, Executivo e Legislativo, e a consolidação do saneamento básico como direito fundamental. A partir dessa construção teórica, se optou como metodologia pelos recursos da análise qualitativa e quantitativa a fim de descrever o panorama dos serviços de saneamento no estado, com dados disponíveis no Instituto Trata Brasil, Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento e Agência Nacional de Águas, a fim de perceber qual serviço componente do saneamento (abastecimento de água, esgotamento sanitário, drenagem de águas urbanas e manejo de resíduos sólidos) é o mais deficitário. O serviço com grau mais elevado de déficit foi o esgotamento sanitário, tendo acesso somente 45,25% da população. Com isso, foram colhidos dados junto ao Ministério Público do estado e o Tribunal de Justiça para quantificar o número de ações ajuizadas requerendo a prestação dos serviços. Os dados do Ministério Público revelaram que o serviço mais deficitário – esgotamento sanitário – é o que apresenta o maior número de ações. Já os dados do Tribunal de Justiça demonstraram que a companhia responsável pelos serviços no estado figurou na lista dos maiores litigantes entre 2013 e 2017. Ao analisar qualitativamente a atuação do Judiciário, percebeu-se que as decisões muitas vezes desrespeitam o planejamento de expansão dos serviços e impõem multas diárias exacerbadas até o cumprimento. Desta forma, conclui-se pela necessidade de criação de parâmetros específicos para a atuação judicial no setor, respeitando o plano de metas, recursos orçamentários e as disposições previstas na própria lei 11.445 de 2007 (Lei do Saneamento Básico), como a compatibilidade com o Plano Plurianual.

**Palavras-chave:** saneamento básico; judicialização; políticas públicas; efetividade; poder judiciário

---

<sup>1</sup> Aluno do Curso de Mestrado em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

## A evolução do controle social nas contratações públicas

**Carolina Barbosa Rios<sup>1</sup>**

Tendo em vista a exacerbada quantidade de fraudes nos procedimentos de contratações públicas, situação apontada por estudo da Controladoria Geral da União, acrescida do fato de que a maior parte (aproximadamente 77%) das pessoas físicas envolvidas é composta por funcionários públicos, segundo demonstra a Radiografia da Improbidade, elaborada pelo Instituto Não Aceito Corrupção, a presente pesquisa possui foco na alternativa do controle social para o âmbito das contratações públicas. Então, este trabalho objetiva a analisar, quantitativa e qualitativamente, como se moldou o controle social no âmbito das contratações públicas desde a edição da Constituição de 1988 até o ano de 2018. Para atingir tal finalidade, a pesquisa adquire caráter exploratório a partir da realização do mapeamento do controle social nas seguintes leis, responsáveis por estabelecer normas gerais em licitações e contratos: Lei 8.666/1993; Lei 8.987/1995; Lei 11.079/2004; Lei 12.462/2011; Lei 13.019/2014. Após a etapa de mapeamento, a pesquisa adota caráter descritivo, pois, com embasamento em doutrina, artigos e revistas científicas, passa-se à análise crítica, efetivamente, com a adoção do método dedutivo. Para exposição do quadro encontrado, utiliza-se como critério de categorização a separação entre condições e mecanismos de controle social, tendo como base a linha argumentativa exposta na “teoria dogmática constitucional emancipatória”, sendo as condições o papel que pretende-se desempenhar no que concerne ao controle social, de acordo com o ordenamento jurídico, enquanto que os mecanismos são os instrumentos de controle propriamente ditos. Observa-se, dentre o objeto de análise, que as leis com início da vigência ainda na década de 1990, em geral, são visivelmente influenciadas pelo modelo estatal burocrático. Tal modelo, fortemente marcado pelo formalismo, se mostra presente principalmente na Lei 8.666/1993 e Lei 8.987/1995, pelo fato de estas apresentarem condições meramente formais para que o controle social se efetive, além de mecanismos engessados e de pouca visibilidade. Após a influência majoritária dos moldes burocráticos, há o advento do modelo gerencial. Com este, ocorre o fortalecimento do consenso na Administração Pública. Isso contribuiu para que as leis com início da vigência após o ano 2000 contivessem previsões que se aproximassem das condições materiais de controle, além de mecanismos mais próximos à população. Ademais, a mais recente lei (Lei 13.019/2014) tratou de acrescentar em seu texto as previsões de maior clareza na divulgação de informações trazidas pela Lei 12.527/2011, a Lei de Acesso à Informação. Nota-se, assim, o encaminhamento das previsões a respeito do controle social no âmbito das contratações públicas no sentido de fortalecimento paulatino da democracia participativa, o que possibilita o aumento gradativo de possibilidades de realização do controle feito pela sociedade.

**Palavras-chave:** evolução; controle social; condições e mecanismos; licitações e contratos; democracia participativa.

---

<sup>1</sup> Graduanda na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo.

## A transferência do direito de construir aplicada à proteção do patrimônio histórico-cultural

**Mariana Grilli Belinotte<sup>1</sup>**

O presente trabalho tem como objetivo estudar a viabilidade do instituto da transferência do direito de construir, previsto na lei 10.257, o Estatuto da Cidade, como alternativa para a proteção do patrimônio histórico-cultural quando da insuficiência de outros instrumentos, especialmente o tombamento. Historicamente, o tombamento tem sido o instrumento principal para a preservação do patrimônio histórico e cultural, desde sua instituição por meio do Decreto-Lei 25/1937, que o definiu como o instituto cuja finalidade é a proteção dos bens culturais pelo poder público. Além disso, busca-se compreender a aplicação do referido instrumento jurídico para a preservação do imóvel conhecido como Casa das Rosas, definido como patrimônio cultural urbano do município de São Paulo – SP e escolhido como unidade-caso por marcar um momento chave na mudança das práticas preservacionistas paulistas, conter os elementos que caracterizam o instituto e ter alcançado relativo sucesso em sua aplicação, visto que a diferença entre a área construída e o potencial construtivo do lote foi transferida para outro terreno, assegurando a conservação do lote em sua forma original. A pesquisa objetiva, ainda, analisar de forma crítica as potencialidades deste instrumento jurídico em garantir a coexistência da preservação do patrimônio histórico e cultural e a utilização do conteúdo econômico da propriedade e suas possíveis vantagens, como a consensualização em oposição ao litígio e aos atos unilaterais, e a indenização com menores custos ao Poder Público, bem como possíveis dificuldades ou externalidades de sua aplicação. Os métodos da pesquisa centraram-se, inicialmente, na revisão bibliográfica da literatura sobre o tema proposta, com destaque às perspectivas do direito administrativo e direito urbanístico; na análise documental das normas e dos instrumentos jurídicos de proteção ao patrimônio cultural existentes no ordenamento brasileiro; além disso, a pesquisa utilizou o método de Estudo de Caso para analisar o processo de preservação do imóvel conhecido como Casa das Rosas. Para o Estudo de Caso, também se recorreu à pesquisa documental em acervos jornalísticos da época. Concluiu-se, não obstante a dificuldade no acesso a dados quantitativos, que o instituto demonstra potencial para ser aplicado como alternativa a outros meios na preservação do patrimônio, podendo, se adequado à situação, minimizar custos e conflitos e assegurar a manutenção dos locais históricos urbanos.

**Palavras-chave:** direito urbanístico; transferência do direito de construir; patrimônio cultural; direito de construir; Estatuto da Cidade.

---

<sup>1</sup> Graduanda da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo. Bolsista de Iniciação Científica do CNPq.

## Arbitragem portuária: o Decreto 8.465/2015 como modelo para as arbitragens envolvendo a administração pública

**Thomas Augusto Ferreira de Almeida<sup>1</sup>**

A Arbitragem de contratos administrativos encontra-se ainda em fase de consolidação no âmbito da Administração Pública federal. A Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996), recentemente alterada para expressamente prever que a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, trouxe maior segurança jurídica a essas arbitragens. O Setor Portuário é o único a dispor de uma norma específica regulamentando as arbitragens envolvendo a Administração Pública, o Decreto n. 8.465/2015. A pioneira norma é assim uma referência para as demais arbitragens envolvendo contratos administrativos constatando-se a reprodução de seus dispositivos em normas que lhe sucederam. A análise detida de seus dispositivos demanda do aplicador do direito um olhar específico, pois deve coadunar as especificidades do regime jurídico de Direito Público aplicável aos contratos administrativos com o regime jurídico de Direito Privado característico dos procedimentos arbitrais. Em comum a todos esses pontos controvertidos do Decreto nº 8.465/2015 reside a dificuldade em identificar o regime jurídico de um instituto que se mostra em um ponto de confluência entre o Direito Público e o Direito Privado, sendo necessário ao direito promover uma harmonização destes campos jurídicos. Neste objetivo, deve o aplicador do direito procurar novas soluções pois os tradicionais institutos jurídicos não são aptos a elucidar as novas questões surgidas diante deste novo cenário. Sem embargo, acostumada a prerrogativas processuais e contratuais que lhe proporcionam uma posição de menor vulnerabilidade em seus vínculos jurídicos, a Administração Pública deve agora posicionar-se de uma forma mais horizontalizada junto ao particular, processo que exige uma nova perspectiva dos gestores públicos e seus assessores jurídicos. As especificidades do regime jurídico administrativo devem ser, assim, meticulosamente consideradas no desenvolvimento dos procedimentos arbitrais sob risco do retorno ao questionamento da legitimidade de a Administração Pública utilizar-se deste moderno expediente de solução de conflitos.

**Palavras-chave:** arbitragem; interesse público; direito administrativo; portos; Decreto n. 8.465/2015

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Constitucional. Mestre e especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

## A função social dos cargos públicos

**João Gabriel Lemos Ferreira<sup>1</sup>**

O presente estudo tem como finalidade identificar os elementos legais, doutrinários e jurisprudenciais que cercam a função social dos cargos públicos. Embora pareça bastante óbvio concluir que todo cargo público possua a finalidade de atender ao bem-estar coletivo, há um conjunto de regras e princípios que se destacam e democratizam o acesso à Administração Pública para a prestação de serviços profissionais. Esses comandos evitam a privatização do patrimônio público por meio da vedação ao nepotismo, ao acúmulo indevido e impedem a escolha seletiva de correligionários e apaniguados. A pesquisa empreendida percorreu a Constituição Federal, a legislação infraconstitucional, a doutrina e as decisões judiciais com o intuito específico de selecionar esses valores e comprovar a existência de uma função social dos cargos públicos. Foi possível identificar a existência de limitações para o ingresso no serviço público com vistas à funcionalização social dos cargos públicos. Esse proveito específico tem como objetivo abraçar as parcelas vulneráveis da população e reduzir as desigualdades sociais, sem prejuízo do princípio da eficiência. O trato da matéria pode ser extraído de pilares de relevo para a sociedade e que já estão consolidados nos mais diversos veículos normativos pátrios, na doutrina e na jurisprudência, tais como a fraternidade, a solidariedade, a justiça social, o bem comum, a tolerância, a dignidade e a piedade. O conjunto de necessidades dos grupos minoritários foi lembrado pelo corpo político, que passou a produzir veículos normativos para atender a demanda social exigida por maior representatividade na Administração Pública de parcelas marginalizadas da população. Isso somente foi possível por meio da superação de conceitos envelhecidos. Interesse público e solidariedade caminham juntos. O Estado deve exercer as suas funções sem esquecer esses valores caros à sociedade, entregando às categorias sociais mais vulneráveis os mecanismos de facilitação de acesso aos cargos públicos. Os cargos públicos exigem uma leitura mais compatível com a realidade social. Eficiência e ampla acessibilidade sem igualdade material e sem solidariedade não produzem justiça social. É disso que trata essa atividade investigativa.

**Palavras-chave:** administração pública; princípios; solidariedade; cargos públicos; função social.

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito OAPEC. Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos.

# Controle judicial da administração pública na Lei 13.655/18

**Alan José de Oliveira Teixeira<sup>1</sup>**

O cenário jurídico brasileiro, não é de hoje, torna-se cada vez mais inseguro e caótico, na medida em que a imprevisibilidade das decisões judiciais e o ativismo judicial (desmedido) crescente se intensificam. Decisões proferidas em caráter provisório sem qualquer consciência das repercussões institucionais e, especialmente, dos seus efeitos na Administração Pública, viraram rotina. Ademais, o controle judicial da Administração tem se mostrado insensível às repercussões práticas, jurídicas e administrativas que enseja. Além disso, esse cenário não tomou conta apenas do Poder Judiciário, mas também dos órgãos de controle, como os tribunais de contas pátrios. A insegurança jurídica hoje se manifesta no judiciário e na Administração Pública, e a ausência de diálogo institucional e jurídico entre ambos prejudica os direitos dos cidadãos, causa danos irreparáveis ao país, além de tornar cada vez mais frágeis o direito e as instituições. Nesse passo, com o objetivo de proporcionar mais segurança jurídica e efetividade ao Direito Público, foi publicada a Lei 13.655/18, em 26 de abril de 2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), a qual passou a conter dispositivos disciplinando e orientando a interpretação jurídica deste ramo do direito brasileiro. Contudo, muito embora a proposta inicial da Lei seja legítima, há que se verificar a receptividade dos diversos institutos e conceitos jurídicos trazidos e revividos pela alteração feita na Lei de introdução. Ainda, o controle judicial na Administração sofrerá mudanças, tendo em vista a reorientação na nova lei. Assim, o presente trabalho busca estudar os efeitos e as repercussões das mudanças trazidas pela Lei 13.655/18 na interpretação e na decisão jurídica do Direito Público, especialmente no que se refere à decisão do controle judicial da Administração Pública, tecendo possíveis limites e clareando a aplicabilidade da Lei. Para isso, um estudo teórico das principais bibliografias jurídico-administrativas foi necessário, principalmente dos comentadores da Lei 13.655/18. Buscou-se a realização de uma pesquisa jurídico-normativa, com investigação dos textos legais, da tramitação dos projetos de lei, além de se buscar respaldo na jurisprudência pátria. Inicialmente, aborda-se a Lei de introdução e suas implicações hermenêuticas. Depois, disserta-se acerca da proposta da Lei 13.655/18 e suas principais alterações, passando então a investigar os principais conceitos e institutos jurídicos na nova legislação, articulando as alterações com os possíveis efeitos irradiados no controle judicial da Administração Pública. Após o desenvolvimento da pesquisa, apresentam-se as considerações finais. Ao final, concluiu-se que a dinâmica da Administração faz com que muitas situações se consolidem, e a visão dada a elas se mostra mais adequada quando a realidade administrativa é considerada. Além disso, viu-se que as alterações trazidas pela Lei 13.655/18 não significam um abandono à legalidade, mas sim a necessidade de consideração da realidade quando da decisão judicial ou administrativa, pois assim seus efeitos se tornam mais adequados à segurança jurídica.

**Palavras-chave:** direito administrativo; Lei 13.655/18; controle judicial; administração pública; segurança jurídica.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pelo Unicuritiba.

## A confiança legítima e a restituição de benefício previdenciário recebido por tutela de cognição sumária revogada

**Luísa Silva Schmidt<sup>1</sup>**

**Matheus Mascarenhas Guzella<sup>2</sup>**

O artigo desenvolvido visa analisar o tema da confiança legítima e sua aplicação no Direito brasileiro, levando em consideração construção doutrinária alienígena, no que concerne à questão da possibilidade de restituição, por segurado da previdência social, de valores recebidos após a revogação de tutela provisória anteriormente deferida. A metodologia adotada foi de vertente jurídico-sociológica, pelo entendimento de que o Direito deve ser analisado considerando o contexto social em que se insere. O raciocínio hipotético-dedutivo demonstrou-se adequado ao trabalho, já que parte de entendimento prévio para a proposição de soluções a partir de conflitos gerados por compreensões iniciais. Além disso, adotou-se investigação jurídico-propositiva, com o intuito de questionar entendimento jurisprudencial. Isso porque o resultado a ser alcançado é a interpretação da confiança legítima segundo a jurisprudência brasileira, chegando-se a uma conclusão sobre a correção ou não da decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial de n. 1401560/MT, que firmou a jurisprudência no sentido de que é devida a restituição ao erário de parcelas de benefício previdenciário recebidas em sede de tutela provisória diante do insucesso da demanda pelo segurado. Partiu-se da formulação doutrinária alemã, segundo a qual a proteção da confiança legítima atua como forma de limitação do poder estatal, ao resguardar o administrado contra mudanças imprevistas da atuação do Poder Público. Concluiu-se que a concessão de benefício previdenciário em tutela provisória está abarcada pela proteção à confiança legítima, de modo que a posterior revogação em decisão definitiva não deveria produzir efeitos retroativos no que concerne à devolução ao erário dos valores recebidos, motivo pelo qual o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça deveria ser revisto. O tema ora abordado é de extrema relevância, tendo em vista que o Tribunal decidiu em sede de recurso repetitivo, influenciando em diversas decisões sobre a matéria, que é frequentemente levada ao Poder Judiciário brasileiro e que gera diversas discussões na academia.

**Palavras-chave:** confiança legítima; tutela provisória; cognição sumária; recurso repetitivo; benefício previdenciário.

---

<sup>1</sup> Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense.

<sup>2</sup> Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense.

## A improbidade administrativa por violação aos princípios da administração pública: abstração e generalidade

**Filipe Stechinsk<sup>1</sup>**

O trabalho em questão centrou seu objetivo em abordar a abstração dos princípios que regem a Administração Pública e a caracterização de condutas ímprobas sob a recorrente assertiva de violação, haja vista o enfoque da atual dinâmica fática e consequentes excessos, além das condutas e posicionamentos dos órgãos responsáveis pelo controle administrativo. Especialmente em virtude da pluralidade de ações propostas sem que fosse verificada a justa causa e efetivamente a ocorrência de atos ímprobos. Sem a pretensão de exaurir a matéria, mediante ensinamentos doutrinários, interpretação dos dispositivos legais e decisões proferidas pelas cortes judiciais, foram analisadas as disposições normativas com especial destaque para as garantias asseguradas aos litigantes. Assim como os requisitos necessários e indispensáveis para a sua comprovação à luz dos direitos fundamentais, a severidade da propositura da ação e sujeições impostas aos demandados durante a tramitação processual, aliada à transfiguração do abuso de controle e consequências que acabam por impactar na administração pública de maneira global, contemplando a prestação dos serviços públicos e a mitigação das atribuições dos servidores. Sob a ótica da abstração e caráter geral dos princípios também foi objeto de abordagem a fragilidade de tipificação entre as condutas e as prescrições dogmáticas, o que possibilitam interpretações distorcidas e abusos irreparáveis, ainda que se identifiquem fundamentos doutrinários asseverando a necessidade de má-fé e conduta dolosa para a caracterização de improbidade administrativa por violação aos princípios. Concluiu-se que as ações de improbidade administrativa, em especial por violação aos princípios, encontram-se vinculadas a assegurar as garantias constitucionais correlatas à ampla defesa e o contraditório. A Constituição Federal tratou de elencar os direitos fundamentais cujas restrições a essas prerrogativas encontram aplicação mitigada e restrita, além de necessitarem de expressa previsão. Embora seja possível defender que a aplicação das sanções da Lei de Improbidade Administrativa caracteriza restrição aos direitos fundamentais, é necessária a interpretação do caso sob à luz dos princípios fundamentais e em benefício dos demandados. Logo, o atual cenário clama pela construção de novas interpretações de maneira a evoluir para garantir a segurança dos servidores e restabelecer a autonomia funcional que vem sendo tolhida. É forçoso concluir que as condutas arbitrárias e as interpretações equivocadas da Lei de Improbidade Administrativa repercutem em retrocesso no serviço público e acabam por instaurar o pânico. Além de suprimirem quaisquer discricionariedades atribuídas aos servidores no cumprimento de suas funções públicas. É fundamental e, defende-se assiduamente, que se lance ao combate da improbidade administrativa, contudo, que isso seja feito na mais estrita observância aos preceitos e

---

<sup>1</sup> Assessor Jurídico do Município de Concórdia/SC. Pós-graduado em Direito Tributário e Pós-graduando em Direito e Gestão Pública pela Unoesc. Advogado.



garantias legais, aliado à técnica jurídica, especialmente em decorrência das nefastas penalidades que o seu cometimento prevê. Além, é evidente, de se tratarem de limitação a direitos fundamentais que se revestem da finalidade de impedir digressões e abusos. A relevância da matéria exige dos órgãos de controle e titulares dessas atribuições maior cautela e senso de justiça e não que essa triagem seja lançada à responsabilidade do judiciário, eis que a longa demanda natural e a severidade das sanções causam consequências irreparáveis, ainda que sobrevenha futura improcedência.

**Palavras-chave:** improbidade administrativa; princípios; abstração; excessos, má-fé.

# Contratações emergenciais fabricadas: uma análise do Tribunal de Contas do estado de Minas Gerais sobre o caso do Instituto Estadual de Florestas

**Edson Gonçalves Júnior<sup>1</sup>**

O presente projeto visa uma análise sobre o instituto das contratações emergenciais fabricadas e a importância dos princípios do Direito Administrativo que devem nortear as Licitações. Ressalta-se de maneira salutar e oportuna, que a Licitação, via de regra, sempre será exigida e é primordial. Entretanto, a lei 8666/93 estabelece as hipóteses para a contratação direta, e em especial, as contratações originadas de situações emergenciais. A Licitação no âmbito da Administração Pública constitui um importante instrumento de aplicação do dinheiro público, uma vez que realiza a escolha a partir de uma contratação, cuja proposta, deve ser a mais vantajosa. Coloca em condições de igualdade aqueles que têm interesse em participar dos processos licitatórios. Entretanto, há situações em que o processo licitatório não é exigido como nos casos de contratação emergencial. Tal contratação deve obedecer ao dispositivo legal e atrelar-se a aplicação dos princípios a regem. Desta forma, em situações excepcionais, mais especificamente as que abrangem o artigo 24, inciso IV, da lei 8.666/93, que trata das contratações diretas em caráter emergencial, a Administração Pública abre mão da licitação, tendo em vista que a situação ocorrida não poderia aguardar os prazos normais do procedimento licitatório sem comprometer o interesse público. Sendo assim, como os tribunais devem agir nos casos em que as situações de emergência se originam da desídia ou inércia da Administração Pública? Considerando tal situação, a pesquisa abordará o caso do Instituto Florestal Estadual do Estado de Minas Gerais que, ao ser inspecionado pelo Tribunal de Contas do Estado apresentou uma série de contratações de forma direta sem a observância da legalidade e princípios correlatos. Entende-se por emergência fabricada situações em que a Administração Pública não realiza as medidas necessárias para a implantação do procedimento licitatório, seja por desídia ou inércia, recorrendo posteriormente à contratação direta de modo urgente. Portanto, o estudo sobre as Contratações Emergenciais e a aplicação dos Princípios Administrativos será de fundamental importância para o entendimento de como o setor público age durante o planejamento, implantação das ações e execuções nas contratações e como deve ser o posicionamento dos Tribunais nos casos de Emergência Fabricada. A metodologia utilizada será pesquisa bibliográfica e estudo de caso. Para Fonseca “pesquisas científicas que se baseiam na pesquisa bibliográfica, procuram referências teóricas publicadas com o objetivo de recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema a respeito do qual se procura a resposta”. Na concepção de Stake o “estudo de caso é o estudo da particularidade e da complexidade de um caso singular, levando a entender sua atividade dentro de importantes circunstâncias”.

**Palavras-chave:** contratações; emergenciais; fabricadas; princípios; licitação.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito na Faculdades Milton Campos.

# Contratação pública socialmente sustentável: mecanismos na legislação nacional brasileira

**Isabella Karollina da Silva<sup>1</sup>**

A Lei n. 12.349, de 15 de dezembro de 2010, inseriu no artigo 3º da Lei das Licitações o objetivo de “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”. Tradicionalmente, entende-se que a sustentabilidade possui três dimensões: ambiental, social e econômica. Apesar de existirem inúmeros estudos sobre a dimensão ambiental da sustentabilidade e de sua relevância, o aspecto social tem sido pouco explorado. Diante disso, a presente pesquisa se dispõe a analisar os mecanismos de contratação pública socialmente sustentável existentes na legislação nacional brasileira.

O estudo se mostra de extrema relevância, considerando que o enorme poder de compra do Estado pode ser utilizado para influenciar as deliberações dos agentes econômicos quanto ao modo de produzir, fornecer e prestar seus bens e serviços, bem como dos demais consumidores, de maneira que as contratações públicas podem atuar como um poderoso fomentador de sustentabilidade.

A partir dessa premissa, o objetivo geral da pesquisa será analisar os mecanismos de contratação pública socialmente sustentável existentes na legislação nacional, mapeando-os ao longo das fases da contratação. Os objetivos específicos incluem (i) estudar a função de fomento das contratações públicas; (ii) explorar o aspecto social da sustentabilidade e estabelecer parâmetros para que um mecanismo licitatório seja considerado socialmente sustentável; (iii) sistematizar a legislação que trata do assunto no Brasil; (iv) expor e debater cada mecanismo de contratação pública sustentável sob a ótica dos princípios da isonomia e da vantajosidade; e (v) ao final, definir “contratação pública socialmente sustentável”.

Para tanto, serão realizados levantamentos bibliográfico e legislativo, com utilização das técnicas bibliográfica e documental, bem como a combinação dos métodos dedutivo e indutivo. Por meio do método dedutivo, pretende-se partir de conceitos já previamente definidos pela doutrina e pela legislação para estabelecer quais critérios licitatórios podem considerados socialmente sustentáveis, para, então, analisa-los individualmente, partindo do geral para o específico. De outro giro, após a coleta, sistematização e análise dos dados relativos aos mecanismos licitatórios, a partir das características observadas nesses mecanismos, pretende-se, por meio do método indutivo, concluir a pesquisa estabelecendo uma definição doutrinária para o conceito de “contratação pública socialmente sustentável”.

**Palavras-chave:** contratos públicos; licitação; fomento; desenvolvimento sustentável; direitos sociais.

---

<sup>1</sup> Mestranda na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

## Quem vigia os vigilantes? Uma discussão acerca das possibilidades e limites das verbas indenizatórias e do teto remuneratório

**Roberta Nascentes Rodrigues Corrêa<sup>1</sup>**  
**Sâmela Cristina de Souza<sup>2</sup>**

A problemática que inquieta essas pesquisadoras é como controlar o judiciário no exercício das funções administrativas, mais especificamente como controlar o judiciário quando o pagamento de magistrados ultrapassa o teto salarial? Tal problemática vem sendo discutida diante das posturas adotadas na AO 1.1773/DF. Diante do deferimento da liminar estendendo o auxílio moradia a demais magistrados e diante da tentativa de solução da questão por meio de conciliação passou-se a discutir a necessidade de pensar melhor nesse controle do próprio judiciário. Mas, antes de responder essa questão fez-se necessário analisar outra problemática, e é a essa que nos detivemos nesse trabalho: qual a proporção de pagamentos pelo Judiciário acima do teto? Essa proporção demonstra que o pagamento acima do teto é exceção ou trata-se de regra? Diante dessa problemática o trabalho em questão se enquadra na temática da tutela jurídica da moralidade administrativa. Para pensar nesse controle é preciso identificar se há ilegalidade ou não nesse pagamento acima do teto e assim verificar se há algo a ser controlado. Tendo em vista que o pagamento acima do teto pode se dar por inúmeras razões, nesse trabalho pretendeu-se realizar uma pesquisa quantitativa para avaliar se essa problemática tão reportada se apresenta realmente como um problema a ser analisado. Foi realizada análise bibliográfica e de dados. Por meio da análise bibliográfica foi possível identificar inicialmente o que é o teto remuneratório e a quais verbas ele se aplica, identificando ainda a crítica estabelecida pelo STF às situações em que verbas consideradas de vantagem pessoal são nomeadas como remuneratórias para que não seja necessário observar o teto. A análise de dados, teve como base a planilha de pagamentos disponibilizada no site do TJ/ES. A pesquisa se limitou a analisar os pagamentos realizados aos magistrados do TJ/ES no ano de 2017 a fim de verificar em que medida a remuneração percebida por eles tem obedecido o disposto na Constituição.

A coleta de dados se limitou às seguintes informações: total de magistrados e desembargadores, total de créditos recebidos e rendimento líquido percebido. Após a coleta desses dados verificou-se que no ano de 2017 de um total de 368 magistrados se analisados o total de créditos por eles percebidos apenas 9,12% dos magistrados receberam no teto ou abaixo dele. No caso dos desembargadores verificou-se que dos 52 desembargadores do TJ/ES 16% respeitaram o teto no que tange ao total de créditos recebidos. Ainda que analisado apenas o rendimento líquido no caso dos desembargadores 33% obedecem ao

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito na Faculdade PIO XII.

<sup>2</sup> Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Membro do grupo de pesquisa “Direito, Sociedade e Cultura”. Professora universitária e advogada.

teto e no caso dos juízes apenas 10%. Verifica-se que essa questão precisa ser discutida, uma vez que essa desobediência parece ser a regra e não exceção. Além disso, apesar de poder se argumentar que esse acréscimo se dá em razão de verbas indenizatórias essas indenizações também carecem de melhor análise, uma vez que são tidas como regra nessas remunerações analisadas, o que pode configurar uma vantagem pessoal com máscara de indenizatória.

**Palavras-chave:** teto remuneratório; verbas indenizatórias; portal transparência; análise empírica no direito; controle do Judiciário.

# A inexistência de direito adquirido a regime jurídico e o uso retórico do argumento como forma de esconder arbitrariedades administrativas e o papel do judiciário no controle: um estudo do caso das promoções retardadas dos PM'S do ES

**Michelly Martins Galdino Lorenzon<sup>1</sup>**  
**Sâmela Cristina de Souza<sup>2</sup>**

A temática escolhida para o Congresso brasileiro de direito administrativo não poderia ser mais atual e relevante. Há tempos os pensadores do direito administrativo brasileiro, e não só eles, mas também os sociólogos do direito, os constitucionalistas, vêm discutindo os limites do controle da Administração Pública no Estado de Direito.

Partindo de uma breve retomada histórica podemos perceber que o direito administrativo brasileiro pode ver seu movimento a partir dessa temática. Basta lembrar de como inicialmente a discussão girava em torno da (im)possibilidade de controle judicial dos atos administrativos e, avançando a doutrina pela sua possibilidade passa-se agora a discussão dos limites dessa realização. Inúmeros trabalhos relevantes discutem a hipótese de agora estarmos em um momento histórico em que o Judiciário não só realiza o controle, mas o faz transbordando a esfera judicial.

No início do ano de 2017 pudemos constatar de perto um movimento por parte dos Policiais Militares do Espírito Santo que fez com que a Administração Pública tomasse atitudes arbitrárias como forma de punição à categoria. Os casos a serem analisados no artigo demonstram essa afirmação de forma muito clara. As demandas são de Policiais Militares que mesmo alcançando todos os requisitos que preencheriam sua promoção, conforme Boletim Especial expedido pelo próprio comando Geral da PM, tiveram de todas as formas sua promoção atrasada e verbas salariais suprimidas por novos Boletins emitidos em momento que o servidor já deveria ter sido promovido. Tal conflito sobre a retroatividade da lei gerou um parecer da PGE que dentre um de seus apontamentos, ressaltou falha da Administração em não ter promovido seus servidores no período correto.

É, por isso, o momento adequado para discutir essas tensões geradas entre esses poderes e visualizar essas tensões através dessa situação concreta. A decepção social com a política e a descrença no político de uma maneira geral abre espaço para atuação de quem, em tese, possui imparcialidade e técnica. O cometimento de irregularidades pela Administração é o espaço real do controle judiciário. É o espaço adequado para que o judiciário realize o seu papel. Nesse trabalho o objetivo é apresentar essa situação que se entende irregular

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito na Faculdade PIO XII.

<sup>2</sup> Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Membro do grupo de pesquisa "Direito, Sociedade e Cultura". Professora universitária e advogada.

cometida pela Administração, mas além disso, demonstrar com base em pesquisas bibliográficas qual o papel do judiciário nesse cenário. Nos resta então a pergunta: “Como deve ser a postura do Judiciário frente aos casos apresentados de falha administrativa na promoção dos policiais militares? Diante dos estudos realizados tendo por base a metodologia de estudo de caso e a revisão bibliográfica pode se chegar à conclusão de que o judiciário deve realizar o controle de legalidade nesse caso assumindo sua função típica, caso decida em razão de conveniência e oportunidade haverá na verdade uma assunção de papéis políticos pelo judiciário, o que tem sido denunciado corriqueiramente pela doutrina.

**Palavras-chave:** regime jurídico; administração pública; direito adquirido; arbitrariedades administrativas; controle judiciário.

## Avaliação de juridicidade de atos, pactos e processos editados no âmbito do Poder Executivo pelos Tribunais de Contas e pela Advocacia Pública

**Alzemerri Martins Ribeiro de Britto<sup>1</sup>**

**Lázaro Alves Borges<sup>2</sup>**

Com uma Administração Pública Multitarefa, dado amplo espectro de políticas públicas cometidas ao Poder Executivo pela Constituição Federal de 1988, os gestores públicos precisam realizar os programas governamentais de modo legal e eficiente, enquanto racionalizam recursos públicos. Para cumprir este objetivo, a advocacia pública, função essencial à justiça, integrada por carreiras de Estado, exerce um papel fundamental, ao realizar, via atividade consultiva, a avaliação da juridicidade da escolha governamental, consolidando, assim, jurisprudência administrativa a trazer segurança jurídica à edição de atos, pactos e processos editados no âmbito do Poder Executivo. Ocorre que, ao longo do tempo de aplicação da Carta Cidadã, mais do que viabilizarem-se as políticas públicas engendradas por governos legitimamente constituídos, fortaleceram-se institucionalmente os órgãos de controle, notadamente, no particular, os Tribunais de Contas, os quais tornaram-se repositórios considerados de interpretação cogente, embora a função almejada pelo constituinte para tais órgãos de contas não chegue à juridicidade da escolha, mas à legalidade da despesa considerada pelo agente público.

Certamente foi no intuito de buscar moralidade administrativa, intenção que não se está a combater, que foi conferida interpretação amplificada à Seção IX - Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária, o que acabou por levar as Cortes de Contas a pronunciar o direito aplicável no âmbito do Poder Executivo, substituindo, com definitividade administrativa, interpretações precedentes. Partindo do pressuposto que não há superposições de tarefas na Carta Magna, pela existência do princípio da juteza, faz-se necessário discutir a quem cabe (e em que medida) avaliar a juridicidade dos atos, pactos e processos administrativos. Para tanto, realizada pesquisa em diversas fontes do direito, percorreu-se o seguinte caminho: (1) revisão bibliográfica da teoria clássica do controle de legalidade e de mérito dos atos administrativos como construção jurídica; (2) análise das atribuições dos Tribunais de Contas constitucionalmente estabelecidas; (3) investigação acerca da abrangência da atividade consultiva da advocacia pública e sua ética; (4) cotejo das atribuições dos Tribunais de Contas e das “Procuraturas Constitucionais”. Observou-se que: (a) a constituição das Cortes de Contas não pressupõe formação jurídica dos seus membros; (b) a delimitação constitucional estabelece competências mais afeiçãoadas ao mister de Auditoria e Contabili-

<sup>1</sup> Procuradora do Estado da Bahia. Doutoranda em Educação pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Procuradoria Geral do Estado da Bahia.

<sup>2</sup> Estagiário de Pós-Graduação da Procuradoria Geral do Estado da Bahia. Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogado.



dade Pública como controle externo; (c) a recente e profunda alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro aponta para o protagonismo interpretativo dos órgãos com funções jurídicas voltadas para a instrumentalização das políticas públicas; (d) a limitação das atribuições dos Tribunais de Contas levaria a uma fiscalização mais efetiva da eficiência e eficácia da utilização do orçamento. Conclui-se que as procuradorias, na sua esfera consultiva-administrativa, mostram-se mais aptas a aplicar o direito ao quadro fático em razão do seu cometimento constitucional, da formação jurídica dos seus membros, de sua autonomia técnica, da ética típica da advocacia pública consultiva e do seu grau de especialização.

**Palavras-chave:** interpretação da juridicidade; tribunal de contas; advocacia pública; ato administrativo; administração pública.

## Possibilidades de mensuração do princípio da eficiência na administração pública brasileira

**Paula Gonçalves do Carmo<sup>1</sup>**

Este trabalho tem o objetivo de analisar a eficiência enquanto princípio jurídico que integra o Regime Jurídico-Administrativo, disciplinador da atuação da Administração Pública brasileira. A partir de método hipotético-dedutivo foram estudadas as transformações do seu conceito e as possibilidades de seu controle nos atos discricionários da Administração, por parte do Judiciário. Para tanto, foram trazidas decisões judiciais dos últimos anos que o referido princípio foi usado como fundamento para modificar, corroborar decisões administrativas ou impor obrigações ao Poder Público. A eficiência sempre foi um parâmetro para aferição de legitimidade do Estado, embora cada época e configuração do Estado Moderno ditasse o que seria entendido como eficiente e qual a sua respectiva importância. A partir da ideia de eficiência apropriada pelo Estado liberal clássico, a eficiência assumiu traços economicistas, supervalorizando o êxito econômico das relações privadas e do Estado. No Brasil da década de 1990, com a ascensão à Presidência um governo de viés neoliberal, a eficiência assumiu caráter normativo quando promulgada a Emenda Constitucional nº 19/98, que incluiu ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal a eficiência como um dos princípios fundantes da Administração Pública. Concomitantemente foram introduzidas reformas institucionais visando a inauguração de uma gestão pública do tipo gerencial. Na época, houve muita desconfiança quanto aos métodos e, sobretudo, com o conteúdo de tais reformas pois muito se temia por juristas da época que a eficiência era um valor da iniciativa privada e da Ciência da Administração que nada tinha a ver com o Direito, em contexto de Brasil tão desigual econômica e socialmente. Entretanto, com o passar das três décadas, o conteúdo da eficiência aplicável à Administração Pública foi assumindo novas possibilidades, que não àquela aplicável a iniciativa privada e aos termos quantitativos exatos. E isto foi possível a partir de uma interpretação do princípio conforme a Constituição. É possível que a eficiência seja ferramenta de uma gestão pública mais razoável, sujeita ao Regime Jurídico-Administrativo e condizente com a realização do interesse público de fato. Papel importante foi assumido pelo Judiciário, pois a eficiência passou a ser mais uma baliza da legalidade para controlar atos administrativos discricionários ineficientes. A partir dessa breve investigação fora identificada a necessidade de um contínuo aperfeiçoamento da aplicação do princípio da eficiência e seu significado, de forma mais concreta e ampla, que não o da mera “rapidez da administração”, quando diz respeito a prazos, demora na conclusão dos processos administrativos. Sem uma revisão dialética do conceito e da prática da eficiência, o controle jurisdicional da Administração, no que tange a esse princípio, tornar-se-á vazio, uma vez que tira o potencial de multiplicador democrático e humanizador que se pode atingir. Isto porque

---

<sup>1</sup> Estagiária de Pós-Graduação no Ministério Público do Paraná. Pós-graduanda em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

o controle do mérito administrativo no âmbito da discricionariedade só se justifica quando, dentro da legalidade, proporciona como resultado uma Administração Pública materialmente eficiente, que não se esgota em uma Administração “rápida” ou “barata”. Assim sendo, buscou-se trazer ferramentas para melhoria da gestão pública nacional, não existindo para tanto qualquer sacrifício da legalidade ou quaisquer direitos previstos na Constituição Federal.

**Palavras-chave:** eficiência; administração pública; gestão pública; controle; discricionariedade.

## A fundamentabilidade da informação e da transparência para controle social no Estado Democrático de Direito

**Vinicius Manfio<sup>1</sup>**

**Caroline Muller Bitencourt<sup>2</sup>**

Considerando que o Brasil constitui-se como um Estado democrático de Direito, no qual o exercício da democracia e a participação popular ocorrem direta ou indiretamente e que uma forma de participação se dá por meio do controle social de políticas públicas, faz-se necessário que a gestão pública seja transparente, de modo que se permita a efetiva participação e o controle popular de políticas públicas. Nesse sentido, há uma série de normas no sistema jurídico brasileiro que regulam o dever de transparência e o direito ao acesso à informação. Diante disso, tem-se como objetivo deste trabalho identificar a evolução da proteção jurídica do acesso à informação no Brasil; distinguir informação e transparência; analisar as diretrizes da lei de acesso à informação, para identificar a correlação entre informação e transparência e sua importância para o exercício do controle social. Utilizou-se como método o dedutivo e pesquisa bibliográfica e legislativa. Como conclusão, pode-se afirmar que a evolução da proteção jurídica do acesso à informação no Brasil tem como marco a própria Constituição Federal, sendo que posteriormente uma séria de legislações procuraram propiciar a concretização desse direito sem, contudo, esgotarem a necessidade de aperfeiçoamento legislativo e administrativo. Sendo necessário compreender que transparência na administração pública está ligada à ideia de publicidade e de acessibilidade às informações públicas, isso significa que não basta dar publicidade aos atos da administração pública, é necessário que estes sejam acessíveis e principalmente compreensíveis – inteligíveis – por qualquer cidadão, de modo que este possa utilizar-se dos meios de participação e de controle social para contribuir com a fiscalização sobre os gestores públicos. Assim, pode-se afirmar que o controle social, de certa maneira, depende necessariamente de informações claras, compreensíveis fornecidas e disseminadas pelos órgãos públicos de forma ampla para que a sociedade tome conhecimento, se aproprie de tais informações, analise-as, reflita, e contribua para com a administração pública. Por isso, também pode-se afirmar que ao mesmo tempo em que há distinção entre informação e transparência – aquela é um direito do cidadão, enquanto esta é um dever estatal – há também uma correlação necessária entre elas, já que sem transparência não há informação capaz de proporcionar o controle social efetivo dos atos dos gestores e das políticas públicas.

**Palavras-chave:** transparência; informação; publicidade; controle social; acesso à informação.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul.

<sup>2</sup> Professora da Universidade de Santa Cruz do Sul. Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul.

## O limite do controle do Estado no setor portuário sob a perspectiva da autorização administrativa junto aos terminais portuários de uso privado

**Conrado Miranda Gama Monteiro<sup>1</sup>**

A pesquisa desenvolvida busca aferir a validade do controle estatal imposto pelas autorizações trazidas na Lei Federal n. 12.815/2013, para fins de permitir a operação de Terminais Portuários de Uso Privado. O estudo analisa a natureza jurídica das autorizações, objetivando aferir sobre a constitucionalidade de seu controle sobre a liberdade do particular, e se a autorização mencionada ao longo da Lei Federal n. 12.815/2013 se encontra dentro do rigor técnico e científico, extraído a partir das premissas legais e constitucionais do instituto. Justifica-se a importância deste estudo no impacto econômico e jurídico que teria eventual irregularidade no uso das autorizações junto ao setor portuário brasileiro. Buscou-se através do método dialético, com base na doutrina, lei e jurisprudência estudar a natureza da autorização administrativa, as atividades por ela delegadas, os limites de seu controle e a atual compatibilidade da autorização trazida pela Lei n. 12.815/2013 para a delegação de atividades exploradas em Regime Jurídico de Direito Privado. Inicialmente se buscou diferenciar o conceito de atividade econômica em sentido estrito de serviço público, momento em que se verificou que a autorização seria o instrumento pelo qual o Poder Público franquearia o particular ao exercício de atividade econômica em sentido estrito. Em sequência, verificou-se o núcleo da livre iniciativa como limite do controle do Poder Estatal sobre a atividade privada. Depois, investigou-se as diretrizes envolvendo a autorização para a exploração de Terminais Portuários de Uso Privado, trazida pela Lei n. 12.815/2013, momento em que foi possível concluir sobre sua incompatibilidade com o instituto da autorização, diante das elevadas restrições trazidas para as atividades privadas. As fontes da pesquisa incluíram doutrina e jurisprudência nacional, sempre a partir de uma forte perspectiva crítica e interdisciplinar. As conclusões do trabalho trazem que os serviços portuários têm natureza híbrida, podendo ser interpretados tanto como serviços públicos como atividades econômicas em sentido estrito, exploradas por particulares mediante autorização. Assim, foi possível aferir que o contexto constitucional da autorização engloba o controle do estado em atividades econômicas privadas, prestadas por particulares por direito próprio. Desse modo, podendo o serviço portuário ser explorado pelo particular como atividade econômica em sentido estrito – mediante autorização – tornou-se importante saber quais os limites de controle que a autorização estatal poderia impor à liberdade do particular. Assim, concluiu-se que as limitações impostas à esfera privada, por meio da autorização, seriam discricionárias, tendo como limite o núcleo essencial da livre-iniciativa. Cotejando esta análise à autorização aplicada aos Terminais Portuários de Uso Privado, aferiu-se que o processo de outorga da autorização, assim como

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Advogado.

as restrições por ela impostas, acabam por equiparar a atividade privada à prestação de um serviço público. Isto porque diversos institutos afetos à concessão acabam sendo aplicáveis às autorizações portuárias de modo a desnaturá-la. Nesta esteira, a autorização portuária acaba por ferir frontalmente o núcleo essencial das atividades privadas – livre iniciativa – de modo a ser possível concluir acerca de sua incompatibilidade à matriz constitucional afeta à autorização, pela forma como está disposta.

**Palavras-chave:** atividades portuárias; terminais de uso privado; autorizações; controle; livre iniciativa.

## Estímulo à competitividade nas licitações: competência e cooperação institucional a partir do CADE e do direito concorrencial

**Paulo Victor Barbosa Recchia<sup>1</sup>**

O presente trabalho é um projeto de mestrado, ainda em fase inicial de execução. Sua problemática pauta-se como redesenhar o instituto das licitações de modo a torná-las mais competitivas, a partir do ferramental teórico e analítico desenvolvido pelo Direito Concorrencial e de que maneira eventuais interações institucionais e práticas cooperativas entre o Cade e demais entidades estatais como Tribunais de Contas, agências reguladoras dentre outras podem contribuir na consecução desses objetivos. Inicialmente, o que se abordará será a competência da autarquia antitruste para agir preventivamente em matéria de licitações, já que, na seara licitatória, seu controle é repressivo, ou seja, atua quando os agentes de mercado se cartelizam para frustrar o caráter competitivo do certame. Desse modo, a partir de uma análise normativa e dos objetivos da defesa da concorrência, se buscará responder tal questionamento relativo à competência. Posteriormente, se almejará redesenhar o instituto das licitações, analisando seus objetivos, tipos e problemas em relação às restrições a competitividade, sob a tentativa de aprimorá-las, determinando quais conceitos utilizados no direito concorrencial e em que medida poderiam ser aplicados na construção de editais competitivos tendo em vista as particularidades de cada mercado. A título de exemplo, o estudo conceitua como o de mercado relevante, barreiras à entrada, condições de oferta, poder de compra, mercados verticais, dentre outros, e como estes seriam absorvidos pelas demais instâncias administrativas e entidades estatais no processo de licitação, contribuindo para uma compreensão distinta do tradicional instituto. Além disso, o trabalho busca propor eventuais formas de interação institucional entre CADE, Administrações Públicas e demais entidades licitantes, determinando sua exata extensão, na tentativa de superar possíveis obstáculos devido a centralidade na atuação da autarquia, objetivando difundir e capilarizar os institutos de direito concorrencial ao serem absorvidos pelas licitações, além de pensar em uma política de diálogo institucional com órgãos de controle tradicionais e parcerias estratégicas para capacitação e compartilhamento de informações. O intuito dessas interações é promover uma relação de mão-dupla entre CADE e demais entes estatais: de um lado, a autarquia antitruste empresta seu arcabouço teórico para redesenhar licitações mais competitivas e de outro, as entidades estatais contribuem para o aprofundamento da autarquia em matéria licitatória. Com isso, também se almeja estabelecer zonas de intersecção mais claras entre o Direito Administrativo e o Direito Concorrencial, primando pela interdisciplinaridade. Metodologicamente, a pesquisa bibliográfica apresenta-se como a mais adequada para responder os objetivos propostos, de modo que será feito um levantamento bibliográfico preliminar de

---

<sup>1</sup> Mestrando pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

todas as formas de produção escrita relacionada ao tema. Eventualmente, serão inseridos casos concretos à título de exemplificação dos argumentos apresentados.

**Palavras-chave:** competitividade; licitações; CADE; atuação preventiva; interações institucionais.



## Reflexões acerca do controle dos benefícios fiscais no Brasil

**Manoel Cícero Squiapati Seragini Gonzalez<sup>1</sup>**

Os incentivos fiscais configuram-se como instrumentos que permitem a manutenção de determinados valores, através de um tratamento menos oneroso aos contribuintes beneficiados. Tais benesses, em determinado período, provocam a diminuição da receita pública, constituindo o chamado gasto tributário. A leitura prévia da doutrina já deixa claro que tanto o incentivo fiscal, quanto o seu decorrente gasto tributário, possuem um compromisso com a coletividade, um efeito extrafiscal, em outras palavras, deve proporcionar o desenvolvimento de setores econômicos, regiões geográficas e outras inúmeras finalidades sociais. Dessa forma, podem ser caracterizados como instrumentos da Administração Pública que possibilitam a propagação de ações reguladoras das atividades e condutas socialmente desejáveis. O presente trabalho, através de estudo doutrinário, e por meio da análise de relatórios de auditoria realizados pelo Tribunal de Contas da União, buscou verificar como é efetuado o controle dos benefícios fiscais. O exame do contexto político-econômico dos últimos anos permite a identificação de certo descontrole na concessão dos incentivos. Em contrapartida, notícias e manifestações governamentais demonstram um baixo crescimento a nível social das regiões supostamente privilegiadas. Nesse sentido, fica evidente que o Estado não está alcançando os objetivos sociais almejados relacionados ao benefício concedido. A Constituição Federal e a Lei de Responsabilidade Fiscal, ainda conseguem, em certa medida, controlar os efeitos das renúncias de receita. Entretanto, esse controle fica restrito à esfera financeira, e não à esfera social, foco do presente estudo. A ausência de mecanismos de controle que garantam os resultados pretendidos, e a execução das políticas atreladas à concessão do benefício, configura-se um grande distúrbio dentro da estrutura legislativa brasileira. Assim, para consolidação do controle e transparência desses instrumentos de política pública, é necessária a fixação da competência de cada órgão, bem como os procedimentos a serem aplicados na tramitação e avaliação das propostas na formação ou ampliação de renúncias de receita.

**Palavras-chave:** benefícios fiscais; gasto tributário; controle; resultados; falhas.

---

<sup>1</sup> Graduando na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo.

## Reflexões acerca de possibilidades de controle das participações societárias das empresas estatais

**Pedro Cavalcanti Bandeira<sup>1</sup>**

O Estado desempenha uma série de papéis e tem ainda uma série de deveres para com a sociedade. Contudo, com o correr do tempo, houve um crescimento e uma diversificação das atividades que passaram a ser objeto de atuação estatal. Nesse contexto, observa-se que há em vigência um modelo de Estado empresário, que se utiliza de técnicas de descentralização para desempenhar diferentes incumbências. Dessa forma, o presente texto destaca as empresas estatais como ferramenta de intervenção estatal no domínio econômico. Dentro do regramento constitucional, as empresas públicas e sociedades de economia mista – enquanto espécies do gênero empresa estatal – desenvolverão suas atividades com todas as peculiaridades de um regime jurídico específico e próprio. A partir disso, o que se observa é que o exercício regular das estatais vem acompanhado da realização de investimentos a título de participação societária. Quando isso ocorre, há uma operação societária que envolve capital público e que por esse motivo deve ser controlada e acompanhada pela administração pública, a fim de garantir sua lisura. Com vistas à essa necessidade de controle, este artigo se propõe a refletir, por meio de análise bibliográfica, sobre diferentes formas de controle que funcionariam nesse microsistema que envolve as estatais e seus instrumentos de execução de atividade, concluindo, por fim, que o controle externo e principiológico em coexistência harmônica, que balanceia suas potencialidades e fragilidades, têm o poder de tutelar adequadamente o interesse público incidente nas estatais e suas respectivas participações societárias, resultando em um ambiente adequado e autônomo para a persecução de finalidades públicas e execução do objeto social da companhia.

**Palavras-chave:** intervenção; empresas estatais; participações societárias; controle; limites.

---

<sup>1</sup> Graduando na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo.

## Serviços públicos e controle de adequação pelos Tribunais de Contas

**Thanderson Pereira de Sousa<sup>1</sup>**

Esse estudo busca investigar a possibilidade de uma abertura normativa para o controle de adequação dos serviços públicos, a ser realizado pelos Tribunais de Contas, funcionando assim, como um estímulo para a satisfatória disponibilização de bens e atividades essenciais à população, especialmente no contexto de um regime fiscal que dificulta o crescimento real das despesas primárias do Estado. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, nessa circunstância é elaborada uma tese, que em sequência é testada a partir das técnicas de pesquisa documental (apoiando-se em instrumentos normativos) e bibliográfica (doutrina administrativista afeta ao tema). Constata-se que na ordem jurídica constitucional de 1988, não há óbice expresso quanto ao controle de adequação por parte das Cortes de Contas, já no plano infraconstitucional, alguns instrumentos normativos, como a Lei n. 8.987/1995 e Lei n. 13.460/2017, por exemplo, reforçam a disposição do artigo 175, IV, da Constituição de 1988, enfatizando a necessidade da prestação de serviços públicos adequados, mas são silentes quanto à possibilidade de sua verificação. Nessa circunstância, infere-se que os Tribunais de Contas podem realizar a análise da adequação da prestação dos serviços públicos, quando da realização do controle externo da Administração Pública, funcionando esta fiscalização como um estímulo à prestação de serviços públicos de modo satisfatório. Origina-se, simultaneamente, a noção de “controle externo de qualidade”, correspondendo a conjugação da fiscalização orçamentária, financeira e contábil, somada à fiscalização de adequação da atividade administrativa. Ressalta-se, por último, que outros estudos devem ser realizados para a definição de critérios objetivos para perquirição da adequação dos serviços públicos, bem como para o aperfeiçoamento da atuação dos Tribunais de Contas.

**Palavras-chave:** administração pública; serviços públicos; adequação; controle externo; tribunais de contas.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito na Universidade Federal do Ceará.

## A necessidade de uma lei de responsabilidade civil do Estado no Brasil

**Rafael Henrique Castilho Zaitter<sup>1</sup>**

A responsabilidade civil do Estado, no Brasil, trata-se de matéria permeada por incertezas. Na realidade, as discordâncias não são recentes. No Direito pátrio, o instituto esteve historicamente permeado por divergências doutrinárias e jurisprudenciais, muito em função de um habitual tratamento normativo insatisfatório dispensado ao assunto. A insuficiência pode ser visualizada, pelos menos, desde os primeiros anos da República, em que inexistia qualquer dispositivo disciplinando a matéria de forma geral. O déficit normativo arrastou-se até o cenário atual, em que a temática, fundamentalmente, é desenvolvida apenas em torno no art. 37, §6º da Constituição Federal – cuja redação suscita vários debates interpretativos, não havendo pacificação, nem mesmo, quanto ao regime jurídico aplicável à obrigação reparatória. Com base nesse diagnóstico, sustenta-se, então, que o citado dispositivo constitucional demandaria uma complementação legislativa ordinária, através da edição de uma lei nacional que conferisse balizas mais concretas à responsabilidade civil do Estado, fixando normas gerais. A integração normativa, assim, promoveria o princípio da segurança jurídica, aumentando o grau de cognoscibilidade com relação às normas aplicáveis ao instituto, e contribuindo para reduzir as incertezas a níveis aceitáveis. Ademais, uma investigação na experiência do Direito Estrangeiro permite constatar que, em diversos países ibero-americanos, a responsabilidade extracontratual estatal foi alvo de um maior detalhamento legislativo (casos de Argentina, Colômbia, Costa Rica, Equador, Espanha, México, Peru, Portugal e República Dominicana). Todavia, a confecção de uma lei geral nacional, aplicável indistintamente a União, Estados e Municípios, apesar de indispensável, demandaria uma prévia alteração no rol de competências legislativas constitucionais. Isto porque, a regra geral é a de que a competência para legislar sobre Direito Administrativo, caso da responsabilidade civil do Estado, é exclusiva de cada ente federativo. A solução do impasse, desta forma, demandaria a inclusão da responsabilidade extracontratual estatal no catálogo de competências legislativas concorrentes (art. 24 da Constituição Federal), possibilitando à União a elaboração de normas gerais sobre o tema. Ademais, inexistente qualquer óbice à modificação, uma vez que o dever extracontratual de reparação do Estado pode ser sustentado como uma exceção à autonomia administrativa dos entes federativos, tendo em vista que o assunto exige tratamento uniforme em âmbito nacional.

**Palavras-chave:** responsabilidade civil do Estado; divergências interpretativas; segurança jurídica; lei nacional de responsabilidade civil do Estado; competência legislativa.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná. Advogado.

## Tutela antecipatória inibitória e a urgência na jurisdição administrativa especial no estado de Rondônia

**Adriana Vieira da Costa<sup>1</sup>**

**Emanuel Neri Piedade<sup>2</sup>**

A Tutela Antecipatória Inibitória é instituto de direito criado pelo Tribunal de Contas do Estado de Rondônia para imprimir a Tutela de Urgência em processos administrativos de sua responsabilidade no exercício do controle externo. Este trabalho buscou discutir os aspectos constitucionais dessa Tutela. Tendo por premissa que a Jurisdição é uma manifestação do Estado e que os Poderes da República devem se controlar de forma harmônica através de um sistema de freios e contrapesos, avaliar se os pilares da república são ameaçados em caso de invasão de competência na esfera do controle. O objetivo é discutir os limites da abrangência da Tutela Antecipatória Inibitória, bem como sua posição na ordem jurídico positiva. Uma vez que ela exerce força coercitiva sobre atos e decisões de competência discricionária do Poder fiscalizado as implicações decorrentes das repercussões diretas e indiretas são enfrentadas sob o prisma da constitucionalidade administrativa. Tendo como material de análise pesquisa bibliográfica e documental, esta última na jurisprudência do STF, STJ e TRF's acerca de assunto correlato, foi possível observar uma tendência ao controle jurisdicional da atividade administrativa exercida pelos Tribunais de Contas. A perspectiva qualitativa, sugeriu que a interpretação constitucional doutrinária aponta para uma maior limitação da abordagem do controle com restrição às hipóteses constitucionalmente estabelecidas, enquanto a jurisprudência alterna entendimentos para, por vezes, ampliar o leque de instrumentos, com maior subjetivismo, em razão da supremacia do interesse público, configurado pelo erário público, sem, contudo, impedir a interpelação judicial das questões correlatas. Sem esgotar o assunto sugere-se cautela no exercício do poder regulamentar para evitar abusos, invasão de competência e desvio de poder.

**Palavras-chave:** tutela antecipatória inibitória; tutela de urgência; jurisdição administrativa especial; freios e contrapesos; controle externo.

---

<sup>1</sup> Professora de Direito Processual Civil da Universidade Federal de Rondônia. Doutoranda em Direito.

<sup>2</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia.

## O direito fundamental à boa administração e a saúde pública no município de Uberlândia: os impactos da judicialização para fornecimento de medicamentos no ano de 2018

**José Júnior Alves da Silveira<sup>1</sup>**

O objetivo da pesquisa foi analisar a política pública de assistência farmacêutica, a partir do direito fundamental à boa administração e frente ao fenômeno da judicialização para o fornecimento de medicamentos no município de Uberlândia, assim como apresentar algumas propostas para a sua redução. Se, por um lado, cada pessoa faz jus ao máximo de justiça em matéria de saúde, por outro, nesse tema há limites e escolhas prioritárias a serem feitas. E um discurso romântico não proporciona a melhor solução, como tem demonstrado a experiência dessa cidade. Do montante previsto à política de assistência farmacêutica no orçamento aprovado para o exercício de 2018, 84% estão comprometidos para o atendimento de apenas 720 beneficiários em decorrência de ordens judiciais, enquanto, os outros 16% restam ao atendimento de aproximadamente 350.000 pessoas que dependem da rede pública de saúde. Como as políticas públicas não mais representam meros programas de governo, mas sim de Estado, o administrador passa a estar vinculado às prioridades constitucionais, ficando sua liberdade mitigada pelo direito fundamental à boa administração, por conseguinte, a atuação dos órgãos controladores e do Judiciário devem se adaptar ao novo perfil da função administrativa. Por isso, a atividade administrativa merece maior prestígio, tendo em vista que se relaciona diretamente à concretização dos demais direitos fundamentais, sendo indispensável à garantia da dignidade das pessoas e do projeto de desenvolvimento social previstos na Carta Constitucional, porém, atualmente, muito se tem louvado o papel do Judiciário na garantia dos direitos fundamentais, mesmo se revelando essa atuação reparadora, mais tardia e dispendiosa. É necessário que as premissas da boa administração, que exigem uma visão macro do problema, um planejamento das ações, a racionalidade nas escolhas, bem como o estabelecimento de metas e resultados mensuráveis no tempo, ultrapassem as fronteiras do Poder Executivo. Ademais, a pesquisa verificou que as demandas individuais são um mero paliativo, além de atingir negativamente a política pública como um todo, pois os tradicionais institutos do processo civil individual não estão aptos a lidar com questões de justiça distributiva. Concluiu-se, ao final, que o Poder Judiciário não é a instância mais adequada à definição de políticas públicas de saúde, devendo, portanto, abrir-se para um diálogo interinstitucional e deferência para com os outros órgãos envolvidos na matéria. Inclusive, a experiência estrangeira tem optado por traçar esse caminho. Portanto, a atual situação do município de Uberlândia tem demonstrado que a questão da judicialização da saúde é estrutural, enfrentemos essa realidade ou testemunharemos, em curto espaço de tempo, o seu apocalipse.

**Palavras-chave:** direito fundamental à boa administração pública; judicialização da saúde; fornecimento de medicamentos; Poder Judiciário; diálogo interinstitucional.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Procurador Municipal.

## A tutela igualitária dos direitos da pessoa trans: análise da possibilidade de alteração de gênero no registro civil sem a realização de cirurgia de redesignação de sexo

**Camila de Azevedo Antunes<sup>1</sup>**

Muito se tem discutido, recentemente, acerca dos direitos da pessoa trans, a sociedade contemporânea evoluiu, quebrou paradigmas e superou barreiras antes insuperáveis, hoje pode-se observar que o ordenamento jurídico está caminhando para garantir, cada vez mais, a tutela dos Direitos Fundamentais, buscando a prevenção de condutas violentas e alterações culturais, a fim de alcançar uma plena inclusão social. Contudo, quando o contexto versa sobre reinvidicação pelo reconhecimento de identidades de gênero e das sexualidades, encontramos não só barreiras jurídicas, mas também culturais e sociais, pois tarefas cotidianas como, abrir uma conta no banco tornam-se constrangedoras e um momento de grande aflição para essas pessoas. É evidente que os pares dicotômicos (masculino/feminino; heterossexual/homossexual), demonstram-se insuficientes, pois não conseguem representar de uma forma completa a realidade vivenciada pelos corpos transexuais. Frente a essa problemática, o presente estudo se propôs a analisar como os Tribunais de Justiça dos Estados brasileiros julgavam os pedidos de alteração de gênero no assentamento de registro civil, independente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação sexual, antes do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4275, o qual entendeu, por unanimidade, que tal procedimento é dispensável para concessão do pedido. Posto isso, o primeiro objetivo do presente trabalho foi estudar os conceitos de gênero, sexo e orientação sexual, para então realizar uma análise empírica da jurisprudência dos diferentes Estados da Federação, a fim de compreender os reflexos da decisão proferida na ADI 4275, de maneira que se possa constatar se o referido julgamento representou um real avanço na legislação pátria ou se apenas confirmou uma corrente já adotada pelos tribunais. O método escolhido para realização da presente pesquisa é o hipotético-dedutivo, juntamente com o estudo de leis, artigos e doutrina e, a fim de buscar uma perspectiva crítica e interdisciplinar, este trabalho utilizou-se da Resolução n. 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina e a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID). O recorte temático da pesquisa empírica foi verificar se o Tribunal daquele Estado já entendia pela mudança de gênero no registro civil sem a realização de qualquer procedimento cirúrgico para redesignação sexual, a qual foi dividida entre as regiões do Brasil: Centro-Oeste, Nordeste, Norte, Sul e Sudeste. Dos 27 Estados analisados, 19 já concediam os pedidos de alteração de gênero no registro civil independente da realização de cirurgia de redesignação sexual, enquanto 8 Estados fundamentavam que a transgenitalização era um requisito indispensável para apreciação do pedido. Não resta dúvidas quanto ao avanço na

---

<sup>1</sup> Graduanda do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

ascensão dos direitos das pessoas trans proporcionado pela decisão favorável da ADI 4275. O mundo encontra-se em um momento de inúmeras lutas em busca de igualdade e respeito. O “diferente” não pode mais ser tratado com inferioridade, ou até colocado às margens das relações sociais. Para isto, ainda são necessárias a criação de políticas públicas que garantam a inclusão dessas pessoas nas mais diversas camadas sociais e, em decorrência dessa insuficiência que o presente debate se faz necessário.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais; transexuais; identidade de gênero; Supremo Tribunal Federal; ADI 4275.



# Controle judicial de políticas públicas e os limites da recepção da teoria dos direitos fundamentais de Alexy no Brasil

**Jackson Dnaja Nobre Figueiredo<sup>1</sup>**

Este trabalho tem por escopo uma análise conceitual, todavia dialoga permanentemente com a história institucional que conforma o Estado brasileiro e como seu Sistema de Justiça se relaciona com os direitos fundamentais. O modo que se irá realizar esta investigação parte de elementos mais abstratos, especificamente da construção weberiana dos tipos ideais, assim como algumas categorias basilares – ação social, relação social e como estas se articulam com a compreensão de Weber de Constituição, Estado e dominação burocrática –, para posteriormente consolidar uma delimitação conceitual do que é controle judicial de políticas públicas. Após este primeiro momento, tentar-se-á demonstra a compatibilidade teórica entre o corpo categorial de Weber e o desenvolvido na lógica da Teoria dos Sistemas de Nicolas Luhmann, apesar da interpretação distinta do que seja a unidade elementar da sociedade moderna, ação social ou comunicação. Salienta-se, ainda, utilizar-se-á do arcabouço teórico construído pela Teoria dos Sistemas de Nicolas Luhmann, conquanto sob a óptica de Marcelo Neves, tendo em vista as críticas que este introduziu, conseguindo adequar tal teoria ao contexto brasileiro, trabalhando as categorias da autorreferência, reflexividade e constitucionalidade – avalia-se que Neves enriqueceu de determinações específicas do contexto brasileiro uma teoria que foi construída e desenvolvida para outra situação político-institucional. Esta peculiaridade não transmutou o caráter abstrato desta pesquisa, somente, passou-se para outro patamar de abstração, articulado as singularidades do Sistema de Justiça brasileiro. Por fim, verificar-se-á como a teoria dos direitos fundamentais construída no contexto alemão, por Alexy, não se coaduna com as necessidades objetivas do sistema de justiça no Brasil no que tange ao controle judicial de políticas públicas quanto um instrumento de materialização/concretização/fomento dos direitos fundamentais em suas múltiplas dimensões. O estudo, apesar de eminentemente teórico, tem o intuito de construir uma compreensão objetiva de como se deve ocorrer o controle judicial de políticas públicas num contexto latino americano de modernidade periférica.

**Palavras-chave:** controle judicial; políticas públicas; sistema de justiça; direitos fundamentais; modernidade periférica.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

## Uma releitura do direito administrativo brasileiro frente ao “novo código” de defesa do usuário de serviços públicos (Lei n. 13.460/2017)

**Eric Santos Andrade<sup>1</sup>**

O objetivo do trabalho é esclarecer uma nova linha interpretativa sobre os parâmetros adotados na lei n. 13.460/2017 enquanto nova fonte jurídica para regular as relações de consumo havido entre usuários e a administração pública quanto à prestação de serviços públicos. A discussão voltar-se para trabalhar o desenvolvimento da ciência jurídica administrativa no direito francês e discutir o paradoxo dos ideais liberais do século XVIII elencado no princípio da legalidade, na separação dos poderes e na proteção dos direitos dos homens como meio de garantir a liberdade individual. Com o surgimento dos Estados Constitucionais Democráticos no século XX, onde elevam o marco do princípio da *dignidade da pessoa humana* enquanto epicentro dos direitos fundamentais e conector de redes dos diversos ramos do Direito. Outra consequência do paradigma constitucional está na superação da tradicional divisão do direito público-privado. Discutir-se-á o desenvolvimento breve do direito Administrativo no Brasil e sua influência na tradição do regime francês (romano-germânico) e com parte na tradição anglo-saxão. Ainda, discutirá a redemocratização brasileira e a proteção do ser humano pautado no princípio da dignidade da pessoa humana. Chamamos atenção para o período pós 2º guerra mundial quando intensificaram as relações de consumo, o desequilíbrio contratual e, após isso, a assunção das prestações de serviços pelo Estado no período da década de 60 e 70. A metodologia escolhida foi à utilização de obras literárias, manuais administrativos e doutrinas francesas e brasileiras. É inegável que no atual contexto percebemos o fenômeno da descentralização dos serviços públicos está constante quando se fala da promoção e da garantia dos direitos fundamentais. Este, um dos principais recursos do Estado, por exemplo, por meio da concessão de serviços públicos, deixa a consecução de determinadas prestações de serviços e bens a cargo da iniciativa privada como meio de alcançar a eficácia da satisfação dos interesses públicos. A conclusão obtida, partindo dos fundamentos doutrinários, foi à conformação da promulgação da lei n. 13.460/2017 com os parâmetros constitucionais que justificam uma releitura constitucional dos fundamentos da disciplina administrativa brasileira bem como as interpretações das relações de consumo até então inteiramente disciplinados pelo CDC. Justifica, por fim, o desaparecimento da dualidade público-privada e a conformação de ambas na proteção e eficácia das garantias fundamentais. Importante destacar a importância do processo de releitura dos instrumentos administrativos ao presente regime constitucional. O que de fato não se ignora é uma submissão da Administração, pois na verdade há uma remodelação de tais estruturas que remonta na realidade a adequação da disciplina aos ideais verdadeiros do século XVIII, isto é, uma efetiva proteção dos direitos individuais, garantindo liberdade face os atos injustificados e arbitrários da Administração bem como a fiel observação ao princípio da legalidade.

**Palavras-chave:** direito administrativo; redemocratização; serviços públicos; dicotomia público-privado; defesa e proteção dos usuários de serviços públicos.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito, linha Direito da Cidade na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

## Função social da propriedade pública urbana: uma perspectiva para efetivação de direitos sociais

**Yan Bogado Funck<sup>1</sup>**

**Fabiana Cristina Severi<sup>2</sup>**

O objetivo principal da pesquisa é analisar as políticas públicas municipais e as ações judiciais de reintegração de posse movidas pela Prefeitura de Ribeirão Preto à luz do conceito da função social da propriedade e do direito à moradia adequada. Nossos objetivos secundários são: a) sistematizar os estudos dogmáticos sobre função social da propriedade pública e direito a moradia adequada; b) compreender os marcos normativos de âmbito municipal sobre a função social da propriedade pública e o direito à moradia adequada, identificando a existência ou não de critérios para sua efetivação e c) analisar como as decisões judiciais de primeira instância das ações de reintegração de posse promovidas pela Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto empregam o conceito de função social da propriedade pública e de moradia adequada. Pretendemos uma pesquisa empírica com implicações dogmáticas. Buscaremos sistematizar o conceito legal da função social da propriedade pública urbana. Compararemos o conceito normativo com sua aplicação nas sentenças das reintegrações de posse propostas pela Prefeitura, pela análise de conteúdo. Pretendemos fazer uma análise crítica dos resultados, com base no Direito Humano à Moradia Adequada e nos ilegalismos urbanos. Partimos do entendimento que a propriedade pública está inserida no conceito da propriedade geral e que por isso está abarcada pelo conceito de função social da propriedade. A dogmática da teoria do domínio público nos serve de base para a discussão da dimensão da função social dos bens de uso comum do povo. O direito à moradia adequada é garantido pelo artigo 11 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (incorporado pelo Decreto 591/92) e pelo artigo 6º da Constituição Federal. O Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Cdesc) da Organização das Nações Unidas (ONU) entende que o direito à moradia adequado é aquele que é garantido a segurança da posse; disponibilidade de serviços materiais, instalações e infraestrutura; economicidade; habitabilidade; acessibilidade; localização e adequação cultural. Esse direito não deve ser interpretado de forma restritiva, como um mero teto provisório ou como uma comodidade. Trata-se de um direito relacionado a outros direitos humanos, como o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, que o Estado deve promover ativamente ou pela abstenção. Levantamos uma série de dados sobre as decisões de reintegração de posse indicando que apenas o fato do bem ser público determina a decisão pela reintegração de posse. Mesmo quando a decisão considera direitos fundamentais dos ocupantes, esses servem para fundamentar a reintegração. Porém, os dados também indicam que caso se trate de uma ocupação organizada, o processo tende a se estender e, possivelmente, terminar com

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito na FDRP – USP.

<sup>2</sup> Professora Associada na FDRP – USP.

um acordo com a Prefeitura Municipal. Os dados nos levam a conclusão de que as construções jurídicas permeiam processos de legalidade e ilegalidades. O direito não se limita ao texto legal, de forma que este chega até a ser contrariado, quando os contornos legais são delineados em decisões judiciais, aplicações de lei pela Administração Pública, costumes, regras culturalmente aceitas e no processo de lutas por determinados entendimentos, como nos casos dos movimentos sociais.

**Palavras-chave:** função social da propriedade; ocupações; bens públicos; direito à moradia; reintegração de posse.

## Processo administrativo eletrônico e governança digital: avanços e desafios

**Cristina Barbosa Rodrigues<sup>1</sup>**

Partindo da premissa de que a Administração Pública, inserida na sociedade da informação, deve agir e se manifestar cada vez mais no ambiente virtual, mediante processos administrativos eletrônicos, o artigo busca indagar se a Política de Governança Digital e o processo administrativo eletrônico se harmonizam com o ordenamento jurídico vigente e se poderão trazer benefícios para o interesse público. Para atingir tal objetivo, o artigo promove uma pesquisa documental jurídica, através da análise constitucional, da legislação infraconstitucional, da doutrina e da jurisprudência, bem como realiza exames bibliográficos acerca do tema. Nesse diapasão, a pesquisa, examina as diretrizes normativas do processo administrativo eletrônico no contexto da Política de Governança Digital, promovida pelo o governo federal para se adequar às necessidades de uma sociedade cada vez mais conectada e integrada às novas tecnologias da informação e da comunicação. No decorrer da pesquisa é delineado o contexto do processo administrativo eletrônico, buscando examinar, as origens, os princípios e objetivos do governo digital, moldado para gerar benefícios para a sociedade com a utilização dos recursos de tecnologia da informação e comunicação na prestação de serviços públicos, estimulando a participação da sociedade na formulação, implementação, monitoramento e na avaliação das políticas públicas, bem como dos serviços públicos disponibilizados em meio digital, e assegurar o acesso à informação. Nesse contexto, o artigo realiza o exame específico do Processo Eletrônico Nacional (PEN), que tem o intuito de construir uma infraestrutura pública de processos e documentos administrativos eletrônicos, objetivando a melhoria no desempenho dos processos do setor público quanto à agilidade, produtividade, transparência, satisfação do usuário e redução de custos, bem como disponibilizar informações públicas em tempo real e promover a sustentabilidade ambiental com a eliminação do uso de papel como suporte físico para documentos institucionais. Nessa seara, depreende-se que o processo administrativo eletrônico, é uma iniciativa de governo digital que visa, com uma estrutura pública de processos e documentos eletrônicos, permitir mais celeridade, produtividade, transparência e economia para atuação estatal. O Estado assume o papel de indutor da utilização de documentos eletrônicos e novas aplicações tecnológicas de gestão e suporte administrativo, atuando em três frentes: junto ao cidadão, na sua gestão interna e na relação com parceiros e fornecedores. Contudo, ao final, concluiu-se que falta um longo caminho até que o governo digital e suas aplicações sejam efetivamente considerados política de Estado, diante das dificuldades de coordenação de projetos e investimentos em tecnologia, que assegurem a aderência dessas medidas às diretrizes da Política de Governança Digital. Restou ainda evidente que a utilização ampla do processo administra-

---

<sup>1</sup> Professora da Universidade Paulista – Unip. Mestre em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Pós-Graduada em Direito Administrativo pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada.

tivo eletrônico é necessária e inevitável, posto que propicia benefícios consideráveis para o cidadão e para a própria Administração Pública, como agilidade, comodidade, transparência e economia. Entretanto, constatou-se que toda estrutura tecnológica estatal disponível deve garantir, âmbito digital da sua atuação, a observância de todos os princípios norteadores da atuação estatal e do processo administrativo, notadamente os da transparência, eficiência, segurança, ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal.

**Palavras-chave:** processo administrativo eletrônico; governo digital; governança digital; eficiência; transparência.

## A controladoria como instrumento democrático na administração pública municipal para o apoio ao cidadão no controle social

**Maurício Fernando Oliveira de Miranda<sup>1</sup>**

É função das Controladorias Públicas, através do seu sistema de Controle Interno, resguardar a administração por meio de orientações preventivas nas áreas contábil, financeira, orçamentária e patrimonial, verificando a legalidade, legitimidade, economicidade, moralidade e desempenho na gestão dos recursos e bens públicos, visando contribuir para que os objetivos da entidade sejam atingidos. Desta forma, cabe pesquisar a respeito de como o cidadão comum percebe o funcionamento deste órgão de controle interno que é um auxiliar dos órgãos de controles externos (Ministério Público, Tribunais de Contas, Câmaras) na gestão municipal. Como requerer deste órgão maior transparência na publicação dos atos dos prefeitos municipais, além de esclarecimentos sobre relatórios contábeis e financeiros que podem auxiliar o cidadão na busca de informações para o controle social? O cidadão sabe de fato o que é a controladoria municipal? A controladoria serve como um mecanismo a favor da democracia? Este projeto visa analisar e pesquisar a estrutura da Controladoria Interna no município de Itabirito para apontar se este órgão tem realizado sua missão constitucional, ao mesmo tempo, será verificado qual o grau de conhecimento da população em relação às funções da Controladoria Interna e como tal órgão pode ser relevante para que haja um controle social mais efetivo. Segundo a Constituição da República, em seu Artigo primeiro, parágrafo único, “todo poder emana do povo...”, mas para exercer tal poder, é necessário que o povo tenha conhecimento sobre a matéria. Como cobrar algo de quem não se tem conhecimento? Tal pesquisa visa trazer o nível de conhecimento que a população tem sobre as ações da Controladoria Municipal Pública e como este órgão pode ser um instrumento de gestão e *accountability*, principalmente em apoio ao controle social. Para atender o objetivo deste trabalho, será realizada uma pesquisa descritiva por meio de levantamento de dados e análise de estudo de caso. Segundo Gil, a principal finalidade da pesquisa descritiva é delinear as características de certa população, usando técnicas padronizadas para a coleta de dados. Já Triviños indicou que o estudo descritivo exige que seja determinada a população, amostra, objetivos e variáveis relacionados à pesquisa. O método utilizado para esta pesquisa será o Indutivo. O método indutivo trata em verificar, através da observação de fatos já conhecidos, e registrar qualquer ocorrência para tentar solucionar o problema encontrado. É baseado em experiências particulares, buscando encontrar a solução para o todo. Os dados coletados terão enfoque qualitativo e quantitativo, uma vez que a pesquisa qualitativa compreende as atividades investigativas, enquanto a pesquisa quantitativa envolve a apresentação dos resultados como dados estatísticos. Triviños reproduziu que “toda pesquisa pode ter os dois vieses, sendo ao mesmo tempo qualitativa e quantitativa”.

**Palavras-chave:** controladoria; controle; social; *accountability*; constituição.

---

<sup>1</sup> Mestrando nas Faculdades Milton Campos.

# Governança pública e efetividade no serviço público: uma análise da evolução do modelo gerencial na governança pública da Administração Federal

**Leanne Araújo Holanda de Paula Pessoa<sup>1</sup>**

A ausência de um consenso acerca da conceituação e definição de mecanismos prioritários de governança pública torna esse modelo estrutural de gestão fluido, que pode comportar diretrizes para a atuação estatal em um sentido ou noutro, a depender das escolhas de procedimentos adotados sob essa denominação. Em nome da governança pública se pode assumir mecanismos estritamente adequados ao setor privado, buscando conferir ao Estado o aumento do seu resultado econômico, numa perspectiva estrita de análise custo-benefício, mediante a importação de procedimentos de avaliação que levam em conta a preservação do capital. Outrossim, também sob o manto da governança pública, pode-se adotar diretrizes relacionadas aos objetivos de participação democrática e efetividade social, tendo como inspiração a necessidade de se estabelecer melhores relações entre os envolvidos na atuação estatal. A governança no setor público é um modelo estrutural que modifica a atuação da Administração Pública, uma vez que implica mudanças organizacionais, gerenciais e de responsabilização. No campo prático, a governança pública foi fomentada no Brasil principalmente pelo Tribunal de Contas de União, que em sua atuação fiscalizatória recomendava a adoção de mecanismos de governança para melhoria da atuação dos diversos setores de prestação de serviço público. Em 22 de novembro de 2017 a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional foi objeto do Decreto Federal 9.203, moldada a partir da atuação do Tribunal de Contas da União, e que também é objeto do Projeto de Lei n. 9.167/2017 em tramitação no Congresso Federal. O objetivo do presente estudo é analisar as tensões entre o modelo de governança pública da Administração Federal, e o parâmetro de efetividade no serviço público, avaliando a adequação das diretrizes adotadas com a atuação estatal necessária ao desenvolvimento social proclamado pela Constituição Federal. A partir da metodologia de pesquisa bibliográfica interdisciplinar, se buscou demonstrar que a governança pública instituída no Decreto 9.203/2017 tem primordial atenção ao aspecto econômico, em desprestígio aos objetivos democráticos e sociais da ação política, em uma concepção de eficiência que não se coaduna com os objetivos do Estado Social. Baseada fundamentalmente na expectativa de efetividade, gerenciamento de riscos, e avaliação de custos e benefícios, concluiu-se pela influência do modelo de gestão direcionado para o controle fiscal, para a preocupação com a desburocratização e o controle de resultados. A governança entendida como um mecanismo de democratização da atuação estatal não foi assim compreendida neste modelo, bem como não se observou indicativos de que a análise do desempenho levará em conta o aspecto da boa administração, consideran-

---

<sup>1</sup> Advogada do Banco do Nordeste do Brasil S.A. Mestranda em Direito na Universidade Federal do Ceará – UFC.



do essa o desenvolvimento da atividade administrativa do modo mais congruente, oportuno e adequado aos fins sociais a serem alcançados. Em nome da efetividade e da cooperação com o setor privado, passa-se a dar maior ênfase ao papel do Estado como coordenador e controlador das interações entre os diversos sujeitos que exercerão o serviço público, mas sem que haja medidas previstas para fortalecimento da atuação administrativa, capacitação do corpo funcional, ou fortalecimento de mecanismos para o incremento da participação democrática.

**Palavras-chave:** governança pública; efetividade; administração gerencial; participação democrática; Tribunal de Contas da União.

## A formação do conceito de regime jurídico administrativo no Brasil: a teoria de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o “isolamento” científico do Direito Administrativo

**Luasses Gonçalves dos Santos<sup>1</sup>**

A introdução do conceito de interesse público e suas repercussões principiológicas como eixo central do Direito Administrativo no Brasil, tem como marco temporal o artigo de Celso Antônio Bandeira de Mello, intitulado “O conteúdo do Regime Jurídico-Administrativo e seu valor metodológico”, publicado em 1967, na *Revista de Direito Público*, e que romperia com a tradição autoritária da dogmática administrativista brasileira até então dotada de protagonismo. Antes da proposta vanguardista de Celso Antônio, haviam menções pouco precisas sobre a relevância do interesse público e sua repercussão principiológica na sustentação sistêmica do Direito Administrativo, ou, ainda, sequer se ventilava a noção da primazia de um interesse geral à parte dos interesses estatais. No referido artigo, revela-se o esforço de Celso Antônio em dotar o Direito Administrativo de rigor científico, todavia, de cunho eminentemente positivista de tipo kelseniano, na medida em que reconhece que o sistema por ele defendido, chamado de *regime jurídico-administrativo*, seria o único meio para uma “visão purificada dos institutos de direito administrativo”, sendo que tal procedimento *eliminar*a a indevida intromissão de fatores extrajurídicos no plano dos fatores jurídicos. Por consequência, a única perspectiva cabível à Ciência do Direito seria formal, sendo que a concreitude dessas formas jurídicas que envolvem as relações de cunho administrativo, depende, antes, da identificação do regime jurídico-administrativo, pois só com a adoção desse método é que se pode evitar o “plano instável dos conceitos extrajurídicos”. É dizer, a tarefa precípua do jurista administrativista seria, na perspectiva de Celso Antônio, identificar, perante a atuação concreta, a racionalidade do microsistema do Direito Administrativo pautado em um complexo de regras e princípios próprios. Trata-se de “retirar” ou negar ao conjunto sistêmico que norteia o Direito Administrativo todo e qualquer fator subjetivo efetivo, é dizer, o sistema de normas e princípios próprio do *regime jurídico-administrativo* é dotado, *a priori*, de racionalidade suficiente para determinar as atividades e decisões tomadas no âmbito da Administração Pública. Essa construção teórica de eliminação das subjetividades, como forma factível de atuação no seio da atividade estatal, resta ainda mais escancarada no momento em que se defende a total separação entre os *fatores jurídicos* e os *fatores extrajurídicos*, sintetizando a opção teórica de conceder ao Direito Administrativo solidez científica claramente de cunho positivista, em que se propõe (abstrata e especulativamente) eliminar todos os fatores exteriores à racionalidade jurídica, chegando-se ao extremo de classificar as influências exteriores nas formulações teóricas do Direito Administrativo como “*deformações*”. A maneira de conceber o Direito Administrativo, por meio de um regime próprio

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Advogado.

que visa o insulamento, demonstra o viés positivista e normativista de inspiração claramente kelseniana que permeia o regime jurídico administrativo, resultado de influências teóricas juspositivistas administrativistas estrangeiras e nacionais, e que marcam severamente a forma como o próprio Direito Administrativo e sua dogmática se desenvolvem no Brasil.

**Palavras-chave:** regime jurídico administrativo; racionalidade sistêmica; isolamento científico; normativismo kelseniano; refutação de fatores extrajurídicos.

## Diálogo competitivo: um natimorto no direito brasileiro

**Celso de Almeida Afonso Neto<sup>1</sup>**

O diálogo competitivo é uma modalidade licitatória de origem na União Europeia, a qual foi inserida em 2004, com a Diretiva 18 e ganhou singular importância no direito comunitário. Em 2014, a Diretiva 24 foi responsável por otimizar o instituto, corrigindo eventuais falhas e o aperfeiçoando. O diálogo competitivo europeu é o procedimento em que qualquer operador pode solicitar participar e em que a Administração conduz um diálogo com os candidatos admitidos nesse procedimento, tendo em vista desenvolver uma ou várias soluções para atender suas necessidades e com base nas quais os candidatos selecionados serão convidados a apresentar uma proposta. Sua característica central é ser a modalidade licitatória adequada para situações complexas, quando a Administração não consegue, por si só, definir a solução para sua demanda, além de ser considerado um procedimento moderno, simplificado e que garante a concorrência efetiva e a transparência. No Brasil, o Projeto de Lei nº 6.814/2017 - que se aprovado constituir-se-á como a Nova Lei de Licitações e Contratos – inseriu o diálogo competitivo no cenário nacional, com o intuito de ter um instituto no ordenamento que sanasse a necessidade de uma licitação menos burocrática e que garantisse a eficiência da contratação pública. Todavia, o presente trabalho verificou, por meio da comparatística, da análise doutrinária e dos textos legais, que a previsão do diálogo concorrencial, no projeto de lei, apresenta inúmeras falhas e traz mais dúvidas do que certezas, fato este que, se não for modificado, transforma o diálogo competitivo num natimorto no direito brasileiro.

**Palavras-chave:** licitação; União Europeia; Brasil; diálogo competitivo; problemas.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

## Serviços públicos e violência armada urbana: acesso (in)seguro aos serviços públicos na periferia de Fortaleza

**Francisco Cláudio Oliveira Silva Filho<sup>1</sup>**  
**Cynara Monteiro Mariano<sup>2</sup>**

O artigo tem por objeto analisar o acesso a serviços públicos no contexto de violência armada urbana, com recorte na periferia da cidade de Fortaleza (Ceará). A pesquisa delimita-se ao período de aprofundamento dos conflitos armados entre grupos criminosos, conhecidos como facções, e destes com a segurança pública, entre os anos de 2016 e 2018. Pretende-se identificar as representações sociais de moradores e servidores públicos sobre a violência armada urbana e sua repercussão para os serviços públicos. Além disso, analisar as iniciativas do poder público para garantia de acesso aos serviços públicos nos territórios em conflito. Como metodologia, foi realizada análise documental, entrevistas individuais abertas e observação participante, com registro em diário de campo. A violência armada urbana deve ser compreendida no contexto da formação do Estado democrático de direito nos países da periferia do capitalismo. Especialmente com o neoliberalismo, populações das periferias urbanas vivem em situações de vulnerabilidade econômica e social, agravada com o crescimento da violência. A pesquisa identifica iniciativas de enfrentamento a violência, com ações ostensivas da segurança pública contra os grupos criminosos e medidas que buscam garantir, de forma segura, o trabalho de servidores públicos e o acesso aos serviços essenciais. Conclui-se que a ausência de serviços públicos é fator de agravamento da vulnerabilidade social diante da violência armada. Ademais, a superação da situação deve combinar ações da segurança pública e, fundamentalmente, o fortalecimento de serviços públicos nos territórios marcados pela violência.

**Palavras-chave:** violência; periferia; acesso aos serviços públicos; estado democrático de direito; neoliberalismo.

---

<sup>1</sup> Mestrando no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Advogado.

<sup>2</sup> Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Pós-doutora em direito pela Universidade de Coimbra. Doutora em Direito constitucional pela Universidade de Fortaleza.

## Transparência, participação popular e controle social: mecanismos de desempenho das políticas públicas

**Maira Luz Galdino<sup>1</sup>**

Na atualidade, as instituições públicas precisam ajustar suas estratégias e processos para enfrentar as incertezas socioeconômicas. Isso em um cenário em que os recursos financeiros se mostram escassos e as demandas sociais se expandem, obrigando o Estado a se adaptar, investindo, sobretudo, no seu desempenho. Além dessa conjuntura crítica tem-se uma sociedade que vem exigindo mais do Estado, principalmente, por perceber que é a patrocinadora desses recursos. A pesquisa caracteriza-se pela intenção do autor de conhecer e de compreender o fenômeno da participação da sociedade como meio de ampliação do desempenho das políticas do Estado, desse modo, trata-se de uma pesquisa pura. Destaca-se que as informações que subsidiaram tal trabalho foram obtidas por meio da literatura e doutrina, nas áreas de administração e direito, o que a torna uma pesquisa teórica. Nesta pesquisa, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, tendo em vista que a análise do caso foi realizada do geral para o específico, ou seja, partiu de artigos da Constituição Federal de 1988, passando pelas leis infraconstitucionais e fechando com os entendimentos doutrinários ao tema estudado. Trata-se de um artigo científico, cuja técnica de pesquisa empregada foi a bibliográfica. O objetivo geral deste trabalho é analisar se a transparência, a participação popular e o controle social auxiliam no desempenho das políticas públicas. Na busca desse objetivo principal serão atingidos alguns objetivos específicos, quais sejam: conceituar a gestão e o desempenho dentro da Administração Pública; identificar os postulados da transparência na Administração Pública contemporânea; conhecer como se dá a participação popular e o controle social; bem como, analisar o reflexo da transparência, da participação popular e do controle social no desempenho das políticas públicas. Para tanto, destacam-se os conceitos de gestão e de desempenho. Examina-se a transparência englobando os dispositivos legais que a fundamentam na esfera pública e sua vinculação à democracia. Em continuidade, estuda-se a participação popular, abarcando a democracia participativa e a sua consolidação pela Carta Política. Finaliza-se com o controle social, salientando-se os fatores fomentadores e os limitadores de sua atuação. Como resultado do trabalho detectou-se que o controle social é mais amplo que a fiscalização das contas públicas, pois atinge a avaliação de desempenho das ações do Estado. Constatou-se a imprescindibilidade da instituição de mecanismos que estimulem a participação popular na propositura de soluções e o controle dos resultados de políticas públicas. Concluiu-se, que o protagonismo popular no Estado Democrático de Direito se alicerça na transparência e se destaca como um instrumento inibitório de práticas ilícitas, ainda, reforça a premissa de que o agente público não pode dispor da máquina pública como ferramenta de defesa de ideologias partidárias,

---

<sup>1</sup> Auditora Fiscal de Controle Externo no Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Bacharela em Engenharia Civil e em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina.

tampouco, como instrumento de promoção pessoal. Logo, auxilia no processo decisório enquanto fortalece o sistema democrático, ao mesmo tempo em que evidencia a vontade do povo e favorece o desempenho das políticas públicas.

**Palavras-chave:** transparência; participação popular; controle social; desempenho das políticas públicas; gestão pública.

## Precedentes vinculantes na Administração Pública

**Weber Luiz de Oliveira<sup>1</sup>**

A aplicação dos precedentes judiciais foi objeto de disciplinamento pelo Código de Processo Civil de 2015, sob influências da doutrina dos precedentes oriunda dos países de tradição de *common law* e da evolução do direito jurisprudencial brasileiro, determinando-se que juízes e tribunais sigam a interpretação do direito sedimentada judicialmente nas instâncias superiores. A administração pública, regida e limitada constitucionalmente ao princípio da legalidade, diante desse novo perfil da jurisdição brasileira, também deve adotar os precedentes vinculantes, desde que autorizada por regulamentação legal que discrimine as premissas para tal atendimento, legitimando a atuação dos agentes públicos, publicizando aos administrados a posição administrativa e assentando a integridade do direito no Estado. Em uma conjugação de metodologias, indutiva e sistêmica, é analisado que, conquanto a administração deva ser influenciada pelos precedentes vinculantes, ante a novel característica da jurisdição brasileira e do constitucionalismo contemporâneo, há de existir, para tanto, legislação nesse sentido, até porque a legislação processual não tem competência constitucional para impingir condutas à Administração Pública. Pondera-se sobre uma abertura pela legislação para atribuir ao administrador maior campo de liberdade na adoção dos precedentes vinculantes, para que não fique adstrito à forma legal, em nítido exercício dos ideais liberais do século XVIII no século XXI, mas também possa, em virtude da referida autorização legislativa, no exercício do mister administrativo, aplicar o direito sedimentado judicialmente sem convolar-se essa aplicação em exercício arbitrário. São poderes políticos, exercidos tanto pela legislação (lei), quanto pela jurisdição (direito), que devem ser sopesados pela administração e aplicados em consonância com o que for melhor, mais eficiente, norteado, igualmente, pelos demais princípios de direitos fundamentais e pelos escopos do Estado Constitucional. Referidos precedentes vinculantes têm aplicação direta desde que a legislação autorizativa advenha da Constituição Federal, como as súmulas vinculantes e as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, à exceção da arguição de preceito fundamental. Denominaram-se tais precedentes como diretamente vinculantes à administração pública. Os precedentes vinculantes indiretamente vinculantes à administração pública, aqueles em que a autorização de aplicação na administração pública advém de lei complementar, são os demais elencados no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, quais sejam, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial quais dos tribunais. Os precedentes indiretamente vinculantes assim se denominam porque a sua normatividade ainda é limitada à jurisdição. A adoção

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado de Santa Catarina. Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina.



pela administração pública de tais precedentes não é, por conseguinte, direta, automática, mas sim indireta, pois depende da propalada lei autorizativa, como ponte de transição entre os sistemas jurisdicional e administrativo. Diante desse contexto, a legitimar e legalizar o atuar administrativo, também se mostra como consequência, como reflexo, a diminuição da litigiosidade.

**Palavras-chave:** precedentes; jurisdição; administração pública; princípio da legalidade; litigiosidade.

## A atuação de estrangeiros nos setores de infraestrutura no Brasil: reflexões a respeito do regime jurídico das licitações nacionais e internacionais

**Thiago Pries Valiati<sup>1</sup>**

O trabalho pretendeu abordar as principais formas de atuação dos estrangeiros nos setores de infraestrutura no Brasil a fim de, posteriormente, analisar o Projeto de Lei que pretende reformar a Lei n. 8.666/1993 (PL n. 6.814/2017), sobretudo no tocante à disciplina da participação de estrangeiros em licitações realizadas pelo Poder Público nacional. Em síntese, verificou-se, primeiramente, as formas de atuação do empresário estrangeiro no Brasil por meio das chamadas licitações nacionais (seja por meio da estruturação de uma nova sociedade nacional, seja mediante a participação de uma sociedade estrangeira), nos termos da Lei n. 8.666/1993. No caso de sociedades empresárias estrangeiras, faz-se necessário, como requisito de habilitação em certames licitatórios, a apresentação do decreto de autorização do Governo Federal, conforme o inciso V do art. 28 da Lei n. 8.666/93. Posteriormente, o artigo apresenta a possibilidade de participação do empresário estrangeiro por meio de licitações consideradas internacionais. A principal característica destes certames consiste na expansão da possibilidade de participação de empresas nas licitações, nos termos do art. 42, da Lei n. 8.666/1993. Finalmente, após a apresentação do cenário regulamentado pela Lei de Licitações, o trabalho analisa a proposta normativa que possui o intento de reformar o referido diploma legal no tocante à participação de empresários estrangeiros no Brasil (PL n. 6.814/2017). Como resultado do trabalho, constatou-se que, a despeito da atuação de estrangeiros ser imprescindível para a infraestrutura diante do elevado déficit de investimentos, o ingresso de empresas estrangeiras no país ainda encontra obstáculos relevantes na legislação pátria. Nesse sentido, a Lei n. 8.666/1993 possui pontos falhos em relação à participação de estrangeiros, sobretudo diante da ausência de sistematicidade que conferiu à disciplina das licitações internacionais, além de aspectos que não são atrativos para o setor privado, como as excessivas prerrogativas concedidas à Administração. Com efeito, a aprovação do PL n. 6.814/2017, por um lado, assume um importante papel na busca de maior segurança jurídica para os setores de infraestrutura e possui dispositivos inovadores, como, por exemplo, a previsão do seu art. 19 de que o edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos. Todavia, no tocante à disciplina da atuação do empresário estrangeiro no Brasil, em que pese a tentativa de sistematização da matéria, o Projeto de Lei continua a incorrer em uma série de erros. Não há, de fato, uma grande inovação na redação da proposta normativa. Ademais, o art. 13, §3º, do PL n. 6.814/2017 mantém a previsão que impõe, de forma obrigatória, a liderança do consórcio à empresa brasileira; trata-se de dispositivo inconstitucional (assim como é o art. 33, §1º, da Lei n. 8.666/1993), pois ofende o princípio constitucional

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito na USP. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Advogado.

da isonomia e se mostra incompatível com o art. 8º, inciso II, do próprio Projeto, que mantém a vedação de tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras. Desse modo, o PL n. 6.814/2017, apesar de alguns dispositivos inovadores, deveria realizar uma verdadeira repaginação no sistema de contratações públicas e importar a lógica das leis que são efetivamente atraentes para a instituição de parcerias com o setor privado.

**Palavras-chave:** licitações; contratos; empresário estrangeiro; infraestrutura; poder público.

## Negociação coletiva no serviço público

**Thiago Pinheiro de Azevedo<sup>1</sup>**

O presente trabalho, tem por finalidade demonstrar, através da utilização de pesquisa bibliográfica, estudo descritivo e abordagem qualitativa, que a negociação coletiva no serviço público é possível, tendo aplicação imediata, sem necessidade de regulamentação legal. As Convenções 151 e 154 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) estabelecem diretrizes gerais a serem adaptadas aos ordenamentos internos. A OIT tem como princípios norteadores, a dignidade humana e a busca incessante pela Justiça Social, para tanto, possui uma espécie de Código Internacional do Trabalho formado por Convenções e Recomendações discutidas pelos representantes da sociedade, com propósito de garantir a liberdade e os princípios democráticos. A Constituição Federal de 1988 determina instituir um Estado Democrático de Direito, visando assegurar os direitos fundamentais em sua plenitude. Trazendo como objetivos fundamentais da República, construir uma sociedade livre, justa e solidária, com erradicação da pobreza e redução das desigualdades, promovendo o bem de todos. Não há dúvidas que as normas que definem direitos sociais devem ter aplicação imediata. A referência que se faz à possível necessidade de regulamentação, não torna a Convenção 151 inaplicável. O fato é que a Administração Pública não tem interesse político de implementá-la, porque a Lei e a Constituição, já coloca, à disposição, todas as condições. No Brasil, certas coisas não funcionam por razões de difícil justificativa razoável. Alguns dos entraves que surgem para consolidação da negociação no serviço público é fundamentado no princípio da legalidade e na necessidade de previsão orçamentária (controle de gastos públicos), bem como a co dependência dos poderes do Estado. Isoladamente, o princípio da legalidade não pode travar a aplicação das Convenções ratificadas pelo Brasil, caso contrário, teríamos a materialização do autoritarismo como retrocesso ao regime democrático, mesmo porque, questões com repercussões financeiras não são os únicos problemas que circundam a relação entre Administração Pública e Servidores. Adversidades como assédio moral, problemas nos mecanismos de controle de jornada, apreciação de atestados médicos, concessões de licença, pagamento de horas extras a servidores cedidos, faltas, concessão e gozo de férias, critérios para aquisição de estabilidade, eficiência, regras de atendimento ao públicos, concessão de incentivo à gratificação, problemas de relacionamento entre servidores de mesma hierarquia ou com relação de subordinação, bem como diversas outras situações que poderiam ser resolvidas numa simples mesa negociação, permanente ou circunstancial, evitando assim demandas judiciais, poderiam ser priorizadas pela Administração Pública, principalmente diante dos novos métodos de solução de conflitos como a conciliação, mediação e arbitragem, recomendados, inclusive, pelo Conselho Nacional de Justiça. A negociação coletiva no serviço público daria efetividade na real mudança da Administração burocrática para Administração Gerencial, com fulcro não só na eficiência e eficácia do serviço público

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

prestado, mas também em sua efetividade com a valorização do servidor público, reduzindo as desigualdades e evitando greves que possam paralisá-lo. A valorização do servidor público tende a repercutir positivamente na execução do serviço público de melhor qualidade, ao passo que, a negativa por parte do gestor em discutir melhores condições de trabalho, pode causar graves prejuízos ao erário.

**Palavras-chave:** negociação coletiva; serviço público; direitos fundamentais; aplicabilidade; justiça social.

# Os direitos dos usuários de serviços públicos: uma análise da Lei nº 13.460/17 e de seus preceitos

**Adriana da Costa Ricardo Schier<sup>1</sup>**

**Bárbara Mendonça Bertotti<sup>2</sup>**

Quase 30 anos após a exigência constitucional, a Lei n. 13.460/17 veio cumprir o mandamento de regulação das formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta (artigo 37, parágrafo 3º, inciso I). Ainda, a lei pretende dar consecução ao parágrafo único do artigo 175 da Constituição, que prevê, nos incisos II e IV, que lei disporá sobre os direitos dos usuários e sobre a obrigação de manter o serviço adequado. A partir disso, o objetivo do artigo é investigar a evolução do Projeto de Lei do Senado n. 439/1999, que deu origem à Lei n. 13.460/17, para então analisá-la criticamente, evidenciando alguns aspectos negativos e positivos, bem como respondendo alguns questionamentos propostos. Por fim, pretende-se avaliar se a lei pode ser chamada de “Código de Defesa do Usuário de Serviço Público”. As conclusões obtidas são: (i) a Lei veio regular somente o inciso I, parágrafo 3º, do artigo 37 da Constituição, deixando de lado o inciso III do mesmo dispositivo; (ii) traz uma definição legal de serviço público, mas somente para os objetivos aos quais ela se propõe; (iii) a opção do legislador é pelo conceito amplo de serviço público, visto que a exigência constitucional de normatização era para estes tipos de serviços (os serviços públicos em sentido estrito já possuíam alguma proteção legal); (iv) o conceito de usuário também é amplo, e inclui não somente os que efetivamente se beneficiam dos serviços, mas também os que potencialmente podem ser beneficiar ou utilizar deles; (v) os destinatários da Lei são todos os prestadores de serviços públicos, sejam eles públicos ou privados, sendo que para estes, a aplicação dela é subsidiária; (vi) há a exclusão do princípio da modicidade das tarifas. O projeto de Lei inicial previa tal princípio, quando cabível. Acredita-se que esta opção de manter o princípio da modicidade, sob esta ressalva, seria uma decisão mais acertada do legislador; (vii) a Lei veda critérios discriminatórios de acesso, o que não é uma decisão coerente visto que, na realidade brasileira, é mais razoável assegurar uma igualdade no ponto de chegada (igualdade de posições), e não uma igualdade no ponto de partida (igualdade de oportunidades); (viii) há muitos pontos positivos na lei, sobretudo quanto às formas e instrumentos de participação popular; e (ix) apesar de representar um avanço, a Lei n. 13.460/17 é modesta quanto à proteção do usuário e não faz jus ao título a ela conferido de “Código de Defesa do Usuário de Serviço Público”. Para tanto, seria necessário um maior detalhamento

<sup>1</sup> Professora de Direito Administrativo do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Professora do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Pós-doutora em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Diretora Acadêmica do Instituto Paranaense de Direito Administrativo.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (bolsista Capes). Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná e em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da PUC/PR. Vice-presidenta do Instituto Política por.de.para Mulheres.

de inúmeros quesitos por ela não contemplados. A metodologia utilizada é a lógico-dedutiva, a partir de uma pesquisa qualitativa e exploratória do Projeto de Lei n. 439/1999, da Lei n. 13.460/17, e das demais legislações atinentes ao tema, além de revisão bibliográfica.

**Palavras-chave:** serviço público; Lei n. 13.460/17; Código de Defesa do Usuário de Serviço Público; direito de reclamação; administração pública.

## A economia de compartilhamento no âmbito da mobilidade urbana: as inovações regulatórias trazidos pela Lei 13.640/2018

**Maria Isabel Santana Pomaroli<sup>1</sup>**

A partir da chegada da Uber ao Brasil em 2014, as discussões acerca da Economia de Compartilhamento no que tange à mobilidade urbana ganharam repercussão no cenário nacional, originando conflitos sociais, jurídicos e legislativos no país. Neste cenário, ressalta-se que a economia compartilhada vem transformando os padrões sociais de consumo pelo globo, além de traz consigo diversas indagações no campo da regulação. No Brasil, a regulação do tema veio apenas em março de 2018, com a promulgação da Lei n. 13.460/2018, que alterou a Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei n. 12.587/ 2012), a fim de regular o denominado transporte remunerado privado individual de passageiros, isto é, a atividade de transporte oferecida no âmbito das plataformas de compartilhamento. Ocorre que tal norma trouxe algumas respostas e inúmeras indagações acerca da regulamentação da economia de compartilhamento no que tange a mobilidade urbana no Brasil. Ademais, limitou-se a traçar diretrizes demasiadamente genéricas para o transporte por meio de plataformas de compartilhamento, deixando de tocar pontos importantes em relação à matéria. Com vistas postas sobre estas questões, por meio da metodologia hipotético-dedutiva com revisão bibliográfica, o presente estudo objetiva analisar o fenômeno da Economia de Compartilhamento e sua inferência no âmbito da mobilidade urbana, bem como tratar de sua regulamentação e das inovações trazidas pela Lei 13.640/2018.

**Palavras-chave:** economia de compartilhamento; mobilidade urbana; regulação; plataformas digitais; transporte individual de passageiros.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito, linha Direito da Cidade na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.



## As políticas públicas como concretização dos direitos sociais

**Oswaldo Ferreira de Carvalho<sup>1</sup>**

Esta pesquisa busca examinar as políticas públicas como concretização dos direitos sociais no âmbito do hodierno Estado Social, corporificado por um extenso catálogo de direitos sociais e, a partir da consagração jurídico-constitucional de tais direitos, eles constituem fundamento das políticas públicas de desenvolvimento ao interessar, aqui, a visão que enquadra os direitos sociais como marco de ação das políticas públicas. Assim, é por meio das políticas públicas que o Estado concretiza os direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais. Ademais, as políticas públicas, nos Estados Constitucionais, se coadunam com o ativismo judicial, já que o Poder Judiciário ao exercer o controle das políticas públicas não substitui as funções dos Poderes Legislativo e Executivo, mas implica, por sua vez, não deixar que a pessoa humana fique desprovida do exercício de um direito fundamental, reconhecido na Constituição ou na lei, porque o Poder Público foi inerte ou omissivo. A pesquisa versa, ainda, sobre a discricionariedade administrativa na tomada de decisão do agente público no contexto das políticas públicas de direitos sociais. A complexidade do tema proposto perpassa em grande medida da sua heterogeneidade temática ao impedir optar, pura e simplesmente, por um método específico. Assim, no plano metodológico, poderíamos dizer que nos aproximamos, de certa forma, de uma perspectiva *estruturalista*, como panorama operante não só mediante análise dos dados textuais constitucionais, legais, doutrinários referentes ao problema a resolver, mas tendo também atenção aos processos de decisão regulados pelas normas atinentes ao problema e à realidade social que para ele remete. Também não exclui o chamado *realismo jurídico* ao postular a possibilidade de tirar dos princípios imutáveis de justiça as regras de conduta jurídica. Impende esclarecer, ainda, que foram privilegiadas, quanto às fontes consultadas, no quadro do objeto de estudo escolhido e delimitado, as obras consideradas como mais importantes, atentando-se com o maior desvelo possível para a atualidade das obras ante as limitações próprias da natureza desta investigação específica. A pesquisa bibliográfica foi, assim, direcionada para a consulta mais pormenorizada de amplo material disponível ao concentrar todas as sinergias para a sistematização de elementos teóricos e jurídicos com o fim erigir argumentos ou soluções que enquadrem os direitos sociais como objeto usual das políticas públicas estatais.

**Palavras-chave:** Estado social; políticas públicas; direitos sociais; discricionariedade; controle judicial.

---

<sup>1</sup> Professor Doutor do Centro Universitário de Goiás (Uni-Anhanguera). Pós-doutorando e doutor em Direito pela Universidade de Lisboa.

# A propaganda é a alma do Estado? Controle de gastos e aprimoramento dos contratos de publicidade por meio da economia comportamental

**Ana Luíza Fernandes Calil<sup>1</sup>**

O presente artigo tem por objetivo propor o aprimoramento das contratações no campo da publicidade em âmbito federal, a partir do marco regulatório da Lei n. 12.232/2010. A metodologia do artigo parte do método analítico da lei em referência, associada à análise do quantitativo de gastos em Contratos de Publicidade, disponibilizado de modo público no portal da Secretaria de Comunicação do Governo Federal (Secom). A primeira parte do artigo se destinará a trazer uma análise de regulação e das limitações dos gastos em publicidade no direito comparado e o resultado da análise das despesas realizadas em publicidade no período do atual mandato presidencial, de 2015 até o segundo semestre de 2017. A análise é realizada com base nas planilhas disponibilizadas no portal da Secom, as quais discriminam os contratos de publicidade, o tipo de mídia utilizada e os valores de contratação. O tipo de metodologia de análise adotado é o quantitativo, com foco nos montantes gastos pelo Governo Federal por tipo de mídia. A segunda parte tratará do *modus operandi* das licitações para serviços de publicidade em si, com base na Lei n. 12.232/2010 e em seu respectivo regulamento da Secom. Por fim, o terceiro tópico se focará em proposição de aprimoramento dos critérios de julgamento constantes na minuta-padrão, com o fim de propor aprimoramentos com base na economia comportamental dirigida à publicidade. As conclusões resultantes do conjunto das três partes indicam que, no Brasil, não há limitação expressa dos gastos, bem como não há motivação para escolha dos meios de veiculação da publicidade, o que dificulta seu controle. Ademais, há espaço para aprimoramento dos critérios de julgamento das licitações de publicidade, por meio da utilização da economia comportamental.

**Palavras-chave:** contratos administrativos; licitação; publicidade; economia comportamental; controle.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

# Formação da Política Pública de Governança da Administração Federal Direta, Autárquica e Fundacional

**Bruno Félix de Almeida<sup>1</sup>**

A Governança é tema recorrente quando se fala em gestão, seja a privada ou a pública. A evolução da governança corporativa nos últimos 50 anos fez com que o tema deixasse o universo da Ciência da Administração e pautasse a definição de um regime jurídico para as corporações privadas, dentro de um paradigma gerencial. Reconhecer a governança como meio para concretização do direito fundamenta à boa administração, possibilita entender juridicamente a mesma, como uma política pública de natureza instrumental. Com o debate sobre uma Administração Pública Gerencial, o tema da governança também passou a ser pensando sob a perspectiva da gestão pública. Desde 2013, o Brasil tem vivenciando aprovação de uma série de legislações envolvendo a governança corporativa, com uma nítida influência na formação da governança corporativa das empresas estatais e mais recentemente na formulação de uma Política de Governança Pública da Administração Federal Direta, Autárquica e Fundacional. Não se pode ignorar, nessa fonte de inspiração, que o objetivo da governança corporativa é a alocação de poderes de forma que acionistas ou administradores não conduzam a organização para seus meros interesses privados, em prejuízo da empresa, mas que todos estão juntos pela mesma finalidade lucrativa, diferente da realidade estatal. Assim, objetiva-se analisar as origens e fundamentos das novas legislações sobre o tema da governança e como a análise crítica da Reforma Administrativa Gerencial da década de 1990, pode auxiliar nesse fenômeno de formação da Política Pública de Governança e de seu regime legal, sem uma mera transposição de regras da esfera privada para pública. No que tange a metodologia, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental. Como resultado, constatou-se que conceitos e valores exigem releituras e resubstanciação quando passam do privado para o público e da Administração para o Direito. A eficiência pública não se resume ao mero binômio econômico custo/benefício, uma série de valores constitucionais preenchem o conteúdo do princípio da eficiência. A inspiração é possível, o mero transplante legal é um erro. A interpretação não reducionista ao âmbito econômico e que contextualize o campo da juridicidade, já permite a implementação da política pública de governança da administração federal direta, autárquica e fundacional de maneira contextualizada à esfera pública. A concepção de uma política de governança pública pode trazer mecanismos pragmáticos de liderança, estratégia e controle na gestão da prestação de serviços de interesse da sociedade, desde que compatibilizados com o modelo da estrutura administrativa constitucional, trazendo avanços positivos para um Estado moderno. Uma mudança de cultura administrativa deve ser consequência das inovações legais, não bastando apenas novas lei, é preciso implantar efetivamente novas práticas.

**Palavras-chave:** política pública; formação da governança pública; governança corporativa; influências e cautelas; mudança cultural administrativa.

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

## Limites da cooperação entre concorrentes: critérios de legalidade na análise concorrencial dos contratos de colaboração horizontal

**Ricardo Villela Mafra Alves da Silva<sup>1</sup>**

O trabalho tem como objeto os contratos de colaboração entre concorrentes e a análise de sua legalidade na perspectiva do direito concorrencial, por meio da aplicação da Lei n. 12.529/2011. A defesa da concorrência é uma manifestação do direito administrativo que tem por base o artigo 170, IV e parágrafo único, e artigo 173, §4º, da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. Como forma de intervenção estatal sobre o domínio econômico por indução, o direito da concorrência deve obedecer a critérios pré-estabelecidos para garantir que sua aplicação está em consonância com os valores da liberdade de iniciativa e direito de propriedade, protegidos constitucionalmente. O direito da concorrência tem especial preocupação com acordos envolvendo agentes rivais, especialmente em razão do risco de caracterização de cartéis, isto é, acordos para fixação de preços, ofertas ou condições comerciais. No entanto, as cooperações entre concorrentes têm potencial de gerar relevantes benefícios e, neste sentido, o direito concorrencial deve fornecer instrumental teórico capaz de estabelecer limites e critérios claros que diferenciem os acordos legítimos daqueles que tenham caráter anticompetitivo. Apenas com o estabelecimento de limites bem definidos e fundamentados é que o Estado, por meio do direito da concorrência, pode limitar a liberdade de agentes econômicos de celebrarem acordos de cooperação entre si. Como primeiro passo do trabalho, os contratos de colaboração entre concorrentes são analisados na perspectiva histórica, especificamente com relação ao seu papel na origem da sociedade personificada, e na perspectiva econômica, referente às motivações dos agentes econômicos em optar por esta forma de governança específica para sua parceria comercial. Em seguida, o trabalho busca estabelecer situações nas quais os acordos de cooperação entre concorrentes podem ser benéficos à coletividade e situações nas quais podem gerar ineficiências, com o objetivo de definir os limites concorrenciais de acordos de cooperação entre agentes rivais. A pesquisa tem caráter explicativo e utiliza a metodologia indutiva para estabelecer critérios de legalidade na análise concorrencial de contratos de cooperação a partir de premissas extraídas de casos concretos, legislação, literatura econômica e doutrina jurídica a respeito de acordos colaborativos entre concorrentes. Além de conclusões gerais e recomendações, a pesquisa conclui de forma específica que cooperações entre agentes rivais geralmente produzirão eficiências associadas a: (i) redução de custos de transação e/ou assimetria de informações; (ii) obtenção de ganhos de escala ou racionalização da oferta e/ou demanda em determinado mercado; e (iii) compartilhamento de riscos na pesquisa e desenvolvimento de novos produtos e serviços, ou estabelecimento de padrões tecnológicos ou industriais. Por outro lado, acordos de colaboração entre concorrentes podem gerar danos que justifiquem a limitação da autonomia das partes pelo Estado, sendo estes danos

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

geralmente associados a: (i) facilitação do comportamento uniforme, especialmente no caso de acordos que envolvam troca de informações concorrencialmente sensíveis; (ii) restrição da oferta, aumento de preços ou limitação de investimentos sem justificação concorrencial; e (iii) criação de barreiras artificiais à entrada de novos rivais ou aumento dos custos de rivais.

**Palavras-chave:** contratos de colaboração horizontal; política de defesa da concorrência; direito administrativo; intervenção estatal sobre o domínio econômico; atuação repressiva do direito concorrencial.

## O papel da argumentação jurídica na motivação do ato discricionário da Administração Pública

**Jocleber Rocha Vasconcelos<sup>1</sup>**

A tese aborda a teoria da motivação dos atos administrativos discricionários por meio de um entrelaçamento metodológico com as teorias da argumentação jurídica surgidas com a superação do paradigma positivista. Leva em conta a redefinição da noção do interesse público e a ampliação da noção de “legalidade” para “juridicidade”, com a incidência de normas de cunho mais aberto. Consequentemente, houve ressignificação nas possibilidades de controle judicial do mérito administrativo e dos conceitos jurídicos indeterminados. Nesse contexto de ingerência judicial, o esforço argumentativo a ser feito pelo administrador impõe uma motivação decisória que precisa superar o sistema de mera subsunção, para incorporar categorias de valoração inexistentes no raciocínio puramente dedutivo. Por esse ângulo, objetivou-se clarificar o debate acerca da motivação do ato discricionário como uma especificação prática da teoria da argumentação jurídica, a qual serve necessariamente aos controles social, político e jurídico. Tomou-se como hipótese a insuficiência da lógica formal dedutiva para suprir categorias mais elaboradas de identificação de bons argumentos nas decisões administrativas, notadamente nos chamados “casos difíceis” e de grande impacto socioeconômico. Para definir a proposta de investigação, levou-se em conta a baixa produção acadêmica na exploração dessa perspectiva e a necessidade de realização de futuras pesquisas pelo método empírico. Utilizou-se do método de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial para syndicar a estrutura e o modo como deve ser desempenhada a motivação administrativa. Para tanto, tencionou-se identificar critérios científicos de validade, coerência, correção e adequabilidade das decisões administrativas. Os resultados apresentaram uma dupla perspectiva. Pelo aspecto meramente formal, ou de justificação interna, a motivação deve observar as inferências lógico-dedutivas, baseadas nos elementos de linguagem e nos preceitos da ordem jurídica positiva que condicionam as decisões. Foram analisados os seguintes critérios: explicitude, exatidão, clareza, coerência, completude e congruência. Já sob o aspecto material, a motivação realiza uma justificação externa baseada em elementos não dedutivos. Estabelece critérios de racionalidade para fundamentar a escolha adequada de premissas fáticas e normativas a serem manejadas no silogismo argumentativo. Verificou-se que o modelo de argumentação de Stephen Toulmin permite a reconstrução decisória segundo um “layout” estrutural de argumentos e possibilita uma avaliação qualitativa. Além disso, as modernas concepções de Robert Alexy e Neil MacCormick fornecem uma teoria padrão da argumentação que serve à interpretação e à aplicação do direito, no momento em que são proferidos os atos administrativos decisórios. Concluiu-se que as teorias e os cri-

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Mestre em Operações Militares (EsAO). Especialista em Direito Processual Civil, em Direito em Administração Pública, em Direito Militar e em Psicopedagogia e Orientação Educacional pela Universidade Federal do Ceará.

térios identificados são capazes de instrumentalizar uma motivação completa e consistente juridicamente, abrindo-se espaço para que esta pesquisa avance e realize confrontos futuros das teorias argumentativas com as motivações produzidas na realidade empírica. Tais parâmetros auxiliarão na atividade prática dos intérpretes e aplicadores do direito, com o fim de delimitar o que são decisões administrativas válidas, coerentes, corretas e adequadas, a partir de testagem científica. Esse desenvolvimento teórico vem ao encontro do interesse público, justamente para dar respostas mais ou menos objetivas ao problema da abertura semântica dos princípios e normas de conteúdo valorativo, possibilitando um controle inter-subjetivo do exercício discricionário da atividade administrativa.

**Palavras-chave:** motivação; ato administrativo; discricionariedade; argumentação jurídica; justificação.

## A independência do Banco Central e a Constituição: o avanço do bloqueio à soberania no capitalismo periférico brasileiro

**Davi José Paz Catunda<sup>1</sup>**

A retomada das propostas legislativas que tratam sobre a propalada independência do Banco Central, especialmente o intento de estabelecer mandato para o presidente e diretores não coincidentes com o mandato do Presidente da República, tolhendo da autoridade máxima do Executivo a possibilidade de demissão *ad nutum*, traz à tona a necessidade de compreender em que medida a Instituição pode ser influenciada pelo interesse político do governo de ocasião, e sob que circunstâncias isso deve ser aceito como adequado ou não. Neste contexto é relevante considerar não apenas a compreensão das correntes monetaristas, que sustentam como necessário o mandato não coincidente para os que vierem a exercer a autoridade monetária, sendo esta condição, desse modo, indispensável para afastar o exercício das atividades do BACEN do poder político, mas também os problemas que tal reforma institucional engendra em relação ao exercício da soberania e, ainda, a hipótese de descoordenação entre as políticas monetária, cambial e creditícia, e a política fiscal do governo eleito. A discussão do tema deve atravessar, inevitavelmente, uma crítica à concepção de mercado como instituição apartada da institucionalidade estatal, à ideia de que à economia é saudável que esteja alijada da arena política. Para tanto importa compreender a adequação do controle finalístico a ser exercido pelo Poder Executivo, como forma instrumentalizar o exercício da soberania, para que não se corra o risco de inviabilizar a implementação dos programas de governo eleitos e, também, contingenciar os riscos de descoordenação e ineficiência da política macroeconômica compreendida em sua totalidade. O objetivo deste artigo, portanto, é abordar os problemas que podem ter origem a partir de um descompasso entre a política de um Bacen descompromissado com o programa de governo sufragado nas urnas e o risco de que a Instituição seja capturada pelo setor financeiro privado, ante a forte mitigação dos instrumentos de controle após a instituição de mandato não coincidente. Por meio de pesquisa bibliográfica interdisciplinar, lançando mão não apenas de literatura jurídica, mas também de ciências econômicas e política, analisaremos as propostas relacionadas à propalada independência do Banco Central, movendo ainda pesquisa quantitativa, expondo dados sobre gastos públicos primários e gastos financeiros, a fim de demonstrar o nível de influência privada já existente, mesmo no modelo atual, concluindo que trata-se de medida tendente a aprofundar a captura da Instituição pelo mercado financeiro, provocar descoordenação na política macroeconômica, subjugando o interesse público aos interesses do capital especulativo e aprofundando a condição periférica do capitalismo brasileiro.

**Palavras-chave:** soberania; Banco Central; controle; democracia; interesse público.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito na Universidade Federal do Ceará. Advogado da União.



# A contribuição do planejamento estratégico para o desenvolvimento econômico e social: interrupções do passado e perspectivas de futuro

**Marcos Aurélio Silveira de Oliveira<sup>1</sup>**

O presente trabalho tem por finalidade demonstrar que o planejamento estratégico estatal pode contribuir positivamente para o desenvolvimento econômico e social, notadamente nos países em desenvolvimento, como o Brasil, de forma a conciliar os interesses do mercado com os direitos sociais. Por intermédio de uma pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa e estudo descritivo, apresenta inicialmente a experiência brasileira com o planejamento estatal. Durante quase todo o século XX, houve primazia do planejamento sobre a gestão. A partir da década de 90, sob a influência das ideias neoliberais, houve uma inversão e o Estado brasileiro optou por atrelar o planejamento às funções da administração e da gestão estatal, destituído de sentido estratégico. Dessa forma, o Brasil adotou uma postura fiscalista e financeira na administração pública, ficando a função planejamento relegada a um segundo plano. Os I e II Planos Nacionais de Desenvolvimento, que cobriram o período de 1972 a 1979, durante o regime militar, são considerados os últimos e mais conhecidos planos estratégicos no Brasil, pois embora circunscritos a mandatos presidenciais, apresentavam objetivos de longo prazo. Em seguida, expõe as deficiências do Plano Plurianual (PPA), principal instrumento utilizado pelo Governo, que o considera um plano estratégico, uma vez que a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) lhe atribui um grande destaque, colocando-o numa posição central do planejamento e orçamento estatal. Todavia, ele não pode ser considerado um planejamento estratégico, pois o seu curto horizonte temporal de quatro anos não o qualifica como tal. A ausência de regulamentação, determinada pela própria CRFB/88, resulta na falta de orientações conceituais e metodológicas para a elaboração do planejamento, privando o Estado de efetivos instrumentos para a condução dos projetos de transformação social. Verifica-se, na prática, uma descoordenação entre os planos setoriais, a cargo dos Ministérios, pois lidam com cenários prospectivos distintos, sem uniformização, por parte do governo central, além da incerteza da prioridade que lhes será atribuída, no futuro. Por fim, aponta as perspectivas para o planejamento estatal e apresenta uma proposta para a sua reformulação, elaborada por um pesquisador do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), visando converter o PPA em um plano estratégico e reorganizar a estrutura governamental, com o fim de permitir a adequada gestão estratégica e a centralidade necessária para a correção de rumos. Em consequência, contribuirá para a efetividade da coordenação, priorização e controle das políticas públicas. Conclui pela necessidade de resgate da função planejamento, como forma de recuperar a capacidade de intervenção do Estado e inaugurar uma nova era desenvolvimentista. O crescimento econô-

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito na Universidade Federal do Ceará.

mico, por si só, não resulta no desenvolvimento e na qualidade de vida de um povo. Por isso, qualquer país necessita de um projeto de futuro, que estabeleça objetivos e os meios para atingi-los, pois a ausência de um planejamento estatal resulta na falta de orientação para a aplicação do poder nacional, uma vez que o estabelecimento de objetivos de longo prazo, a priorização das políticas públicas e as devidas alocações de recursos financeiros, contribuem para a concretização dos direitos sociais e do desenvolvimento nacional.

**Palavras-chave:** planejamento estratégico; gestão; políticas públicas; direitos sociais; desenvolvimento.

## Análise da prática da composição consensual de conflitos no âmbito dos contratos da UTFPR

**Michelle dos Santos Gonsales<sup>1</sup>**  
**Dario Eduardo Amaral Dergint<sup>2</sup>**

Posteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988 e às Reformas administrativas realizadas a partir da década de 90, buscou-se a superação de métodos burocráticos de atuação por práticas mais eficientes, valendo-se da transposição de institutos do Direito Privado para o âmbito do Direito Público. Diante dos novos paradigmas do Direito Administrativo – constitucionalização do Direito Administrativo, contratualização na Administração Pública e abertura à consensualidade –, a Administração Pública passa a buscar uma atuação em conformidade com esses paradigmas, valendo-se de instrumentos privatísticos para alcançar sua finalidade: o interesse público. Assim, uma questão que precisa ser verificada é em que medida a abertura à consensualidade pode contribuir para a resolução de conflitos contratuais dos entes da Administração Pública? Dessa maneira, este trabalho tem como objetivo propor uma intervenção a uma Instituição Pública de Ensino Superior baseada na composição consensual de conflitos contratuais. Trata-se de uma pesquisa de campo que investiga a realidade fática das práticas contratuais da Universidade Tecnológica Federal do Paraná – UTFPR. Para tanto, foi feito um levantamento bibliográfico sobre os novos paradigmas do Direito Administrativo, tais como a constitucionalização do Direito Administrativo, com ênfase nos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público e os aspectos contemporâneos do Direito Público e do Direito Privado; a contratualização na Administração Pública, em que se aborda conceitos relacionados a contratos e às cláusulas exorbitantes diante desses novos paradigmas; e a consensualidade na resolução de conflitos contratuais da Administração Pública, em que se trata do Direito Privado Administrativo, institutos de consensualidade aplicáveis à Administração pública e os benefícios da composição consensual de conflitos. Foi aplicado questionário nos setores administrativos responsáveis pelos contratos da Instituição para a verificação da existência de composição consensual de seus conflitos. Busca-se como resultado principal verificar a viabilidade legal de compor consensualmente os conflitos contratuais na Instituição Pública de Ensino Superior estudada e verificar quais os instrumentos jurídicos aplicáveis ao caso.

**Palavras-chave:** constitucionalização; contratualização; consensualidade; institutos consensuais; composição consensual de conflitos.

---

<sup>1</sup> Mestranda pelo Profiap – UTFPR.

<sup>2</sup> Professor doutor na UTFPR.

## A Lei Estadual catarinense n. 17.493/2018: finalidade teórica, consequências práticas e potencial inutilizado

**Eduardo André Carvalho Schiefler<sup>1</sup>**

O advento da Lei Estadual catarinense n. 17.493/2018 trouxe diversos benefícios à sociedade catarinense, pois inovou no ordenamento jurídico ao impor o dever legal de transmitir em tempo real, via *internet*, os processos licitatórios realizados pela administração pública direta e indireta de todos os Poderes da República no âmbito do Estado de Santa Catarina. As consequências da edição da lei já são percebidas pela sociedade catarinense, sendo que o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina é o grande pioneiro na aplicação efetiva da norma, disponibilizando em seu sítio eletrônico e canal do YouTube as sessões licitatórias realizadas. Embora traga benefícios inegáveis à transparência administrativa e ao controle social, sendo uma iniciativa louvável e respeitável por parte do Poder Legislativo catarinense, a Lei Estadual catarinense n. 17.493/2018 não explorou todo o potencial existente para que os atos administrativos praticados nas licitações realizadas no Estado sejam efetivamente públicos e transparentes. O objetivo do presente trabalho, portanto, é analisar o potencial inutilizado pela Lei Estadual catarinense n. 17.493/2018, que falhou em atingir a sua finalidade teórica, que seria possibilitar um efetivo acompanhamento do processo licitatório, aprimoramento do controle social e aproximação da população catarinense da atuação administrativa. Isso porque o texto legal da norma se aplica única e exclusivamente à fase externa dos processos licitatórios catarinenses, deixando de lado a fase interna, que é tão ou mais importante que aquela no que se refere à prevenção de irregularidades, uma vez que, por ser mais comum a presença de diálogos público-privados informais, que carecem de regulamentação séria e específica, a fase interna das licitações possui um maior potencial de ser utilizada por indivíduos que possuem interesses escusos. Nesse sentido, a Lei Estadual n. 17.493/2018 perdeu uma grande oportunidade de revolucionar o modo de realizar licitações no Estado de Santa Catarina, o que ocorreria se a norma regulamentasse a fase interna dos processos licitatórios, por meio da previsão, por exemplo, de que todas as reuniões realizadas ou mensagens trocadas entre os agentes públicos e particulares deveriam ser registradas e posteriormente disponibilizadas na internet para controle. A presente pesquisa é bibliográfica, com método dedutivo.

**Palavras-chave:** licitações; estado de Santa Catarina; internet; transparência; fase interna.

---

<sup>1</sup> Graduando no Curso Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

## Comitê da integridade: velhos e novos desafios para aprimoramento constante da Administração Pública Federal

**Débora Walter dos Reis<sup>1</sup>**

**João Victor Oliveira Veloso Gonçalves<sup>2</sup>**

Visando atender à Portaria n. 1.089 de 25 de abril de 2018 do Ministro de Estado da Transparência e Controladoria Geral da União, documento que “estabelece orientações para que os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional adotem procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento de seus programas de integridade e dá outras providências”, a Universidade Federal de Ouro Preto (Ufop) está criando, via Projeto Institucional, o Comitê da Integridade Ufop – Processo 23109.002630/2018-43. O objetivo do Comitê é integralizar todos os procedimentos correccionais em apenas um setor, com dotação própria e com servidores lotados e designados para o mesmo, em especial a Ouvidoria, o SIC (Serviço de Informação ao Cidadão), o Grupad (Grupo Permanente de Processo Administrativo Disciplinar), o Programa Integridade e o Comitê de Ética.

Tais órgãos foram escolhidos em detrimento de suas especificidades. A Ouvidoria tem como prerrogativa o assessoramento administrativo, principalmente no que concerne à comunicação com a comunidade, visando ao aperfeiçoamento das ações institucionais e a melhoria dos serviços prestados pela Universidade Federal de Ouro Preto e o SIC, por sua vez, tem o objetivo de regulamentar o direito constitucional de acesso dos cidadãos às informações públicas. Essa garantia constitucional foi assegurada pela Lei n. 12.527, sancionada pela Presidenta da República em 18 de novembro de 2011 e é aplicável aos três Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O Grupad constitui órgão de correção permanente e integrante da Ufop, vinculado à Pró-Reitoria de Administração e tem a função de centralizar os Processos Administrativos Disciplinares (PAD) e Sindicâncias em um único local, dotado de infraestrutura e secretaria, de forma a facilitar o trabalho das Comissões Processantes designadas. O Programa Integridade, como já mencionado, será aquele a atender a Portaria 1.089 de 25 de abril de 2018 e, finalmente, o Comitê/Comissão de Ética com a finalidade de orientar e aconselhar sobre a ética profissional do servidor, no tratamento com as pessoas e com o patrimônio público, competindo-lhe conhecer concretamente de imputação ou de procedimento susceptível de censura. Com exceção do Programa Integridade, todos os demais órgãos já contêm regimentos próprios. Portanto, essa estrutura que está sendo construída será ligada diretamente à Reitoria e funcionará como órgão consultivo e deliberativo, sempre visando a transparência com vistas a tornar a Administração Central da Universidade Federal de Ouro Preto mais transparente onde todos os setores correccionais estarão sob a égide de uma administração e de uma interpretação única.

**Palavras-chave:** transparência; administração pública; correção; integridade e procedimento.

---

<sup>1</sup> Servidora Técnica Administrativa na Reitoria da Universidade Federal de Ouro Preto.

<sup>2</sup> Graduando em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto.



A large, stylized graphic of a fountain pen nib, rendered in shades of gray, occupies the left side of the page. It is oriented vertically, with the nib pointing downwards. The graphic consists of several distinct sections: a thin, curved section at the top left; a wider, rectangular section below it; a thin horizontal band; another wider rectangular section; and finally, the detailed nib section at the bottom, which includes the central slit and the small circular hole at the tip.

# Coordenação do XXXIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo

**PRESIDÊNCIA DO CONGRESSO:**

- Fabrício Motta (GO)

**COMISSÃO ORGANIZADORA:**

- Cristiana Fortini (MG)
- Emerson Gabardo (PR)
- Maurício Zockun (SP)
- Rodrigo Valgas dos Santos (SC)

**COORDENAÇÃO EXECUTIVA:**

- Joel Menezes Niebuhr (SC)
- Marcelo Harger (SC)
- Salomão Ribas Jr. (SC)





# Programa do XXXIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo

## XXXII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo

em homenagem à Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro

### LIMITES DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO DE DIREITO

17 a 19 de setembro de 2018  
Centro de Convenções de Florianópolis – CentroSul

#### PRIMEIRO DIA – 17 DE SETEMBRO

**08h00** – CREDENCIAMENTO

---

**09h00** – **ABERTURA OFICIAL**

- Fabrício Motta (GO)

**Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA**

- Salomão Ribas Jr. (SC)

**Presidente do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina – Idasc  
Homenagem à Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro**

- Pelo **Diretor do IBDA**, Rodrigo Valgas dos Santos (SC)
- 

**09h30** – **MESA ESPECIAL DE ABERTURA:**

**Presidência de Mesa:** Luiz César Medeiros (SC)

**Palestrantes:**

**Estado, desenvolvimento e os riscos tecnológicos**

- Carla Amado Gomes (Portugal)

**Administração Pública e Poder Judiciário no Estado de Direito: relações e tensões**

- Romeu Felipe Bacellar Filho (PR)

**Controle da Administração Pública: o que se espera dos Tribunais de Contas?**

- Weida Zancaner (SP)

**O princípio da eficiência da Administração Pública aos vinte anos da EC nº 19/98**

- Sergio de Andréa Ferreira (RJ)
- 

**12h00** – INTERVALO PARA O ALMOÇO

---

**14h00 – 1º PAINEL: EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO NAS CONCESSÕES**

**Mediador:** André Luiz Freire (SP)

**Debatedores:**

- Benjamin Zymler (DF)
- Cristiana Fortini (MG)
- Joel de Menezes Niebuhr (SC)
- 

---

**15h30 – Intervalo para Café e Lançamento de Livros**

---

**16h00 – 2º PAINEL: TUTELA JURÍDICA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA**

**Mediador:** Fábio de Sousa Santos (RO)

**Debatedores:**

- Eneida Desiree Salgado (PR)
- Lígia Melo de Casimiro (CE)
- Márcio Cammarosano (SP)

---

**18h00 – REUNIÃO DOS PRESIDENTES DE INSTITUTOS REGIONAIS**

---

**SEGUNDO DIA – 18 DE SETEMBRO**

**Programação Simultânea (4 salas, aproximadamente 250 lugares cada)**

---

**08h30 – 10h00**

**SALA 1:**

**Como tornar efetiva a defesa do usuário de serviço público?**

**Mediadora:**

- Dinorá Adelaide Musetti Grotti (SP)

**Debatedores:**

- Fernando Menezes de Almeida (SP)
- Adriana Schier (PR)
- Luísa Cristina Pinto e Netto (MG)

**SALA 3:**

**Direitos Sociais: tutela administrativa ou, na dúvida, recorra ao Judiciário?**

**Mediadora:**

- Ana Cláudia Finger (PR)

**Debatedores:**

- Eurico Bitencourt Neto (MG)
- Vanice Lírio do Valle (RJ)
- Vladimir da Rocha França (RN)

**SALA 2:**

**Servidores Públicos e carreiras de Estado: prerrogativas ou privilégios?**

**Mediador:**

- Luiz Henrique Cademartori (SC)

**Debatedores:**

- Irene Patrícia Nohara (SP)
- Marcus Bittencourt (PR)
- Raquel Dias da Silveira (PR)

**SALA 4:**

**Parcerias sociais e terceiro setor: como conciliar regulação e controle?**

**Mediador:**

- Rafael Arruda Oliveira (GO)

**Debatedores:**

- Thiago Marrara (SP)
- Fernando Borges Mânica (PR)
- Silvio Luís Ferreira da Rocha (SP)

---

**10h00 – Intervalo**

---

**10h30 – 12h00****SALA 1:**

**Contratos administrativos: como deve ser feito o controle de preços e quais os direitos do contratado?**

**Mediador:**

- João Paulo Lacerda (MS)

**Debatedores:**

- Pedro M. Niebuhr (SC)
- Maria Fernanda Pires (MG)
- Sabrina Iocken (SC)

**SALA 3:**

**Legalidade, legitimidade e eficiência: quais os parâmetros do controle da atividade administrativa?**

**Mediador:**

- Luiz Alberto Blanchet (PR)

**Debatedores:**

- Júlio Cesar dos Santos Esteves (MG)
- Adilson Abreu Dallari (SP)
- Rodrigo Valgas dos Santos (SC)

**SALA 2:**

**Processo administrativo disciplinar: como garantir a efetividade e evitar nulidades?**

**Mediador:**

- José Sérgio Cristóvam (SC)

**Debatedores:**

- Florivaldo Dutra de Araújo (MG)
- João Batista Gomes Moreira (DF)
- Matheus Carvalho (BA)

**SALA 4:**

**Direito à cidade: o que esperar dos municípios em matéria de planejamento ambiental e urbanístico?**

**Mediadora:**

- Maria Cristina Cesar de Oliveira (PA)

**Debatedores:**

- Daniela Libório (SP)
- Mariana Mêncio (SP)
- Regina Ferrari (PR)

---

**12h00 – Intervalo para Almoço**

---

**14h00 – 3º PAINEL: CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA**

**Mediadora:** Vivian Lima López Valle (PR)

**Debatedores:**

- Flávio Henrique Unes (DF)
- Georghio Tomelin (SP)
- Paulo Modesto (BA)

---

**15h30 – INTERVALO PARA CAFÉ E LANÇAMENTO DE LIVROS**

---

**16h00 – PAINEL ESPECIAL**

**Presidência de Mesa:** Jader Ferreira Guimarães (ES)

**Governança e contratações das empresas estatais: desafios concretos**

- Luciano de Araújo Ferraz (MG)

**Ética e controle da administração pública**

- Rogério Gesta Leal (RS)

**Inovações disruptivas: reflexos no Direito administrativo**

- Marcos Nóbrega (PE)

**Controle das políticas públicas: ferramentas inovadoras**

- Juarez Freitas (RS)

## TERCEIRO DIA – 19 DE SETEMBRO

### Programação Simultânea (2 salas, aproximadamente 500 lugares cada)

---

#### 08h30 – 10h00

**SALA 1:**

**Licitações: contratações eficientes e prevenção da corrupção**

**Mediador:**

- Bruno Belém (GO)

**Debatedores:**

- Carolina Zancaner Zockun (SP)
- Rodrigo Pironti (PR)
- Tatiana Camarão (MG)

**SALA 2:**

**Improbidade: rediscutindo o dolo e a culpa**

**Mediadora:**

- Ana Blasi (SC)

**Debatedores**

- Clóvis Beznos (SP)
  - Edgar Guimarães (PR)
  - Maurício Zockun (SP)
- 

#### 10h00 – INTERVALO

---

#### 10h30 – 12h00

**SALA 1:**

**Abuso de poder e abuso de autoridade: novas categorias, velhos problemas**

**Mediador:**

- Marcos Fey Probst (SC)

**Debatedores:**

- Paulo Motta (PR)
- Ricardo Marcondes Martins (SP)
- Valmir Pontes Filho (CE)

**SALA 2:**

**Intervenção federal: equilíbrio federativo e reflexo nas políticas públicas**

**Mediadora:**

- Caroline Müller Bitencourt (RS)

**Debatedores:**

- Raquel Urbano M. de Carvalho (MG)
  - Daniel Wunder Hachem (PR)
  - Sérgio Guerra (RJ)
- 

#### 12h00 – INTERVALO PARA ALMOÇO

---

#### 14h00 – 4º Painel: Direito da infraestrutura e parcerias com o mercado

**Mediador:** Noel Baratieri (SC)

**Debatedores:**

- Carlos Ari Sundfeld (SP)
  - Marçal Justen Filho (DF)
- 

#### 15h30 – INTERVALO PARA CAFÉ E LANÇAMENTO DE LIVROS

---

**16h00 – 5º PAINEL: DIREITO ADMINISTRATIVO E A LEI NO 13.655/18: INOVAÇÕES, POLÊMICAS E PERSPECTIVAS DE APLICAÇÃO**

**Mediador:** Francisco Taveira Neto (GO)

**Debatedores:**

- Daniel Ferreira (PR)
- Emerson Gabardo (PR)
- José dos Santos Carvalho Filho (RJ)

---

**17h30 – CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO**

**Presidente:** Pedro Paulo de Almeida Dutra (MG)

**Conferencista:** Celso Antônio Bandeira de Mello (SP)

---

**18h30 –** Entrega do Prêmio “Maria Sylvia Zanella Di Pietro” do Concurso de Artigos Jurídicos, bem como dos Prêmios de “Menção Honrosa do IBDA” para os melhores comunicados científicos e para o melhor resumo do Fórum de Boas Práticas de Inovação em Gestão Pública.

---

**18h45 – MESA DE ENCERRAMENTO**

---

### **COMISSÃO DA SESSÃO DE TESES E COMUNICADOS CIENTÍFICOS I**

**Presidente:**

- Christianne de Carvalho Stroppa (SP)

**Membros:**

- Saulo Coelho (GO)
- Alexandre Godoy Dotta (PR)

### **COMISSÃO DA SESSÃO DE TESES E COMUNICADOS CIENTÍFICOS II**

**Presidente:**

- Georges Louis Hage (BA)

**Membros:**

- Josenir Teixeira (SP)
- Flávia Cammarosano (SP)

### **COMISSÃO DA SESSÃO DE TESES E COMUNICADOS CIENTÍFICOS III**

**Presidente:**

- Cynara Mariano (CE)

**Membros:**

- Theresa Nóbrega (PE)
- Emerson Moura (RJ)

### **COMISSÃO DA SESSÃO DE TESES E COMUNICADOS CIENTÍFICOS IV**

**Presidente:**

- André Saddy (RJ)

**Membros:**

- Marcela Oliveira Santos (SP)
- Maurício Correa de Moura Rezende (PR)

### **COMISSÃO DA SESSÃO DE TESES E COMUNICADOS CIENTÍFICOS V**

**Presidente:**

- Mauro Luís Silva de Souza (RS)

**Membros:**

- Felipe Klein Gussoli (PR)

### **COMISSÃO DA SESSÃO DE TESES E COMUNICADOS CIENTÍFICOS VI**

**Presidente:**

- José Patrício Pereira Melo (CE)

**Membros:**

- Cynthia G. Juruena (PR)
- José Osório Nascimento Neto (PR)

### **COMISSÃO DA SESSÃO DE APRESENTAÇÃO DE EXPERIÊNCIAS INOVADORAS EM GESTÃO PÚBLICA**

**Presidente:**

- Antônio Nominando Diniz (PB)

**Membros:**

- Janriê Reck (RS)
- João Felipe Lehmen (RS)

### **COMISSÃO DO CONCURSO DE ARTIGOS JURÍDICOS I PRÊMIO “Maria Sylvia Zanella Di Pietro”**

**Presidente:**

- César Guimarães Pereira (PR)

**Membros:**

- Fábio Lins de Lessa Carvalho (AL)
- Yara Martínez de Carvalho e Silva Stroppa (SP)

### **COMISSÃO DO CONCURSO DE ARTIGOS JURÍDICOS II PRÊMIO “Maria Sylvia Zanella Di Pietro”**

**Presidente:**

- Denise Friedrich Bittencourt (RS)

**Membros:**

- Rúsvel Beltrame da Rocha (MG)
- Eloi Pettechust (PR)

# Pós GRADUAÇÃO

 CEISC  EAD Unisc

ISBN 978-85-5544-174-5



9 788555 441745



[ithala.com.br](http://ithala.com.br)