

VALMIR PONTES FILHO  
FABRÍCIO MOTTA  
EMERSON GABARDO

Coordenadores

A regeneração da  
**ADMINISTRAÇÃO**  
**PÚBLICA BRASILEIRA**

## 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 Red 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 Escriatório 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 Bacellar 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 Graduado 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.

---

R333 A regeneração da administração pública brasileira  
Livro do XXX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo  
NATAL-2016 / coordenação de Valmir Pontes Filho, Fabrício Motta,  
Emerson Gabardo – Curitiba: Íthala, 2017.  
288p.; 22,5cm

ISBN:978-85-5544-095-3

1. Administração pública – Brasil. 2. Direito Administrativo. I. Pontes Filho, Valmir (coord.). II. Motta, Fabrício (coord.). III. Gabardo, Emerson (coord.)

CDD 351 (22.ed)  
CDU 35

---

PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.).  
A regeneração da administração pública: Livro do XXX Congresso Brasileiro  
de Direito Administrativo NATAL-2016. Curitiba: Íthala, 2017. 288p. ISBN: 978-85-5544-095-3

Editora Íthala Ltda.  
Rua Aureliano Azevedo da Silveira, 49  
Bairro São João  
82030-040 – 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:  
Foto da capa:  
Projeto Gráfico e Diagramação: Marcos Dignes

  
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.

VALMIR PONTES FILHO  
FABRÍCIO MOTTA  
EMERSON GABARDO  
Coordenadores

A regeneração da  
**ADMINISTRAÇÃO**  
PÚBLICA BRASILEIRA





# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	11
-------------------	----

## PARTE I TEXTOS DOS PROFESSORES PARTICIPANTES

PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS .....	15
---	----

**Cristiana Fortini**

**Fabrizio Motta**

SERVIÇOS PÚBLICOS E OS DIFERENTES REGIMES DE PRESTAÇÃO .....	27
--	----

**Dinorá Adelaide Musetti Grotti**

REGIME JURÍDICO CONTRATUAL NO ÂMBITO DAS ESTATAIS: BREVES APONTAMENTOS EM FACE DAS INOVAÇÕES DA LEI Nº 13.303/16 .....	63
---	----

**Edgar Guimarães**

ESCOLHAS E EFICIÊNCIA: UMA INTEGRAÇÃO NECESSÁRIA .....	73
--	----

**José dos Santos Carvalho Filho**

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, PARTICIPAÇÃO POPULAR E PLANEJAMENTO URBANO: UMA TEMÁTICA POUCO EXPLORADA.....	83
--	----

**Lígia Maria Silva Melo de Casimiro**

A ATIVIDADE DE FOMENTO COMO MECANISMO DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	95
---	----

**Luiz Alberto Blanchet**

**Adriana da Costa Ricardo Schier**

O ESTATUTO DAS ESTATAIS E A MATRIZ DE RISCO NOS CONTRATOS PÚBLICOS:  
BREVE ENSAIO SOBRE O ROMPIMENTO DA  
“TEORIA DAS ÁLEAS” NO DIREITO ADMINISTRATIVO ..... 109

**Rodrigo Pironti Aguirre de Castro**

**Fernando Menegat**

LICITAÇÕES INTERNACIONAIS: REGIME JURÍDICO E ÓBICES À ABERTURA  
DO MERCADO PÚBLICO BRASILEIRO ÀS EMPRESAS ESTRANGEIRAS..... 119

**Thiago Marrara**

**Carolina Silva Campos**

DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA ..... 145

**Vladimir da Rocha França**

## **PARTE II**

### **TEXTOS VENCEDORES DO CONCURSO DE ARTIGOS JURÍDICOS**

PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO:  
TEXTO PARA UM NOVO CONTEXTO ..... 153

**Marcio Roberto Chaves**

ÁREAS PRIVADAS DE INTERESSE PÚBLICO: USOS DISTINTOS DE ESPAÇOS  
URBANOS NA ATUALIDADE E A INTERVENÇÃO SOCIAL DO ESTADO ..... 177

**Jesus Pacheco Simões**

A FUNÇÃO SOCIAL DA FAVELA..... 199

**Lucas Medeiros Gomes**

## **PARTE III**

### **EXPERIÊNCIAS INOVADORAS EM GESTÃO PÚBLICA**

GESTÃO POR COMPETÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO DIRETA:  
O DESAFIO DE UM NOVO SISTEMA GERENCIAL..... 219

**Francisco Elielson Sousa Oliveira**

A POLÍTICA DE ALTERNATIVAS PENAIS NO CEARÁ COMO ELEMENTO ESTRATÉGICO  
NO COMBATE À SOBRECARGA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO ESTADUAL .....221

**Amanda de Sousa Lopes**

**Gabriela Maria de Santana Gonçalves**

A LEI DE PERÍMETRO URBANO E SEU IMPACTO NO DESENVOLVIMENTO  
DA CIDADE E DO CAMPO: ANÁLISE DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO (SP) .....223

**André Simionato Castro**

UMA REFLEXÃO ACERCA DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO ARTIGO 9º,  
INCISO VII DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....225

**Celso de Almeida Afonso Neto**

**Pedro Cavalcanti Bandeira**

A APLICABILIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 59/2009 NAS  
INSTITUIÇÕES ESCOLARES MUNICIPAIS DA COMARCA DE PONTA GROSSA/PARANÁ:  
O ENSINO OBRIGATÓRIO A PARTIR DOS QUATRO ANOS DE IDADE .....227

**Vanessa Cavalari Calixto**

## **PARTE IV**

### **TESES E COMUNICADOS CIENTÍFICOS**

OS INDICADORES DE DESENVOLVIMENTO DO SERVIÇO PÚBLICO  
DE EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL .....231

**Alexandre Godoy Dotta**

OS LIMITES À DELEGAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA:  
ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DOS PARTICULARES .....232

**Ariane Shermam Morais Vieira**

RISCO, INCOMPLETUDE CONTRATUAL E EFICIÊNCIA  
NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS .....234

**Bruno Guimarães Bianchi**

MECANISMOS DE CONTROLE SOCIAL NA LEI GERAL DE LICITAÇÕES:  
IMPORTÂNCIA E APLICABILIDADE NO ÂMBITO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....235

**Carolina Barbosa Rios**

O PROUNI E A LEI DE REGULAMENTAÇÃO DAS ENTIDADES  
BENEFICENTES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL: A DESPROPORÇÃO DO NÚMERO  
DE VAGAS OFERTADAS .....237

**Carolina Braglia Aloise Bertazzoli**

A PARTICIPAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA NO PROCESSO DE URBANIZAÇÃO  
DAS CIDADES BRASILEIRAS – A REFORMA E MANUTENÇÃO DE  
EQUIPAMENTOS URBANOS NO MUNICÍPIO DE RIO VERDE, ESTADO DE GOIÁS.....239

**Carolina Merida**

A QUESTÃO BELO MONTE E O CONFLITO DE INTERESSES .....241

**Eduardo Legat Rodrigues**

ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO AMBIENTAL: CRÍTICA À EXIGIBILIDADE  
DE EIA/RIMA PARA EMPREENDIMENTOS INSTALADOS E/OU EM OPERAÇÃO .....243

**Gabriela Salazar Silva Pinto**

RELACIONAMENTO ENTRE ENTES FEDERATIVOS E A FISCALIZAÇÃO  
DA CFEM POR PARTE DE ESTADOS E MUNICÍPIOS .....245

**Gabriela Salazar Silva Pinto**

APLICABILIDADE DO CHAMAMENTO PÚBLICO NA LEI Nº 13.019/2014 .....247

**Isabella Karollina da Silva**

A MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO CARF: EM BUSCA  
DE UM REGIME DE INCOMPATIBILIDADES .....248

**Jamil Gonçalves do Nascimento Junior**

AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E AS CONSEQUÊNCIAS DO  
JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 848.826 .....250

**Joaquim Antônio Murta Oliveira Pereira**



PODER NORMATIVO DA ANVISA E POLÍTICA DE AGROTÓXICOS .....252

**Júlio César Souza dos Santos**

PROGRAMAS DE ESTÁGIO DE PÓS-GRADUAÇÃO JURÍDICA NA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....254

**Júlio César Souza dos Santos**

PATRIMONIALISMO E AS EMPRESAS ESTATAIS NO BRASIL: UMA PROPOSTA  
DE ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA OBRA DE CARLOS NELSON COUTINHO .....256

**Luasses Gonçalves dos Santos**

A TUTELA CONTRA O ILÍCITO COMO INSTRUMENTO PARA A PREVENÇÃO  
DE DANOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO.....258

**Luzardo Faria**

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA IMPLEMENTAÇÃO  
DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O DESAFIO DAS ESCOLHAS TRÁGICAS .....260

**Marcella Cordeiro Ferraz**

A TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR COMO  
ALTERNATIVA PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL:  
EXEMPLOS DE CURITIBA/PR E CASA DAS ROSAS/SP .....262

**Mariana Grilli Belinotte**

AS QUARENTENAS PREVISTAS NA LEI ANTITRUSTE (LEI Nº 12.529/11)  
E NA LEI DE CONFLITO DE INTERESSES (LEI Nº 12.813/13) COMO  
INSTRUMENTOS PREVENTIVOS DE DANO POTENCIAL:  
ANÁLISE JURÍDICA E COMPARATIVA .....264

**Mariana Nascimento Silveira**

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DIVERGÊNCIA QUANTO  
À COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS .....266

**Paulo Vinicius Liebl Fernandes**

DISCRIMINAÇÕES DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE EM LICITAÇÕES: FUNDAMENTOS E LICITAÇÕES EXCLUSIVAS.....	268
--	-----

**Paulo Victor Barbosa Recchia**

UBER E SERVIÇOS DE TÁXI NO BRASIL .....	270
---	-----

**Thais Amaral Dourado**

O PRAZO PRESCRICIONAL PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM FACE DO PARTICULAR NO ATO IMPROBO COM PLURALIDADE DE AGENTES E DE PRAZOS .....	272
--	-----

**Vanessa Araujo de Medeiros**

A APLICABILIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 59/2009 NAS INSTITUIÇÕES ESCOLARES MUNICIPAIS DA COMARCA DE PONTA GROSSA/PARANÁ: O ENSINO OBRIGATÓRIO A PARTIR DOS QUATRO ANOS DE IDADE .....	274
---	-----

**Vanessa Cavalari Calixto**

## **PARTE V APÊNDICES**

CARTA DE NATAL.....	279
COORDENAÇÃO DO EVENTO .....	282
PROGRAMAÇÃO DO EVENTO.....	283

## APRESENTAÇÃO

Não poucas têm sido as vezes que o IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo oferece ao mundo jurídico a oportunidade de trazer a lume, após a realização de seus Congressos, obra compiladora dos trabalhos apresentados pelos eminentes juristas que neles proferiram palestras ou participaram dos seus ricos debates em painéis.

Também agora, após o inesquecível XXX Congresso Brasileiro, realizado na bela cidade de Natal (RN), se cuida publicar este livro, cujo extraordinário conteúdo de certo encantará a todos os amantes do Direito Administrativo. Sob a geral temática da “A Regeneração Moral e Jurídica da Administração Pública Brasileira”, importantes temas restam abordados, como os alusivos à corrupção das licitações, à eficiência e à improbidade administrativas, aos serviços públicos, ao regime jurídico contratual das empresas estatais e aos desafios atuais da Administração.

Isto sem deixar de dar merecida publicidade aos textos vencedores do concurso de artigos jurídicos e teses científicas, elaborados pelos próprios congressistas, bem como brilhantes relatos sobre experiências inovadoras em gestão pública.

A todas e a todos que deram sua valiosa contribuição intelectual, registro meus profundos agradecimentos. Sem deslembrar, todavia, do rigorosamente não avaliável, dada a sua dimensão, contributo dos Professores Emerson Gabardo e Fabrício Motta para que tudo corresse desta forma, este último, aliás, merecidamente eleito para me suceder na Presidência do IBDA. Em melhores mãos do que as minhas o Instituto viverá, estou convicto, dias de inextinguível brilho.

Neste gravíssimo momento da vida nacional, em que os mais básicos conceitos e princípios éticos estão a ser severamente abalados pela conduta de alguns governantes e agentes públicos que se deixaram levar (ou melhor, que voluntariamente optaram) pela argentária indecência, era, como continuará a ser, imprescindível que o IBDA se manifestasse (e se manifeste doravante, enfim), seja pela realização do seu trigésimo evento nacional da forma como fez, seja pela publicação desta obra, toda ela sob a inspiração do superior princípio constitucional da moralidade pública.

**Valmir Pontes Filho**

Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – Gestão 2014-2016.

Professor da Universidade Federal do Ceará e da UNIFOR – aposentado.





PARTE I

TEXTOS DOS PROFESSORES

PARTICIPANTES





# PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

CRISTIANA FORTINI<sup>1</sup>

FABRÍCIO MOTTA<sup>2</sup>

**Sumário:** 1. Corrupção: um problema social universal; 2. Licitações e contratos administrativos: regime jurídico e o estímulo à corrupção; 2.1 O cumprimento da ordem cronológica de pagamentos; 2.2 A fiscalização da execução contratual; 3. Conclusões; Referências.

## 1. Corrupção: um problema social universal

O conceito técnico-jurídico de corrupção não é universal. Pode se emprestar, ao sabor da opção política do país, maior ou menor amplitude ao vocábulo, incrementando ou reduzindo a lista do que se poderia enquadrar como prática corrupta.

Práticas consideradas corruptas em dado país podem ser aceitas em outros locais. O FCPA – Foreign Corrupt Practise Act, diploma editado nos Estados Unidos, no final da década de 70, embora proíba a oferta e a efetiva realização de pagamentos impróprios, a *foreign official* não condena o pagamento de dinheiro ou equivalente quando ajustado expressamente à legislação do país estrangeiro. A regra parece ignorar que, ainda que a legislação externa autorize o pagamento, a preocupação mundial deve ser a de evitar qualquer sorte de ofensa ao ambiente competitivo, pelo que todos os esforços devem ser congregados com vistas a desestimular de forma irmanada práticas incorretas, sobretudo porque a corrupção danifica de forma mais acentuada os países mais pobres, impedindo o bem-estar social e por vezes afetando a democracia.

---

<sup>1</sup> Professora de Direito Administrativo da Universidade Federal de Minas Gerais. Doutora em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais. Visiting Scholar na George Washington University com apoio da Capes. Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Ex-Controladora Geral e Ex-Procuradora Geral Adjunta de Belo Horizonte. Advogada.

<sup>2</sup> Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal de Goiás. Doutor em Direito do Estado (USP). Mestre em Direito Administrativo (UFMG). Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA. Procurador do Ministério Público de Contas – TCMGO.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE conceitua corrupção como o abuso de agentes públicos e privados para obtenção de vantagens pessoais, aludindo não apenas ao recebimento de propina, mas incluindo a menção ao nepotismo, à fraude e à captura estatal.<sup>3,4</sup>

A Transparência Internacional – TI, entidade internacional dedicada ao combate à corrupção, também menciona que, em sentido mais amplo, a corrupção relaciona-se ao abuso de poder visando benefícios pessoais.

A maior ou menor amplitude que se possa atribuir ao conceito não minimiza os impactos sociais nefastos que sua prática pode provocar. O aumento dos valores dos contratos celebrados por entes estatais, diante da inclusão do “custo propina”, bem como o direcionamento irracional e indevido dos recursos públicos em detrimento das reais necessidades sociais, é exemplo que revela que a corrupção afeta a todos, mas atinge de forma ainda mais brutal a camada economicamente mais frágil da população, porque os recursos públicos não serão alocados de forma a suprir suas carências.

O custo com a corrupção alcança cifras importantíssimas. Segundo a OCDE, a corrupção representa 5% (cinco por cento) do GDP global,<sup>5</sup> estimando-se o pagamento de mais de 1 trilhão de dólares todos os anos, adicionando-se um custo de 25% (vinte e cinco por cento) dos contratos públicos em países em desenvolvimento, afetando a economia e os direitos dos cidadãos.<sup>6</sup>

A OCDE noticia a relação entre mortalidade infantil e corrupção.<sup>7</sup> Não apenas a falta de recursos destinados à saúde pode promover a mortalidade (infantil ou não), mas o conluio entre agentes públicos e contratados na fase da definição do objeto e na fase da execução do ajuste pode levar à utilização de remédios inadequados ou mal produzidos.

<sup>3</sup> OECD. *CleanGovBiz Initiative*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf>>.

<sup>4</sup> Retomamos aqui estudo anterior. FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

<sup>5</sup> GDP significa “Gross domestic product”, expressão equivalente ao nosso PIB – Produto Interno Bruto.

<sup>6</sup> “Corruption is one of the main obstacles to sustainable economic, political and social development, for developing, emerging and developed economies alike. Overall, corruption reduces efficiency and increases inequality. Estimates show that the cost of corruption equals more than 5% of global GDP (US\$ 2.6 trillion, World Economic Forum) with over US\$ 1 trillion paid in bribes each year (World Bank). It is not only a question of ethics; we simply cannot afford such waste” (OECD. *CleanGovBiz Initiative*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf>>).

<sup>7</sup> “Several studies provide evidence of the negative correlation between corruption and the quality of government investments, services and regulations. For example, child mortality rates in countries with high levels of corruption are about one third higher than in countries with low corruption, infant mortality rates are almost twice as high and student dropout rates are five times as high (Gupta et al. 2011). Numbers on the monetary loss due to corruption vary, but are alarming. The African Union (2002) estimates that 25% of the GDP of African states, amounting to US\$148 billion, is lost to corruption every year. The US health care programmes Medicare and Medicaid estimate that 5% to 10% of their annual budget is wasted as a result of corruption” (OECD. *CleanGovBiz Initiative*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf>>).



Há de se ter em mente que os países em que o custo corrupção existe tendem a receber menor quantidade de investimentos, reforçando o problema social.<sup>8</sup> Segundo a Transparência Internacional, há outros efeitos negativos provenientes de práticas relacionadas à corrupção: 1) prejudica-se a inovação tecnológica porque as empresas corruptas não têm interesse (razão) em fazê-la ou não precisam fazê-la para se manter no mercado, enquanto as demais não se sentem estimuladas a alocar recursos para essa finalidade; 2) destroem-se os empregos porque afeta-se o ambiente competitivo, provocando o fim de empresas idôneas.

## **2. Licitações e contratos administrativos: regime jurídico e o estímulo à corrupção**

O ambiente das contratações públicas é mundialmente reconhecido como berçário para condutas ilícitas. Ainda que a ordem jurídica de cada país possa exprimir maior ou menor repulsa a determinado comportamento, os países, em geral, condenam atos que maculem competição sadia ou que propiciem benefícios indevidos a particulares durante a execução contratual.

Mundialmente também se reconhece a pluralidade de situações em que a impessoalidade e a moralidade são atacadas no intervalo que se estabelece entre a primeira manifestação estatal, a indicar a necessidade de se proceder à licitação, e o final da execução contratual. Organismos internacionais, como a Transparência Internacional, entretanto, apontam momentos de maior fragilidade, a demandar redobrada atenção.

A fase interna é especialmente sensível. São reais e conhecidos os riscos de que a contratação pública nasça contaminada por escolhas feitas na fase preparatória.

O aparentemente inocente ato de definir prioridades de aquisição já pode estar contaminado. Isso porque, escassos que são os recursos públicos, caberá ao agente público escolher o que contratar ou, pelo menos, o que contratar em um primeiro momento.

Daí em diante as escolhas vão se avolumando. Quando se pensa em serviço, definem-se, por exemplo, prazos, metodologia, etapas, produtos, quantidade, tipo de

---

<sup>8</sup> "First, bribes and drawn-out negotiations to bargain them add additional costs to a transaction. Second, corruption brings with it the risk of prosecution, important penalties, blacklisting and reputational damage. Third, engaging in bribery creates business uncertainty, as such behaviour does not necessarily guarantee business to a company; there can always be another competing company willing to offer a higher bribe to tilt the business in its favour. On the macro level, corruption distorts market mechanisms, like fair competition and deters domestic and foreign investments, thus stifling growth and future business opportunities for all stakeholders. IMF research has shown that investment in corrupt countries is almost 5% less than in countries that are relatively corruption-free. The World Economic Forum estimates that corruption increases the cost of doing business by up to 10% on average. Siemens, the German engineering giant, had to pay penalties of US\$ 1.6 billion in 2008 to settle charges that it routinely engaged in bribery around the world. A significant negative impact of corruption on a country's capital productivity has been proven (Lambsdorff, 2003)" (OECD. *CleanGovBiz Initiative*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf>>).

mão de obra envolvida. Claro que maior ou menor definição prévia, pela administração pública, dependerá do modelo contratual que se quer adotar e da maior ou menor liberdade que se deseja conferir ao contratado.

Apresentado e especificado o objeto, há de se estimar o custo da futura e provável contratação. Também se impõe verificar quais características o interessado em disputar a licitação deverá reunir. Assim, passo a passo, decisões são proferidas, previamente à inauguração do certame propriamente dito e antes que a sociedade tenha ciência dos movimentos silenciosamente realizados pelos agentes públicos.

A depender das condições contidas no ato convocatório, sabe-se de antemão quem poderá participar da futura licitação e quem já está de pronto afastado. Nos mercados em que é restrito o número de atores, algumas definições bastam para reduzir ainda mais a amplitude da competição e, assim, dirigir o contrato antes mesmo de se conhecerem as propostas.

Portanto, medidas que possam restringir as possibilidades de contratações que não espelhem o interesse público são sempre bem-vindas.

A Lei nº 8.666/93, diploma longo e exaustivo, criou uma série de rotinas e procedimentos que condicionam a legalidade das licitações e dos contratos públicos. Um dos principais defeitos da norma é justamente o excesso de regras. A lei foi criada tendo como modelo a contratação de obras e serviços de engenharia, objetos que geralmente acarretam a necessidade de diversos projetos e etapas e envolvem soma considerável de dinheiro. Contudo, a lógica das obras de engenharia foi imposta para todos os contratos administrativos, criando uma série de exigências burocráticas e formais que acabam tornando a contratação demorada e onerosa.

A maior parte das controvérsias relativas às licitações levadas ao Judiciário diz respeito à habilitação, etapa de apresentação de documentos. O excesso de burocracia e formalidades sem ligação direta com a segurança da contratação pública pode abrir campo fértil para o florescimento da corrupção: criam-se dificuldades para se vender facilidades, como se costuma dizer. O exagero de documentos, certidões, atestados e certificações acaba transformando a concorrência em uma competição do melhor “cumpridor de condições formais”, e não de seleção da melhor proposta para o interesse público.

Também há riscos na definição do custo da contratação, diante da ausência de regras mais precisas na Lei nº 8666/93 e na Lei nº 10.520/02, assim como há riscos associados ao exame das propostas de ordem técnica, dado que presente uma relativa subjetividade, ainda que diante das balizas editalícias.

Mas se para além das definições das prioridades do que contratar, da definição das especificações do objeto e da questão documental, tudo a oferecer riscos à probidade do certame, há que se considerar outras possibilidades de desvios associadas à fase de execução dos contratos.

## 2.1 O cumprimento da ordem cronológica de pagamentos

O Estado paga mais caro por suas obras, bens e serviços, e a corrupção é uma das causas. Entretanto, outra causa dessa situação é a contumaz inadimplência e o descaso estatal no cumprimento de suas obrigações contratuais. O contratado pelo Estado já conta com a real expectativa de que executará sua prestação, mas não receberá os valores devidos nos prazos ajustados. Em simples palavras, o particular já imagina que terá que se esforçar muito para que o Estado cumpra suas obrigações contratuais. Essa mora incorrigível tem um custo, que obviamente compõe o custo formado pelo particular na apresentação de sua proposta. É constrangedor admitir que o Estado, como regra, não possui credibilidade como cumpridor de contratos – essa falta de credibilidade é precificada pelo mercado.

Uma das questões essenciais que compõem esse cenário é a obediência da ordem cronológica de pagamentos. Não há dificuldade em se imaginar que os pagamentos devem ser feitos em ordem cronológica, de acordo com a execução dos contratos respectivos, por imperativo lógico e isonômico. O artigo 5º da Lei nº 8.666/93 contém regra nesse sentido:

*“Art. 5º Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada”* (grifo nosso).

A obediência à ordem cronológica impede a Administração Pública de escolher, aleatoriamente, a sequência de pagamentos. Não se coaduna com privilégios na ordem de recebimento, pois preza pelo respeito ao pactuado nos contratos. Trata-se de regra de garantia para o contratado e para o cidadão, voltada à vedação de caprichos, perseguições e favores pessoais, remunerados ou não. Pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade é crime (art. 92 da Lei nº 8.666/93), sujeito à pena de detenção, de dois a quatro anos, e multa. Não é incomum a total subversão desta ordem, submetendo contratados (geralmente, claro, as pequenas empresas e empresários) ao constrangedor – e ilegal, imoral – périplo por repartições para ver seu direito respeitado.

Ao dever da Administração de realizar o pagamento seguindo a ordem cronológica das exigibilidades, por fonte de recursos, corresponde direito subjetivo do contratado

de exigir a satisfação do seu crédito, quando violada a respectiva ordem. A questão foi objeto de atenção recente por parte da ATRICON – Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil, que instituiu diretrizes para o controle da obediência ao disposto no artigo 5º da Lei nº 8.666/93. Ao reconhecer a importância de que os Tribunais de Contas fiscalizem rigidamente a regra, cuja desobediência oferece oportunidade corruptiva, a ATRICON recomendou aos Tribunais de Contas a promoção de ações junto aos jurisdicionados, visando à edição de lei local e/ou decreto que regulamente o cumprimento da regra comentada contemplando, no mínimo:

- a. a ocasião em que o credor deverá ser inserido na respectiva sequência, considerando (i) a demonstração, para o ingresso na fila, do adimplemento da parcela contratual mediante a apresentação de fatura ou documento equivalente pelo contratado, a ser confirmada na liquidação da despesa e (ii) o cumprimento das demais condições legais e contratuais exigíveis, como a regularidade fiscal, trabalhista e com a seguridade social, dentre outras, também a serem confirmadas na liquidação da despesa;
- b. as hipóteses de suspensão da inscrição do crédito na ordem cronológica de pagamento, em razão da ausência de demonstração do cumprimento das condições legais e contratuais pelo contratado;
- c. a fixação de prazo máximo para a realização da liquidação e para o efetivo pagamento, a contar do ingresso na linha de preferência, ou para a rejeição dos serviços prestados ou bens fornecidos, por desatendimento das exigências legais ou contratuais; e
- d. as situações que poderão vir a constituir, ainda que não de forma taxativa, relevantes razões de interesse público, a permitir excepcionar a regra da ordem cronológica, a propósito do que estabelece a parte final do artigo 5º, caput, da Lei nº 8.666/93” (Resolução ATRICON nº 8/2014).

No mesmo ato, foi considerada como obrigatória a implementação, por parte da Administração Pública, de sistema informatizado que possibilite a divulgação em tempo real, na rede mundial de computadores, das diversas ordens cronológicas e das respectivas listas de credores, com ampla acessibilidade a qualquer cidadão, em atenção ao prescrito na Lei nº 12.527/11 (Lei da Transparência).

A gravidade da questão não escapou da atenção de Joel Niebuhr, que propõe medida impactante: o sequestro dos valores preteridos diretamente das contas públicas. Para o autor, um dos maiores conhecedores do assunto no país:

o sequestro é tão violento quanto o descumprimento da ordem cronológica – ou deveria ser considerado. Prescrever o sequestro não significa incitá-lo. Não quero o sequestro, quero o cumprimento da ordem cronológica. O sequestro é apenas a

sanção, que precisa ser forte, porque a Administração Pública dá de ombros para a norma legal há mais de 20 anos. A Administração Pública somente irá cumprir a norma legal se houver uma sanção forte e exequível, não vejo outra, afora o sequestro. O Poder Público respeita a ordem dos precatórios porque os gestores sabem que, se não o fizerem, no dia seguinte o beneficiado com o precatório preterido sequestra-lhe os valores, simples assim.<sup>9</sup>

O autor propõe ainda o estabelecimento de prazos rígidos para que a Administração Pública tome providências em relação ao processamento das despesas e aos pedidos do contratado, como para a liquidação, para os pagamentos, para conceder reajuste e para analisar pedidos de aditivos. Como informa:

não é raro que a Administração, para não pagar o contratado, recuse-se a liquidar a despesa. Ou seja, o contratado executa o contrato, entrega à Administração Pública, porém ela se recusa a fazer as medições, a reconhecer o que foi executado. Sucede que ela precisa liquidar a despesa para o contratado emitir a nota de faturamento e, com isso, entrar na fila da ordem cronológica. A Administração Pública se recusa a liquidar a despesa porque daí parece ao controle que não há problemas de inadimplemento. Isso deve ser coibido e o mesmo vale para o pagamento e para todos os pedidos formulados pelos contratados.<sup>10</sup>

A questão deve ser objeto de acurada atenção por parte do controle externo. O foco da fiscalização do controle externo, entretanto, não deve ser a satisfação do direito individual de cada credor, mas sim a obediência à regra constante do artigo 5º da Lei nº 8.666/93. Cabe ao sistema de controle, em primeira análise, constatar o descumprimento da regra e sancionar o gestor.

Por outro lado, para que se imponha à Administração o dever de efetuar pagamento a credor determinado, por força da desobediência à ordem cronológica, não basta constatar a existência de pagamentos de obrigações contraídas posteriormente. Como visto, a regra é clara ao assentar a necessária obediência, para cada fonte diferenciada de recursos, da estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, excetuados os casos em que presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente. Inferir violação em singelo caso isolado, relativo a singular contratação de uma única empresa, poderia importar em desprezo ao exame dos pagamentos oriundos da mesma “fonte de recursos” mencionada no dispositivo antes citado. Por essa razão, é ideal que a aferição dessas irregularidades seja feitas

---

<sup>9</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Dez medidas de combate à insegurança jurídica e ao inadimplemento da Administração Pública em contratos administrativos. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba, n. 273, p. 1083-1089, nov. 2016.

<sup>10</sup> Idem.

no exame das contas de gestão, ou em sede de inspeção/tomada de contas voltadas ao conjunto de todos os pagamentos oriundos daquela mesma fonte de recursos. De qualquer maneira, a competência dos Tribunais de Contas para fazer valer o respeito à regra comentada é incontestável. Mais do que isso, trata-se de importante resguardo da obediência aos princípios da impessoalidade e moralidade, impedindo a consagração de privilégios incompatíveis com o regime republicano.

## 2.2 A fiscalização da execução contratual

Os órgãos de controle da Administração costumam dedicar muita atenção para a análise da licitação, buscando identificar ilegalidades no edital ou no procedimento que comprometam a lisura do certame. Entretanto, não há riscos em afirmar que *os principais vícios corruptivos ocorrem na execução dos contratos, e não na realização da licitação*. Isso deve ser creditado a fatores como o incremento da atuação de órgãos de controle interno e externo, o amplo acesso a informações e o crescimento do controle social, exercitado pela população. Desta forma, se em tempos passados bastava prever preços superiores aos vigentes no mercado (sobrepço) para desviar os valores excedentes, atualmente é mais fácil conseguir esse excedente criminoso durante a execução contratual. Exemplos: a Administração contrata empresa para prestar serviço de vigilância armada em 20 postos de trabalho, mas, na prática, apenas 15 trabalham; uma obra pública é licitada e contratada prevendo a colocação de piso de granito, mas é colocado porcelanato; é feito um aterro com a contratação de 200 caminhões com terra, sendo 150 para a obra e 50 para a casa do Prefeito. A pergunta que naturalmente surge é: ninguém fiscaliza isso tudo? Determina o art. 67 da Lei nº 8.666/93:

A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

A regra é imperativa: a execução dos contratos *deverá* – e não simplesmente *poderá* – ser acompanhada por fiscal de Administração. A doutrina especializada tem identificado presença necessária de dois atores que exercem distintas funções: o *gestor do contrato*, que possui atribuições mais amplas ligadas à administração geral do contrato, e o *fiscal*, servidor designado para acompanhar a execução dos serviços contratados. Cabe ao *fiscal do contrato* verificar a conformidade da execução do

contrato com as cláusulas contratuais, especialmente as relativas à caracterização do objeto e aos respectivos prazos. Somente após o “atesto” do fiscal, conferindo o *que foi feito* e *como foi feito* pelo contratado, as faturas podem ser pagas. É o fiscal o responsável pelas informações relativas à execução dos serviços e obras para que possam ser aplicadas penalidades e retidos pagamentos, por exemplo. Finalmente, compete ao responsável pelo acompanhamento e fiscalização do contrato receber provisoriamente seu objeto, mediante termo circunstanciado (art. 73, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 8.666/93), assinado pelas partes até em 15 dias, contado do momento em que o contratado comunica, por escrito, a conclusão do objeto.

A correta compreensão das diferentes funções é essencial para a verificação das correspondentes responsabilidades. Em diversas situações, o ordenador de despesas autoriza o pagamento de algo que não foi executado (ou que foi executado em menor quantidade, por exemplo) porque há declaração do fiscal, omissa ou corrupta, de que tudo se encontra na mais perfeita ordem. Não é possível imputar ao ordenador de despesa toda a responsabilidade, em todas as situações, pois o pagamento é ato vinculado após a regular liquidação da despesa.

A importância essencial da função exercida pelo fiscal não costuma ser objeto de atenção por parte da Administração: não há investimento na capacitação dos fiscais, existentes em número insuficiente para o volume de contratos; a escolha recai sobre servidores sem o conhecimento técnico do objeto e das cláusulas do contrato. O resultado dessa desídia é conhecido em todos os rincões desse imenso Brasil: obras de baixa qualidade, serviços prestados de forma inadequada, fraudadores sem sanção, pagamentos acima do valor de mercado. Importante considerar que maior é o desafio de conter a corrupção quando da fiscalização contratual quanto mais obscuras ou pouco delineadas forem as cláusulas contratuais ou menos estruturada for a entidade pública. A não designação de fiscal, a designação informal ou tardia e a ausência de explicação a respeito das atribuições inerentes à fiscalização são exemplos comuns de falhas que incentivam a corrupção.

A maior discricionariedade também pode favorecer a prática de atos ilícitos. A indefinição prévia da atitude a ser adotada e a pluralidade de caminhos (alguns mais penosos que outros) contribuem para o risco de corrupção. A Lei nº 8.666/93, embora detalhista em grande parte do tempo, não esclarece quando se aplica cada uma das sanções descritas no art. 87. Caberá ao administrador fazer a correlação entre a infração e a pena, já ao minutar o contrato, na fase interna da licitação ou, pior, decidir qual reprimenda aplicar, quando detectada a falha, livre de qualquer referência mais precisa.

Cabe citar a experiência de Belo Horizonte. O município, preocupado em padronizar comportamentos, tanto quanto possível, em especial para evitar diferentes atitudes por seus órgãos, que estivessem a vivenciar a mesma situação e, evidentemente, receoso de

que a indefinição legal pudesse contribuir para a não penalização e, pior, para a “compra da absolvição”, editou o Decreto nº 15.113/13.<sup>11</sup> A norma estabelece a pena a ser aplicada diante de infrações que descreve, servindo como norte para os administradores públicos e reduzindo a discricionariedade administrativa.

A discricionariedade administrativa pode se revelar prejudicial ao combate à corrupção, mas não se pode atribuir apenas e sempre à maior liberdade de ação a responsabilidade pelas ações desonestas. No Brasil, o passo a passo da fase competitiva (na qual a disputa efetivamente se dá) é disciplinado de forma a reduzir a discricionariedade administrativa. Há um rito preconcebido,<sup>12</sup> além de uma preferência pelo critério do menor preço, na tentativa de evitar subjetivismos.<sup>13</sup>

Mas, mesmo quando admite os critérios melhor técnica ou técnica e preço, a Lei nº 8.666/93 prescreve os movimentos a serem adotados, como se pode verificar da leitura do art. 46. A lei dita cada ato a ser adotado, na tentativa de salvaguardar a imparcialidade e eliminar a subjetividade. A mesma preocupação se percebe nas decisões dos Tribunais de Contas, que adotam posição rigorosa, condenando o que consideram excessiva subjetividade e investigando os pormenores das licitações em que o elemento técnica está presente.<sup>14</sup>

### 3. Conclusões

A globalização contribuiu para uma cruzada em prol de um ambiente ético, considerando que a atuação para além muros implica desafios quando se enfrenta uma atmosfera adversa à probidade. Compromissos assumidos pelo Brasil na ONU, OCDE e OEA, somados às pressões populares, resultaram na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como “Lei da Anticorrupção”.

Ali se realça o repúdio estatal a comportamentos tidos como antiéticos e que envolvem direta ou indiretamente a relação público e privado. Há um destaque para o ambiente das contratações públicas, ainda que outras condutas, não pertinentes à essa temática, também estejam descritas como corruptas.

A Lei Anticorrupção, em certa medida, estimula a governança privada, dado que valoriza, para fins de redução da punição, a existência de programas de integridade. Mas

<sup>11</sup> O Decreto nº 15.113, de 8.1.2013, dispõe sobre o procedimento administrativo para a aplicação de sanções administrativas em razão de ilícitos cometidos em licitações, contratações diretas e cadastramentos junto ao Sistema Único de Cadastro de Fornecedores – Sucaf – realizados pela Administração Direta e Indireta do Município (ATIVIDADE legislativa. *Câmara municipal*. Disponível em: <<http://www.cmbh.mg.gov.br/leis/legislacao/pesquisa>>).

<sup>12</sup> Art. 43 e seguintes da Lei nº 8.666/93.

<sup>13</sup> O que se percebe pela aplicação limitada dos critérios melhor técnica e técnica e preço.

<sup>14</sup> Há uma série de julgados em que se discutem os percentuais destinados à técnica em “detrimento” do preço, assim como há julgados a examinar os critérios utilizados para se aferir a técnica. Apenas para ilustrar, seguem alguns julgados do Plenário do TCU: nºs 891/08, 1.287/08, 2.389/07.



é evidente que a preocupação com governança, com controle interno, com mitigação de riscos, com códigos de ética não se encerra no ambiente privado.

Também na esfera estatal há de se pensar em governança. Insuficiente e hipócrita estimular as entidades privadas a direcionarem seus esforços para evitar condutas inaceitáveis se a esfera pública sequer valoriza seu controle interno e menos ainda cuida de promover a sua própria governança.

A Lei das Estatais, tal como o *OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, publicado inicialmente em 2005 e atualizado em 2015,<sup>15</sup> também busca incorporar parâmetros, diretrizes e balizas de governança, com enfoque nos mecanismos e procedimentos de promoção da integridade. Confere-se, nesse sentido, destaque às medidas de controle interno, à gestão de riscos, à auditoria, à *accountability* e à transparência.

Mas ainda estamos engatinhando.

## Referências

ATIVIDADE legislativa. *Câmara municipal*. Disponível em: <<http://www.cmbh.mg.gov.br/leis/legislacao/pesquisa>>.

OECD. *CleanGovBiz Initiative*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf>>.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Dez medidas de combate à insegurança jurídica e ao inadimplemento da Administração Pública em contratos administrativos. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba, n. 273, p. 1083-1089, nov. 2016.

---

<sup>15</sup> FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017.



# SERVIÇOS PÚBLICOS E OS DIFERENTES REGIMES DE PRESTAÇÃO

DINORÁ ADELAIDE MUNETTI GROTTI<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O retorno da concessão para a empresa privada; 3. Permissão; 4. Autorização; 5. Franquia; 6. Credenciamento; 7. Arrendamento; 8. Consórcio público; 9. Contrato de gestão; 10. Considerações finais; Referências.

## 1. Introdução

O Estado brasileiro, ao longo do tempo, organizou o desempenho de seus serviços públicos sob diversas modalidades. Originariamente, só se conhecia a prestação direta pelo Estado, valendo-se dos órgãos que compõem o seu próprio aparato administrativo. Nos anos 20 do século XX inicia-se um processo de descentralização do Estado, com a criação de autarquias, que ganhou grande incremento após a Revolução de 30, exercendo não apenas funções de índole administrativa, como também de natureza industrial ou comercial. Também nesse período teve grande voga a concessão a favor de pessoas privadas (nacionais e estrangeiras), seguida, após a Segunda Guerra Mundial, da criação de pessoas jurídicas de direito privado, sociedades de economia mista e empresas públicas.

Em setores como transporte ferroviário, energia elétrica, telecomunicações, por exemplo, a presença estatal é quase exclusiva na segunda metade do século XX.

A partir da década de 80 iniciou-se um movimento inverso e várias empresas estatais ou áreas absorvidas pelo Estado foram transferidas para o setor privado. O regime de exploração dos serviços públicos sofreu alterações, admitindo-se a fragmentação de atividades e exploração em regime privado, através das autorizações (e não apenas em regime público, através das concessões e permissões) e introduzindo-se a gradativa competição entre prestadores, por diversos mecanismos, sujeitando-se tanto a regimes de regulação como às regras nacionais de defesa da concorrência.

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

Ao lado da permissão e da concessão, nas suas diversas modalidades, surgiram a franquia, o credenciamento, o arrendamento, os consórcios públicos para gestão de serviços de interesse comum dos consorciados, os convênios para o desenvolvimento de atividades de interesse comum, os contratos de gestão, entre outros, “todos eles com regimes jurídicos próprios disciplinados em normas específicas, a demonstrar a hibridez de regime de Direito Público e de Direito Privado, e a complexidade da matéria contratual da Administração na atualidade”.<sup>2</sup>

O surgimento dessas várias figuras de gestão deveu-se à constatação de que a assunção de todos os riscos pelo particular acabava inviabilizando a contratação, pois, a probabilidade de investimentos de recursos e esforços na gestão do serviço público por um particular torna-se menos provável quanto mais incerta a possibilidade de sucesso empresarial e maiores os investimentos exigidos.

No presente estudo, sem pretensão de exaustão, serão abordadas apenas algumas espécies de prestação de serviços públicos por particulares.

## **2. O retorno da concessão para a empresa privada**

A concessão ressurgiu com a mesma justificativa que direcionou sua elaboração no século XIX: realização de serviços sem ônus financeiro para a Administração, mas num outro contexto.

Forçoso é reconhecer que, no Brasil, a redescoberta das concessões ocorreu especialmente em face da chamada crise fiscal e financeira do Estado de caráter conjuntural e pouco contribuiu para a melhora do serviço público.

Vale observar que a “mercadorização” dos serviços públicos, apontada por Vital Moreira,<sup>3</sup> também ocorre quando o critério de julgamento em algumas concessões na licitação é o da maior oferta pela outorga do serviço, que acaba por onerar o usuário, com o acréscimo no valor da tarifa.

O instituto da concessão é velho, por ter sido o primeiro modo de descentralização de serviços públicos; no entanto, a concessão utilizada para diminuir o aparelhamento do Estado, ou seja, com o objetivo de privatizar, é nova.

Para dar cumprimento ao dispositivo constitucional de 1988 (art.175), foram editadas as Leis nºs 8.987/1995<sup>4</sup> e 9.074/1995.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Formas de prestação do serviço público. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções administrativas do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.171-172. (*Tratado de Direito Administrativo*. v. 4. Coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro).

<sup>3</sup> MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n.1, p. 227-248, jan./mar. 2003. p. 239.

<sup>4</sup> A Lei nº 8.987 foi alterada pelas Leis nºs 9.074, de 07-07-95, 9.648, de 27-05-98, 9.791/1999, 11.196/2005, 11.445/2007, 12.767/2012 e 13.097/2015.

<sup>5</sup> A Lei nº 9.074 foi alterada pelas Leis nºs 9.432/1997, 9.648/1998, 10.684/2003, 10.848/2004, 11.292/2006,

As leis têm âmbito nacional, pois suas normas gerais aplicam-se aos Estados, Municípios e Distrito Federal, nos termos do que dispõe o art. 22, XXVII da CF/88. Do âmbito de regência da Lei nº 8.987/1995, entretanto, por expressa disposição do art. 41, estão excluídas as concessões, permissões (e autorizações) para os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (rádio e televisão).

Nesse momento de retomada da concessão há inovações importantes nas concepções da política legislativa subjacente à edição da Lei Geral de Concessões.

A exclusividade (por empresas particulares na fase de sua implantação e depois por empresas estatais na fase de seu maior desenvolvimento) não mais caracteriza a concessão em geral, pois aí se introduziu a gradativa competição entre prestadores, por diversos mecanismos, justificada pela tese de que mercados em concorrência são mais eficientes que mercados monopolistas, entendendo-se por eficiência a prestação de serviços com qualidade desejada e preços justos, sujeitando-se tanto a regimes de regulação como às regras nacionais de defesa da concorrência;<sup>6</sup> a exclusividade dependerá da impossibilidade material ou econômica de desempenho do serviço público em regime de competição.

No século XIX, uma das questões vitais da concessão era garantir para o empreendedor privado o compromisso estatal de rentabilidade. Hoje, a questão fundamental certamente não é essa. O principal é fazer com que o Estado trate de modo equânime os competidores. Portanto, não se trata de fazer da concessão um instrumento para comprometer o Estado com a rentabilidade do empreendimento, mas fazer da concessão um instrumento para o tratamento igualitário dos prestadores pelo próprio Estado.

Cuida-se de uma concessão de serviço em regime de competição. Evidentemente, a garantia econômica que o Estado pode dar a cada um desses concessionários não é a mesma, aliás, é fundamental que não seja a mesma.

Não seria possível seguir o modelo de regime de equilíbrio econômico-financeiro clássico, pelo qual todos os prejuízos são do Estado e todos os proveitos são da concessionária. O pressuposto do modelo é que o equilíbrio da concessão é dinâmico e deverá sempre ser aferido em cada momento a partir de parâmetros diferenciados e específicos, havendo a possibilidade de a concessionária perder dinheiro caso se mostre incompetente na disputa de um mercado altamente competitivo.

A seu turno, devido à introdução da concorrência na prestação do serviço público, a prática de subsídios cruzados deve ser evitada, justificada pela “necessidade de se criar condições isonômicas entre os diversos competidores”. Esse objetivo seria afetado

---

11.488/07, 11.668/2007, 11.943/2009, 12.111/2009, 12.839/2013, 13.081/2015 e 13.360/2016.

<sup>6</sup> O art. 16 da Lei nº 8.987/1995 fez referência à ausência de exclusividade em concessões e permissões de serviço público. Vários diplomas legais posteriores reafirmaram a orientação, a propósito de setores específicos (telecomunicações, energia elétrica).

por aquela prática, “uma vez que é justamente nos segmentos mais rentáveis (fontes dos subsídios) que se alocam os mercados mais propícios à competição”.<sup>7</sup>

O subsídio cruzado consiste na transferência de recursos obtidos num determinado segmento de usuários para outro, a fim de que o segmento beneficiado possa pagar valores mais baixos. Na maioria das situações, é um efeito buscado pela regulamentação como mecanismo para viabilizar o atendimento da política pública que visa à universalização do serviço, encontrando legitimidade no princípio da modicidade das tarifas, previsto expressamente na lei geral de concessões.

Tal prática em ambientes competitivos foi vedada em alguns setores para evitar a concorrência desleal entre os prestadores de serviços. “O agente que ocupasse posição mais forte no mercado (uma posição de dominação) poderia, por meio de subsídios entre serviços ou segmentos de usuários, reduzir artificialmente suas tarifas, buscando, com isso, prejudicar a concorrência”.<sup>8</sup>

O desenvolvimento tecnológico produziu inovações no âmbito econômico, em especial no tocante à teoria do monopólio natural,<sup>9</sup> e antigos limites naturais à ampla concorrência foram sendo superados. Dia a dia surgem novas técnicas, de modo a potencializar a exploração de vários serviços, possibilitando a existência de competição para algumas modalidades.

O monopólio acerca da infraestrutura não afasta a possibilidade de competição, impondo-se ao titular dessa infraestrutura um dever de permitir o acesso (mediante remuneração apropriada) de competidores a esse conjunto de bens sobre a própria rede. É a ideia de que o concessionário tem que competir com outros prestadores que são incentivados pelo Estado, com direito sobre a própria rede daquele que absorveu a estrutura da empresa estatal, para desenvolverem atividade competitiva. O sentido e importância dessa norma traduzem uma nova concepção da função social da propriedade, que é a de servir como instrumento de competição, com a dissociação entre propriedade e exploração da rede.

O contrato de concessão de serviços públicos deverá ter, entre outras cláusulas essenciais, as relativas aos bens reversíveis, ou seja, aqueles bens privados que deverão integrar-se no domínio público, ao final do contrato de concessão, sendo muito mais restrito do que o regime de reversão da concessão clássica, havendo apenas a vinculação da reversão para aqueles bens imprescindíveis à continuidade do serviço, evitando-se discussões entre o Poder Público e o concessionário ao final da concessão.

<sup>7</sup> CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 221-222.

<sup>8</sup> CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 82-83.

<sup>9</sup> “Monopólio natural é uma situação econômica em que a duplicação de operadores é incapaz de gerar a redução do custo da utilidade. O monopólio natural envolve, geralmente, as hipóteses de custos fixos (atinentes à infraestrutura necessária à produção da utilidade) muito elevados. A duplicação das infraestruturas conduziria a preços unitários mais elevados do que a exploração por um único agente econômico [...]. Os exemplos de monopólios naturais são os serviços prestados em rede, tal como a energia elétrica, a telefonia fixa a distribuição de água e coleta de esgoto, as ferrovias etc.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 570).

Outro aspecto relevante no tratamento contemporâneo encontra-se no cuidado com os direitos dos usuários, aí incluída a ampliação da possibilidade de sua participação e cooperação na fiscalização e controle sobre a concessionária.

Paralelamente à implantação das mudanças constitucionais e legais sofridas pelo Estado brasileiro e diante da mudança das relações na sociedade, os meios alternativos de solução de litígios têm se difundido, estimulando-se o uso da mediação, da conciliação e da arbitragem, que se inserem num contexto mais amplo de realização da Justiça.

Diante da diversificação dos serviços públicos, fruto de profundas alterações no processo econômico-social definido por vários fatores, entre os quais, a inovação tecnológica e a sofisticação dos serviços, houve uma extinção da uniformidade de regime jurídico e foram sendo editados diplomas legislativos disciplinando setores específicos e determinados. Surgem o direito das telecomunicações, o direito da energia elétrica, dos portos, e assim por diante.

Mais recentemente, diante da crescente experiência internacional na criação de novas formas de parceria com a iniciativa privada na gestão dos negócios do Estado, a escassez de recursos orçamentários para projetos de alto custo, o déficit de projetos estruturantes em diversas áreas, foi editada, a Lei nº 11.079/2004, alterada pelas Leis nºs 12.409/2011, 12.766/2012, 13.043/2014, 13.137/2015 e 13.097/2015, a qual instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito da Administração Pública direta dos Poderes Executivo e Legislativo. Tem, ainda, aplicação extensível a fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º, parágrafo único com a redação dada pela Lei nº 13.137/2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13137.htm) - art3>).<sup>10-11</sup>

Importa destacar, neste contexto, que o propósito do governo brasileiro, quando começou a discutir aquilo que a Lei nº 11.079/2004 veio a chamar de parceria público-privada, era o de dar maior flexibilidade para a estruturação de projetos de infraestrutura

<sup>10</sup> Uma decisão do CNJ firmou entendimento contrário à possibilidade de o Poder Judiciário promover contratação de PPP (CNJ, Consulta 0002583-36.2010.2.00.0000, rel. Cons. Deborah Ciocci, rel.p/ acórdão Cons. Carlos Ayres Britto, j.11.03.2014).

O entendimento decorreu de uma confusão entre as atribuições administrativas e jurisdicionais do Poder Judiciário. É evidente que a PPP nunca poderia versar sobre a transferência para um particular de funções propriamente jurisdicionais. Mas nada impediria que a PPP versasse sobre funções administrativas do Poder Judiciário. De todo o modo, a Lei nº 13.137/2015 deu nova redação ao parágrafo único do art. 1º da Lei nº 11.079/2014. Previu que os contratos de PPP poderiam ser adotados pela administração direta dos Poderes Executivo e Legislativo, silenciando-se sobre o Poder Judiciário.

<sup>11</sup> A PPP pode ser praticada inclusive por meio de consórcio interfederativo. Essa solução é muito relevante no âmbito de interesses comuns de Municípios diversos. O Estatuto da Metrópole (Lei nº 13.089/2015), no art. 9º, X, alude expressamente a essa solução. Em tal hipótese, a posição de parceiro público será assumida por um consórcio público.

pública por meio de investimento privado. Para tanto, era preciso aprimorar a legislação e contornar eventuais limitações orçamentárias.

Do ponto de vista legal, havia dois objetivos principais. Em primeiro lugar, viabilizar a execução, pela iniciativa privada, daqueles serviços ou obras públicas cuja exploração, pelo contratado, ou não fosse suficiente para remunerá-lo (ex.: ampliação e administração de rodovias ou ferrovias de baixo movimento), ou sequer envolvesse contraprestação por seus usuários (ex: construção e gerenciamento de presídios ou hospitais públicos). Ademais, afora tratar-se de casos em que se requerem investimentos e/ou especialidades além das possibilidades do Estado, as PPPs têm um componente a mais, representado pela incapacidade de o empreendimento, por si, pagar o investidor privado.

Nos termos do art. 2º do referido diploma legal, parceria público-privada é “o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”, definindo-as em seus §§ 1º e 2º, respectivamente. A primeira “é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” (§ 1º) e a segunda “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” (§ 2º).

As concessões administrativas são contratos em que a cobrança de tarifas é inviável econômica ou socialmente, juridicamente vedada – como a cobrança pela saúde ou ensino públicos (arts. 196 e 206, IV/CF) –, ou, ainda, porque é o próprio Estado o único usuário do serviço a ser prestado. Aqui se fala da inexistência de tarifas devidas pelos eventuais usuários dos serviços, pois a contraprestação à concessionária se dará exclusivamente com recursos do Estado, por qualquer uma das modalidades elencadas na Lei nº 11.079/2004.<sup>12</sup>

Não existe impedimento, ademais, a que a concessionária receba recurso de outras fontes de receitas complementares, acessórias, alternativas ou decorrentes de projetos associados, até porque o inciso V do art. 6º, ao mencionar *outros meios admitidos em lei*, deixa evidente que a indicação dos meios de contraprestação não é taxativa.

A única forma de remuneração que descaracterizaria a concessão administrativa é o recebimento, pela concessionária, de tarifa dos administrados especificamente para remunerar seus serviços.

As PPPs, portanto, se inserem num processo de evolução que se iniciou com as privatizações, prosseguiu com a outorga de concessões de serviço público precedida da execução de obra pública (chamadas concessões comuns pela Lei nº 11.079/2004

<sup>12</sup> Nos termos do art. 6º da Lei nº 11.079/2004, a contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por (i) ordem bancária, (ii) cessão de créditos não tributários; (iii) outorga de direitos em face da Administração Pública; (iv) outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; (v) outros meios admitidos em lei.



– Lei das PPPs), disciplinadas pelo Estatuto Geral das Concessões (Lei nº 8.987/1995) e por diplomas legislativos pertinentes a setores específicos para desenvolvimento de projetos de infraestrutura e culmina com um marco legal aplicável às parcerias público-privadas, tendo entre seus objetivos fundamentais o de superar os sérios problemas de infraestrutura no Brasil num contexto de aperto fiscal e de baixa disponibilidade de recursos. Nessa trilha caminham Estados e Municípios.

O conceito aplicável às concessões disciplinadas na Lei nº 8.987/1995 viu-se ampliado com a edição do diploma legal de regência das PPPs, que, sem revogar ou derogar a referida Lei de Concessões, previu as modalidades de concessão patrocinada ou administrativa, com contornos um pouco diferentes das concessões comuns.

Dentre as especificações apresentadas no plano normativo, no que tange às concessões comuns, há diversificações no que tange: (i) às regras da licitação (com a exigência de submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública); (ii) à possibilidade de previsão no edital de saneamento das falhas, de complementação de insuficiências ou ainda, de correções de caráter formal no curso do procedimento; (iii) ao processo de contratação, com limites do prazo contratual não inferior a 5 (cinco) anos e não superior a 35 (trinta e cinco) anos; (iv) à possibilidade de aplicação de penalidades à Administração Pública em caso de inadimplemento contratual; (v) à imposição de limite de despesa com contratos de parcerias público-privadas; (vi) às formas de remuneração da concessionária; (vii) ao compartilhamento dos riscos entre os parceiros público e privado no caso de ocorrência de áleas extraordinárias, ou seja, os oriundos do fato do príncipe, os compreendidos no âmbito da teoria da imprevisão e das chamadas sujeições imprevisas (arts. 4º, VI, e 5º, III), e de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado (art. 5º, IX); (viii) às garantias de cumprimento de suas obrigações pecuniárias a serem oferecidas pelo Poder Público; (ix) à previsão do aporte de recursos públicos em favor da concessionária, em função de investimentos em obras e bens reversíveis realizados ao longo do contrato de PPP.

A definição das PPPs como espécies de concessão foi ditada por conveniências de natureza econômica e jurídica.<sup>13</sup> Como registra Carlos Ari Sunfeld, “o que se quis foi empregar em novos objetos à estrutura contratual e à lógica econômica dos contratos regidos pela Lei de Concessões.”<sup>14</sup>

A concessão de serviço público pode materializar-se de diferentes modos. “Não se deve considerar que todas as concessões devem contemplar regras similares e

<sup>13</sup> RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo, Malheiros, 2010. p. 73. Observam, outrossim, os autores que “a ideia é originalmente do professor Carlos Ari Sunfeld, e foi adotada *in totum* no desenho da nova lei”. (op. cit. p. 73, nota de rodapé n. 9).

<sup>14</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 35.

soluções idênticas quanto à responsabilidade do concessionário ou extensão de seus encargos.”<sup>15</sup>

### 3. Permissão

Segundo conceito tradicionalmente acolhido na doutrina: “permissão de serviço público é o ato unilateral e precário, *intuito personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários”.<sup>16</sup> Dita outorga se faz por licitação e pode ser gratuita ou onerosa.

O uso da permissão, entre nós, vem sendo desnaturado, em decorrência da fixação de prazo, o que acaba aproximando-o da concessão. Por isso, talvez, a Constituição, no art. 175, parágrafo único, inciso I, refira-se à permissão como contrato, embora com uma redação que enseja dúvidas de interpretação.<sup>17</sup>

A Lei nº 8.987/1995 referiu-se à permissão em apenas dois dispositivos: no artigo 2º, inciso IV, e no artigo 40, pelos quais se verifica que a permissão é definida como contrato de adesão, precário e revogável unilateralmente pelo poder concedente (melhor seria o legislador ter falado em rescisão, esta sim referente a contratos).

Via de consequência, as peculiaridades fixadas para as permissões de serviços públicos, em comparação com as concessões, são as seguintes:

- (i) o permissionário pode ser pessoa física; (ii) não há referência expressa à necessidade de possuir prazo determinado; (iii) não demandam necessariamente a modalidade licitatória da concorrência, devendo o procedimento cabível ser determinado nos termos da escala de valores do art. 23 da Lei nº 8.666/1993,<sup>18</sup>
- (iv) são qualificadas como contratos de adesão; (v) são precárias e revogáveis unilateralmente; (vi) não há previsão de permissões de obras públicas.<sup>19</sup>

O STF, no RMS nº 18.787, 1ª Turma, j. 07.10.68 (RDA 97/185); STF no RMS 17.296, 1ª Turma, j. 14.10.68 (RDA 99/254); TJSP, no MS nº 198/320, 3ª Câmara Civil, j. 21.10.71 (RDA 110/253). ADInMC 1491/DF, Plenário, rel. Min. Carlos Velloso, j.01-07-98: [...] “A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias

<sup>15</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 581.

<sup>16</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 787.

<sup>17</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 29. ed. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 350.

<sup>18</sup> Há também a possibilidade de adoção do leilão, nos termos da legislação do Programa Nacional de Descentralização (Lei nº 9.471/1997).

<sup>19</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 685.

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”, afastou qualquer distinção conceitual entre permissão e concessão ao conferir àquela o caráter contratual próprio desta.

O Decreto nº 2.521/1998, que dispõe sobre “a outorga de permissão e autorização para a exploração de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros”, regulamentou essa figura com a natureza expressa de contrato de adesão (art.7º).

Por sua vez, a Lei nº 9.472/1997 confere ao instituto da permissão a natureza jurídica de ato administrativo, e não de contrato, para prestação de serviço em regime público (portanto, serviço de interesse coletivo) e em caráter transitório, em face de situação excepcional comprometedora do funcionamento do serviço, e até sua normalização (art. 118). A revogação da permissão poderá ser feita a qualquer momento, não ensejando qualquer direito a indenização (art. 123).

Preceitua o artigo 119 que a outorga de permissão será precedida de procedimento licitatório simplificado, nos termos regulados pela ANATEL, ressalvados os casos de inexigibilidade. Sua formalização será feita mediante assinatura de termo que conterà, dentre outras especificações, o objeto e a área da permissão, bem como os prazos mínimo e máximo de vigência estimados, modo, forma e condições da prestação do serviço, direitos e deveres do permissionário, as tarifas, os direitos, garantias e obrigações dos usuários, as condições gerais de interconexão, os bens reversíveis, se houver, sanções e as hipóteses de extinção (artigo 120).

Porém, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na ADIN 1668-5 (*DOU*, 16.04.2004), considerou que a permissão para a prestação de serviço de telecomunicação deveria seguir a Lei nº 8.666/1993, suspendendo a execução e aplicabilidade das expressões “simplificado” e “nos termos por ela regulados”, constantes do artigo 119. Achei, então, um regime em que a permissão não será muito utilizada, pois tornou-se mais rápido licitar uma concessão do que expedir uma permissão.

#### **4. Autorização**

A Constituição, no art. 175, diz que o serviço é público porque compete ao Poder Público prestá-lo diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. Mas o artigo 21, incisos XI e XII, arrola os serviços que a União pode executar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, aí incluindo os serviços de telecomunicações; de instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado

ou Território; de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; os portos marítimos, fluviais e lacustres.

O artigo 223, *caput*, estabeleceu que “competete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal”.

O artigo 25, § 2º, prevê a competência dos Estados para “explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado”.

O artigo 30, inciso V, estabeleceu a competência dos Municípios para “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”.

Note-se, desde logo, que o legislador pecou pela falta de uniformidade no emprego da terminologia e, em um mesmo dispositivo, nem sempre faz menção aos três instrumentos de outorga. Assim é que os artigos 175 e 30, V, só aludem expressamente à concessão e permissão como formas de prestação de serviços públicos; os arts. 21, XI e XII e 223, *caput*, mencionam as figuras da concessão, permissão e autorização, e os artigos 25, § 2º, 49, inciso XII, assim como o art. 66 do Ato das Disposições Transitórias, só utilizam o termo concessão.

Existem três possibilidades para se considerar a referência constitucional ao regime da “autorização” nos dispositivos acima citados: ou o art. 175 deixou de mencionar a “autorização” entre as modalidades de delegação de serviços públicos, ao lado da permissão e concessão; ou introduziu-se erroneamente o regime de autorização para um serviço público, conflitando com o artigo 175; ou, finalmente, o regime de autorização estaria a demonstrar que alguns dos serviços elencados nos artigos 21 (incisos XI e XII) e 223 poderão ser prestados em regime de direito privado, típico das atividades econômicas, constituindo atividade econômica em sentido estrito, enquanto os demais, sujeitos ao regime de concessão ou permissão, seriam serviços públicos. Essa última interpretação serviu de fundamento para justificar a prestação de certas modalidades de serviços públicos em regime privado.

Afirma Carlos Ari Sundfeld que, ao examinar a Constituição, não consegue localizar onde estaria a definição de um regime jurídico único para o desempenho das atividades reservadas ao Estado, encontrando, em sucessivas passagens, “a previsão de que cabe às leis disciplinar os direitos e deveres de prestadores, de usuários e do Poder Público”. Ressalta ainda que

essa crítica doutrinária tem pouco de jurídica e muito de política, pois, de um lado, inspira-se no desejo de ver preservado o modelo estatal e monopolista de exploração e, de outro, traduz grande desconfiança quanto à idoneidade do atual legislador brasileiro para disciplinar os serviços (donde a pretensão de esses

juristas concorrerem para o estabelecimento de rígidos limites ao poder de legislar sobre “serviços públicos” por via de uma interpretação muito pessoal da Constituição.<sup>20</sup>

Em consequência, segundo esse autor, trava-se hoje no Brasil um debate “um tanto surdo”,<sup>21</sup> quanto à possibilidade de a exploração de serviço de titularidade estatal, como os de telecomunicações, energia elétrica e portos, ser feita em regime privado, aberta à competição, através de vários mecanismos, como a liberalização do acesso dos exploradores ao mercado, a ausência de garantia de rentabilidade, a flexibilização dos preços etc.

De outro lado, há os que visualizam nos diplomas legais editados diversas violações à Constituição, sob a alegação de que dela decorreria um regime jurídico total ou parcialmente público para a exploração de serviços estatais.<sup>22</sup>

Por detrás desse entendimento, como anota Vera Monteiro, está a visão segundo a qual a concepção de serviço público engloba “[...] atividades relevantes e de interesse público, independentemente do regime por meio do qual ele é prestado”. Com isso poderiam ser considerados “serviços públicos” mesmo os serviços prestados em regime privado que não se sujeitassem às obrigações típicas do regime público.<sup>23</sup>

Essa possibilidade de adoção de soluções híbridas, de modulação de regimes aplicáveis, acaba inclusive por colocar em xeque a validade de uma apartação estanque entre serviços públicos e atividades econômicas.

A par dessa leitura, outros autores sustentam que a concessão e a permissão seriam contratos por meio dos quais seria possível a transferência da execução de serviços públicos, enquanto a autorização não é compatível com o regime de serviços públicos, mas seria ato de polícia administrativa por meio do qual se disciplinaria o exercício de direitos ou liberdades próprios dos particulares e, por isso mesmo, comparável à licença.

Alguns doutrinadores concebem uma outra hipótese de autorização, relativa ao desempenho de serviços públicos por particulares, que ocorreria em casos excepcionais, com acentuado cunho de precariedade. É o ato administrativo, unilateral e discricionário

<sup>20</sup> Serviços públicos e regulação estatal. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 33-34.

<sup>21</sup> Serviços públicos e regulação estatal. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 33.

<sup>22</sup> DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.144-145; FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 81.

<sup>23</sup> MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 86. É a posição de CÂMARA, Jacintho Arruda. As autorizações da Lei Geral de Telecomunicações e a teoria geral do direito administrativo. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*. Belo Horizonte, v. 2, jul./dez. 2007. p. 58; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito das telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 315.

pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público para atender situações emergenciais, eminentemente transitórias ou quando autoriza o exercício de atividades no próprio interesse do particular, não se caracterizando como serviço público, mas como desempenho do seu poder de polícia.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o artigo 175 cogita da normalidade da prestação de serviços públicos por sujeitos titulados pelo Estado. Por sua vez, a expressão “autorização”, que aparece nos arts. 21, incisos XI e XII e 223, tem em vista duas espécies de situações:

a) uma, que corresponde a hipóteses em que efetivamente há serviço de telecomunicação, como o de radioamador ou de interligação de empresas por cabos de fibras óticas, mas não propriamente serviço público, mas serviço de interesse privado delas próprias [...]. Aí, então, a palavra autorização foi usada no sentido corrente em direito administrativo para exprimir o ato de ‘polícia administrativa’, que libera alguma conduta privada, propriamente dita, mas cujo exercício depende de manifestação administrativa aquiescente para verificação se com ela não haverá gravames ao interesse público; b) outra, a de abranger casos em que efetivamente está em pauta um serviço público, mas se trata de resolver emergencialmente uma dada situação, até a adoção dos convenientes procedimentos por força dos quais se outorga permissão ou concessão. Por isso mesmo, a palavra autorização está utilizada também no art. 223 da Constituição.<sup>24</sup>

No Brasil tem ocorrido uma parcial liberalização de serviços públicos no âmbito da legislação ordinária, que, a nosso ver, passaram a ser atividades privadas regulamentadas. Leis que privatizaram atividades previstas nos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição, revogando leis que as qualificavam como serviços públicos para transformá-las em atividades privadas regulamentadas, já foram chanceladas pelo STF, a exemplo do que ocorreu com a classificação dos serviços de telecomunicações através de variados índices de publicização (de serviços públicos a atividades privadas regulamentadas), realizada pela Lei Geral de Telecomunicações (arts. 18, I, c/c arts.62 a 64, Lei nº 9.472/1997), considerada constitucional no julgamento da liminar requerida na ADIN n.1668.<sup>25</sup>

A Lei Federal nº 8.987/1995 não previu a autorização como forma de prestação de serviço público a terceiro, mas a Lei nº 9.074/1995, assim como diversos diplomas legais que reestruturaram vários setores – telecomunicações, energia elétrica, portos –, configuraram-na.

No setor de telecomunicações, por exemplo, a autorização da Anatel é demandada

<sup>24</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. 33. ed. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2016. p.719.

<sup>25</sup> Nessa linha: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 219-220.

para as atividades a serem prestadas em regime privado, de modo a assegurar que a autorizatária detenha as condições subjetivas e objetivas para a execução dos serviços (art. 131 da Lei nº 9.472/1997), que será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica (art.126).

O tratamento dado à autorização de serviço de telecomunicações pelo legislador inovou na matéria e afastou as características gerais constantemente destacadas pela doutrina, a qual só pode ser negada em caso de impossibilidade técnica ou quando o excesso de concorrentes comprometer a prestação da modalidade de serviço de interesse coletivo.

Ademais, na Lei nº 9.472/1997, a autorização é tratada como ato vinculado – vez que deverá ser necessariamente emitido caso o requerente cumpra os requisitos exigidos pela lei e regulamentação aplicável – e estável (art.138), na medida em que só pode ser revogado nas situações expressamente previstas.

Na mesma direção caminhou o setor da energia elétrica, quando a legislação infraconstitucional previu, em vários dispositivos, a outorga da autorização sem margem de discricionariedade para a agência do setor (Agência Nacional de Energia Elétrica-Aneel).

A Lei nº 12.815/2013<sup>26</sup> (conversão da Medida Provisória 595), conhecida como a nova Lei de Portos, foi editada com o objetivo de desenvolver o setor portuário e “aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País” (art.3º), por meio da fixação de novas normas de regulação e exploração dos portos e instalações portuárias. Com esta finalidade, foram redefinidos conceitos importantes da Lei nº 8.630/1993, como os de “porto organizado”, “instalação portuária”, “terminal de uso privado”, “delegação”, “arrendamento”, “autorização”, “operador portuário”, entre outros (art. 2º).

A Nova Lei dos Portos, em seu art. 2º, inciso IV, definiu terminal de *uso privado* como “instalação portuária explorada mediante autorização, localizada fora da área do porto organizado” e, em seu art. 2º XII, contemplou autorização como “outorga de direito à exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado e formalizada mediante contrato de adesão”.

De acordo com o novo diploma legal de regência da matéria, o *elemento diferenciador* entre instalações portuárias de uso público e terminais de uso privado deixa de estar centrado na essência da atividade desenvolvida, para se voltar somente à localização geográfica de cada qual – dentro (instalação portuária de uso público) ou fora do porto organizado (terminal de uso privado).

Enquanto a normatização anterior, pelo Decreto nº 6.620/2008, estabelecia

<sup>26</sup> Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966; 10.233, de 5 de junho de 2001; 10.683, de 28 de maio de 2003; 9.719, de 27 de novembro de 1998; e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006; e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências.

como principal característica do terminal privativo a movimentação de carga própria, ou preponderantemente própria, sendo possível em terminais mistos movimentar em caráter subsidiário e eventual carga de terceiros, o que desestimulava a competição no setor portuário,<sup>27</sup> na Lei nº 12.815/2013 o autorizatário poderá movimentar livremente carga de terceiros, em ambiente claramente concorrencial.

Portanto, sob a Lei nº 12.815/2013, terminais públicos e privados competem pelo mercado de movimentação de cargas.

Merece destaque o artigo 13 da Lei nº 12.815/2013 ao dispor que “a ANTAQ poderá disciplinar as condições de acesso, por qualquer interessado, em caráter excepcional, às instalações portuárias autorizadas, assegurada remuneração adequada ao titular da autorização”.

Independentemente de a iniciativa para obtenção da autorização de instalação portuária partir do autorizatário (caso em que será aberto processo de anúncio público)<sup>28</sup> ou da ANTAQ (processo de chamada pública),<sup>29</sup> a Lei nº 12.815/2013 cercou o procedimento de ampla publicidade.

Na ausência de manifestação de outros interessados – ou diante de propostas compatíveis entre si –, a outorga será realizada diretamente. Se houver inviabilidade locacional entre os terminais, a ANTAQ deverá conferir prazo de trinta dias para que os interessados reformulem suas propostas.<sup>30</sup> Havendo mais de uma proposta e persistindo o impedimento locacional que inviabilize sua implantação de maneira concomitante, a ANTAQ deverá promover processo seletivo público para escolha da melhor proposta, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art.12, § 2º, Lei nº 12.815/2013).

Em qualquer hipótese, poderão ser autorizadas as instalações portuárias compatíveis com as diretrizes do planejamento e com as políticas do setor.

A autorização será formalizada mediante contrato de adesão (art. 8º, § 1º).

A autorização será exercida em regime de liberdade de preços dos serviços,

---

<sup>27</sup> A discussão jurídica se externou por meio de duas principais ações, a ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 929/DF de 1993 e ADPF (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 139/DF de 2008, e nesta última é possível verificar o posicionamento de vários doutrinadores sobre a questão. Em suma, era possível visualizar em mencionadas ações dois posicionamentos. O primeiro deles, que tinha por principal defensor José Afonso da Silva, pela inconstitucionalidade do dispositivo art. 4º, § 2º, inciso II da LMP, que permitia a movimentação de carga de terceiros em terminais privativos de uso misto, segundo defendia consistente tal ato em exploração de serviço público, sem licitação e por simples autorização. E outra corrente, assumida pela maior parte da doutrina administrativista, admitia a constitucionalidade de terminais privativos de uso misto se a autorização se desse para movimentação de carga própria e somente subsidiariamente de carga de terceiros, deste modo não havendo propriamente transferência de exploração de serviço público. Embora as ações ainda tramitem perante o Supremo Tribunal Federal, esta discussão perdeu sua relevância pelo atual desenho normativo.

<sup>28</sup> Art. 9º, II, da Lei nº 12.815/2013.

<sup>29</sup> Art. 10.

<sup>30</sup> Art. 32, II, do Decreto nº 8.033/2013.



tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição.<sup>31</sup> Tal liberdade, porém, não exime o autorizatário do dever de garantir tratamento igualitário aos usuários dos serviços portuários. A seu turno, cabe à ANTAQ comunicar aos órgãos responsáveis pela tutela da concorrência todo e qualquer fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica.<sup>32</sup>

A Lei nº 12.815/2013 prevê a liberação dos autorizatários para contratarem mão de obra através do Órgão Gestor de Mão de Obra – OGMO (art. 44), podendo optar pela contratação de trabalhadores com vínculo empregatício, temporários, ou terceirizados.

De conformidade com o art. 30 da Lei nº 12.815/2013, o autorizatário é responsável pela disciplina da operação portuária, embora sujeito à regulamentação da ANTAQ e às normas das autoridades marítima, aduaneira, sanitária, de saúde e de polícia marítima.

O autorizatário deverá promover o início da operação da instalação portuária em até três anos a partir da celebração do contrato de adesão, prorrogável uma única vez, por igual período, a critério do poder concedente (art. 26, § 1º, do Decreto nº 8.033/2013).

De outro giro, o prazo de vigência para os contratos de adesão, antes inexistente, passou a ser de vinte e cinco anos, prorrogável por períodos sucessivos, desde que cumpridos os requisitos estabelecidos pela norma.<sup>33</sup>

A lei exige intenso monitoramento e fiscalização por parte da ANTAQ para verificação do cronograma de investimento a que o autorizatário se comprometer, para o quê poderá a referida Agência Reguladora exigir garantias ou aplicar sanções, “inclusive a cassação da autorização” (art. 8º, § 3º).

## 5. Franquia

A franquia é um instituto muito utilizado no setor empresarial privado, podendo sua origem ser buscada nos costumes norte-americanos.<sup>34</sup> O contrato de franquia resulta da conjugação de dois outros contratos empresariais: a licença de uso de marca, e a prestação de serviços de organização de empresa.

Via de regra, os serviços de organização empresarial se desdobram em três contratos:

<sup>31</sup> Art. 43, II, da Lei nº 10.233/2001.

<sup>32</sup> Art. 31 da Lei nº 10.233/2001.

<sup>33</sup> Art. 8º, § 2º e 3º da Lei nº 12.815/2013. § 2º A autorização de instalação portuária terá prazo de até 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável por períodos sucessivos, desde que: I - a atividade portuária seja mantida; e II - o autorizatário promova os investimentos necessários para a expansão e modernização das instalações portuárias, na forma do regulamento. § 3º A Antaq adotará as medidas para assegurar o cumprimento dos cronogramas de investimento previstos nas autorizações e poderá exigir garantias ou aplicar sanções, inclusive a cassação da autorização.

<sup>34</sup> A franquia é originária dos EUA, onde, em 1860, a *Singer Sewing Machine Company*, pretendendo ampliar sua participação no mercado varejista, outorgou franquias a pequenos comerciantes, que, então, passaram a comercializar seus produtos em lojas denominadas “Singer”, arcando com as despesas e riscos. Com o sucesso

o *management*, relacionado com os sistemas de controle de estoque, de custos e treinamento de pessoal; o *engineering*, pertinente à organização do espaço (*layout*) do estabelecimento do franqueado; e o *marketing*, cujo conteúdo se refere às técnicas de colocação do produto ou serviço junto ao consumidor, incluindo a publicidade. Entre as partes do contrato de franquia estabelece-se nítida relação de subordinação. O franqueado deverá organizar a sua empresa com estrita observância das diretrizes gerais e determinações específicas do franqueador. Essa subordinação empresarial é inerente ao contrato, é indispensável à plena eficiência dos serviços de organização empresarial, que o franqueado adquire. O franqueador, desse modo, num certo sentido participa do aviamento do franqueado.<sup>35</sup>

Sob o ponto de vista do franqueador, serve para promover a expansão dos seus negócios, sem os investimentos exigidos na criação de novos estabelecimentos. Sob o ponto de vista do franqueado, viabiliza o investimento em negócios de marca já consolidada junto aos consumidores, e possibilita o aproveitamento da experiência administrativa e empresarial do franqueador.<sup>36</sup> Sob o ponto de vista dos consumidores, podem estes se beneficiar pela expansão e disseminação de um negócio por eles já aprovado.

Em 1994, foi editada a Lei Federal nº 8.955<sup>37</sup> com o objetivo de disciplinar a formação do contrato de franquia. Limita-se, porém, a conceituá-la e a fixar os requisitos a serem observados na Circular de Oferta de Franquia, a ser obrigatoriamente fornecida ao interessado em aderir ao sistema.

A Lei nº 8.955/94 nada preceitua sobre a adoção da franquia no âmbito da Administração Pública. Mas a ausência de legislação específica disciplinadora da matéria não tem sido fator impeditivo da adoção do sistema. A Administração indireta dela vinha se utilizando, apesar de inexistir previsão legal a respeito.<sup>38</sup>

---

da medida, o sistema se expandiu pelo mundo.

<sup>35</sup> SILVEIRA, Newton. *Licença de uso de marca e outros sinais distintivos*. São Paulo: Saraiva, 1984. p.81-83.

<sup>36</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1. p. 125.

<sup>37</sup> Estatui a Lei nº 8.955/1994:

“Art. 2º. Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício”.

<sup>38</sup> No setor elétrico, por exemplo, a Companhia Paranaense de Energia – COPEL, lançou o Sistema de Franquias COPEL, para canalizar produtos e serviços. O Banco do Brasil oferece um sistema de franquias de suas lojas de conveniência, um espaço para venda de produtos financeiros, como seguros, planos de previdência privada, cartões de crédito e até pacotes de viagens da BBTur.

“As franquias também têm sido usadas por parte da Petrobras Distribuidora, uma subsidiária da Petrobrás que tem como propósito distribuir e comercializar os produtos derivados do petróleo. A Petrobras Distribuidora se utiliza diretamente das franquias na expansão do seu serviço BR Mania. Os estabelecimentos BR Mania são lojas de conveniência exclusivas dos postos de atendimento da rede Petrobrás, ao longo do país. Não se trata de uma franquia de distribuição de produtos derivados do petróleo, mas sim de venda de produtos corriqueiros destinados ao consumo. Por esse motivo, constitui-se em atividade econômica, e não em serviço público”.

A franquia pode ser utilizada para hipótese de exercício de atividade econômica em sentido estrito por parte do Estado, âmbito em que atua segundo o regime de direito privado.

A doutrina se divide quanto à possibilidade de delegação da prestação do serviço postal e do correio aéreo nacional, bem como quanto à admissão da franquia com tal propósito. Entende Celso Antônio Bandeira de Mello que a prestação do serviço postal e do correio aéreo nacional, nos termos do inciso X, do artigo 21, foi entregue exclusivamente ao próprio Poder Público, em virtude de não ter sido dado o mesmo tratamento previsto para os vários serviços elencados nos incisos XI e XII, não havendo previsão de execução descentralizada, via concessão, permissão ou autorização.<sup>39</sup> Dessa forma, considera manifestamente inconstitucional o disposto no artigo 1º, inciso VII, da Lei nº 9.074/1995, nela inserido pela Lei nº 9.648/1998, que inclui os serviços postais entre as atividades passíveis de permissão ou concessão.<sup>40</sup>

Para Marçal Justen Filho, a franquia

é contrato de direito privado, apto a instrumentalizar relações jurídicas entre particulares, cujo objeto não envolva serviços submetidos ao regime de direito público. É que o franqueador não dispõe da faculdade de interferir sobre a órbita interna do franqueado, sendo impossível a adoção das chamadas cláusulas exorbitantes, características da permissão e da concessão.

E acrescenta: “A denominação formal do contrato [...] é irrelevante. Pode produzir-se uma concessão ou permissão de serviço público, atribuindo-lhe a denominação de franquia, sem que isso afete sua real natureza jurídica. Aplicar-se-ia, então, o regime próprio dos serviços públicos e das concessões e permissões.”<sup>41</sup>

José dos Santos Carvalho Filho sustenta que, conquanto haja inegáveis semelhanças, o contrato de concessão de serviços públicos não se confunde com o *contrato de franquia*, algumas vezes celebrado por entes administrativos. Em ambos os ajustes, há a delegação da execução de uma atividade de titularidade de uma das partes (*concedente*

<sup>39</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p.716-717. Em sentido contrário, manifestam-se Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto (Reestruturação do setor postal brasileiro. *RDP*, São Paulo, n.19, 1999. p. 160) e Ives Gandra da Silva Martins (Serviço postal: competência de atribuições é legislativa: delegação da capacidade de exercício em regime de direito público ao segmento privado da economia. Parecer. mimeo. p. 42-43), sob a argumentação de que a prestação do serviço postal não constitui monopólio. Respaldam suas posições na opção feita pelo texto constitucional pela livre competição, na qual a instituição de um sistema monopolista de certa atividade é expressa e constitui a exceção. A Constituição limitou-se a prescrever o dever de manutenção do serviço postal e do correio aéreo nacional, nada esclarecendo sobre a forma de sua prestação. Da interpretação do artigo 21, X, não deflui nem um monopólio natural, nem uma vedação da prestação indireta dos serviços. Quanto ao emprego da expressão “manter” no referido artigo, salienta Ives Gandra que, se é pobre no seu conteúdo óntico, é mais abrangente no que concerne à possibilidade de delegação da capacidade de exercício dos serviços postais para terceiros.

<sup>40</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. 33. ed. *Curso de direito administrativo*, 33. 2016. p.738-739.

<sup>41</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de direito administrativo*, 12. ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 668.

ou *franqueador*) à *outra* (*concessionário* ou *franqueado*). “Mas a concessão se qualifica como contrato administrativo, ao passo que a franquia traduz contrato tipicamente privado, como regra de natureza empresarial. Ademais, o franqueado atua em nome do franqueador, utilizando sua marca, sua técnica e sua organização; o concessionário, ao revés, opera em nome próprio e adota sua própria estrutura orgânica”.<sup>42</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que a “franquia não é inteiramente incompatível com a Administração Pública”, podendo constituir um modo de concessão ou ser forma de terceirização de atividades acessórias ou complementares. No primeiro caso, estará sujeita à Lei nº 8.987/1995 e alterações posteriores. No segundo caso, será feita nos moldes do direito privado e submetida à Lei nº 8.666/1993, por força do art. 62, § 3º, inciso I, que reza:

Art. 62

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta lei e demais normas gerais, no que couber:

I – aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por normas de direito privado.<sup>43</sup>

Após apontar os traços comuns<sup>44</sup> e as diferenças<sup>45</sup> entre os institutos da

<sup>42</sup> *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p.400.

<sup>43</sup> *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 208-210. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, esse dispositivo da Lei nº 8.666/1993 “praticamente publicizou parcialmente os contratos de direito privado celebrados pela Administração; embora a ele se apliquem obrigatoriamente os arts. 55 e 58 a 61, os demais serão aplicados no que couber” (op. cit. p. 211).

<sup>44</sup> Aponta a Autora como traços comuns entre os institutos da concessão de serviço público e da franquia: “a) tanto na concessão de serviço público como na franquia dada pela Administração Pública, o concedente delega ao concessionário a execução de um serviço público, conservando sua titularidade e a plena disponibilidade sobre o mesmo, o que implica a possibilidade de rescisão unilateral do contrato; b) em ambos os contratos, o concessionário conserva sua personalidade jurídica, inconfundível com a do concedente; c) em ambos os contratos, o concessionário desenvolve a atividade por sua própria conta, sob sua responsabilidade administrativa e financeira; d) tanto na concessão de serviço público como na franquia, o concedente tem o poder de controle e fiscalização da atividade, para assegurar que ela seja desenvolvida a contento; e) nos dois casos, a remuneração do concessionário e do franqueado liga-se aos resultados financeiros da exploração, em especial de valores pagos pelo público destinatário do serviço; [...]; f) nos dois casos, o Poder Público fixa unilateralmente as condições do contrato; g) após a regulamentação da concessão pela Lei nº 8.987, surge outra semelhança: em ambos os contratos o concessionário paga ao concedente uma importância pela outorga da concessão ou da franquia” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 213-214).

<sup>45</sup> Destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “a grande diferença está no fato de que, enquanto na concessão de serviço público o concessionário atua em nome próprio e segundo técnicas próprias de organização e trabalho, na franquia, o franqueado atua sob o nome do franqueador, utilizando sua marca e suas técnicas de atuação; o franqueado submete-se às regras do franqueador, desde as referentes às instalações e localização, passando pelo adestramento do pessoal e montagem de uma organização contábil e administrativa, até a utilização dos métodos e técnicas de prestação de serviço, publicidade, inovações etc. Dessa diferença decorre uma outra, que é o fato de, em regra, o franqueado ficar sujeito ao pagamento de uma remuneração ao franqueador, pelo uso da marca, pela assistência técnica que lhe é prestada e pelas mercadorias e equipamentos que dele deva adquirir, se for o caso. Essa última diferença praticamente desapareceu no direito brasileiro, porque a Lei nº 8.987 veio permitir que na concessão de serviço público a outorga seja remunerada; aliás, consoante art. 15, inciso II, um

concessão de serviço público e da franquia, sustenta que

tão grande é a semelhança entre os dois institutos que é possível colocar a franquia como uma espécie de contrato de concessão; nela há as apontadas características da concessão: transferência, ao franqueado, de poderes e deveres próprios do concedente, conservando, este último, alguns poderes e deveres, em especial o de controlar e fiscalizar a atuação do franqueado, o de dar-lhe todo o treinamento e assistência técnica indispensáveis à execução do serviço e, se for o caso de franquia de distribuição, como o correio, fornecer-lhe os bens necessários a essa finalidade. A diferença entre a concessão de serviço público, em sua forma tradicional, e a franquia de serviços é apenas de grau, porque nesta última, o franqueado sofre limitações em sua atuação e em sua organização muito maiores do que o concessionário na concessão tradicional.<sup>46</sup>

Diante da grave distorção na forma como vinham se processando as concessões de franquias pela ECT, sem o prévio procedimento licitatório, o Tribunal de Contas da União determinou àquela empresa, dentre outras providências, a realização de licitação para a contratação de novas franquias e a efetivação de estudos referentes aos custos dos serviços concedidos às franqueadas, visando fundamentar modificações nas tabelas de remuneração para que os custos do sistema ficassem compatíveis com os do atendimento (TCU – 013.889/94-0, Decisão 601/1994 – Plenário, rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, j. 21.09.94, reiterada pela Decisão nº 542/1999, Plenário, rel. Valmir Campelo, j. 18.08.1999). As já existentes tiveram uma sobrevida garantida pela decisão do TCU 721/94 – Plenário (de 30.11.1994), que excetuou de sua determinação anterior as agências franqueadas já existentes e as que estavam na fase de concretização dos contratos.

Sob o ponto de vista da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, o sistema de franquias postais gerou prejuízos, tendo restado oportuna a Decisão nº 463/2002 do TCU que vislumbrou mais adequada a expansão da rede de atendimento da ECT por meio de permissão. Via de consequência, começaram a ser implantadas as agências Correios Conveniência<sup>47</sup>, operadas por pessoas jurídicas, sob o regime de permissão, precedida de licitação, regida pela Lei nº 8.987/1995 e, subsidiariamente, pela Lei nº 8.666/1993, pelo prazo de dez anos, prorrogável por mais dez. O trabalho do permissionário se limita ao atendimento e à preparação para a expedição. Todas as etapas seguintes – triagem, transporte e entrega – são de responsabilidade da ECT. Tais agências oferecem serviços

---

dos critérios de julgamento na licitação é o da 'maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga de concessão'” (*Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.214).

<sup>46</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania, *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 214.

<sup>47</sup> A Correios Conveniência são compactas, ocupando pequenos espaços da loja que o empresário já possui ou de um hall interno de uma edificação, como um shopping center, por exemplo.

tradicionais, como envio de cartas, aerogramas e Sedex, produtos de conveniência (envelopes, selos e artigos filatéticos) e serviços financeiro-postais (Cheque Correios e recebimento de contas).

Em relação aos contratos já celebrados pela ECT com as Agências de Correio Franqueadas-ACF, seus prazos foram sendo sucessivamente prorrogados para evitar o término das contratações realizadas pela ECT sem licitação.

Os novos contratos de franquia são disciplinados pela Lei nº 11.668/2008 (alterada pela Lei nº 12.400/2011), que revoga o §1º do art. 1º da Lei nº 9.074/1995 e indicou que sua regência subsidiária se processa pela aplicação das Leis nº 10.406/2002 (Código Civil), nº 8.955/1994 (regula a franquia empresarial) e nº 8.666/1993 (Estatuto dos Contratos e Licitações).

Referido diploma legal foi regulamentado pelo Decreto nº 6.639/2.008, alterado pelo Decreto nº 6.805/2.009, com um modelo diferente daquele que estava sendo operado. Além de as outorgas serem feitas mediante procedimento licitatório, terão prazo de vigência de dez anos (havendo possibilidade de uma prorrogação) e objeto limitado ao desempenho de “*atividades auxiliares relativas ao serviço postal*” (art. 1º, §1º da Lei), que, nos termos do art. 2º, §1º do Decreto “consistem na venda de produtos e serviços disponibilizados pela ECT, incluindo a produção ou preparação de objeto de correspondência, valores e encomendas, que antecedem o recebimento desses postados pela ECT, para posterior distribuição e entrega aos destinatários finais” (Redação dada pelo Decreto nº 6.805/2009).

O Decreto nº 6.639/2.008, em seu art. 9º, § 2º, determina que “após o prazo fixado no parágrafo único do art. 7º da Lei nº 11.668/2008, serão considerados extintos, de pleno direito, todos os contratos firmados sem prévio procedimento licitatório pela ECT com as Agências de Correios Franqueadas” (Redação dada pelo Decreto nº 6.805/2009).

A Lei nº 11.668/2008 previu fundamentalmente as seguintes medidas:

- a) autorizou a ECT a utilizar o instituto da franquia para desempenhar atividades auxiliares (art. 1º);
- b) definiu como de responsabilidade da ECT a recepção dos postados das franqueadas, sua distribuição e entrega aos destinatários finais (art. 2º);
- c) como critério de julgamento, nas licitações, exigiu o previsto no art. 15, IV, da Lei nº 8.974/1995, ou seja, o da melhor proposta técnica, com preço fixado no edital (art. 3º);
- d) definiu as cláusulas essenciais nos contratos de franquia postal (art. 4º);
- e) proibiu que a mesma pessoa jurídica, direta ou indiretamente, exerça a exploração de mais de duas franquias postais (art. 5º);
- f) previu que os acordos firmados com as Agências de Correios Franqueadas,

que estiverem em vigor em 27.11.2007, continuem em vigor até que os contratos celebrados de acordo com a nova lei sejam celebrados (art. 7º); e definiu a data de 30.9.2012 como o prazo para que as contratações a que se refere o *caput* sejam concluídas (art. 7º, parágrafo único com a redação dada pela Lei nº 12.400/2011).

Marçal Justen Filho sustenta que,

não obstante os termos da Lei nº 11.668/2008, a franquia de agência de correios subordina-se a regime jurídico de uma concessão de serviço público, no sentido de que as atividades delegadas ao particular permanecem sujeitas ao regime correspondente. Não há fragmentação do serviço público. Mais ainda, não se subordina uma parcela das atividades ao regime jurídico próprio das atividades econômicas em sentido restrito. Em síntese, a franquia é uma denominação incorreta e inadequada para qualificar o vínculo jurídico de direito público existente entre a Administração Pública e um particular delegatário de serviços públicos.<sup>48</sup>

Em sentido distinto, para Jacintho Arruda Câmara<sup>49</sup> a franquia postal é uma modalidade de terceirização. Segundo Marçal Justen Filho, isto é incompatível com a própria noção de franquia.

O Serviço Financeiro Postal Especial, denominado Banco Postal, é mais um serviço dos Correios, instituído pela Portaria nº 588/2000 do Ministério das Comunicações. Caracteriza-se pela utilização da rede de atendimento dos Correios para a prestação dos serviços bancários básicos, em todo o território nacional, objetivando prover esses serviços para a população, em particular a de baixa renda.<sup>50</sup>

Surgidos na segunda metade do século XIX, sua função precípua é promover a inclusão social e financeira, abrigando milhões de contas no mundo inteiro. Por esse motivo, tem sido estimulada a implantação de bancos postais em vários países, sendo inclusive um dos projetos incentivados pela ONU e pelo Banco Mundial.

O serviço é regulado pelo Banco Central do Brasil, nos termos das Resoluções nº 3954/2011, nº 3959/2011, nº 4035/2011, nº 4042/2011, nº 4.145/2012, nº 4.294/2013 do Conselho Monetário Nacional, e pelo Ministério das Comunicações, nos termos da Portaria nº 588/2000.

Os Correios, em conformidade com a legislação vigente, prestam os serviços

<sup>48</sup> *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 669.

<sup>49</sup> Natureza jurídica dos contratos de franquia postal e o monopólio. *Revista de Contratos Públicos* – RCP, n. 4, p. 109-121, set./2013- fev./2014.

<sup>50</sup> A Resolução nº 3954, de 24.02.2011 / BACEN - Banco Central do Brasil (D.O.U. 25.02.2011), alterada pela Resolução nº 3.959, datada de 31.03.2011, estabelece normas que dispõem sobre a contratação de correspondentes no País.

de Banco Postal em parceria com uma instituição financeira. Para isso é realizado um processo seletivo, sendo que a primeira parceria foi firmada com o Banco Bradesco por um período de dez anos. Na sequência, em 2011, os Correios realizaram um novo processo seletivo no qual se sagrou vencedor o Banco do Brasil por um período de cinco anos.<sup>51</sup> No entanto, em virtude de ter o Banco do Brasil desistido de renovar o contrato do banco postal com os Correios, foi aberta licitação, da qual não resultou nenhuma proposta.

Após o fracasso do leilão, os Correios entraram em negociação com o Banco do Brasil, da qual resultou novo acordo, firmado em 05.12.2016, prosseguindo o Banco do Brasil à frente do Banco Postal por até três anos, pagando aos Correios um valor menor que o desembolsado até então e igualmente inferior ao que a estatal esperava arrecadar na licitação.

Os Correios podem romper esse contrato temporário a qualquer momento, desde que avisem o Banco do Brasil com 90 dias de antecedência. No entanto, não há previsão de quando a estatal pretende realizar nova licitação.

## 6. Credenciamento

Já de longa data destacam-se os casos de credenciamento previstos na legislação brasileira, que vem se consolidando como uma alternativa da Administração Pública.

No dizer de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a Administração Pública vem se utilizando do credenciamento para, delegar “unilateral e precariamente, por atos administrativos, a credenciados, atividades de interesse público, reconhecendo-lhes a produção de eficácia administrativa pública e dando-lhes assentimento para que sejam remunerados por seus serviços, diretamente pelos administrados beneficiários ou por ela própria”.<sup>52</sup>

O credenciamento é apenas a transferência, a particulares, de uma atividade técnica, meramente instrumental, de mera verificação, não configurando delegação de poder de polícia, nem, muito menos, de serviço público. Com efeito, segundo a doutrina dominante, os atos jurídicos administrativos inerentes ao exercício de atividades de polícia administrativa, não podem ser delegados a particulares ou mesmo entidades governamentais dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Todavia, da restrição à atribuição de atos de polícia a particulares não se segue que o exercício daqueles atos não possa ser precedido de uma atividade material ou acabar numa atividade material praticada por particulares: existem atos materiais que precedem uma determinação jurídica e outros sucessivos a tal determinação, isto é, de cumprimento desta. Ou seja, o que pode ser atribuído a particulares é o desempenho de atividades técnicas, instrumentais ao exercício da atividade jurídica, “mediante delegação, propriamente dita,

<sup>51</sup> Fonte: <http://www.correios.com.br/bancoPostal/historiaBancoPostal.cfm>.

<sup>52</sup> *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 313.



ou em decorrência de um simples contrato de prestação.<sup>53</sup> Em ambos os casos (isto é, com ou sem delegação), às vezes, tal figura aparece sob o rótulo de credenciamento”.<sup>54</sup> Cabe, porém, ressaltar que, embora

o credenciamento está precipuamente voltado para a execução, por particulares, dos serviços instrumentais necessários ao desenvolvimento das atividades de polícia administrativa, não se cinge exclusivamente a isso, pois alguns serviços de natureza pública ou de interesse público também são objeto de credenciamento, como é o caso da polícia judiciária, de atividades integrantes do sistema único de saúde, de atividades de ensino e de ações compreendidas no campo da pesquisa científica e tecnológica.<sup>55</sup>

Além desses, outros serviços podem ser citados: escolha de empresas de radiodifusão para propaganda das atividades do governo e câmaras municipais, escolha de interessados em fazer propagandas em ônibus (espaços promocionais), credenciamento de bancos para fazer arrecadação de tributos, dentre outros.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> Por força do qual o contratado prestará a atividade para o Poder Público, sem vínculo jurídico direto com os administrados e sem remuneração captada diretamente destes.

<sup>54</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 868. Como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, “para execução desta atividade material, objetiva, precisa por excelência, e desde que retentora de dados para controle governamental e dos interessados, nada importa que os equipamentos pertençam ou sejam geridos pelo Poder Público ou que pertençam e sejam geridos por particulares, aos quais tenha sido delegada ou com os quais tenha sido meramente contratada. E que as constatações efetuadas por tal meio caracterizam-se pela impessoalidade (daí por que não interfere o tema do sujeito, da pessoa) e asseguram, além de exatidão, uma igualdade completa no tratamento dos administrados, o que não seria possível obter com o concurso da intervenção humana.

De resto, não há nisto atribuição alguma de poder que invista os contratados em qualquer supremacia engendradora de desequilíbrio entre os administrados, pois não está aí envolvida expedição de sanção administrativa e nem mesmo a decisão sobre se houve ou não violação de norma de trânsito, mas mera constatação objetiva de um fato.

Há, ainda, a possibilidade de particulares serem encarregados de praticar ato material sucessivo a ato jurídico de polícia, isto é, de cumprimento deste, quando se trate de executar materialmente ato jurídico interferente apenas com a propriedade dos administrados; nunca, porém, quando relativo à liberdade dos administrados. Tome-se como exemplo a possibilidade de a Administração contratar com empresa privada a demolição ou implosão de obras efetuadas irregularmente e que estejam desocupadas, se o proprietário do imóvel recalcular em providenciá-las por seus próprios meios, inobstante devidamente intimado e legitimamente submetido a isto. Ou seja: o Poder Público não estaria obrigado a proceder à demolição ou implosão do edificado – ou, em outro exemplo, à desobstrução da faixa marginal de rodovias – mediante servidores públicos.

Existe, finalmente, a hipótese – que na atualidade ainda se pode considerar peculiar – na qual ato jurídico de polícia inteiramente vinculado pode ser expedido por máquina que sirva de veículo de formação e transmissão de decisão do próprio Poder Público (caso de parquímetros que expeçam auto de infração), inobstante o equipamento pertença a um contratado e esteja sob sua guarda e manutenção. Em nosso entender, o fenômeno aí ocorrente explica-se pela preposição do bem do particular ao jogo da ‘relação de administração’, nos termos em que a configura Ruy Cirne Lima (*Princípios de direito administrativo brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 105-109 e 189 e ss.), de tal sorte que, por força dela, o bem privado opera como veículo de expressão do Poder Público (não sendo, pois, de se cogitar de uma “delegação”).” (op. cit. p. 869-870).

<sup>55</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Credenciamento. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Org.). *Direito administrativo e constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 51-52.

<sup>56</sup> CASTRO, Patrícia Campos de. Credenciamento como forma alternativa de contratação pela Administração Públi-

Vale mencionar, a título de exemplo, que, em função da relevância pública e de suas especificidades, visando à manutenção e eficiência dos serviços, é usual a Administração contratar serviços médico-hospitalares através de credenciamento de clínicas, profissionais ou laboratórios que preencham determinados requisitos, a serem remunerados por procedimento, segundo tabela preestabelecida.<sup>57</sup> Realizado o credenciamento, os servidores receberão os serviços e escolherão o profissional que os prestará. A Administração realizará o pagamento pelos serviços e condições previamente estabelecidos. Todo o profissional que preencher os requisitos mínimos fixados pela Administração poderá requerer seu credenciamento, o que significará sua admissão a um cadastro que ficará à disposição dos beneficiários (servidores). Prestado o serviço, o profissional pleiteará à Administração a remuneração por valor determinado.

Em que pese não estar expressamente previsto na Lei nº 8.666/1993, a doutrina e a jurisprudência do TCU têm admitido o uso do credenciamento, especialmente nos casos em que se identifica a inviabilidade de competição, que a demanda pelos serviços é superior à oferta, bem como quando há possibilidade de contratação de todos os interessados, conforme se depreende do entendimento firmado no Acórdão 352/2016-Plenário, ao analisar contratos de terceirização de profissionais de saúde com recursos do SUS.<sup>58</sup> Conforme sintetiza Joel de Menezes Niebuhr, “a ausência de dispositivos normativos em torno das hipóteses de credenciamento não obsta lhes reconhecer a existência, bem como a inviabilidade de competição, o que acarreta a inexigibilidade”.<sup>59</sup> Será, porém, necessária a licitação quando surja possibilidade de competição objetiva entre os particulares, sempre que for inviável à Administração promover o credenciamento de todos os possíveis interessados.

Após corroborar o entendimento doutrinário segundo o qual o credenciamento pode ser entendido como “a permissão de execução de serviços, caracterizada pela unilateralidade, discricionariedade e precariedade”, registrou o Tribunal de Contas da União que referido sistema atende aos princípios norteadores da licitação.<sup>60</sup>

---

ca e a inexigibilidade de licitação. *Revista de Direito Municipal*, Belo Horizonte, n. 3, jan./jun. 2000. p. 42.

<sup>57</sup> FORTUNA, Afonso de Aragão Peixoto. Sistema Único de Saúde: alternativas de execução dos serviços por terceiros. *Interesse público*, Sapucaia do Sul-RS, n. 9, jan./mar. 2001. p. 141-142.

<sup>58</sup> TCU: Acordam os Ministros do Tribunal de Contas da União que “9.1.2. o credenciamento pode ser utilizado para a contratação de profissionais de saúde para atuarem tanto em unidades públicas de saúde quanto em seus próprios consultórios e clínicas, sendo o instrumento adequado a ser usado quando se verifica a inviabilidade de competição para preenchimento das vagas, bem como quando a demanda pelos serviços é superior à oferta e é possível a contratação de todos os interessados, sendo necessário o desenvolvimento de metodologia para a distribuição dos serviços entre os interessados de forma objetiva e impessoal;”. (TCU 017.783/2014-3, Acórdão 352/2016 – Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, j. 24.02.2016).

<sup>59</sup> *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 337.

<sup>60</sup> Destacou aquela Corte que serão resguardados os seguintes princípios: “a) legalidade - a conveniência social no caso da assistência médica é latente, uma vez que com o credenciamento todos serão amplamente beneficiados e a legalidade encontra respaldo no art. 25 da Lei nº 8.666/93; b) impessoalidade - o credenciamento obedece este princípio, pois a finalidade da Administração é prestar a melhor assistência médica, com o menor

Através do credenciamento, praticado com a devida cautela, assegurado o tratamento isonômico dos interessados na prestação de serviços,<sup>61</sup> é possível obter-

custo possível e dentro dos limites orçamentários; é o que se pretende fazer, atingindo todas as entidades prestadoras de serviço que se enquadrarem nos requisitos estabelecidos; c) igualdade - no credenciamento o princípio da igualdade estará muito mais patente do que na licitação formal. Poderá ser credenciada da pequena clínica, ou um consultório de apenas um médico, ao hospital de grande porte, com direito de participação de todos, sendo a sua utilização em pequena ou grande escala vinculada à qualidade e à confiança dos beneficiários que, conforme a aceitação destes, permanecerão ou serão descredenciados; d) publicidade - antes de se concretizar o credenciamento, deverá ser dada ampla divulgação, com aviso publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação, podendo, inclusive, a Administração enviar correspondência aos possíveis prestadores de serviço; e) probidade Administrativa - o credenciamento, da maneira que será executado, obedece rigorosamente aos postulados do princípio da probidade administrativa, uma vez que, embora tal procedimento não esteja expressamente previsto na Lei de Licitação, nenhum comprometimento ético ou moral poderá ser apontado, já que foram observados os demais princípios elencados para o certame; f) vinculação ao Instrumento Convocatório - é um princípio bastante fácil de ser seguido no esquema do credenciamento, pois os parâmetros serão definidos em ato da Administração, que, mediante divulgação para conhecimento dos interessados, permitirá que sejam selecionados apenas aqueles que concordarem e se adequarem a seus termos; g) julgamento objetivo - no credenciamento, o princípio do julgamento objetivo será muito mais democrático do que no da licitação formal, pois, nesta, o julgamento é de uma Comissão, que escolherá um número reduzido de prestadores de serviço, que depois terão que ser aceitos pelos usuários. No caso do credenciamento, as entidades prestarão serviços aos beneficiários da assistência médica, de acordo com a escolha de cada participante, em razão do grande número de opções, portanto não basta ser credenciado para prestar serviço, tem que contar com a confiança da clientela (TC 016.522/95-8, Decisão 656/95, Plenário, rel. Min. Homero Santos, j. 06.12.95).

<sup>61</sup> “[...] o sistema de credenciamento adotado não observou perfeitamente os requisitos que vêm sendo estabelecidos para a espécie pela jurisprudência desta Corte, especialmente o Acórdão TCU 351/2010-Plenário, a saber:

a) a contratação de todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições fixadas pela Administração, não havendo relação de exclusão;

b) a garantia da igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido;

c) demonstração inequívoca de que as necessidades da Administração somente poderão ser atendidas dessa forma, cabendo a devida observância das exigências do art. 26 da Lei nº 8.666/1993, principalmente no que concerne à justificativa de preços.

12. Do confronto entre os requisitos listados pelo Acórdão 351/2010-Plenário com as disposições do edital, conclui-se que o sistema adotado pela Setrab/AM não se tratou de credenciamento propriamente dito, mas da mixagem de algumas feições desse sistema com aspectos característicos de licitação.

13. Nesse contexto, resta caracterizado que houve descumprimento da Lei nº 8.666/93 e inobservância às orientações contidas no mencionado Acórdão 351/2010, motivos pelos quais não se acolhe o arrazoado da responsável. (TCU, Acórdão 5.178/2013, 1ª C., rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti).

“6. Como se observa, o credenciamento é instituto aplicável em situações de inexigibilidade de licitação, quando não há que se falar em concorrência dentre os interessados, uma vez que todos os credenciados serão contratados nos termos propostos pelo órgão.

7. Na modalidade de credenciamento, portanto, a avaliação técnica limita-se a verificar se a empresa interessada possui capacidade para executar o serviço. Uma vez preenchidos os critérios mínimos estabelecidos no edital, a empresa será credenciada, podendo ser contratada em igualdade de condições com todas as demais que também forem credenciadas.

8. A etapa de avaliação das empresas é, portanto, apenas eliminatória, e não classificatória, já que nessa modalidade não pode haver distinção entre as empresas credenciadas. Inexiste, portanto, a possibilidade de escolha de empresas que mais se destaquem dentre os parâmetros fixados pela entidade, visto que as empresas estariam competindo para constarem como as mais bem pontuadas. O credenciamento não se presta para este fim, uma vez que ele só se justifica em situações onde não se vislumbra possibilidade de competição entre os interessados, conforme entendimento já transcrito neste voto.

9. Ademais, nos termos da Decisão nº 624/1994-TCU-Plenário, o credenciamento para contratação de serviços advocatícios seria justificável quando se tratasse de serviços comuns, que podem ser realizados de modo satis-

se uma melhoria na qualidade dos serviços e uma diminuição nos seus custos.

Sintetizando as peculiaridades dessa forma de prestação, Adilson Abreu Dallari conceitua credenciamento como

o ato ou contrato formal pelo qual a Administração Pública confere a um particular, pessoa física ou jurídica, a prerrogativa de exercer certas atividades materiais ou técnicas, em caráter instrumental ou de colaboração com o Poder Público, a título oneroso, remuneradas diretamente pelos interessados, sendo que o resultado dos trabalhos desfruta de especial credibilidade, tendo o outorgante o poder/dever de exercer a fiscalização, podendo até mesmo extinguir a outorga, assegurados os direitos e interesses patrimoniais do outorgado inocente e de boa-fé.<sup>62</sup>

Aponta, ainda, que o regime jurídico do credenciamento é caracterizado por alguns traços essenciais, quais sejam: a) a outorga ou atribuição é feita por meio de um ato formal, de conteúdo negocial correspondente a um interesse recíproco do outorgante e do outorgado, mas pode ser unilateral ou bilateral, assumindo caráter tipicamente contratual; b) habilita o outorgado ao exercício de atividade material ou técnica, não-jurídica, mas meramente instrumental ou de colaboração com a Administração Pública; c) a atividade é desenvolvida a título oneroso: quando paga pelo Poder Público tem-se um simples contrato de colaboração; quando paga pelo particular interessado tem-se um credenciamento propriamente dito, um típico contrato de atribuição; d) os atos praticados pelo particular credenciado são tidos ou havidos como verdadeiros, corretos e confiáveis, salvo prova em contrário; e) as atividades objeto do credenciamento são suscetíveis de constante fiscalização do Poder Público.<sup>63</sup>

No entender de Alexandre Santos de Aragão o objeto do credenciamento não é a prestação de serviço público, mas sim, respectivamente, a aquisição de bem/serviço para a Administração ou o exercício do seu poder de polícia.<sup>64</sup>

---

fatório pela maior parte dos advogados. Significa dizer que se trata de serviço dotado de certa simplicidade, sem exigência de um nível técnico tão aprofundado, não existindo, portanto, diferenças de qualificação relevantes ao interesse público.” (TCU, Acórdão 408/2012, Plenário, rel. Min. Valmir Campelo).

“[...] embora o credenciamento não seja compatível com o procedimento licitatório, trata-se, na opinião dos juristas, de caso de inexigibilidade de licitação pela inviabilidade ou pela desnecessidade de competição, dado que, todos os interessados na prestação do serviço ficam disponíveis para a contratação. Assim, são exigidos os elementos prescritos no parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/1993, entre eles a justificativa do preço fixado pela administração contratante”. (Acórdão n. 1.751/2004, Plenário, rel. Min. Marcos Vileça). (JUSTEN FILHO, Marçal. 16. ed. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 59; SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 42).

<sup>62</sup> Credenciamento. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Org.). *Direito administrativo e constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 53.

<sup>63</sup> Credenciamento. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Org.). *Direito administrativo e constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 52-53.

<sup>64</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.706.

## 7. Arrendamento

Na vigência da Constituição de 1988, o regime de exploração de portos passou por alterações legislativas.

A nova Lei de Portos (Lei nº 12.815/2013), que foi anteriormente referida, considerou, de um lado, a área do porto organizado, que pode ser explorada diretamente pela União ou pela delegatária (através da transferência, mediante convênio, da administração e da exploração do porto organizado para Municípios ou Estados, ou a consórcio público, nos termos da Lei nº 9.277/1996, art. 2º, X) ou pode ser objeto de exploração indireta por meio de concessão ou arrendamento (art. 1º, § 1º) e a área fora do porto organizado, que pode ser explorada diretamente pela União ou por terceiros, mediante autorização (art. 1º, § 2º).

O porto organizado é definido pelo art. 2º, I da Lei como “bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária”. A área do porto organizado é “delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado” (art. 2º, II). No setor de portos é a União quem edita os referidos atos, na condição de titular do serviço.

A Lei nº 12.815/2013 tornou simbiótica a integração entre o domínio portuário e o regime jurídico aplicável às instalações portuárias nele situadas.

Como já destacado, a nova Lei elegeu o critério da localização geográfica para delimitar o regime jurídico aplicável: o regime de concessão e de arrendamento, aplicável à exploração do serviço portuário no âmbito do porto organizado, do regime de autorização, quando o serviço for explorado fora de tal área.

O arrendamento restou definido pelo art. 2º, inciso X da Lei nº 12.815/2013, como cessão onerosa de área e infraestrutura públicas, localizada dentro do porto organizado, para exploração por prazo determinado. Durante esse período ele a mantém, gere e explora, com base em contrato oneroso celebrado com a União, no caso de exploração direta, ou com sua concessionária, cujas licitações serão realizadas pela ANTAQ, nos termos da Lei nº 12.815/2013.<sup>65</sup> Neste ponto inovou a lei que alterou a previsão antes existente na Lei nº 8.630/1993, de que a licitação seria realizada por iniciativa da Administração Portuária ou a requerimento do interessado.<sup>66</sup>

Em seus dispositivos a nova norma utiliza o termo “arrendamento de *bem público*”, sendo esta última expressão indicadora de um possível intento de desvinculá-lo da transferência da exploração de serviço público portuário e assemelhá-lo ao uso de

<sup>65</sup> Art. 6º, § 2º, da Lei nº 12.815/2013.

<sup>66</sup> Art. 5º da Lei nº 8.630/1993 e art. 25º, § 2º, do Decreto nº 6.620/2008.

bem público. A mera mudança de nomenclatura, entretanto, não tem a força de modificar o regime inerente ao arrendamento.

No que diz respeito aos prazos contratos de concessão e arrendamento com o veto presidencial ao 1º do art. 5º, a lei deixou de fixar o prazo máximo. Todavia, tanto o art. 2º, IX, quanto o art. 5º, I, preceituam que tais outorgas se darão por prazo determinado fixado no edital e no contrato. O Decreto nº 8.033/2013, em seu art. 19, dispôs: "Os contratos de concessão e de arrendamento terão prazo de até vinte e cinco anos, prorrogável uma única vez, por período não superior ao originalmente contratado, a critério do poder concedente".

O art. 7º da Lei nº 12.815/2013 faculta à ANTAQ a possibilidade de disciplinar o compartilhamento das instalações cedidas às concessionárias, arrendatárias e autorizadas, retirando o caráter de exclusividade das respectivas concessões, ainda que assegurada a remuneração adequada dos correspondentes cessionários.<sup>67</sup>

Dentre as cláusulas traçadas como essenciais para as concessões e arrendamentos, especificadas no art. 5º da Lei nº 12.815/2013, se destacam as referentes às condições de exploração do serviço, incluindo a qualidade dos serviços prestados, os direitos e deveres dos usuários, investimentos de responsabilidade do contratado, a reversão de bens aplicados no serviço, forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos e dos métodos e práticas de execução dos serviços, a adoção e ao cumprimento das medidas necessárias à fiscalização aduaneira de mercadorias, veículos e pessoas.<sup>68</sup>

<sup>67</sup> Art. 7º- A Antaq poderá disciplinar a utilização em caráter excepcional, por qualquer interessado, de instalações portuárias arrendadas ou exploradas pela concessionária, assegurada a remuneração adequada ao titular do contrato.

<sup>68</sup> Art.5º da Lei nº 12.815/2013 (São essenciais aos contratos de concessão e arrendamento as cláusulas relativas:

I - ao objeto, à área e ao prazo;

II - ao modo, forma e condições da exploração do porto organizado ou instalação portuária;

III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade da atividade prestada, assim como às metas e prazos para o alcance de determinados níveis de serviço;

IV - ao valor do contrato, às tarifas praticadas e aos critérios e procedimentos de revisão e reajuste;

V - aos investimentos de responsabilidade do contratado;

VI - aos direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contratado e as sanções respectivas;

VII - às responsabilidades das partes;

VIII - à reversão de bens;

IX - aos direitos, garantias e obrigações do contratante e do contratado, inclusive os relacionados a necessidades futuras de suplementação, alteração e expansão da atividade e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações;

X - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos e dos métodos e práticas de execução das atividades, bem como à indicação dos órgãos ou entidades competentes para exercê-las;

XI - às garantias para adequada execução do contrato;

XII - à responsabilidade do titular da instalação portuária pela inexecução ou deficiente execução das atividades;

XIII - às hipóteses de extinção do contrato;

XIV - à obrigatoriedade da prestação de informações de interesse do poder concedente, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ e das demais autoridades que atuam no setor portuário, inclusive as de interesse específico da Defesa Nacional, para efeitos de mobilização;

XV - à adoção e ao cumprimento das medidas de fiscalização aduaneira de mercadorias, veículos e pessoas;

XVI - ao acesso ao porto organizado ou à instalação portuária pelo poder concedente, pela Antaq e pelas demais

Esclarece Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

A distinção entre concessão e arrendamento diz respeito à abrangência do objeto do contrato. Pelos conceitos legais, verifica-se que a concessão tem objeto mais amplo, porque abrange a *administração* e a *exploração do porto organizado*, enquanto o arrendamento abrange apenas a *exploração* da área situada dentro do porto organizado”; ou seja, o arrendatário obtém o direito de usar a área situada dentro do porto organizado, para fins de exploração comercial. “Essa conclusão confirma-se pelas expressões utilizadas na seção I do capítulo II, assim intitulada: “Da concessão de porto organizado e do arrendamento de instalação portuária”.<sup>69</sup>

Ademais, o art. 17 estabelece que “a *administração* do porto é exercida diretamente pela União, pela delegatária ou pela entidade concessionária do porto organizado”, estando suas competências previstas no § 1º do mesmo dispositivo.

Deflui do art. 19 que a entidade responsável pela administração do porto também pode acumular a atividade de exploração direta ou indireta de áreas não afetadas às operações portuárias.

Mas, no caso do arrendamento, se dá tão somente a atividade de exploração comercial de instalações portuárias nele situadas e não a de administração do porto organizado...

A nova Lei dos Portos estabeleceu disciplina isonômica entre a concessão de exploração do porto organizado e o arrendamento de bem público. Basta verificar a Seção I do Capítulo II da Lei nº 12.815/2013 para concluir-se pela igualdade entre os regimes jurídicos dos institutos (que possuem as mesmas cláusulas essenciais aos seus contratos),<sup>70</sup> regime licitatório<sup>71</sup> e autoridade reguladora e fiscalizatória.<sup>72</sup>

O critério de julgamento da licitação de concessão e do arrendamento portuário, previsto pela lei, é o de *maior movimentação com a menor tarifa* e o *leilão* como modalidade licitatória possível<sup>73</sup>, sendo a ANTAQ a autoridade competente para *formulação do edital*

---

autoridades que atuam no setor portuário;  
XVII - às penalidades e sua forma de aplicação; e  
XVIII - ao foro.

<sup>69</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 489.

<sup>70</sup> Art. 5º da Lei nº 12.815/2013.

<sup>71</sup> Art. 6º da Lei nº 12.815/2013.

<sup>72</sup> Art. 6º e 7º da Lei nº 12.815/2013.

<sup>73</sup> Art. 6º da Lei nº 12.815/2013. Nas licitações dos contratos de concessão e arrendamento, serão considerados como critérios para julgamento, de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, e outros estabelecidos no edital, na forma do regulamento. § 1º As licitações de que trata este artigo poderão ser realizadas na modalidade leilão, conforme regulamento.

e a realização dos *procedimentos licitatórios*, devendo necessariamente seguir as diretrizes propostas pelo poder concedente.<sup>74</sup>

Tais critérios foram complementados pelo Decreto nº 8.464/2015, que, modificando o art. 9º do Decreto nº 8.033/2013, possibilitou a utilização de forma combinada ou isolada dos critérios para julgamento das licitações: de maior capacidade de movimentação; menor tarifa; menor tempo de movimentação de carga; menor tempo de investimentos; menor contraprestação do poder concedente; melhor proposta técnica, conforme critérios objetivos estabelecidos pelo poder concedente; ou maior valor de outorga (esta última constitui uma novidade).

A natureza jurídica do arrendamento é semelhante à da subconcessão de serviço público, restando este reforçado pelos novos dispositivos que traçam um mesmo regime jurídico aos arrendamentos de bem público e concessões do porto organizado, sem vislumbrarmos grandes reflexos na introdução do termo “bem público” à denominação do instituto.

Como cláusulas diferenciadoras e vetoras do regime jurídico dos terminais de uso público, destacam-se: i) a reversibilidade de bens ao final do contrato de arrendamento, sendo a cláusula essencial aos contratos de arrendamento e concessão (art. 5º, inciso VIII e 2º da Lei nº 12.815/2013) e a descrição dos bens afetados à exploração do serviço essencial à composição do edital (art. 8º, inciso V do Decreto nº 8.033/2013); ii) a previsão de regime tarifário próprio, incluindo revisão e reajustes, que também são cláusulas essenciais ao contrato (art. 5º, inciso IV, da Lei nº 12.815/2013).

Somem-se às mencionadas cláusulas contratuais, próprias do contrato de concessão e arrendamento, a submissão do arrendatário ao processo licitatório e a obrigatoriedade de utilização de trabalhadores portuários avulsos (TPAs), com a intermediação dos Órgãos Gestores de Mão de Obra Portuária (OGMO).<sup>75</sup> A dispensa da contratação de Trabalhadores Portuários Avulsos (TPAs) para a realização de movimentação de cargas nos portos organizados somente ocorre em casos excepcionais, previstos expressamente pela Lei, por exemplo, os previstos no art. 28.

Tal obrigatoriedade torna a exploração dos serviços pelos arrendatários, em regra, mais onerosa que nos terminais de uso privado, onde a contratação da utilização de mão de obra ocorre de forma livre.

No que diz respeito ao contrato de arrendamento, a nova lei não tratou de nenhuma alteração a ser realizada nos contratos firmados até o momento da entrada em vigor da MP 595.<sup>76</sup> As atividades estabelecidas nestes instrumentos continuarão sendo

<sup>74</sup> Art. 6º, § 2º da Medida Provisória nº 595/2012 Compete à ANTAQ, com base nas diretrizes do poder concedente, realizar os procedimentos licitatórios de que trata este artigo.

<sup>75</sup> Art. 32 e seguintes da Lei nº 12.815/2013.

<sup>76</sup> Pelo art. 57 da nova lei, “os contratos de arrendamento em vigor firmados sob a Lei nº 8.630, de 25-2-93, que possuam previsão expressa de prorrogação ainda não realizada, poderão ter sua prorrogação antecipada, a critério do poder concedente”.



executadas da forma e nas condições fixadas nos contratos, porém os resultados da aplicação da Lei nº 12.815/2013 “poderão dar ensejo à criação de diferentes regimes jurídicos para a exploração das infraestruturas portuárias, que acabarão competindo entre si”.<sup>77</sup>

## 8. Consórcio público

A Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, deu novo conteúdo normativo ao art. 241 da Constituição, para estabelecer a parceria entre os diferentes níveis de governo prevendo que

a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. Trata esse dispositivo da “*cooperação gerencial entre os entes federados*” (grifo nosso).<sup>78</sup>

É a previsão de instrumentos para a conjugação de esforços na realização de serviços públicos, a ser implementada, através de lei.

A lei prevista na Constituição Federal veio a ser promulgada em 2005 (Lei nº 11.107/2005) e modificou a natureza jurídica do instituto ao estabelecer, no art. 6º, que “o consórcio público adquirirá personalidade jurídica: I - de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções; II - de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil”.

As associações públicas deverão ser submetidas ao regime jurídico de direito público, tendo todas as prerrogativas e privilégios próprios das pessoas jurídicas de direito público, como imunidade tributária, impenhorabilidade dos bens, processo especial de execução, juízo privativo, prazos dilatados em juízo, duplo grau de jurisdição etc. Em aditamento, o art. 6º, § 1º estatui que “o consórcio público com personalidade de direito público “integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados”.

Poderão também os consórcios públicos adotar personalidade jurídica de direito privado, “mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil” (art. 6º, II). Todavia,

<sup>77</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Formas de prestação do serviço público. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, *Funções administrativas do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.171, nota de rodapé 41. (*Tratado de Direito Administrativo*. v. 4. Coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro).

<sup>78</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a reforma administrativa: Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 117.

conquanto constituídas sob figurino privado, não há aplicação integral do regime de direito privado, pois a própria lei determina que “o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT” (art.6º, § 2º). Bastaria esta evidência para se perceber que o seu regime jurídico disciplinador é peculiar.

O consórcio público vem criar uma nova espécie de entidade da administração indireta, ao lado da autarquia, da fundação pública, da sociedade de economia mista e da empresa pública. Não obstante o artigo 6º só faça essa previsão com relação aos consórcios constituídos como pessoas jurídicas de direito público, forçoso é reconhecer que o mesmo ocorrerá com os que tenham personalidade de direito privado.<sup>79</sup>

A constituição do consórcio público se faz através de um procedimento que abrange as seguintes fases: (i) subscrição de protocolo de intenções (art. 3º); (ii) publicação do protocolo de intenções na imprensa oficial (art. 4º, § 5º); (iii) lei promulgada por cada um dos partícipes, ratificando, total ou parcialmente, o protocolo de intenções (art. 5º) ou disciplinando a matéria (art. 5º, § 4º); (iv) celebração de contrato (art. 3º); (v) atendimento das disposições da legislação civil, quando se tratar de consórcio com personalidade de direito privado (art. 6º, II).

Além da constituição de consórcio público com personalidade de direito público, ou de direito privado, existem, ainda, outras possibilidades para a gestão associada de serviços públicos: (i) o contrato de programa que, por sua vez, pode estar vinculado a um consórcio público ou a um convênio de cooperação, ou pode ser independente de qualquer outro tipo de ajuste, podendo, inclusive, ser celebrado diretamente entre um ente federativo com entidade da Administração Indireta de outro ente federativo (arts. 13, 4, XI, alínea d); (ii) o convênio de cooperação.<sup>80</sup>

Embora a lei não tenha conceituado ou disciplinado os convênios de cooperação, a eles se referindo em seu art. 14,<sup>81</sup> o Decreto nº 6.017/2007, em seu art. 2º preceituou:

Para os fins deste Decreto, consideram-se:

VIII - convênio de cooperação entre entes federados: pacto firmado exclusivamente por entes da Federação, com o objetivo de autorizar a gestão associada de serviços públicos, desde que ratificado ou previamente disciplinado por lei editada por cada um deles.

Salienta Floriano de Azevedo Marques Neto que a principal diferença entre convênios e consórcios públicos

<sup>79</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 29. ed. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 584.

<sup>80</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 29. ed. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 591-592.

<sup>81</sup> Art. 14. A União poderá celebrar convênios com os consórcios públicos, com o objetivo de viabilizar a descentralização e a prestação de políticas públicas em escalas adequadas.

consiste no fato de que, enquanto no convênio as relações jurídicas com terceiros são efetivadas em nome dos partícipes, uma vez que este não pode ser sujeito de direitos e obrigações, no consórcio público este se obriga em nome próprio, vez que adquire personalidade jurídica, respondendo os consorciados apenas subsidiariamente. Outra diferença é que o objeto do consórcio público pode ser mais amplo do que o dos convênios de cooperação, pois enquanto estes têm o objetivo de disciplinar a gestão associada de serviços públicos, aqueles (os consórcios) podem ser firmados para a realização de qualquer um dos objetivos de interesse comum elencados no art. 3º do Dec. 6.017/2007.<sup>82</sup>

## 9. Contrato de gestão

Vale, ainda, a referência aos contratos de gestão com entidades privadas, sem fins lucrativos, qualificadas como organizações sociais, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização pelo Poder Público. Ao contrário dos contratos de gestão firmados com órgãos e entidades públicas qualificadas como agências executivas para terem maior autonomia (art. 37, § 8º, CF), não possuem sede constitucional.

Disciplinadas no âmbito federal pela Lei nº 9.637/1998, não são pessoas da Administração indireta, mas organizações particulares alheias à estrutura governamental com as quais o Poder Público se dispõe a manter parcerias, dentro da atividade de fomento. Entretanto, mostra-se evidente o propósito de privatizar a forma de gestão de serviço público delegado pelo Estado, quando “a organização social que absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde deverá considerar no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos no art. 198 da Constituição Federal e no art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990” (art. 18) (grifo nosso).

A seu turno, preceitua o art. 20 da Lei nº 9.637/1998, que o Programa Nacional de Publicização – PNP, tem por objetivo “estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União”. Ou seja, vão absorver atividades antes desempenhadas por órgãos ou entidades estatais e suas instalações serão cedidas à organização social. Por isso mesmo, Maria Sylvania Zanella Di Pietro bem salienta: “o contrato de gestão muito se assemelha à concessão administrativa, prevista como uma das formas de parceria público-privada, pela Lei nº 11.079/2004: haverá delegação de atividade estatal, remunerada inteiramente pelo Poder Público”. Nas duas modalidades há prestação de serviço público remunerada pelo poder público, sendo a delegatária, na

<sup>82</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Formas de prestação do serviço público. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, *Funções administrativas do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.165 (*Tratado de Direito Administrativo*. v. 4. Coordenação Maria Sylvania Zanella Di Pietro).

concessão administrativa, uma empresa privada com o objetivo de lucro e, no contrato de gestão, uma entidade sem fins lucrativos.<sup>83</sup>

Muitas críticas foram feitas pela doutrina às organizações sociais disciplinadas pela legislação federal. No entanto, o STF, por maioria, indeferiu medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade proposta contra a Lei nº 9.637/98 (ADI 1923/DF). O Supremo aceitou o modelo das organizações sociais, validando o seu formato e os seus mecanismos. Em 16.04.2015, o STF, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/1998 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/1993, incluído pela Lei nº 9.648/1998, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, § 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, vencidos, em parte, o Ministro Ayres Britto (Relator) e, julgando procedente o pedido em maior extensão, os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber. Não votou o Ministro Roberto Barroso por suceder ao Ministro Ayres Britto. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski (Plenário, 16.04.2015, *DJe* 17.12.2015).

## 10. Considerações finais

Os modos de prestação de serviços públicos diversificaram-se com a crescente e variada colaboração do setor privado, observando-se, nas últimas décadas, o surgimento de novos tipos de ajuste, decorrentes de consenso, acordo, cooperação, emergindo o termo parceria, “vinculado à contratualização”, que diz respeito à “passagem da

<sup>83</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 29. ed. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 620.

Administração autoritária à Administração soberana consensual”.<sup>84</sup> Refere-se ao “aparecimento de uma nova mentalidade”,<sup>85</sup> que está em expansão,<sup>86</sup> onde o acordo aparece em substituição aos atos unilaterais de autoridade, trazendo a lume o que se tem chamado de Administração Pública consensual.<sup>87</sup>

Em relação ao tema delegação de serviços públicos, num prefácio à obra de Auby, o Vice-Presidente Honorário do Conselho de Estado da França e Presidente do Instituto da Gestão Delegada, Marceau Long, disse que “a delegação de serviço público é tão rica que pode-se ver nela, na atualidade, o maior tema de espanto do Direito Administrativo contemporâneo, no entanto, o próprio objeto de estudo - a gestão delegada - ainda é vista, por muitos, como uma espécie de OVNI, de objeto voador não-identificado”.

Realmente, é isso que está ocorrendo.

## Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- CÂMARA, Jacintho Arruda. Natureza jurídica dos contratos de franquia postal e o monopólio. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, n. 4, p. 109-121, set./2013-fev./2014.
- CÂMARA, Jacintho Arruda. As autorizações da Lei Geral de Telecomunicações e a teoria geral do direito administrativo. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*. Belo Horizonte, v. 2, jul./dez. 2007.
- CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- CASTRO, Patrícia Campos de. Credenciamento como forma alternativa de contratação pela Administração Pública e a inexigibilidade de licitação. *Revista de Direito Municipal*, Belo Horizonte, n. 3, jan./jun. 2000.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- DALLARI, Adilson Abreu. Credenciamento. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Org.). *Direito administrativo e constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 29. ed. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996.
- FORTUNA, Afonso de Aragão Peixoto. Sistema Único de Saúde: alternativas de execução dos serviços por terceiros. *Interesse público*, Sapucaia do Sul–RS, n. 9, jan./mar. 2001.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1993. v. 2.
- <sup>84</sup> ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 44.
- <sup>85</sup> ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 44.
- <sup>86</sup> GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1993, v. 2. p. 345.
- <sup>87</sup> GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1993, v. 2. p. 423.

JUSTEN FILHO, Marçal. 16. ed. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito das telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Formas de prestação do serviço público. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções administrativas do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (*Tratado de Direito Administrativo*. v. 4. Coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro).

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Reestruturação do setor postal brasileiro. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.19, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Serviço postal: competência de atribuições é legislativa: delegação da capacidade de exercício em regime de direito público ao segmento privado da economia. Parecer mimeografado.

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a reforma administrativa*: Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOREIRA Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n.1, p. 227-248, jan./mar. 2003.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada*: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo, Malheiros, 2010.

SILVEIRA, Newton. *Licença de uso de marca e outros sinais distintivos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo Malheiros, 2000.

# REGIME JURÍDICO CONTRATUAL NO ÂMBITO DAS ESTATAIS: BREVES APONTAMENTOS EM FACE DAS INOVAÇÕES DA LEI Nº 13.303/16

EDGAR GUIMARÃES<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Regime jurídico aplicável aos contratos; 3. Cláusulas necessárias; 4. Duração dos contratos; 5. Alteração dos contratos; 6. Subcontratação; 7. Sanções administrativas; 8. Conclusões; Referências.

## 1. Introdução

A Lei nº 13.303/16, denominada Lei de Responsabilidade das Estatais ou Lei das Estatais, foi editada com o propósito de regulamentar o artigo 173, § 1º da Constituição Federal.<sup>2</sup>

Neste prisma, disciplinou diversos aspectos relacionados às empresas públicas

---

<sup>1</sup> Advogado. Pós-doutor em Direito pela Università del Salento (Itália). Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professor nos cursos de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, da Universidade Positivo, da UNIBRASIL, da PUC/PR e PUC/SP. Consultor Jurídico (aposentado) do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Presidente do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Membro dos Institutos Brasileiro de Direito Administrativo, do Instituto dos Advogados do Paraná e do Conselho Científico do Instituto Romeu Felipe Bacellar. Árbitro da Câmara de Arbitragem e Mediação da FIEP/PR.

<sup>2</sup> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

e sociedades de economia mista no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Vale dizer, toda empresa estatal passa a se submeter ao regime instituído pela Lei nº 13.303/16.

No plano concreto, são centenas, senão milhares de estatais que deverão ajustar sua formação orgânica, composição diretiva, procedimentos internos e processos de licitação e contratação, dentre outras adaptações, às novas diretrizes.

Com efeito, estas diretrizes têm íntima ligação com valores constitucionais republicanos de extrema relevância, como a eficiência, a transparência, o controle, a moralidade e a impessoalidade.

Digno de destaque é a atribuição legal de uma função social para as empresas públicas e sociedades de economia mista que deverão, dentre outras coisas, orientar suas ações para o alcance do bem-estar econômico, para a alocação socialmente eficiente dos recursos e adotar condutas que busquem a ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços que produzam.

Acerca da moralidade e da impessoalidade, a lei institui vedações e impedimentos para a escolha de membros para integrar o Conselho de Administração e cargos de Diretoria, privilegiando a experiência e a formação técnica e obstando, taxativamente, as indicações de cunho político partidário.

No que toca ao controle, a lei cria um verdadeiro e efetivo sistema de controle interno para as estatais formado por órgãos e unidades dotados de certa independência e autonomia orientados à consecução de seus misteres, como o Comitê de Auditoria Estatutário, o Conselho Fiscal, e a Auditoria Interna. Institui ainda um conjunto de direitos e deveres para possibilitar a aplicação de regras destinadas à fiscalização pelo Estado e pela Sociedade das ações e decisões adotadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.

A lei determina, ainda, que as estatais devem adotar regras de estruturas e de práticas de gestão de riscos que abranjam a ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno, devendo, para tanto, elaborar e divulgar um Código de Conduta e Integridade.

No que respeita à transparência e à governança, há previsão de inúmeros documentos e relatórios que deverão ser produzidos para ampliar o acesso à informação sobre a atividade exercida pelas estatais.

Por fim, e não menos importante, a propósito da eficiência merecem destaque as inovações relativas ao regime jurídico licitatório e contratual das empresas públicas e sociedades de economia mista.

O objetivo deste ensaio é tecer breves apontamentos apenas e tão somente acerca das inovações no regime jurídico contratual consignadas na Lei nº 13.303/2016. É o que pretendemos adiante.



## 2. Regime jurídico aplicável aos contratos

De acordo com José Anacleto Abduch Santos “regime jurídico é o conjunto de normas – regras, princípios ou valores que se aplicam e regem uma determinada relação jurídico-material.”<sup>3</sup>

Pela regra do artigo 68 da Lei das Estatais, os contratos das empresas públicas e sociedades de economia não se subordinam ao regime jurídico de direito público, passando a sofrer o influxo do direito privado, com as demais prescrições da Lei nº 13.303/16 e das respectivas cláusulas contratuais. Em matéria contratual, esta, certamente, foi a inovação mais significativa.

Com o afastamento do regime jurídico de direito público e a incidência de regras de direito privado, a consequência imediata é a inaplicabilidade nas relações contratuais das estatais das denominadas cláusulas exorbitantes.<sup>4</sup> Assim, ficam sepultadas aquelas prerrogativas especiais ou poderes unilaterais outorgados às entidades contraentes presentes na Lei nº 8.666/93.

Referida inovação vem ao encontro dos anseios das estatais, notadamente as exploradoras de atividade econômica, pois, com a incidência de regras de direito privado, suas contratações tendem a ser mais eficazes em razão da igualdade entre as partes.

## 3. Cláusulas necessárias

Os incisos do artigo 69 da Lei nº 13.303/2016 estabelecem as cláusulas que devem conter os contratos firmados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista. Por óbvio, as disposições contratuais devem estar em absoluta e total conformidade com o instrumento convocatório da licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, bem como as condições da proposta selecionada. Em outras palavras, o contrato deve ser o espelho do edital do certame ou do ato de dispensa ou inexigibilidade, e da proposta do particular a ser contratado.

Dos incisos do artigo anteriormente mencionado é possível constatar a existência de duas espécies de cláusulas, a primeira delas denominada *regulamentares* e a segunda de *econômicas* ou *financeiras*.

As *cláusulas regulamentares* dizem respeito ao objeto, regime de execução ou forma de fornecimento, prazo de execução, conclusão e entrega, garantias oferecidas, direitos e responsabilidades das partes, hipóteses de alteração e rescisão, vinculação ao

<sup>3</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos administrativos: formação e controle interno da execução: com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 25.

<sup>4</sup> No nosso sentir, cláusulas exorbitantes, próprias e inerentes ao regime jurídico de direito público, são as que exorbitam, excedem do direito comum para outorgar certas prerrogativas ou privilégios em favor da Administração Pública contratante.

edital, dispensa, inexigibilidade e proposta selecionada, manutenção das condições de habilitação e matriz de riscos.

Por outro lado, as *cláusulas econômicas* ou *financeiras* versam sobre o preço, as condições de pagamento, os critérios, data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.

A bem da verdade, o artigo 69 prescreve um conteúdo mínimo obrigatório para os contratos. Todavia, entendemos que em face de um determinado caso concreto, é possível surgir a necessidade de se estabelecer outras condições além daquelas constantes dos incisos deste dispositivo. Ademais, não obsta que conste cláusula arbitral visando à solução de conflitos, consoante as disposições da Lei nº 9.307/96.

O inciso VI do artigo 69 impõe a necessidade de se tipificar as infrações e as respectivas penalidades e, ao assim dispor, a Lei das Estatais avançou em relação à Lei nº 8.666/93. Ocorre que até então inexistia no regime jurídico licitatório e contratual federal qualquer determinação legal no sentido de se tipificar condutas reprováveis em editais e contratos estabelecendo as respectivas sanções.

A não fixação prévia de condutas reprováveis com as respectivas sanções vem gerando alguns abusos e desvios, na medida em que o gestor público, no momento de aplicar uma penalidade, se depara com a possibilidade de escolher qual sanção adotar face de um caso concreto, se investindo de um poder tipificante que não lhe compete, e muitas vezes se olvidando de dosá-la adequadamente levando em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Assim, em razão da determinação legal, cabe à estatal tipificar hipoteticamente todas as possíveis condutas reprováveis que poderão advir da execução contratual, fixando as correspondentes penalidades para cada uma delas. Importa chamar atenção para o destaque dado pelo legislador à questão das multas. É imprescindível que o termo contratual fixe os respectivos valores, ou seja, quantifique a sanção pecuniária sob pena de não ser possível a sua aplicação.

O contrato deverá prever cláusula estabelecendo os casos de rescisão e os mecanismos para alteração dos seus termos, conforme se depreende do inciso VII, do artigo 69 da Lei nº 13.303/16.

No tocante às hipóteses de rescisão, cabe destacar, primeiramente, que a Lei das Estatais não elenca de forma expressa os motivos que podem ensejar a ruptura contratual, diferentemente do que se constata nos incisos do artigo 78 a Lei nº 8.666/93. Esse silêncio legislativo, por óbvio, não obstaculiza uma rescisão, todavia, é necessário afirmarmos, desde logo, que o rompimento prematuro de uma relação jurídica contratual é medida drástica e, justamente por esta razão, deve ser implementada com muita cautela, pois pode representar em um prejuízo ainda maior para a estatal.

De toda sorte, entendemos que o motivo para uma rescisão contratual pode ser um inadimplemento parcial ou total do contrato ou ainda, o descumprimento de um preceito legal.

Importa destacarmos que a Lei nº 13.303/16 não prevê, expressamente, espécies de rescisão de contratual, como ocorre no artigo 79 da Lei nº 8.666/93. Em que pese esta lacuna, considerando que os contratos celebrados à luz da Lei das Estatais sofrem o influxo do direito privado, admitimos a existência de 03 (três) espécies de rescisão: **(i)** por ato unilateral de qualquer uma das partes;<sup>5</sup> **(ii)** amigável, sendo necessário o consenso, a bilateralidade de vontades; e **(iii)** judicial, aquela que se dá por força de decisão judicial transitada em julgado.

Quanto à rescisão por ato unilateral de qualquer uma das partes, se o contrato consignar objeto que esteja intimamente ligado, direta ou indiretamente, à prestação de um serviço público essencial à coletividade, a estatal deverá, por cautela, estabelecer um prazo mais dilatado para a denúncia prévia da relação jurídica contratual (60 ou 90 dias, conforme o caso), evitando-se, assim, a interrupção de certas atividades essenciais e possibilitando a substituição do contratado a tempo de não haver solução de continuidade.

O inciso VII do artigo 69 determina que se prevejam em cláusula contratual os mecanismos para alteração de seus termos. Para tanto, se faz necessário observar notadamente o disposto no artigo 72 da Lei nº 13.303/16, o qual prevê que os contratos somente poderão ser alterados por acordo entre as partes, vedando ajuste que resulte em violação ao dever de licitar. As especificidades que norteiam as alterações contratuais serão objeto de apontamentos adiante.

Por disposição legal, a matriz de risco<sup>6</sup> é cláusula obrigatória para os contratos de obras e serviços de engenharia licitados sob o regime de contratações semi-integradas e integradas. Contudo, como medida de boa prática administrativa, não há impedimento de que seja utilizada em contratações que versem sobre fornecimento ou serviços em geral.

<sup>5</sup> Esta espécie de rescisão unilateral não se confunde com aquela prevista no artigo 58 da Lei nº 8666/93 e que caracteriza uma prerrogativa exorbitante da Administração Pública.

<sup>6</sup> Nos termos do que dispõe o inciso X, do artigo 42 da Lei das Estatais:

X - matriz de risco - cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência;

b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação;

c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.

#### **4. Duração dos contratos**

Ao tratar da vigência dos contratos, o *caput* do artigo 71 prescreve regramento no sentido de que as relações contratuais não poderão exceder a 05 (cinco) anos, contados das respectivas celebrações.

Assim, a duração dos contratos, como regra geral, fica adstrita à vigência máxima de 05 (cinco) anos, não podendo a sua duração, em princípio, ultrapassar este limite temporal.

Todavia, ao lado da destacada regra geral, há exceções que dizem respeito a duas hipóteses taxativamente prescritas na lei.

A primeira (inciso I) trata dos contratos que digam respeito a projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da empresa pública ou da sociedade de economia mista.

A segunda exceção (inciso II) respeita os casos em que a pactuação por prazo superior a 05 (cinco) anos seja prática rotineira de mercado e a imposição desse limite de tempo inviabilize ou onere excessivamente a realização do negócio.

Entendemos que contratos que se amoldem a qualquer das duas exceções acima deverão ser dimensionados, em termos de prazo, levando-se em conta que o objeto contratado visa à satisfação das finalidades para as quais a estatal foi criada, ou seja, a sua atividade finalística.

Por sua vez, o parágrafo único do artigo 71 consigna, no nosso sentir, uma vedação legal a ser aplicada a toda e qualquer contratação. Trata-se de uma norma de caráter geral que veda a celebração de contratos por prazo indeterminado.

#### **5. Alteração dos contratos**

O artigo 72 estabelece que as alterações contratuais somente poderão ocorrer por acordo entre as partes, vedando-se ajustes que resultem em violação a obrigação de licitar.

Dessa forma, temos, na primeira parte do dispositivo, uma *permissão* que é modificar as condições contratadas e, na segunda, uma *vedação*, a impossibilidade de promover alterações que violem o dever de licitar.

Depreendemos que, para se alterar um contrato, será imprescindível a anuência das partes contratantes, sem o que não há como levar adiante qualquer pretensão neste sentido.

O artigo 81 da Lei nº 13.303/16 prevê a possibilidade da empresa pública ou sociedade de economia mista alterar os contratos “quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos” (inciso I) e “quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei” (inciso II).

O exame dos incisos acima apresentados evidencia os tipos de interferências que podem ser feitas pela estatal no objeto das contratações. Essas modificações poderão impactar no modo estabelecido para a execução do objeto ou nas quantidades contratadas. No primeiro caso, haverá alteração *qualitativa*. No segundo, por sua vez, alteração *quantitativa*.

Por sua vez, o § 1º, do artigo 81, estabelece que o contratado poderá aceitar ou não, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos e supressões quantitativas realizadas na contratação, desde que limitadas ao máximo de 25% do valor inicial atualizado do contrato, ou de 50% dessa mesma referência, para acréscimos na especial situação de reforma de equipamentos ou de edifício. Já o § 2º prescreve que nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder tais limites, exceto as supressões resultantes de acordo entre as partes. Vale lembrar que, tanto para os acréscimos quanto para as supressões, faz-se necessária a conjugação da vontade das partes.

## 6. Subcontratação

O tema da *subcontratação* em licitações e contratos administrativos não é novo. Sua disciplina é muito pobre na Lei nº 8.666/93, pois tratada em um único dispositivo, encontrando previsão no artigo 72.<sup>7</sup>

Tanto a Lei nº 13.303/16 quanto a Lei nº 8.666/93 não fixam um limite para a subcontratação, o que não significa a sua utilização de forma desmedida. Na hipótese de haver a opção administrativa pela subcontratação, o edital deverá fixar um *limite*, ficando vedada a sub-rogação parcial ou total da parcela principal do objeto.

A inovação neste tema diz respeito à habilitação da subcontratada. O § 1º do artigo 78 determina que a subcontratada deve atender às mesmas exigências de qualificação técnica impostas ao vencedor. A aplicação deste dispositivo precisa sofrer um temperamento em face do que dispõe o inciso XXI, do artigo 37 da Constituição Federal.

O comando constitucional acima mencionado determina que, nas licitações, só é permitido exigir a qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Sendo assim, o edital deverá prever a parcela do objeto que poderá ser subcontratada e, proporcionalmente a ela, fixar a exigência de qualificação técnica. Teríamos, portanto, uma qualificação técnica a ser demonstrada pelo licitante e outra pela subcontratada por este indicada.

A Lei nº 13.303/16 veda a subcontratação de empresa ou consórcio que tenha participado da licitação que deu origem ao contrato, bem como daquele que atuou, direta ou indiretamente, na elaboração do projeto básico ou executivo.

Embora a lei tenha estabelecido a vedação à subcontratação de empresa ou consórcio, dando a entender que apenas pessoas jurídicas nas condições previstas na

---

<sup>7</sup> Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

lei estariam impedidas de serem subcontratadas, pensamos que dita vedação atinge, de igual forma, as pessoas físicas.

## 7. Sanções administrativas

Em face da inexecução total ou parcial do contrato, garantida a prévia defesa, o contratado estará sujeito às consequências de natureza administrativa consubstanciadas nas seguintes sanções: *advertência*, *multa* e *suspensão de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora*.

*Advertência* é uma admoestação ao contratado em virtude de inadimplementos contratuais de pequeno potencial, que não tenham causado prejuízos para a estatal. Em que pese se tratar de uma sanção tida como a mais branda de todas, recomendamos que a sua materialização se dê por escrito, com a prova do recebimento por parte do contratado e a devida anotação em seu cadastro.

A *multa* é sanção de natureza pecuniária e, consoante dispõe expressamente a lei, deve estar prevista e, sobretudo, quantificada no instrumento convocatório ou no termo contratual, sob pena de não ser possível a sua aplicação.

A terceira e última sanção prevista neste artigo é a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

Considerada a mais grave de todas, esta sanção retira do contratado a possibilidade de participar de licitação e de contratar, projetando seus efeitos apenas no âmbito da empresa pública ou sociedade de economia mista que aplicou esta penalidade. A propósito dos efeitos de sanções desta natureza, acompanhando alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça<sup>8</sup> em casos análogos, entendemos que são *ex nunc*, o que, por via de consequência, não implica, necessariamente na rescisão do contrato, mas impede eventuais prorrogações futuras.

A aplicação de sanções ao contratado, quando da ocorrência de uma infração contratual, configura obrigação e não faculdade atribuída ao gestor público. Não se insere, portanto, na sua esfera de disponibilidade deixar de aplicá-las, eis que deve agir pró-ativamente, respaldado nas disposições editalícias e contratuais que regem a avença, não lhe sendo legítimo omitir-se, nem renunciar a esta prerrogativa, sob pena de responsabilização.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Ver STJ - MS Nº 13.964, 13.05.2009; EDcl no MS 13101/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009; AMS 94.01.32238-4/DF, Rel. Juiz Catão Alves, Primeira Turma, DJ, p.76480 de 22/09/1997.

<sup>9</sup> Neste sentido é a lição de Lúcia Valle Figueiredo, assim encontrada: "Doutra parte, a aplicação de sanções, unilateralmente, pela Administração também não é prerrogativa à disposição do administrador, algo a ser desfrutado pelo administrador. Bem ao contrário. Entendemos a imposição de sanções como dever administrativo. A omissão, em determinados casos, dará ensejo, por exemplo, à ação popular. Aplicar penalidades é dever. Insistimos, não é direito. É traço característico do contrato administrativo. Porém, é dever." (VALLE FIGUEIREDO,

O artigo 84 estabelece a possibilidade de se aplicar a pena de suspensão do direito de licitar e contratar as empresas ou os profissionais, os quais, em face de contratos regidos pela Lei nº 13.303/16, tenham praticado uma das condutas reprováveis legalmente previstas.

Esta regra prevê a aplicação da referida sanção em virtude de fatos que não estão diretamente ligados à inexecução contratual. Da interpretação daqueles incisos depreendemos que as condutas tipificadas na lei estão vinculadas a uma licitação ou a um contrato.

O tipo descrito pelo inciso I do artigo 84 (condenação definitiva em razão da prática, por meios dolosos, de fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos) pressupõe, para a aplicação da sanção, a existência de uma decisão condenatória, transitada em julgado, e exarada em outra órbita, qual seja, o Poder Judiciário, em face da sua competência para julgar crimes contra a ordem tributária.

Quanto ao inciso II, para que se possa subsumir uma conduta ao tipo ali previsto (prática de atos ilícitos visando frustrar os objetivos da licitação), entendemos ser imprescindível a comprovação do dolo, sendo, portanto, absolutamente necessário que o agente (pessoa física ou jurídica) tenha agido com a deliberada intenção de frustrar os objetivos da licitação, que são isonomia, competitividade, seleção da proposta mais vantajosa e promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Por último, o inciso III possibilita a aplicação de sanção àquele considerado inidôneo para contratar com a empresa pública ou a sociedade de economia mista em virtude de atos ilícitos que tenha praticado. Surge aqui um obstáculo quase insuperável. Como considerar uma pessoa inidônea já que a Lei nº 13.303/16 não prescreveu a sanção de Declaração de Inidoneidade?<sup>10</sup> Imaginamos que a única solução para a situação ora ventilada é a instauração de um processo administrativo punitivo por meio do qual se comprove a prática de atos ilícitos e se constate a inidoneidade do sujeito.

É forçoso reconhecer que o regime sancionatório prescrito neste artigo 84 é muito benéfico ao particular, pois os efeitos da sanção de suspensão do direito de licitar e contratar não podem ultrapassar a entidade que a aplicou, conforme previsão expressa do inciso III, do artigo 83.

## 8. Conclusões

Consoante afirmado anteriormente, a principal inovação da Lei nº 13.303/16 no que diz respeito aos contratos é o afastamento do regime jurídico de direito público

---

Lúcia. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 527). Ver também, Acórdão nº 1262/2009, Acórdão nº 949/2010, Acórdão nº 2445/2012 e Acórdão nº 754/2015 todos do Plenário do Tribunal de Contas da União.

<sup>10</sup> Vale lembrar que a Declaração de Inidoneidade é uma das sanções previstas no artigo 87 da Lei nº 8.666/93.

e, por conseguinte, das prerrogativas especiais ou poderes unilaterais traduzidos nas denominadas cláusulas exorbitante, prevalecendo a autonomia da vontade das partes presente nas relações regidas pelo direito privado.

Por fim, cabe assinalar que não tivemos a pretensão de esgotar os temas analisados. Nosso desejo maior foi de apenas destacar, de forma pontual, as inovações no regime contratual a ser aplicado no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista e de fomentar discussões que possam, de uma só vez, atender aos propósitos de tais entidades e fortalecer o domínio das contratações sob o fundamento da Lei nº 13.303/16.

## **Referências**

SANTOS, José Anacleto Abduch. Contratos administrativos: formação e controle interno da execução: com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 25.

STJ - MS Nº 13.964, 13.05.2009; EDcl no MS 13101/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009; AMS 94.01.32238-4/DF, Rel. Juiz Catão Alves, Primeira Turma, DJ, p.76480 de 22/09/1997.

VALLE FIGUEIREDO, Lúcia. Curso de direito administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 527). Ver também, Acórdão nº 1262/2009, Acórdão nº 949/2010, Acórdão nº 2445/2012 e Acórdão nº 754/2015 todos do Plenário do Tribunal de Contas da União.



# ESCOLHAS E EFICIÊNCIA: UMA INTEGRAÇÃO NECESSÁRIA

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A eficiência; 3. O processo de escolha; 4. Integração escolha-eficiência; 5. Conclusão; Referências.

## 1. Introdução

No regime da separação de poderes, não há preponderância entre as funções do Estado. Todas se equivalem e cada estrutura de poder se destina à execução de uma função estatal básica. Não importa que um Poder formal exerça, de quando em vez, função que, em princípio, não lhe seria própria. Na verdade, não se pode conceber um engessamento das estruturas orgânicas de um Poder, limitando-o apenas e tão somente à sua função. A complexidade do regime estatal é muito expressiva e não permitiria tal limitação.

Por essa razão, já tivemos a oportunidade de consignar que “os Poderes estatais, embora tenham suas funções normais (*funções típicas*), desempenham também funções que materialmente deveriam pertencer a Poder diverso (*funções atípicas*), sempre, é óbvio, que a Constituição o autorize”.<sup>2</sup> E a Constituição autoriza em mais de uma passagem, quando, por exemplo, o Poder Executivo pratica atos de natureza legislativa (medidas provisórias, art. 62, CF), ou quando o Poder Legislativo faz julgamentos a símile do que faz o Poder Judiciário (art. 52, I e II, CF).

Essas breves observações servem apenas para dar suporte à ideia de que, a despeito das três funções básicas do Estado em nosso ordenamento – e aqui não cabem outras discussões sobre a necessidade ou adequação de tais funções –, aquela

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito (UFRJ). Professor da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Membro do IBDA – Inst. Bras. de Direito Administrativo. Membro do IDAERJ – Inst. Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro. Membro do IAB – Instituto dos Advogados Brasileiros. Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado). Consultor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>2</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Gen/Atlas, 2016. p. 3.

exercida em maior amplitude é a função administrativa. Todos os Poderes a exercem, e não poderia mesmo ser de outra maneira, já que nenhum órgão ou pessoa pode subsistir sem o apoio da atividade de gestão de ações e de estruturas, de projetos e de operações, de pressupostos e de metas.

Lavra muita controvérsia a respeito da noção de função administrativa. Seabra Fagundes, porém, calcado em Gabino Fraga, facilitou a definição, sugerindo ser “a atividade do Estado que se realiza sob uma ordem jurídica e que consiste na execução de atos materiais, ou de atos que determinam situações jurídicas para casos individuais”.<sup>3</sup> Pode haver, aqui e ali (e sempre haverá), algum questionamento sobre as linhas conceituais. Mas, sem maior aprofundamento, é a função pela qual o Estado procede à gestão de suas inúmeras competências e à organização de seus métodos e objetivos.

Semelhante função impõe, como anotou Cirne Lima, uma relação especial – a relação de administração – dotada de elementos próprios e de efeitos específicos. Disse o grande publicista: “A relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente, chama-se relação de administração. Chama-se-lhe relação de administração, segundo o mesmo critério, pelo qual os atos de administração se opõem aos atos de propriedade. Na administração, o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade”.<sup>4</sup>

A função de gerir os interesses públicos está longe de ser simples. Ao contrário, revela-se de grande complexidade e encontra muitos obstáculos em seu percurso. Considerando essas dificuldades, pretende-se, em breve síntese, fazer uma sucinta análise do exercício da função administrativa à luz de dois fatores, que se nos afiguram indissociáveis para o êxito da execução: a eficiência e as escolhas administrativas.

## 2. A eficiência

Há muito os estudiosos têm guindado a eficiência como fator imprescindível ao êxito no exercício da função administrativa. A rigor, trata-se de um fator que não incide somente sobre a atividade administrativa pública. Recai também sobre a gestão no setor privado, incluindo-se aí o segmento empresarial, em que se qualifica como inafastável.

Em sua obra clássica, Hely Lopes Meirelles já inseria a eficiência como um dever do administrador, ou ainda, dever da boa administração. E registrava: “Assim, a verificação da eficiência atinge os aspectos quantitativo e qualitativo do serviço, para aquilatar do seu rendimento efetivo, do seu custo operacional e da sua real utilidade para os administrados e para a Administração. Tal controle desenvolve-se, portanto, na tríplice linha administrativa, econômica e técnica”.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciária*. 5. ed. São Paulo: Forense, 1979. p. 8.

<sup>4</sup> LIMA, Rui Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1987. p. 51-52.

<sup>5</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 113.

Realmente, a eficiência não se limita a um único enfoque, mas exige que seja considerada sob vários aspectos, todos eles importantes para a avaliação que deve sofrer a gestão administrativa. Custos, pessoal, necessidade, utilidade, resultados – todos esses fatores se mostram fundamentais para que o cidadão possa fazer uma efetiva valoração dos serviços produzidos pela Administração.

A importância desse fator na produção da atividade administrativa ficou evidenciada pelo Constituinte, que, através da Emenda Constitucional nº 19/98, incluiu, dentre os postulados aplicáveis à Administração Pública, o princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CF). Numa avaliação lógica, a inserção do princípio foi desnecessária, porquanto a eficiência é inerente à função de administrar, e não precisa estar expressa em lugar nenhum.

Foi como que um ato de desespero do Constituinte diante do sofrimento da sociedade com tantos serviços ineficientes prestados pelo Estado. Por conseguinte, dissemos em outra oportunidade: “Não é difícil perceber que a inserção desse princípio revela o descontentamento da sociedade diante de sua antiga impotência para lutar contra a deficiente prestação de tantos serviços públicos, que incontáveis prejuízos já causou aos usuários”.<sup>6</sup>

A despeito da menção constitucional, a expressividade do princípio consiste muito mais numa exortação aos administradores públicos do que propriamente num comando dotado de efetividade. Comandos expressos são ineficazes se não houver uma predisposição dos agentes públicos, como também uma clara consciência cívica, direcionada aos fins a que se preordena a gestão administrativa – o interesse público, ou, se assim se desejar, o interesse da coletividade.

Ao estudar o tema, Eduardo Azeredo Rodrigues ressaltou que a citada EC nº 19/98, denominada reforma administrativa do Estado, pretendeu que este fosse reduzido e se voltasse “para suas atividades primordiais, cujos componentes ou processos básicos foram inspirados nos seguintes objetivos: delimitação das funções do Estado, reduzindo seu tamanho principalmente no quantitativo de pessoal; redução do grau de interferência do Estado ao efetivamente necessário através de programas de desregulação...” e outras medidas similares.<sup>7</sup>

Enfim, não cabe neste trabalho o aprofundamento da análise que conduz à eficiência como dever da Administração Pública e como ferramenta para alcançar os fins de interesse público. Uma coisa é certa: quanto mais ineficiente for a máquina estatal, mais elevados serão os custos a cargo do Estado e maior insatisfação haverá no seio da população. No caso, impõe-se não somente a vontade política para tornar a máquina eficiente, mas é necessário também que o fator humano no Estado – os seus agentes –

<sup>6</sup> CARVALHO FILHO, José Dos Santos, *Manual cit.*, p. 31.

<sup>7</sup> RODRIGUES, Eduardo Azeredo. *O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios*. São Paulo: Lumen Juris, 2012. p. 15.

esteja devidamente aparelhado para aplicar sua competência na gestão da coisa pública – ofício que não é de curiosos ou apaniguados, mas de técnicos capazes de identificar as demandas públicas e de perseguir os caminhos que retratem maior eficiência na administração.

### 3. O processo de escolha

No exercício da função administrativa, é absolutamente impossível que o administrador público sempre se atenha aos procedimentos indicados na lei. E isso pela simples razão de que a lei, não raras vezes, silencia sobre o procedimento a ser adotado pelo administrador, o que é plenamente compreensível pela impossibilidade de engessamento daquele que tem a função de administrar, sempre carecedor de espaços nos quais possa interferir com sua manifestação de vontade.

O legislador impõe, em algumas situações, um determinado *iter* que o administrador público deve seguir compulsoriamente, sem lhe permitir qualquer processo de escolha. Noutra vertente, e ciente da impossibilidade de absoluto controle sobre algumas decisões a serem tomadas pelo administrador, a lei admite certo espaço no qual o agente administrativo recebe a atribuição de optar por determinada vertente, sempre considerando o fim de interesse público de sua conduta.

Essa bipolaridade de situações, inarredável em termos de administração pública, é que inspirou as figuras da vinculação e da discricionariedade, das quais emanam, respectivamente, os atos vinculados e os discricionários. Como a própria expressão está a indicar, a vinculação deixa o administrador engessado, sendo-lhe permitido apenas atuar conforme o que a lei determina. Já na discricionariedade, o legislador reconhece que, diante da situação fática ocorrente, poderá o administrador escolher uma dentre várias possíveis vias de direção.

Os atos vinculados, segundo dicção de Celso Antônio Bandeira de Mello, são aqueles “em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma”.<sup>8</sup> Corroborando essa linha, afirmamos que ao administrador, nesse caso, “não é concedida qualquer liberdade quanto à atividade a ser desempenhada e, por isso, deve submeter-se por inteiro ao mandamento legal”.<sup>9</sup>

Ao contrário, na discricionariedade, a lei confere ao administrador certa margem de liberdade dentro da qual lhe será lícito desenvolver o processo de escolha, vale dizer, será permitido que, na qualidade de gestor, decida em determinado sentido. Cuida-se

<sup>8</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 32. ed. 2015. p. 438.

<sup>9</sup> CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS. *Manual cit.*, p. 55.

do exercício do poder discricionário que é aquele “quando seu exercício fique entregue ao critério do respectivo titular, deixando-lhe liberdade de escolha do procedimento a adotar em cada caso como mais ajustado à realização do interesse público protegido pela norma que o confere”, nas precisas palavras de Marcelo Caetano.<sup>10</sup>

De fato, ao examinar a variedade interminável de decisões que precisa tomar, é indiscutível que, para muitas delas, o administrador tenha tido a opção sobre qual a melhor direção a ser encaminhado o ato. Sempre que o faz, no entanto, deve atuar compulsoriamente no sentido de que sua escolha atenderá à demanda social e beneficiará a coletividade. Essa escolha, obviamente, não pode ser aleatória; urge que o agente tenha sido mobilizado pelos elementos motivadores adequados ao objeto de sua opção. É exatamente isso que acarreta a congruência entre os elementos do motivo e do objeto.

No processo de escolha, no âmbito do poder discricionário, está intrínseca uma pequena faixa de subjetivismo. É como bem assinalam García de Enterría e Ramón Fernández, para quem “o exercício dos poderes discricionários da Administração comporta um elemento substancialmente diferente: a inclusão no processo aplicativo da lei de uma apreciação subjetiva da própria Administração com a que se completa o quadro legal que condiciona o exercício do poder ou seu conteúdo particular”.<sup>11</sup> Com efeito, não há como afastar essa faixa subjetiva do agente, por menor que possa ser. Ela integra o processo de escolha nos casos em que o administrador faz uso de seu poder discricionário.

O pequeno grau de subjetivismo do agente, porém, em que pese não poder ser descartado no processo discricionário, não pode chegar ao ápice de ser convertido em abuso de poder às custas exatamente desse tipo de apreciação. O subjetivismo está presente porque o administrador é um ser pensante e, por isso, capaz de tomar decisões em sua atividade de gestão. Mas não pode valer-se disso para dissimular condutas ilegais e abusivas.

Se o fizer, contudo, praticará arbitrariedade, e não discricionariedade. São sempre atuais as clássicas palavras de Hely Lopes Meirelles sobre a diferença: “Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido”.<sup>12</sup>

Delineado, sucintamente, o processo de escolha, no exercício da discricionariedade, cabe associá-lo à eficiência administrativa, para demonstrar que a ausência desta afeta aquele processo.

<sup>10</sup> CAETANO, MARCELO. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. São Paulo: Forense, 1977. p. 141.

<sup>11</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; RAMÓN-FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de derecho administrativo*. 10. ed. Pamplona: S.L. Civitas Ediciones, 1977. vol. I, p. 453.

<sup>12</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo cit.*, p. 127.

#### 4. Integração escolha-eficiência

A eficiência, como já se antecipou, corresponde ao conjunto de métodos empregados pela Administração Pública para alcançar as metas que efetivamente representem a solução de demandas da coletividade. Significa dizer, *a contrario sensu*, que, ausente o fator eficiência, a produção dos atos derivados do processo de escolha é passível de receber efeitos negativos. Ou seja: cumpre que eficiência e processo de escolha estejam integrados para que as ações administrativas estejam revestidas dos resultados alvitrados.

Em seu estudo sobre o princípio da eficiência na Administração, Onofre Alves Batista Junior defende a ideia de que o Estado Democrático de Direito, de desiderato social, impõe um equilíbrio entre o eficientismo e o garantismo, de modo que quanto mais a Administração se flexibiliza em prol da eficiência, mais o controle deve ser fortalecido, em defesa da segurança.<sup>13</sup> Segundo o autor, é imperioso que o administrador atue com certa flexibilidade para curvar-se às imposições atinentes à eficiência, mas, para impedir o excesso e o desvio de poder, o controle sobre tais atividades flexibilizadas deve ser mais rigoroso.

Importante, neste passo, é destacar que o processo de escolha conjugado com os métodos de eficiência dá conformação à boa administração – esta atualmente enquadrada entre os direitos fundamentais. Estudando o tema, Juarez Freitas acentua o fato de que ao Estado Democrático cabe oferecer o melhor acesso aos cidadãos através de uma boa administração. “Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”.<sup>14</sup>

Em complemento, diz ainda o autor que “as escolhas administrativas serão legítimas se – e somente se – forem sistematicamente eficazes, sustentáveis, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais e ativadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade”.<sup>15</sup> Por conseguinte, não basta que a lei confira ao administrador a definição no processo de escolha, mas é preciso também que o administrador, ao fazê-lo, conjugue sua escolha com a melhor solução a ser alcançada dentro da finalidade de interesse público.

Não custa lembrar, como o fez Sérgio Guerra, que a discricionariedade não nasce apenas em virtude de um espaço oferecido pelo legislador, mas que “ao contrário, a discricionariedade decorre de eleição feita pelo Poder Legislativo de abrir ao Poder Executivo, que está próximo do caso concreto, uma contribuição pessoal da autoridade

<sup>13</sup> BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Fórum, 2012. p. 245.

<sup>14</sup> FREITAS, Juarez. *O direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 21.

<sup>15</sup> Ob. Cit., p. 23.

competente no processo de determinação do ‘interesse geral’”.<sup>16</sup> Em outras palavras, não é o espaço legal o elemento suficiente para legitimar o exercício do poder discricionário, exigindo-se que, à luz desse espaço, seja feita uma escolha compatível com os fins públicos que devem nortear a atividade de administração pública – e para tanto cabe uma atuação revestida de eficiência.

Quando se reclama a integração entre a escolha administrativa e a eficiência da solução, o real motivo consiste em que, sem esta última, aquela resulta prejudicada. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em passagem interessante, deixa claro que hoje não se alude somente à eficiência econômica, mas a

outra e mais ampla percepção, como a que produz um complexo de resultados em benefício da sociedade – portanto, uma eficiência socioeconômica – um conceito híbrido, que consiste em produzir bens e serviços de melhor qualidade o mais rápido, na maior quantidade possível e com os menores custos para a sociedade, para efetivamente atender a suas necessidades cada vez mais demandantes.<sup>17</sup>

A observação, em nosso entender, é irretocável. Quando afirma que a conduta deve representar a produção de bens e serviços de melhor qualidade, na maior quantidade e com menor dispêndio, o que o autor quer dizer é que a escolha importa ser processada segundo critérios de eficiência, ou seja, se estiver distante de tais parâmetros, com certeza não se terá utilizado do binômio escolha-eficiência.

A conjugação entre esses fatores implica o exame da atuação administrativa em cada caso. Mais uma vez recorrendo a García de Enterría e Ramón Fernández, abraçamos a ideia que foi veiculada por esses estudiosos: “A necessidade de apreciações de circunstâncias singulares, de avaliação da oportunidade concreta no exercício do poder público, é indeclinável e ele alimenta inevitavelmente a técnica do apoderamento direcional”. E remata: “a atribuição à Administração de muitas funções se faz buscando justamente para sua gestão a apreciação subjetiva da oportunidade que a técnica da discricionariedade permite e só por isso”.<sup>18</sup>

Não há dúvida, portanto, de que as escolhas administrativas, processadas no exercício do poder discricionário, só poderão ser consideradas adequadas e compatíveis com o interesse público se estiverem pautadas por métodos eficientes. Não se trata apenas de cumprir o preceito constitucional relativo ao princípio da eficiência, inscrito no art. 37, *caput*, da CF, mas também de aplicá-lo com efetividade ao momento em que a lei conferir ao administrador a faculdade de eleger uma dentre várias direções legítimas.

<sup>16</sup> GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade*. São Paulo: Fórum, 2008. p. 72.

<sup>17</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo., *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. São Paulo: Fórum, 2008. p. 103.

<sup>18</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS RAMÓN-FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 455.

Frequentemente, deparamo-nos com más escolhas administrativas justamente pela falta de eficiência dos métodos empregados pelos agentes da Administração. Encontramos escolhas errôneas quanto a determinadas políticas públicas nas áreas de educação, segurança, saúde, meio ambiente e urbanismo, entre outras. Em compensação, escolhas bem-sucedidas têm ocorrido por força de meios eficientes de atuação, e nesse caso pode exemplificar-se com alguns sistemas de polícia de trânsito.

Voltando às anotações de Onofre Alves Batista Júnior, lembre-se a seguinte: “O modo de agir do administrador público não é irrelevante para o legislador. Se a CRFB/88 determina que a AP deve ser eficiente, é necessário ao administrador público assegurar o bom andamento, em atenção aos mandamentos de boa administração”, seja buscando a solução ótima, como a solução média, dependendo da situação enfrentada pelo administrador.<sup>19</sup>

Em suma, o que se pretende sustentar é que a discricionariedade traduz um fato inarredável no desempenho da atividade administrativa. Ainda que se considere, com justificada razão, que o espaço para escolhas administrativas não é mais, obviamente, aquele admitido preteritamente – gerador de maiores abusos –, não há como rechaçar a necessidade de permitir que o administrador, em certas ocorrências, decida mediante os critérios de conveniência e oportunidade. Tal espaço, no entanto, para ser bem ocupado, não prescinde da observância do princípio da eficiência, porquanto sem a incidência deste ficam prejudicadas as metas almejadas pela Administração.

## 5. Conclusão

A ideia que inspirou este breve estudo foi a de que a Administração, em sua busca das metas que realmente atendam aos interesses da coletividade, precisa empregar todas as ferramentas que lhe propiciem essa finalidade, pois que esse é o seu papel como gestora dos interesses públicos.

São oportunas as seguintes observações: “O agente público deve sempre buscar a solução que melhor atenda ao bem comum. Não se admite a acomodação; exige-se o dinamismo. Nesse sentido, o Poder Executivo traduz a necessidade de se buscar na atuação da Administração Pública a máxima eficiência”.<sup>20</sup>

Realmente, entre tantos métodos a serem adotados pela Administração, é inarredável que um deles resulte da integração escolhas-eficiência, para que o administrador, ao exercer seu poder discricionário, o faça mediante critérios positivos e que representem os resultados mais favoráveis para a Administração e para a coletividade.

<sup>19</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves, ob. cit., p. 270.

<sup>20</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves, ob. e loc. cit.



## Referências

- BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Fórum, 2012.
- CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. São Paulo: Forense, 1977. p. 141.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Gen/Atlas, 2016.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; RAMÓN-FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de derecho administrativo*. 10. ed. Pamplona: S.L. Civitas Ediciones, 1977.
- FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciária*. 5. ed. São Paulo: Forense, 1979.
- FREITAS, Juarez. *O direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade*. São Paulo: Fórum, 2008.
- LIMA, Rui Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1987.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 438.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. São Paulo: Fórum, 2008.
- RODRIGUES, Eduardo Azeredo. *O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios*. São Paulo: Lumen Juris, 2012. p. 15.



# IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, PARTICIPAÇÃO POPULAR E PLANEJAMENTO URBANO: UMA TEMÁTICA POUCO EXPLORADA

LÍGIA MARIA SILVA MELO DE CASIMIRO<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Apontamentos sobre planejamento e planos diretores; 3. Participação e transparência na elaboração do Plano Diretor e a improbidade administrativa; 4. Algumas considerações; Referências.

## 1. Introdução

A organização do território de um município, que tem sido definido por um (des) contínuo desenho espacial, é formada por intervenções de agentes privados e públicos que são fundamentais para garantir a funcionalidade social e econômica de uma cidade. As características dos espaços criados estão vinculadas à realização das atividades humanas cotidianas, necessárias ao desenvolvimento urbano, mas que podem influenciar tanto positiva como negativamente na realização da sadia qualidade de vida e bem estar social que prevê a Constituição de 1988. A cidade é feita de pessoas, das mais variadas características, com suas necessidades e interesses. Para tanto, a participação popular na organização dos espaços e na produção dos serviços e bens públicos é fundamental.

Os espaços públicos, a habitação, os equipamentos sociais, os locais para o lazer e aqueles ocupados pelos setores produtivos da economia dependem de grandes e pequenas obras traçando a cidade, para se integrarem e se desenvolverem. Ainda, dependem do uso que lhes é dado, a partir da infraestrutura urbana formadora do sistema urbano sobre cada território.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Professora de Direito Administrativo no Centro Universitário Christus. Mestre em Direito pela PUC/SP. Doutora em Direito Econômico e Social pela PUC/PR. Presidente do Instituto Cearense de direito Administrativo. Consultora Jurídica

<sup>2</sup> MEYER, Regina. A urbanidade em transe. *Revista Urbs. Associação Viva o Centro*. n° 19, dezembro de 2000/ janeiro 2001, p 54-57.

Para a Administração Pública, a função administrativa, em especial os serviços públicos e o exercício do poder de polícia, é exercida a partir da estrutura e equipamentos existentes e disponíveis efetivamente, como bens e mobiliários urbanos. Sob tal perspectiva, o planejamento urbano é uma ferramenta indispensável para a atividade administrativa, haja vista sua previsão constitucional a partir do Plano Diretor, bem como a descrição dos instrumentos de política urbana que podem auxiliar o gestor na organização dos espaços públicos e transformar a cidade em um local de coexistência sadia e justa diante da complexidade que é a vida e os interesses sociais.

Sendo o planejamento de fundamental importância para atingir os objetivos constitucionais traçados no artigo 3º da Constituição, tais como a redução das desigualdades sociais, erradicação da pobreza e garantir o desenvolvimento,<sup>3</sup> é a partir dos instrumentos jurídicos urbanísticos previstos que a Administração Pública tem possibilidade de intervir e interferir na dinâmica de desenho da cidade. Portanto, a descrição específica da função de cada ferramenta urbanística na Lei nº 10.257, de 2001, que gera para o Poder Público possibilidades de legitimação das ações propostas, parcerias com a iniciativa privada, contratações antecedidas de licitações, arrecadação de valores para reinvestimentos, prevê que o seu mau uso pode ser enquadrado na Lei nº 8.429, de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa, por recomendação dos artigos 52 e 54 daquela lei.

A improbidade administrativa pode alcançar as atividades públicas que descendem da gestão urbana, tais como deixar de proceder com o adequado processo de participação popular na elaboração do Plano Diretor; aproveitamento de imóvel incorporado ao patrimônio público, no prazo determinado na Lei; utilizar áreas que foram obtidas por meio do exercício do direito de preempção, em desacordo com os motivos que o justificaram; fazer mau uso ou uso diverso do previsto em lei, dos recursos auferidos por meio de outorga onerosa do direito de construir ou com operações urbanas consorciadas.

Para esse artigo, são as ações que podem atacar a ordem urbanística pelo desrespeito à participação popular na elaboração e (ou) revisão de planos diretores municipais, o alvo de reflexão no que diz respeito à importância do enquadramento na Lei nº 8.429/1992.

---

<sup>3</sup> 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.

## 2. Apontamentos sobre planejamento e planos diretores

A Constituição Federal de 1988, ao mencionar a expressão plano diretor, trata sobre o tema da organização dos espaços urbanos e da planificação em consonância com o termo desenvolvimento urbano. A abordagem jurídica é feita por meio de notas substanciais sobre a principal finalidade desse instrumento, a de definir o cumprimento da função social da propriedade urbana com a observância de exigências fundamentais para o ordenamento territorial da cidade. Ao definir os parâmetros de elaboração do plano diretor, elege-se a atividade de planejar como um instrumento de realização dos objetivos do Estado brasileiro, a partir da esfera local.

A urbanização é exercida em nível territorial municipal. Sua materialização se dá pela função administrativa – desempenhada por meio de comportamentos infralegais ou infraconstitucionais, sujeitos a controle jurisdicional.<sup>4</sup> Para realizar a promoção e tutela dos interesses públicos, portanto, está entre as diversas atuações administrativas a de planificação das intervenções locais, identificação das demandas urbanas, mensuração da população e desenho do uso e ocupação do solo urbano, bem como identificação de necessidades e repostas para a população da zona rural. Para a Administração Pública municipal, no âmbito da gestão urbana, o plano diretor é uma ferramenta essencial.<sup>5</sup>

A partir desse raciocínio que colabora com as previsões constitucionais sobre o papel do Estado, as intervenções promovidas pelo poder público no solo municipal devem ser prescindidas de previsões e instrumentos contidos em plano diretor, o que poderá garantir a manutenção de um sistema urbano a ser usufruído pelos cidadãos e cidadãs envolvendo, em especial, a moradia, o deslocamento adequado às características locais e necessidades de seus habitantes, o acesso a bens públicos, comodidades, serviços como o saneamento básico, água potável, transporte público, condições de acesso ao trabalho e lazer. A ausência de uma visão sistêmica sobre a atividade de administrar, que pode ser dada pelo planejamento, na perspectiva material do plano diretor, não garantiria uma atuação pública efetiva, dentro de determinado território.

Do planejamento urbano para a planificação tem-se a concepção do que se pretende para desenvolver o município. A racionalidade surge com a aprovação, por meio de uma lei, que definirá as áreas a serem ocupadas, a intensidade dos usos, possibilidades de intervenção local na melhoria da infraestrutura, as funções econômicas, levantamento de serviços necessários, definindo formas de promoção do interesse público e efetivação

<sup>4</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p.36.

<sup>5</sup> FIGUEREDO, Marcelo. O Estatuto da Cidade e a Lei de Improbidade Administrativa. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (Coord.) *Estatuto da cidade (comentários à Lei federal nº 10.257/2001)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 381.

do que se almeja para tornar a cidade – zona urbana e rural – um lugar organizado e favorável ao desenvolvimento humano.<sup>6</sup>

O plano diretor, portanto, tem a função de sistematizar o desenvolvimento físico, econômico, social e administrativo do Município, em função do bem-estar de sua população, estabelecendo os objetivos que deverão ser atingidos, os prazos a serem alcançados, algumas das atividades a serem executadas e quem são os atores responsáveis pela respectiva execução. Para tanto, deve ser elaborado com plena participação da população do município, definindo em seu bojo diretrizes, metas, prazos e um sistema de acompanhamento, também participativo, para seu controle.<sup>7</sup> Toda essa estrutura não pode se afastar do balizamento do regime jurídico administrativo constitucional, destacando-se a publicidade e a transparência.

Sendo assim, os programas de ações governamentais municipais, segundo os parâmetros da Constituição de 1988, devem seguir um padrão de organização para o desenvolvimento futuro a partir da problemática urbana, observando as prescrições estabelecidas no Estatuto da Cidade. Sem um *discrîmen* que surgiria a partir da sistematização do planejamento, o município não consegue identificar e aplicar recursos públicos em demandas reprimidas, bem como não dá estrutura aos instrumentos eficazes de auxílio na definição dos caminhos e objetivos específicos da atuação pública.<sup>8</sup> Diante de tal percepção é que há obrigatoriedade de elaboração de planos diretores para determinados Municípios, com características que vão desde o número de habitantes até aqueles inseridos em regiões de interesse turístico, áreas de fragilidade ambiental ou inseridas em locais que receberão grandes níveis de intervenção e investimentos.

No tocante à atuação administrativa que intervém no ambiente da cidade, as obras e serviços públicos são, ao lado das limitações impostas pelo Poder de Polícia, as atividades públicas que mais interferem na vida dos cidadãos, exercendo funções urbanísticas específicas. A propriedade urbana, pública ou privada, tem tal nível de função que a forma como se impõe e está disposta no território da cidade definirá, muitas vezes, o nível de equidade ou desigualdade socioeconômica da população local.

Nesse raciocínio, a função social da propriedade a ser definida pelo plano diretor tem significativa importância para o desenvolvimento urbano, sendo preponderante seu delineamento no que se refere à promoção dos direitos fundamentais.<sup>9</sup> A subordinação

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p.97-98.

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 123.

<sup>8</sup> DE CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo; MELO, José Patrício Pereira. Administração pública no século XXI: planejamento, mobilidade urbana e desenvolvimento socioeconômico. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 2, p. 284-295, 2016.

<sup>9</sup> FIGUEREDO, Marcelo. O Estatuto da Cidade e a Lei de Improbidade Administrativa. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coords.). *Estatuto da cidade (comentários à Lei federal 10.257/2001)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 382.

do uso e ocupação da propriedade a um regime jurídico público, de cunho social, é um valor constitucional.<sup>10</sup> Dá base ao controle e direciona a atuação estatal para impedir que imóveis sejam utilizados de forma a impactar ambiental e urbanisticamente nas cidades, poluindo o ar e a água; gerando tráfego e trânsito em locais já estrangulados; sendo objeto de especulação, que atende ao mercado financeiro, encarecendo o valor da terra urbana sem o controle necessário.

A função social da propriedade urbanística terá seu contorno no plano diretor municipal que, materializado por meio de lei, deverá estabelecer instrumentos urbanísticos de concretização dessa funcionalidade, a serem observado tanto pela iniciativa privada quanto pelo Poder Público, a quem compete também o monitoramento e fiscalização, bem como a aplicação de sanções quando não observados os comandos a ela relacionados. A importância da propriedade no âmbito urbano tem tal peso que a própria Constituição, no artigo 182, parágrafo 4º, tratou de indicar, destacadamente, a necessidade da sua utilização e adequação a parâmetros urbanísticos sob pena da aplicação de sanções que podem implicar em intervenção compulsória dos imóveis considerados, pela lei, sem funcionalidade.

Para dar maior legitimidade à função pública de urbanizar,<sup>11</sup> o Estatuto da Cidade, em seu artigo 2º, inciso II, prevê a participação popular como instrumento de gestão democrática como uma garantia da justiça distributiva ao fazer do cidadão a referência para o planejamento urbano. O inciso I dispõe sobre o direito a cidades sustentáveis, o direito à terra urbanizada, à moradia, que, unidos à participação popular, é uma condição para a efetividade das políticas de planejamento urbanas. O princípio democrático na gestão das cidades comanda os agentes públicos o dever de atuar dialogicamente na planificação ao lado da sociedade.<sup>12</sup>

Sobre o direito à cidade tem-se a dizer que parte do que o identifica está mensurado a partir da condição de vida coletiva assumida em um determinado território. A cidade é uma associação de pessoas que se relacionam em função de seus interesses difusos, coletivos, subjetivos, em busca incessante pela igualdade material e pelo direito de viver bem<sup>13</sup>. O direito à cidade está nos interesses mais concretos dos cidadãos, na construção e uso do território urbano de acordo com suas necessidades no tempo e

<sup>10</sup> BONIZATTO, Luigi. *A constituição urbanística e elementos para a elaboração de uma teoria do direito constitucional urbanístico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.25.

<sup>11</sup> SUNDFELD, Carlo Ari. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (Coords.) *Estatuto da cidade (comentários à Lei federal 10.257/2001)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 47- 49.

<sup>12</sup> DALLARI, Maria Paula. Gestão Democrática da Cidade. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coords.). *Estatuto da cidade (comentários à Lei federal 10.257/2001)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 345.

<sup>13</sup> A cidade reúne pessoas que necessitam estar em sociedade, agregando-se e humanizando-se, convivendo umas com as outras na busca segura pela tentativa da realização de seus anseios. ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. SCHROTER, Michael (Org.); RIBEIRO, Vera (trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p.72-75.

no espaço, como uma projeção do grupo social.<sup>14</sup> Tal concepção traz à tona o direito à diferença, a perspectiva do conflito no espaço urbano, individualização e socialização, moradia, trabalho, lazer, circulação, acesso a serviços e bens públicos em um ambiente de diversidade, dentro de um território que necessita de estrutura para dar cabo dos desejos e necessidades que são demandados. A importância da participação popular na elaboração do plano diretor é condição necessária para que o Estado de Direito Democrático cumpra seu objetivo.

Ainda que haja previsão normativa com sanções para o desvio da atividade administrativa-urbanística, o controle na concepção de uma política urbana sistemática que defina a atuação concreta do município não tem recebido toda atenção que merece entre os estudiosos do Direito Público. A competência municipal para elaborar seu planejamento e definir planos de atuação, a obrigação de elaboração de planos diretores e definição de instrumentos é conhecida, identificada formalmente, porém tais deveres de atuação não têm sido acompanhados com proximidade pela doutrina, como uma possibilidade de torná-la importante dentro da estrutura administrativa, como uma materialização dos princípios constitucionais da eficiência, publicidade e legalidade, dentre outros.

### **3. Participação e transparência na elaboração do Plano Diretor e a improbidade administrativa**

A legitimação da atuação pública é alcançada pela materialização do princípio de publicidade. A transparência garante uma prática administrativa republicana e disponível ao controle da sociedade.<sup>15</sup> Trata-se de uma condicionante para a Administração Pública, que deve agir de maneira a concretizar procedimentalmente as previsões constitucionais e infraconstitucionais de democratização da gestão das cidades brasileiras.

A Lei nº 10.257/2001, o Estatuto da Cidade, como já citado, prevê institutos e instrumentos a serem seguidos quando da elaboração de planos diretores. Diante de um sistema de planejamento tal qual prevê o Estatuto – atividade pública de conteúdo político e jurídico –, se faz necessário um firme arcabouço normativo que preveja não somente as condutas obrigatórias do agente público, como também os encargos diante do seu descumprimento. Para garantir a efetividade de suas normas, fortalecendo assim o comando para execução do planejamento urbano, o Estatuto da Cidade instituiu, em

<sup>14</sup> MAKRYGIANNI, Vasiliki; TSAVDAROGLOU, Charalampos. El derecho contra la ciudad, Atenas em la era de la crisis. MATHIVET, Charlotte (Coord.). In: *Develando el derecho a la ciudad – representaciones, usos e instrumentalización del derecho a la ciudad*. Paris: Ritimo, 2016. p. 62-69.

<sup>15</sup> SALGADO, Eneida Desiree. *Lei de acesso à informação (LAI): comentários à Lei 12.527/2011 e ao decreto n. 7.724/2012*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 2-4.



seu artigo 52, a previsão de incidência em improbidade administrativa quando houver desrespeito ao uso dos instrumentos e institutos elencados em sede de plano diretor.

O Estatuto comanda a regulação do uso da propriedade urbana, pelo plano diretor, em prol do bem coletivo, da segurança, do bem-estar dos cidadãos e do equilíbrio ambiental, destacando, dentre as diretrizes gerais da política urbana, a garantia do direito às cidades sustentáveis, o que envolve a aplicação dos instrumentos previstos de maneira a promover a ordenação e controle do uso do solo.<sup>16</sup>

A construção do plano diretor requer forte e qualificada estrutura administrativa, bem como a garantia da participação social, tal como indica a lei,<sup>17</sup> para a elaboração do seu conteúdo. O objetivo é, na definição do parcelamento, uso e ocupação do solo urbano para determinar o prognóstico sobre o desenvolvimento urbano integrado, permitir que necessidades e interesses – individuais e coletivos – da população, nos territórios que compõem a cidade, sejam debatidos e definidos pela própria comunidade.<sup>18</sup> Trata-se de definir o papel da Administração como tutora dos interesses públicos<sup>19</sup> a partir da promoção da democracia participativa, constituindo o cidadão dos direitos que lhe são inerentes pela condição de munícipe, independente se esteja na zona urbana ou na zona rural.

O Estatuto também prevê a participação no controle da aplicação do plano diretor, afirmando e reafirmando comandos para uma gestão democrática da cidade. Ora, se a população participa e constrói junto ao poder público municipal o novo contorno que receberá a cidade, dar cumprimento aos comandos legais e auxiliar na fiscalização será uma continuidade no processo de pertencimento que solicita o direito à cidade,<sup>20</sup> permitindo que o implemento dos comandos definidos a partir do Estado de Direito

<sup>16</sup> Art. 1º Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei. Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

<sup>17</sup> Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. § 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: I - a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; II - a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; III - o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, quando: VI - impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 desta Lei;

<sup>18</sup> AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Gestão democrática das cidades. Direito Público*, São Paulo, n. 24, p.62-72, nov.-dez. 2008. p. 70.

<sup>19</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 60-61.

<sup>20</sup> TRINDADE, Thiago Aparecido et al. Direitos e cidadania: reflexões sobre o direito à cidade. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, 2012, p. 145.

Democrático e Social proclamado pela Constituição de 1988 se realizem de maneira concreta.

A questão, porém, é que a determinação da Lei sobre impedir ou não promover não se alonga ao ponto de definir qual limite a esse impedimento, qual o parâmetro para identificar sua não promoção.<sup>21</sup> Entende-se que seu formato poderia ser definido por legislação municipal, a partir dos instrumentos indicados no Estatuto, sem prejuízo da definição para a improbidade administrativa ou extrapolamento de competências normativas.

O prefeito que incorrer no impedimento de acesso a documentos públicos, em não dar a devida publicidade a informações e atos referentes à elaboração do plano, bem como não promover e nem garantir o acesso à participação popular em audiências públicas, poderá ter seus atos caracterizados como ímprobos, desconformes com o correto exercício da atividade administrativa.

A gestão democrática garante que o princípio democrático tem eco no mundo real, para além das previsões constitucionais. A participação popular é um elemento da política urbana, o referencial da gestão, um instrumento de legitimação da atividade de planejar e administrar. Extrai-se do Estatuto a razão do planejamento urbano, o diálogo com a comunidade que usufruirá dos serviços, a compreensão que a mesma tem do território em que habita, circula, trabalha, se diverte, se desenvolve social e economicamente como ser humano.

Assim, garantir participação na elaboração do plano diretor é dialogar com a população sobre quais áreas da cidade necessitam de intervenções urbanísticas, composição de bens e mobiliários urbanos, delineando a gestão pública de maneira mais eficiente e racional, um dever para a Administração Pública.<sup>22</sup>

A publicidade e o acesso aos documentos públicos são mais um dever constitucional, no qual o Estatuto não inova, mas somente indica o nível de importância que têm para o planejamento de uma cidade, para o exercício das atividades de natureza urbanística. Tal dever, já amplamente identificado na legislação de cunho administrativista, recebe mais um amparo no direito à informação, objetivamente formalizado por meio da Lei nº 12.527 de 2011.<sup>23</sup>

O dever público de garantir o acesso às informações sobre atos que intervêm na cidade, atrelado ao dever de promover, por meio de audiências e consultas públicas

<sup>21</sup> FIGUEREDO, Marcelo. O Estatuto da Cidade e a Lei de Improbidade Administrativa. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coords.). *Estatuto da cidade (comentários à Lei federal 10.257/2001)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 400-401.

<sup>22</sup> GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 31-33.

<sup>23</sup> SALGADO, Eneida Desiree. *Lei de acesso à informação (LAI): comentários à Lei 12.527/2011 e ao Decreto n. 7.724/2012*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 38-39.

o debate sobre o mesmo assunto, configuram um círculo de obrigações públicas materializadoras da Democracia no ambiente municipal. A população exerce um poder político que lhe foi conferido constitucionalmente, garantindo-lhe o direito de definir seus interesses<sup>24</sup> em um determinado território, a cidade onde habita e se desenvolve.

É cediço que o uso do solo urbano destina-se ao estabelecimento de utilizações convenientes às diversas partes da cidade, recebendo diferentes atividades urbanas que afetem a comunidade. Para tanto, um plano diretor participativo classifica os usos e estabelece a sua conformidade com as respectivas zonas em que se divide o perímetro urbano, visando equilibrar e harmonizar o interesse geral da coletividade com o direito individual de seus membros, na localização e no exercício das atividades urbanas e até na utilização do espaço e bens públicos.

Diante de tal condição de importância do plano diretor, o prefeito está sujeito à ação de improbidade, caso não permita ou favoreça o exercício da gestão democrática da cidade por meio da participação popular, do acesso aos atos e documentos públicos, bem como ao acesso de qualquer interessado a documentos e informações produzidos. A previsão da improbidade por desrespeito ao direito de participar pretende garantir que a Administração Pública municipal obedeça ao dever de transparência, aprimorando a governança, o controle sobre as ações públicas e que os interesses dos membros daquela localidade sejam respeitados na medida das suas necessidades e participação.<sup>25</sup>

Assim sendo, a previsão sancionatória visa coibir o autoritarismo, a atuação opaca do administrador, aquela meramente formal que não permite o conhecimento nem a compreensão sobre as decisões que incidem no ambiente da cidade a partir de questões sobre: gestão do uso e ocupação do solo; obras públicas; transporte; saneamento; habitação e serviços públicos. Todas são ações de cunho administrativo, recebem atenção do Direito Administrativo por serem objeto de estudo do mesmo, mas que têm sua origem no planejamento urbano.

Algumas dessas ações são objetos, muitas das vezes, de denúncias envolvendo superfaturamento de valores contratuais, podendo seu desvio de finalidade iniciar-se ainda no momento da elaboração do Plano Diretor, quando a definição das áreas que receberão intervenções ocorre. Com a participação popular garantida e os documentos à disposição dos cidadãos, o controle se torna mais efetivo, inibindo manifestações ímprobas e corruptas, evitando comportamentos com desvio de finalidade ou excesso de poder.

---

<sup>24</sup> BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre controle social do poder e participação popular. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo, n. 189, p. 119.

<sup>25</sup> MOREIRA NETO, Diogo. *Direito de participação política legislativa, administrativa e judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 38.

#### 4. Algumas considerações

A Lei nº 10.257/2001 consagrou a participação popular, por meio de audiências públicas, bem como o acesso às informações e atos produzidos pelo Poder Público como instrumentos condicionantes da gestão democrática das cidades. Trata-se de reconhecer sua importância para a concretização do Estado Democrático, com ênfase na gestão urbana, também eleita como elementar ao desenvolvimento nacional.

A ampliação das formas de participação popular e sua obrigatoriedade no âmbito da gestão democrática das cidades, relacionando a sociedade ao direito de ter conhecimento sobre, acompanhar, emitir opiniões e controlar a atividade administrativa de planejamento para a urbanização, inauguraram um novo debate sobre direitos sociais, difusos e coletivos que merece atenção por parte dos profissionais da área do direito público sobre processo administrativo e os procedimentos para a concretização da democracia participativa em âmbito local.

Com as previsões normativas já estabelecidas no ordenamento jurídico brasileiro, cabe avaliar que, mesmo que haja definições para a atuação do Poder Público envolvendo a previsão de instrumentos de participação no debate sobre intervenções urbanas e regulação da atividade pública e privada, sobre a gestão urbana e o que resulta dela, permanece a incompreensão sobre o dever de transparência, comportamentos omissivos, negligentes e atuações desvirtuadas, tal qual identificam-se em jurisprudências recentes,<sup>26</sup> demonstrando a necessidade de maior combate à luz dos comandos que preveem controle e aplicação de sanções, estabelecendo um diálogo entre o Direito Administrativo, o Direito Urbanístico e o Direito Constitucional.

O conteúdo das decisões públicas, em sede de gestão urbana, vinculadas a elaboração do plano diretor, devem conter, para além da sua motivação, a comprovação de que a participação popular foi garantida de modo efetivo. Para garantir o controle e a aplicação de sanções no tocante ao desrespeito pelo planejamento urbano – instituto jurídico urbanístico já consolidado formalmente –, é necessário que tal instituto entre na pauta doutrinária do tema da improbidade administrativa e suas implicações a partir do Estatuto da Cidade.

---

<sup>26</sup> Marcelo Figueredo descreve casos em que legislações municipais suprimiram o direito à participação popular previsto no Estatuto da Cidade. FIGUEREDO, Marcelo. O Estatuto da Cidade e a Lei de Improbidade Administrativa. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coords.). *Estatuto da cidade (comentários à Lei federal 10.257/2001)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 402.

## Referências

- AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. Gestão democrática das cidades. *Direito Público*, n. 24, p.62-72. São Paulo: IOB Thomson, nov.-dez. 2008.
- BONIZATTO, Luigi. *A constituição urbanística e elementos para a elaboração de uma teoria do direito constitucional urbanístico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre controle social do poder e participação popular. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo, n. 189, p. 114-122, jul./set. 1992.
- DALLARI, Maria Paula. *Gestão democrática da cidade*. In: DALLARI, Adilson Abreu;
- FERRAZ, Sérgio (Coords.). *Estatuto da cidade (comentários à Lei federal 10.257/2001)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- DE CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo; MELO, José Patrício Pereira. *Administração Pública no século XXI: planejamento, mobilidade urbana e desenvolvimento socioeconômico*. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 3, n. 2, p. 284-295, 2016.
- FIGUEREDO, Marcelo. O Estatuto da Cidade e a Lei de Improbidade Administrativa. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coords.) *Estatuto da cidade (comentários à Lei federal 10.257/2001)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- MEYER, Regina. A urbanidade em transe. *Revista Urbs. Associação Viva o Centro*, nº 19, dezembro de 2000/janeiro 2001.
- MOREIRA NETO, Diogo. *Direito de participação política legislativa, administrativa e judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 199.
- SALGADO, Eneida Desiree. *Lei de acesso à informação (LAI): comentários à Lei 12.527/2011 e ao decreto n. 7.724/2012*. São Paulo: Atlas, 2015.
- SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- TRINDADE, Thiago Aparecido et al. Direitos e cidadania: reflexões sobre o direito à cidade. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, 2012.



# A ATIVIDADE DE FOMENTO COMO MECANISMO DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

LUIZ ALBERTO BLANCHET<sup>1</sup>  
ADRIANA DA COSTA RICARDO SCHIER<sup>2</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O fomento como mecanismo de intervenção do Estado Social e Democrático de Direito; 3. O fomento na Constituição de 1988 como instrumento de viabilização do desenvolvimento econômico; 4. Considerações finais; Referências.

## 1. Introdução

O panorama vivenciado no cenário nacional vem exigir dos operadores do Direito a criação de alternativas que permitam o repensar da Administração Pública, e das funções por ela exercidas, notadamente diante da alegada falência de recursos para o investimento em políticas públicas e para a prestação de serviços públicos voltados à realização dos direitos fundamentais.

Nesse contexto é que se pretende uma releitura do instituto do fomento, na perspectiva de uma constitucionalização adequada do Direito Administrativo, admitindo-se tal atividade como fruto da intervenção do Estado na economia, voltado à garantia dos direitos fundamentais.

Nesta esteira sustenta-se que o fomento, conjunto de medidas adotadas pelo Estado para estimular e incentivar os particulares a promoverem atividades de interesse público,<sup>3</sup> deverá traduzir-se em ações efetivamente voltadas à concretização do ideal

<sup>1</sup> Doutor pela Universidade Federal do Paraná. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/PR.

<sup>2</sup> Doutora pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/PR. Professora do Programa do Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da Unibrasil.

<sup>3</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 401.

de desenvolvimento adotado pela Constituição Federal de 1988, mediante a realização de direitos fundamentais. Parte-se da ideia de que tal atividade deverá ser reconstruída de maneira vinculada aos ideais do Estado Social e Democrático de Direito, sendo incompatível restringir o instituto do fomento ao atendimento de interesses econômicos, visão peculiar àqueles que defendem um modelo de gestão gerencial para a Administração Pública Brasileira.

Portanto, o objetivo do presente artigo é a leitura deste instituto de maneira a reconhecê-lo como mais um instrumental à disposição do Poder Público, vinculado ao modelo de desenvolvimento consagrado na Constituição e, por isso, voltado à concretização dos direitos fundamentais, seja na perspectiva da garantia da livre-iniciativa, seja na perspectiva da garantia dos direitos sociais.

## **2. O fomento como mecanismo de intervenção do estado social e democrático de direito**

Sabe-se que é possível reconhecer, com a promulgação da Constituição de 1988, a clara adoção do modelo de Estado Social e Democrático de Direito, que tem por missão assegurar um amplo catálogo de direitos fundamentais, tanto os direitos de abstenção, como os direitos prestacionais.

Sobre os direitos fundamentais já se falou que se constituem “la columna vertebral del Estado Constitucional.”<sup>4</sup> Para Alexy, são princípios ou mandados de otimização, que determinam a realização de seu conteúdo no maior grau possível, tendo em vista as potencialidades fáticas e jurídicas.<sup>5</sup> Segundo Jorge Miranda, os direitos fundamentais podem ser tomados como posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tal, de assente na Constituição, formal ou material.<sup>6</sup>

Dentre os autores nacionais, destaca-se Ingo Wolfgang Sarlet, que define direito fundamental como um conjunto de “posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal),” e também “as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).”<sup>7</sup>

<sup>4</sup> PULIDO, Carlos Bernal. Prólogo. In: ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 13-17.

<sup>5</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 117.

<sup>6</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 7.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 91.



A Constituição Federal de 1988, seguindo a orientação das Constituições anteriores, previu, no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, um extenso catálogo de direitos desta natureza. A novidade desta reside na previsão dos direitos sociais em tal Título. Os direitos fundamentais refletem, assim, de acordo com a disciplina da Lei Fundamental de 1988, um conjunto de direitos especialmente protegidos pela ordem constitucional, na medida em que contém “decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa”,<sup>8</sup> criando e mantendo, mediante eles, “os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”.<sup>9</sup> Trata-se, então, a fundamentalidade, de uma “especial dignidade e protecção dos direitos num sentido formal e num sentido material”.<sup>10</sup> Esses direitos traduzem, portanto, para o campo jurídico, os valores que a sociedade toma por mais caros, aqueles que identificam o núcleo dos anseios sociais e, na concepção da Constituição Dirigente, o conjunto axiológico que expressa as linhas mestras que devem nortear o projeto de Estado vislumbrado pelo poder constituinte originário.

O catálogo dos direitos fundamentais, portanto, permite que se alcance, mediante o exercício dos direitos subjetivos que deles decorrem, os objetivos da República Federativa do Brasil, elencados no art. 3º, da Constituição Federal. A partir de tal premissa, pode-se concluir que os direitos fundamentais traduzem os compromissos assumidos pelo Estado Brasileiro na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando-se a pobreza e a marginalização, buscando-se a redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos e alcançando, com isso, o desenvolvimento nacional.

A opção do constituinte de 1988 pautou-se na consagração de valores que traduzem o modelo de Estado Social e Democrático de Direito, impondo-se, assim, ao poder público, uma série de medidas de intervenção na esfera social de maneira a consolidar tais objetivos. De igual maneira, no entanto, assegurou a livre-iniciativa como direito fundamental, traduzindo o compromisso com o sistema capitalista, compromisso este que impõe uma atuação do poder público voltada ao implemento da ordem econômica. Em verdade, a Constituição de 1988, de maneira a acolher os mais diversos interesses da sociedade civil representada pelo Constituinte, desenhou os contornos de um Estado que demanda intervenção positiva a favor dos cidadãos, em defesa de sua dignidade, ao mesmo tempo em que protege a ordem capitalista, mediante a preservação da liberdade de iniciativa, salvaguardada por um regime de garantias.

A Constituição Federal de 1988, nessa medida, é palco para projetos políticos de ordem capitalista e de ordem social.<sup>11</sup> Em face de tal convivência de valores que,

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 472.

<sup>10</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 378.

<sup>11</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. O capitalismo e o socialismo na Constituição. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 5, 2004, p. 198.

em princípio, poderiam ser vistos em contraposição, a Constituição impõe uma noção holística de desenvolvimento nacional, a ser promovido como objetivo da República, noção segundo a qual “não há desenvolvimento econômico separado do social e vice-versa, criando uma solidariedade entre ambos...”.<sup>12</sup> Nessa seara, Emerson Gabardo e Augusto César Leite de Resende concluem que “o processo de desenvolvimento deve realizar a dignidade da pessoa humana, mediante a promoção da melhoria da qualidade de vida e do bem-estar da população em ritmo contínuo e automático.”<sup>13</sup> E ainda, no mesmo sentido, Flávia Piovesan assevera que resta ao Estado implementar um desenvolvimento tal da sociedade que “assegure aos indivíduos e aos povos o exercício de seus direitos humanos básicos, bem como suas liberdades fundamentais.”<sup>14</sup>

No âmbito do desenvolvimento social, o instrumento eleito como a principal forma de atuação do Estado para a concretização dos direitos fundamentais foi o serviço público, tomado como a atividade material, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, de oferecimento de utilidade ou comodidade material, dirigida ao atendimento das necessidades dos cidadãos, na clássica concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello.<sup>15</sup>

É de reconhecer, ainda, que mesmo na perspectiva do desenvolvimento econômico justifica-se a garantia de serviços públicos, considerando-se não só os vultuosos recursos repassados à iniciativa privada mediante os contratos de concessão e permissão, por exemplo, mas também a circunstância de que a implantação e manutenção da infraestrutura no país vem sendo realizada mediante tal instituto.

No entanto, a tentativa de reformulação das funções do Estado pautada num modelo de pensamento neoliberal, de influência privatista, cuja incidência no Brasil se deu basicamente a partir da década dos 90, vem fazendo com que haja uma paulatina substituição do instituto do serviço público pelos mecanismos de fomento. O panorama que vem sendo perfilhado nas últimas décadas, mesmo considerando-se a emergência de governos de inspiração social, tem demonstrado uma forte opção das políticas públicas pelo incentivo aos particulares na consecução dos deveres que, tradicionalmente em um modelo social, eram atribuídos diretamente ao poder público.

Nesse contexto, de revisão das funções desempenhadas pelo Estado, considerando-se a imposição de alcançar o desenvolvimento nacional sustentável, o fomento desponta como a atividade do poder público que permite a satisfação das

---

<sup>12</sup> FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*, Osasco, n.1, p. 76, jan./jun. 2014.

<sup>13</sup> GABARDO, Emerson. RESENDE, Augusto César Leite de. A atividade administrativa de fomento na gestão integrada de resíduos sólidos em perspectiva com o desenvolvimento sustentável. *A&C, Revista de direito administrativo e constitucional*, ano 13, n. 53, jul-set., 2013, p. 105-131.

<sup>14</sup> PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: Piovesan, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 115.

<sup>15</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 688.

necessidades sociais de forma indireta, estimulando, de forma não compulsória, a atuação dos setores organizados da sociedade.<sup>16</sup> Afinal, “ao Estado cabe não apenas trabalhar séria e eficientemente, mas também assegurar aos cidadãos as condições necessárias para que estes contribuam com a sua parte para o desenvolvimento”.<sup>17</sup>

Tomando-se o cenário da Constituição de 1988, é possível a compreensão da noção de fomento como instituto que ao tempo em que se caracteriza como uma forma de intervenção do Estado na economia, permitindo aos particulares a concretização dos valores vinculados à livre-iniciativa,<sup>18</sup> também se apresenta como medida de satisfação direta de interesses públicos, imediatamente vinculados à efetivação de direitos fundamentais e, portanto, à realização do desenvolvimento nacional sustentável.

Traduz-se a atividade de fomento, então, em “valioso instrumento do Estado Social e Democrático de Direito brasileiro para a consecução de suas finalidades... uma atuação planejada do Estado destinada à efetivação de interesses públicos”,<sup>19</sup> na esteira do pensamento de Rafael Valim.

Essas são as premissas que permitem a releitura do instituto do fomento a partir dos cânones do Estado Social e Democrático de Direito, tal como adotado na Constituição de 1988, modelo este que não elege apenas o serviço público como instrumento capaz de garantir os direitos fundamentais, ainda que no plano da sua horizontalização.<sup>20</sup> Indo mais além, nessa perspectiva, parece haver suporte constitucional para que o Estado realize as transferências de bens e direitos destinados diretamente à proteção dos direitos fundamentais. Partindo destes pressupostos, Rafael Valim afirma que o fomento pode ser visto como meio de satisfação direta de interesses públicos.<sup>21</sup>

Mediante os mecanismos de fomento, o Estado viabiliza a concepção do sujeito empreendedor, viabilizando condições concretas para que aqueles que produzem algo útil (corpóreo ou incorpóreo) possam realizar suas atividades produzindo “resultados que tornam melhor a vida das pessoas”.<sup>22</sup>

Destarte, o Estado, por meio da Administração Pública, e por determinação constitucional, deverá implementar mecanismos de fomento, concedendo incentivos aos particulares, para que estes executem serviços e atividades que possam propiciar a concretização do interesse público, visando a realização de direitos fundamentais, traduzindo-se como meio de realização do desenvolvimento sustentável.

<sup>16</sup> VALIM, Rafael. *A subvenção no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 26.

<sup>17</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. Princípio constitucional da reciprocidade: sua observância pelo particular e pelo estado como garantia do desenvolvimento. IN: GABARDO, Emerson. HACHEM, Daniel Wunder e SALGADO, Eneida Desiree. *Direito administrativo e suas transformações atuais*. Curitiba: Íthala, 2016. pp. 191-206. p. 192.

<sup>18</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, p. 779 -781.

<sup>19</sup> VALIM, Rafael. *A subvenção...*, p. 39.

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia...*

<sup>21</sup> VALIM, Rafael. *A subvenção...*, p. 39.58

<sup>22</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. *Princípio...*, p. 201.

### 3. O fomento na Constituição de 1988 como instrumento de viabilização do desenvolvimento econômico

O panorama normativo traçado na Constituição de 1988, a partir das premissas elencadas no primeiro tópic, permite a releitura axiológica do fomento.

O instituto encontra previsão expressa no artigo 174, da Constituição, que impõe ao Estado atuação como agente normativo e regulador da atividade econômica, mediante o exercício de funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Frente a tais disposições constitucionais, o fomento traduz-se, portanto, como uma das funções administrativas ao lado do poder de polícia e do serviço público e, por isso mesmo, as medidas de fomento não podem ser vistas como liberalidades da Administração Pública, sendo imperioso reconhecê-las como determinações constitucionais que decorrem do princípio da indisponibilidade do interesse público, conforme pontua Rafael Valim.<sup>23</sup>

No âmbito da doutrina nacional, Marçal Justen Filho e Eduardo Ferreira Jordão traduzem o fomento “como uma técnica de intervenção no domínio econômico. Constitui mais um instrumento de que dispõe o Estado para realizar as finalidades sociais que lhe cabem na estrutura constitucional”.<sup>24</sup> Ainda no mesmo sentido, Célia Cunha Mello conceitua o fomento como “instituto que permite ao particular colaborar com a Administração Pública no exercício de suas atividades, cuja característica principal é justamente a colaboração com o poder público”.<sup>25</sup>

Neste panorama, mediante os mecanismos de fomento, admite-se que se deve estimular alguma atividade ou empreendimento de interesse coletivo,<sup>26</sup> despontando como atividades não coercitivas do poder público em relação aos particulares beneficiados. Afinal, “o homem é proativo, elege métodos e metas, procura produzir utilidades para si e espera ser reconhecido pela comunidade por ter também para ela contribuído.”<sup>27</sup>

Outra característica comumente apontada em relação ao instituto do fomento é de que, ao contrário do serviço público, não há que se falar em universalidade dos benefícios concedidos. São atividades marcadas pela seletividade, ainda que em um ambiente de isonomia.

A partir de tais aproximações conceituais, portanto, é possível repensar o instituto do fomento a favor da efetivação dos direitos fundamentais, de forma a implementar padrões de desenvolvimento nacional sustentável.

A história recente do Brasil, é inegável, foi marcada por um avançado crescimento econômico. O acesso aos direitos que asseguram os patamares de dignidade humana

<sup>23</sup> VALIM, Rafael. *A subvenção...*, p. 52.

<sup>24</sup> JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo*. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 4772, jul./set. 2011.

<sup>25</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 58.

<sup>26</sup> JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *op. cit.*, p. 4772.

<sup>27</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. *Princípio constitucional...*, p. 199.

aos cidadãos, no entanto, ainda é precário, colocando o país em 75º lugar no ranking dos países em relação ao Índice de Desenvolvimento Humano. Tal condição demonstra, a partir dos altos índices de exclusão social que ainda persistem na realidade brasileira, a negação da efetividade dos direitos fundamentais, notadamente os de cunho social, à grande parcela da população.

A partir desta constatação, entende-se necessário que a dogmática do Direito Administrativo seja voltada à instrumentalização de seus institutos de maneira a concretizar os objetivos da República, previstos no art. 3º, da Constituição Federal de 1988, colaborando com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, capaz de garantir o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais.<sup>28</sup> Admite-se, portanto, na dimensão da Constituição Dirigente, o compromisso de atingir patamares de desenvolvimento, em todas as suas variáveis, noção que deve abranger, a um só tempo, a perspectiva de desenvolvimento humano, social e econômico.<sup>29</sup> Por isso desenvolvimento, no Brasil, implica no dever imposto ao Poder Público de implantar políticas públicas voltadas a realizar todos os direitos fundamentais, notadamente os sociais, dirigidos à preservação do meio ambiente, que possam assegurar a cultura e a educação. Em suma, o direito ao desenvolvimento, lido a partir deste referencial proposto por tantos na doutrina nacional e estrangeira, é o que vai permitir a universalização dos direitos humanos na seara nacional.<sup>30</sup> Significa, em apertada síntese, a elevação no padrão de vida de toda a sociedade, como antes aventado.<sup>31</sup>

Em verdade, a noção de desenvolvimento foi sendo reconstruída nos últimos cinquenta anos e, ao lado do referencial econômico, desde então são eleitos outros índices que indicam o grau de desenvolvimento de um país.<sup>32</sup> Tais referenciais buscam identificar a efetividade de um núcleo mínimo de direitos, vinculados diretamente às condições de dignidade dos cidadãos.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> Afinal, “hoje se pergunta: que desenvolvimento queremos? E é longa a lista dos adjetivos empregados para descrever o desenvolvimento desejado e desejável: político, econômico, social, tecnológico, sustentável, justo, inclusivo, humano, harmônico, cultural, material, etc.” HEIDEMANN, Francisco G. op. cit., p. 27.

<sup>29</sup> FOLLONI, André Parmo. op. cit., p. 79.

<sup>30</sup> FACHIN, Melina Girardi. *Direito humano ao desenvolvimento: universalização, ressignificação e emancipação*. São Paulo, 2013. 484 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

<sup>31</sup> NASCIMENTO NETO, José Osório e SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. (In)eficiência e corrupção no processo de desenvolvimento: possíveis causas e mudanças necessárias para a administração pública brasileira. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder e SANTANO, Ana Cláudia. (Org.). *Eficiência e ética na administração pública*. Curitiba: Íthala, 2015. pp. 163-175.

<sup>32</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, jul./set. 2013.

<sup>33</sup> Afinal, “hoje se pergunta: que desenvolvimento queremos? E é longa a lista dos adjetivos empregados para descrever o desenvolvimento desejado e desejável: político, econômico, social, tecnológico, sustentável, justo,

Na seara internacional, esse ideário foi inserido em 2010, no Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Os critérios de avaliação passam a ser divididos em três grupos: o IDH-D – Índice de Desenvolvimento Humano ajustado à Desigualdade; IDG – Índice de Desigualdade e Gênero e o IPM – Índice de Pobreza Multidimensional. Com a adoção desta nova metodologia, pretende-se identificar as condições de vida digna dos cidadãos de cada país, integrando à análise a verificação quanto à prestação de serviços públicos de energia elétrica, saneamento, gás e transporte, por exemplo.

Partindo-se das ideias de Amartya Sen, “o desenvolvimento requer se removam as principais fontes de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas, destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos, intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos”.<sup>34</sup>

A concretização desta perspectiva de desenvolvimento demanda, sem dúvida, a realização do catálogo dos direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988. E, como já se disse, o constituinte originário erigiu a prestação de serviços públicos adequados como um dos principais instrumentos para o alcance de tal desiderato. Por isso mesmo, no seio de redemocratização do Estado Brasileiro, a previsão constitucional do serviço público propicia a leitura deste instituto como o conjunto de ofertas positivas assumidas pelo poder público por serem reputadas imprescindíveis e correspondentes a conveniências básicas da sociedade, diretamente vinculadas à efetivação da plêiade de direitos sociais consagrados no texto da Constituição Federal.<sup>35</sup>

Porém, diante de um contexto de reformulação das funções do Estado, é preciso que ao lado do serviço público todas as atividades prestadas pela Administração Pública sejam relidas a partir do vetor axiológico universal: a sua vinculação direta à concretização do interesse público, plasmado pela realização dos direitos fundamentais. Portanto, notadamente no contexto da crise do Estado Social, que implicou reformas no aparelho estatal, desde a década dos 90, faz-se necessário atribuir, também ao fomento, a função primordial de dar efetividade aos postulados da República.

No Brasil, Luiz Carlos Bresser Pereira foi um dos autores que diagnosticou o avanço da crise do modelo de Estado Social e propôs novos mecanismos de gestão administrativa.<sup>36</sup> Para ele, as principais causas da crise são o excesso de demandas sociais admitidas pelo poder público e a sua impossibilidade de atendê-las, a pesada carga tributária incidente sobre os empresários nacionais e o acúmulo de poder no Executivo.<sup>37</sup> Tais fatores, portanto, implicaram na busca de uma mudança nos contornos

---

inclusivo, humano, harmônico, cultural, material, etc.” HEIDEMANN, Francisco G. Op. cit., p. 27.

<sup>34</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 2000. p. 18.

<sup>35</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *O poder...*, p. 17.

<sup>36</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

<sup>37</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Crise econômica e reforma do estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina*. São Paulo: 1996. p. 269.

dos Estados, visando ao estabelecimento de novos padrões de Administração Pública, principalmente no que se refere à eficiência na gerência da coisa pública e na prestação dos serviços públicos.<sup>38</sup> Floresce um campo, então, àqueles que desde o período Pós-Segunda Guerra Mundial posicionavam-se contra o Estado de Bem-Estar<sup>39</sup>, tendo-se, a partir daí, a ascensão do chamado neoliberalismo.<sup>40</sup>

A reformulação do aparelho do Estado, de acordo com os postulados neoliberais, orienta-se pela diminuição da estrutura estatal mediante: (i) a política de privatização de empresas públicas; (ii) o enxugamento da máquina administrativa e (iii) a diminuição da prestação de serviços públicos, cuja noção é revista de modo a permitir uma aproximação cada vez maior do regime das atividades prestadas pela iniciativa privada.<sup>41</sup> A partir de uma perspectiva crítica, é possível observar que, em termos mundiais a globalização econômica de viés neoliberal permitiu uma maior concentração de rendas, a formação de oligopólios e o aumento da pobreza, em razão do desemprego, consequência direta da automação e do fortalecimento do capital financeiro não produtivista. Quanto aos cidadãos, como era de se esperar, “a privatização das empresas públicas e a redução do papel intervencionista do Estado de bem-estar social debilitaram ainda mais as condições de vida.”<sup>42</sup> No Brasil, bem como nos demais países de capitalismo periférico,

<sup>38</sup> Nessa esteira, Jorge Luis Salomoni entende a Reforma do Estado como gênero cujas espécies são a Reforma Administrativa – com base em uma nova Teoria do Estado - e da Administração – que pressupõe a discussão sobre formas de gestão. (SALOMONI, Jorge Luis. *Teoría general de los servicios públicos*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999. p. 422).

<sup>39</sup> Segundo Paulo OTERO, “se a implementação da cláusula de bem-estar inerente ao Estado social produziu, num primeiro momento, um aumento das necessidades coletivas cuja satisfação ficou a cargo da Administração Pública, gerando um correlativo alargamento das estruturas orgânicas administrativas aptas a responder aos novos desafios da função administrativa, o certo é que, num segundo momento, se observou uma tendência irreversível para o aumento da despesa pública, originando défices orçamentais permanentes, tendo conduzido, por último, a situações de quase ‘ingovernabilidade’, ou de ‘crise do Estado’, todas elas reveladoras de uma verdadeira hipertrofia do Estado de bem-estar.” (OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 298).

<sup>40</sup> Em verdade, desde 1944, com o texto “O caminho da Servidão”, Friedrich Hayek, acompanhado por Milton Friedmann, Karl Popper, Lionel Robbins, Ludwig Von Mises, Walter Eupken, Walter Lipman, Michael Polanyi, Slavador de Madariada, dentre outros, pregava a necessidade de combater o keynesianismo e o solidarismo para preparar as bases de um outro tipo de capitalismo, duro e livre das intervenções estatais. A partir de 1979, vários governos de inspiração neoliberal ascenderam em países importantes, tais como a Inglaterra (1979), Estados Unidos (1980), Alemanha (1982) e Dinamarca (1983). (ANDERSON, Perry. *Balanço do neoliberalismo*. In.: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998. p. 19).

<sup>41</sup> “No sistema neoliberal, onde a pressão é forte para reduzir os gastos do Estado, diminuindo os impostos e as contribuições sociais, as vítimas da redução dos gastos são os serviços sociais. O resultado é: baixa a qualidade dos serviços – educação popular, saúde, ajuda às categorias mais carentes; diminui o pessoal disponível ou não cresce na medida das necessidades; os funcionários públicos são mal remunerados. Há uma pressão muito forte para que todos os países adotem o esquema dos Estados Unidos: cada cidadão assume através de seguros privados os gastos de aposentadoria, saúde, educação. O Estado intervém somente na forma assistencial: trata-se antes de uma concessão benévola do Estado do que um direito do trabalhador.” (COMBLIN, José. *O neoliberalismo: ideologia dominante na virada do século*. Rio de Janeiro: Vozes, 1999. p. 110).

<sup>42</sup> ARANTES, Aldo. *O FMI e a nova dependência brasileira*. São Paulo: Alfa Ômega, 2002. p. 47.

a crise manteve-se em face do caráter dependente de sua economia, fortemente vulnerável diante da política externa.<sup>43</sup> Ou seja, a História confirmou o evidente fracasso do neoliberalismo, ilustrado, dentre tantos fatores, pelas crises econômicas que vem despontando dentre os países ao redor do globo. E, por isso mesmo, retomou-se o Estado como a instituição que permite manter hígido o sistema dominado pelo capital,<sup>44</sup> buscando resgatar a noção de que os indivíduos, antes de consumidores, são “cidadãos com deveres uns para com os outros e para com a sociedade”<sup>45</sup> e com demandas que devem nortear as pautas políticas.

Apesar de tais considerações, no cenário nacional, as Emendas Constitucionais e a legislação infraconstitucional editada desde o final da década passada até meados da presente demonstram que os principais objetivos do Estado passam a ser o aumento na arrecadação de fundos e a diminuição de despesas.<sup>46</sup> Desse modo, ainda que se mantenham os direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988 salvaguardados como cláusulas pétreas, é inegável que as ideias dos anos 90 serviram para promover uma mudança simbólica na racionalidade do Direito Administrativo Brasileiro, com a pretensão de aproximá-lo dos cânones do direito privado.<sup>47</sup> Nesse contexto, a utilização do fomento vem sendo realizada de maneira descomprometida com a concepção de desenvolvimento social assegurada pela Constituição, numa tentativa de substituição da prestação de serviços públicos pela atuação mediante o repasse de recursos à iniciativa privada para que esta preste atividades de interesse público.

Veja-se, por exemplo, o amplo conjunto de funções que vem sendo atribuído ao terceiro setor, no cenário nacional, notadamente a partir do julgamento da ADI 1.923/DF, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2015.

<sup>43</sup> A ideia de dependência da economia brasileira também é referida por BRUM, Argemiro J. *Desenvolvimento econômico brasileiro*. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 117 e ss. Sobre um balanço da realidade brasileira após a emergência do neoliberalismo ver, ainda, SANTOS, Laymert Garcia dos. Brasil contemporâneo: estado de exceção. In: OLIVEIRA, Francisco de; RIZEK, Cibele Saliba (Orgs.). *A era da indeterminação*. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 289-352, principalmente p. 309 e ss.

<sup>44</sup> Embora para CHOMSKI o não intervencionismo do Estado na economia era uma pauta neoliberal a ser aplicada nos países emergentes, e não nas grandes potências. Isso porque, a economia norte-americana, por exemplo, sempre contou com um dirigismo estatal, voltado à proteção do mercado interno. Segundo ele, “as ‘experiências’ contemporâneas seguem um padrão conhecido ao assumirem a forma de ‘socialismo para os ricos’ dentro de um sistema de mercantilismo empresarial global no qual o ‘comércio’ consiste, em larga medida, de transações centralmente administradas no interior das próprias empresas, imensas instituições ligadas aos seus concorrentes por alianças estratégicas e dotadas de estruturas internas tirânicas projetadas para obstaculizar a tomada de decisões democráticas e para proteger seus donos da disciplina do mercado. Essa implacável disciplina é para ser ensinada somente aos pobres e indefesos.” (CHOMSKY, Noan. *O lucro ou as pessoas*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 44).

<sup>45</sup> BRUM, Argemiro J. op. Cit., p. 115.

<sup>46</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 30.

<sup>47</sup> Ver, neste sentido, FINGER, Ana Cláudia. O público e o privado na Administração Pública. In: Edgar Guimarães (Coord.). *Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 57-83.



A referida medida foi interposta em face Lei nº 9.637/98, que trata da “qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais”. No julgamento, um dos temas apreciados foi justamente a possibilidade de atuação das Organizações Sociais na prestação de serviços de interesse social, notadamente os serviços de saúde e educação, atuando o Estado, nestas circunstâncias, como agente fomentador de tais atividades. A Corte admitiu que se trata de uma decisão política optar, em cada governo, pela forma de garantia dos direitos sociais prestacionais, seja através de atuação direta – serviço público – seja através de atuação indireta – mediante o fomento. Entretanto, a questão que vem sendo colocada por autores que há muito vêm se dedicando ao estudo do terceiro setor, dentre eles, por exemplo, Tarso Cabral Violin, reside na crítica à substituição da prestação de serviços públicos pelo Estado pelo incentivo à iniciativa privada.<sup>48</sup> Não se está a olvidar que o Estado possa incentivar o exercício de tais serviços sociais por meio do fomento, porém tal incentivo não poderá significar a exclusão de sua atuação direta, restringindo-se a uma atuação periférica.

E nessa dimensão identifica-se a necessidade de uma reformulação da noção de fomento, de acordo com os matizes que informam essa nova concepção de Estado, dentro do atual catálogo das funções atribuídas ao Poder Público, como forma de concretizar os direitos fundamentais.<sup>49</sup> O fomento, assim, precisa ser visto como um instrumento a favor do desenvolvimento nacional, naquela perspectiva antes desenhada: a partir da solidariedade, que conjugue o desenvolvimento econômico e o desenvolvimento social, despontando como uma alternativa de resistência ao projeto de desmonte do Estado.

#### **4. Considerações finais**

Considerando-se o contexto em que o país se encontra, parece ser o fomento uma excelente ferramenta pela qual o Estado financia e estimula os particulares a desenvolverem atividades de interesse público – o que permite uma diminuição do déficit de legitimidade do poder público –, colaborando, ainda, com o aquecimento da economia. Investe-se, com isso, no perfil empreendedor dos cidadãos, permitindo que a sociedade participe ativamente no projeto de construção da sociedade, nos termos plasmados no texto constitucional.

Entretanto, para que tais desideratos sejam alcançados, é necessário que os atos administrativos pelos quais se consolidam as práticas de fomento sejam

<sup>48</sup> VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a administração pública*. Uma análise crítica. 3. ed. Fórum: Belo Horizonte, 2015.

<sup>49</sup> Dentre tantos autores que afirmam a necessidade de se repensar o tema do serviço público diante das reformas promovidas nos Estados Nacionais, a partir da década de 1990, desponta o pensamento de Jorge Salomoni (*Teoria...*, p. 325).

efetivamente editados em respeito ao regime jurídico administrativo. Também faz-se premente que os recursos públicos investidos mediante a atuação do fomento sejam controlados quanto à sua correta utilização em prol do interesse da coletividade, temas que, nos limites do presente trabalho, não serão desenvolvidos, mas que vêm merecendo destaque na doutrina e na jurisprudência. Afinal, para ilustrar como é deficitário, no Brasil, o controle dos recursos dispendidos pela atividade de fomento, tem-se a recente tragédia de Mariana. Não bastasse a ineficiência da Administração Pública no exercício de fiscalização das obras das barragens, é inaceitável que a empresa responsável tenha recebido importantes somas de recursos advindos do BNDES, mediante técnicas de fomento. Certamente, não se poderia permitir, com financiamento público, a realização de obras que não primam pela segurança e acabam por causar danos ambientais das proporções que se está assistindo em Minas Gerais.

Ou seja, faz-se necessária a submissão dos atos de fomento às medidas rígidas de controle da Administração Pública. Este, aliás, o caminho trilhado pela decisão proferida pela 1ª Turma Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 33340, em que foi Relator o Ministro Luiz Fux, impetrado pelo BNDES em face da decisão do Tribunal de Contas da União, que determinou o repasse de informações referentes aos contratos firmados com importante grupo econômico nacional.

Destarte, respeitados os limites que devem incidir sobre a atuação administrativa, também no que se refere aos atos de fomento, defende-se que tal atividade passa a ser um meio pelo qual o Estado, através do particular, buscará a efetivação dos direitos fundamentais esculpidos na Constituição Brasileira. Atua, nesta dimensão, como instrumento de extrema importância para o desenvolvimento nacional, desenvolvimento que busca não só a produção e circulação da riqueza, com o foco na atividade econômica, mas que, acima de tudo, visa assegurar ao lucro social, nas palavras de Cármen Lúcia Antunes Rocha.<sup>50</sup>

## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 117.
- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In.: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BLANCHET, Luiz Alberto. O capitalismo e o socialismo na Constituição. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 5, 2004.

<sup>50</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 507.

- BLANCHET, Luiz Alberto. Princípio constitucional da reciprocidade: sua observância pelo particular e pelo estado como garantia do desenvolvimento. IN: GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder; SALGADO, Eneida Desiree. *Direito administrativo e suas transformações atuais*. Curitiba: Íthala, 2016. pp. 191-206, p. 192.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BRUM, Argemiro J. *Desenvolvimento econômico brasileiro*. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CHOMSKY, Noan. *O lucro ou as pessoas*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- COMBLIN, José. *O neoliberalismo: ideologia dominante na virada do século*. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.
- ARANTES, Aldo. *O FMI e a nova dependência brasileira*. São Paulo: Alfa Ômega, 2002. p. 47.
- FACHIN, Melina Girardi. *Direito humano ao desenvolvimento: universalização, ressignificação e emancipação*. São Paulo, 2013. 484 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- FINGER, Ana Cláudia. O público e o privado na Administração Pública. In: Edgar Guimarães (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 57-83.
- FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*, Osasco, n.1, p. 76, jan./jun. 2014.
- GABARDO, Emerson; RESENDE, Augusto César Leite de. A atividade administrativa de fomento na gestão integrada de resíduos sólidos em perspectiva com o desenvolvimento sustentável. *A&C, Revista de direito administrativo e constitucional*, ano 13, n. 53, jul-set., 2013, p. 105-131.
- HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, jul./set. 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 4772, jul./set. 2011.
- MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 58.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- NASCIMENTO NETO, José Osório; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. (In)eficiência e corrupção no processo de desenvolvimento: possíveis causas e mudanças necessárias para a administração pública brasileira. In: BLANCHET, Luiz Alberto.
- HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Cláudia. (Org.) *Eficiência e ética na administração pública*. Curitiba: Íthala, 2015. pp. 163-175.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*. Coimbra: Almedina, 2007.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Crise econômica e reforma do estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina*. São Paulo: 1996. p. 269.

- PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: Piovesan, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- PULIDO, Carlos Bernal. Prólogo. In: ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SALOMONI, Jorge Luis. *Teoría general de los servicios públicos*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999.
- SANTOS, Laymert Garcia dos. Brasil contemporâneo: estado de exceção. In: OLIVEIRA, Francisco de; RIZEK, Cibele Saliba (Orgs.). *A era da indeterminação*. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 289-352.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 2000.
- VALIM, Rafael. *A subvenção no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015.
- VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a administração pública*. Uma análise crítica. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

# O ESTATUTO DAS ESTATAIS E A MATRIZ DE RISCO NOS CONTRATOS PÚBLICOS: BREVE ENSAIO SOBRE O ROMPIMENTO DA “TEORIA DAS ÁLEAS” NO DIREITO ADMINISTRATIVO

RODRIGO PIRONTI AGUIRRE DE CASTRO<sup>1</sup>  
FERNANDO MENEGAT<sup>2</sup>

**Sumário:** 1. A teoria das áleas na sistemática da Lei nº 8.666/93; 2. A Lei das Parcerias Público-Privadas e a matriz de riscos dos contratos de concessão; 3. O Estatuto das estatais e a exigência de matriz de risco nas contratações por ele regidas; 4. Considerações prognósticas; Referências.

## 1. A teoria das áleas na sistemática da Lei nº 8.666/93

Em matéria de contratações públicas, há tempos o Direito Administrativo brasileiro convive com o dogma da “teoria das áleas” como parâmetro para o reequilíbrio econômico-financeiro dos ajustes. Interpretando a sistemática da Lei nº 8.666/93, é já bastante tradicional e remansosa a doutrina que classifica as hipóteses ensejadoras ou não do reequilíbrio entre as áleas ordinária, extraordinária e administrativa.

Nessa lógica, após a assinatura do contrato, todo evento ocorrido deve ser analisado concretamente, a fim de se perquirir se a ocorrência era previsível ou calculável pelo contratado (teoria da imprevisão) ou, doutro vértice, se a Administração Pública foi a responsável, direta ou indiretamente, pelo evento danoso (fato do príncipe, fato da administração e alteração unilateral do contrato).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Pós-Doutor pela Universidade Complutense de Madrid. Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Administrativo Professor de Direito Administrativo da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Positivo. Advogado em Curitiba-PR.

<sup>2</sup> Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Administrativo. Professor de Direito Administrativo da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Positivo. Advogado em Curitiba-PR.

<sup>3</sup> Conferir, v.g.: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Ma-

É evidente que um cenário como esse contribui para a ineficiência na execução de contratos administrativos, abre margem para a prática de atos corruptivos e celebra a judicialização de conflitos entre Administração Pública e contratado, sendo o Poder Judiciário reiteradamente convocado a determinar se dado evento rende ensejo ou não ao reequilíbrio contratual.

Se é verdade que referido modelo de repartição de riscos continua vigente (ao menos por ora) em matéria de licitações realizadas sob a égide da Lei nº 8.666/93, fato é que o legislador brasileiro, em diplomas mais recentes, tem claramente optado por uma diversa e mais eficiente sistemática de distribuição dos riscos contratuais. Essa conclusão não é nova na doutrina: o objetivo do presente ensaio, longe de revolucionar a doutrina jus-administrativista pátria, é apenas demonstrar como a ruptura com a lógica da distribuição de riscos estatuída na lei geral de licitações foi incorporada pela recente Lei nº 13.303/2016, o “estatuto das estatais”.

É esse o objetivo das linhas seguintes.

## **2. A Lei das Parcerias Público-Privadas e a matriz de riscos dos contratos de concessão**

Em matéria legislativa, o rompimento paradigmático com a teoria das áleas em matéria de contratações públicas no Brasil ocorreu com a publicação da Lei das Parcerias Público-Privadas, Lei nº 11.079/2004.

É bem verdade que, no âmbito das concessões comuns, regidas pela Lei nº 8.987/95, a lógica do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão é diversa daquela estatuída pela Lei nº 8.666/93, sobretudo ante o fato de se tratar de contratos de longa duração e que têm na tarifa cobrada dos usuários do serviço a sua fonte de receita. Análises econômicas como a do Valor Presente Líquido (VPL) e, sobretudo, da Taxa Interna de Retorno (TIR), que não fazem tanto sentido nas contratações realizadas sob a batuta da Lei nº 8.666/93, são centrais em matéria de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.<sup>4</sup>

Entretanto, tal circunstância derivou mais de uma “mutação” da lógica da Lei nº 8.666/93 aplicada à prática das concessões – haja vista sua natureza de contrato de longo prazo remunerado por tarifa – do que de uma previsão legal expressa da Lei nº 8.987/95 nesse sentido. Tanto é assim que, em matéria de equilíbrio econômico-

---

lheiros, 2007. p. 624 e seguintes; MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 250 e seguintes; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 205 e seguintes.

<sup>4</sup> Aprofundar em: JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 382 e seguintes; MOREIRA, Egon Bockmann. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 388 e seguintes; MOREIRA, Egon Bockmann (coord.) *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

financeiro do contrato de concessão comum, a lei limita-se a afirmar que “os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro” (art. 9º, §2º), que “em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração” (art. 9º, §2º) e que “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.

Para além de afirmar, de forma lacunar, que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão ocorre enquanto forem “atendidas as condições do contrato”, a lei silencia quase por completo em pontuar que espécies de eventos ocasionam o rompimento de tais “condições”, fazendo referência unicamente à hipótese de alteração unilateral.

É por isso que se afirmou acima que foi a Lei das PPPs o diploma legal responsável por romper a lógica tradicional da teoria das áleas prevista na Lei nº 8.666/93. Isso porque a Lei das PPPs contém dispositivos que, ao contrário de seguir a lógica da alocação aleatória e *ex post* de riscos contratuais, opta pela sua alocação específica e *ex ante*, já no momento da celebração do contrato. Nessa medida, colhe-se do art. 4º, VI da lei em questão que uma das *diretrizes* para a celebração de um contrato de PPP é a “repartição objetiva de riscos entre as partes” (grifou-se). No mesmo passo, o art. 5º, III afirma ser cláusula obrigatória dos contratos de PPP aquela que “preveja a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”.

Uma leitura combinada de referidos dispositivos conduz à conclusão de que, quando da assinatura de um contrato de PPP, deve haver prévia, expressa e objetiva indicação:

- (i) de cada um dos riscos passíveis de incidir sobre a execução do contrato (risco de demanda, geológico, cambial, regulatório, etc.);
- (ii) de qual o parceiro (público ou privado) que será responsável por suportá-lo.

Isso significa que não mais se aguardará a situação danosa ocorrer para então as partes debaterem de quem será a responsabilidade por absorver o dano – e conseqüentemente se haverá ou não reequilíbrio econômico-financeiro da avença. Em sentido oposto, a lei das PPPs antecipa o debate e obriga o Poder Público a, já no momento da licitação (eis que isso afeta a elaboração das propostas), explicitar objetivamente todos os riscos que entende incidentes sobre a atividade pactuada, tanto atinentes a situações ordinárias como extraordinárias, bem como indicar de quem será a responsabilidade por mitigar cada um deles.<sup>5</sup> Tais informações constarão de cláusula

<sup>5</sup> Aprofundar em: GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004*, p. 233-256; CARDOSO, André Guskow. Ainda a questão da alocação e repartição de riscos nas parcerias público-privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004*, p. 257-281; ROCHA, Iggor Gomes. *Eficiência na alocação de*

própria, ou até mesmo de documento anexo ao contrato, no que se tem denominado *matriz de riscos*.

É evidente, nessa nova sistemática, que os riscos não são alocados de forma aleatória pelo Poder Público, mas, ao contrário, devem ser alocados de forma *racional e eficiente*, de acordo com a maior ou menor capacidade de cada um dos parceiros de mitigá-lo. Assim, deve-se buscar imputar cada um dos riscos à parte que, ao menos em tese, for a mais apta a evitá-los, mitigá-los ou eliminá-los a um menor custo, impactando da menor forma possível a execução contratual. Daí porque, a repartição objetiva de riscos não impõe uma distribuição *equivalente* de riscos, e sim uma distribuição *equitativa*, de base *racional*, alocando-se a cada parceiro os riscos que pode mais eficientemente gerir.

Deve-se tomar cuidado, nessa medida, para que a alocação de riscos ao privado não seja excessiva a ponto de onerá-lo em demasia, obrigando-o a assumir e mitigar riscos que seriam muito melhor absorvidos pelo Poder Público. Tal situação fatalmente desembocaria em situações como uma excessiva oneração do contrato, à medida que quanto mais riscos o particular assumir, maior será a remuneração exigida para geri-los; ou, o que é pior, a impossibilidade de cumprimento do contrato de PPP por parte do concessionário, ante a incapacidade de contornar um evento danoso sob sua responsabilidade.<sup>6</sup>

De outro bordo, é igualmente certo que os riscos não são todos previsíveis e antecipáveis pela Administração Pública no momento da licitação – senão não haveria que se falar em teoria da imprevisão e álea extraordinária, expressamente referidas no próprio art. 5º, III da lei. Diante disso, a nova sistemática não elimina a possibilidade de ocorrência de eventos imprevisíveis (e nem teria como, ainda mais num contrato de longa duração),<sup>7</sup> mas ao menos determina que já se proceda de antemão à indicação de quem será o responsável por arcar com cada espécie de imprevisibilidade – podendo tal indicação ser revisada ao longo dos anos, em períodos de revisão contratual previamente estipulados.

Por fim, vale referir que a diretriz de repartição objetiva dos riscos analisada no presente tópico, como já dito, está prevista na Lei das PPPs, que trata de duas modalidades específicas de concessão – a concessão administrativa e a concessão patrocinada. No entanto, há quem sustente que uma interpretação sistemática da legislação vigente permite aplicar o regramento da Lei nº 11.079/04 também às concessões comuns, versadas na Lei nº 8.987/95.<sup>8</sup>

---

*riscos em concessões públicas viabilizadoras de infraestrutura*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2014.

<sup>6</sup> O tema é abordado em: NESTER, Alexandre Wagner. O risco do empreendimento nas parcerias público-privadas. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005. p. 174-192.

<sup>7</sup> Sobre o tema, conferir: PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

<sup>8</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 312.



De todo modo, fato é que o advento da lei das parcerias público-privadas no direito brasileiro permitiu o surgimento de uma nova possibilidade de engenharia contratual, em que a alocação dos riscos é feita de maneira prévia, no próprio contrato administrativo.

### **3. O Estatuto das estatais e a exigência de matriz de risco nas Contratações por ele regidas**

Em julho de 2016 foi publicada a Lei nº 13.303/2016 que, regulamentando o art. 173, §1º da Constituição, dispôs sobre o estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista. A lei em comento possui três dimensões ou perspectivas muito claras: **(i)** uma perspectiva *estrutural* ou *orgânica*; **(ii)** uma perspectiva *funcional*; e **(iii)** uma perspectiva *teleológica*, que transcende as dimensões anteriores e as conflui em três noções fundamentais: *controle*, *eficiência* e *autonomia*.

No primeiro eixo, destaca-se a preocupação da lei com a estruturação das estatais, dispondo regras a respeito do seu conceito, de seu regime societário e da estrutura de seus órgãos, com foco no atendimento à Lei das Sociedades Anônimas. Destacam-se, aqui, as condições para o exercício de cargos no Conselho de Administração e da Diretoria, bem como a previsão de um membro independente no Conselho de Administração e de um Comitê de Auditoria Estatutário. É nítida, pois, a tentativa de profissionalização e despolitização das estatais, mediante nomeação de dirigentes sem vínculos políticos, com *expertise* para o cargo a ser ocupado, e focados no atingimento de resultados socioeconômicos à empresa e, sobretudo, à sociedade. Há críticas a essa opção – como, por exemplo, uma possível fragilização da governabilidade em razão da eliminação por completo dos cargos baseados na fidúcia –, que seguramente foram sopesadas pelo legislador ao adotar tal modelo.

No segundo eixo, a legislação volta sua atenção para a forma de atuação das empresas constituídas pelo Estado, enfocando sobremaneira a forma de contratação de bens e serviços por parte das estatais. Em clara dissonância com o regime da Lei nº 8.666/93, a lei estatui 57 artigos (de um total de 97) especificamente para disciplinar o rito licitatório a ser seguido e as regras contratuais incidentes sobre a atuação das estatais. Neste campo, destaca-se interessante aproximação da lei em relação ao RDC – Regime Diferenciado de Contratação – descrito na Lei nº 12.462/2011, a exemplo do que se extrai ao se abordar a questão do orçamento sigiloso (art. 34), o regime de contratação integrada (art. 43, IV) e os procedimentos auxiliares das licitações (artigos 63 e seguintes). Percebe-se também o compartilhamento, pela nova lei, de alguns pontos de avanço estatuidos pela Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/04), a exemplo da possibilidade de as empresas estatais realizarem Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) para seleção de projetos e estudos a embasarem a realização futura e eventual de licitação, conforme previsão do art. 31, §§ 4º e 5º da Lei.

Finalmente, o terceiro eixo perpassa e transcende as perspectivas anteriores, saltando aos olhos a preocupação da lei em relação a três temas de crucial importância para o atingimento da finalidade das estatais: **a)** sua autonomia em relação à Administração Direta; **b)** sua eficiência em matéria socioeconômica; e **c)** o controle (interno e externo) de sua atuação. Destacam-se aqui diversas previsões como a obrigação de seguir rígidos padrões de transparência, a necessidade de instituição e fiscalização de regras de *compliance*, a necessidade de planejamento de ações e a previsão de um conselheiro independente no Conselho de Administração, a previsão de uma “função social da empresa estatal”, o reforço do princípio da sustentabilidade nas licitações, a existência de regras de “imunidade” da estatal em relação a interferências da Administração Direta, dentre outras.

Para o que interessa ao presente estudo, é interessante notar como, seguindo a trilha da Lei das PPPs, que o estatuto das estatais exige a elaboração de matriz de risco em toda e qualquer contratação realizada pela empresa pública ou sociedade de economia mista, conforme se vê de seu art. 69, X:

Art. 69. São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei:  
[...]  
X - matriz de riscos.

Interessante inovação da lei diz respeito à previsão de uma definição legal para o termo “matriz de riscos”, que consta de seu art. 42, X, nos seguintes termos:

Art. 42. Na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições:  
[...]  
X - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:  
a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência;  
b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação;  
c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.

Nota-se que a lei alargou a concepção até então vigente a respeito das matrizes de risco nos contratos administrativos, à medida que exige não apenas a previsão e alocação dos eventuais riscos incidentes sobre o ajuste (art. 42, x, “a”), mas também a indicação dos elementos contratuais em que haverá liberdade de inovação da contratada para melhor se adequar à realidade dos bens/serviços licitados, seja em obrigações de meio ou de resultado (art. 42, x, “b” e “c”).<sup>9</sup>

Inúmeros e multidisciplinares são os riscos da Administração: de natureza contábil, financeira, jurídica, social dentre tantos outros. É em razão disso, que não se pode pretender uma gestão de risco, sem antes, planificar e detectar quais os riscos que se pretende dirimir.

Ultrapassada essa “barreira”, terá o gestor que estruturar a mitigação de riscos com esteio em modelos não burocratizantes de controle, é dizer, procedimentos que privilegiem a finalidade do controle ao formalismo, sob pena de se estabelecer um controle formal de riscos que, ao revés de mitigá-lo, o agrave drasticamente em razão de uma atuação inoportuna e ineficiente.

Para isso, fundamental o estabelecimento de uma matriz de risco acertada, diretiva e que conceda informação suficiente a dar resposta ao risco encontrado.

Dito isto, fica evidente que não há nenhuma aproximação desse modelo de gestão com procedimentos de “mitigação de risco” burocrático-formais, como é o caso dos *check-lists*, por exemplo; ao contrário, uma matriz de risco eficiente predispõe e orienta suas ações sempre em razão das metas a serem alcançadas e delas não se distancia.

De qualquer modo, fato é que a lei das estatais expressamente deixa de lado a óptica tradicional da Lei nº 8.666/93 de decisão *ex post* acerca da alocação dos riscos incidentes, optando pela lógica, estatuída originariamente na Lei nº 11.079/04, de alocar prévia, objetiva e eficientemente todos os riscos contratuais possíveis de antecipação. A opção é válida, por um lado, porque permite aos licitantes interessados divisar quais serão suas responsabilidades e, assim, elaborar suas propostas com maior exatidão. Por outro lado, é salutar por evitar disputas ao longo da execução contratual, sabendo as partes de antemão quais eventos darão e quais não darão ensejo ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

#### **4. Considerações prognósticas**

Tramita no Congresso o Projeto de Lei do Senado nº 559/2013, destinado a substituir a Lei nº 8.666/93 por uma nova lei geral de licitações e contratos. Em sua atual redação, encaminhada à Câmara dos Deputados para apreciação, referido projeto segue a linha trilhada mais recentemente pela Lei nº 13.303/2016.

<sup>9</sup> Conferir: GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016 – lei das estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

Primeiramente, em seu art. 5º, XXV, conceitua “matriz de risco” com redação idêntica à do art. 42, X da Lei nº 13.303/16. Adiante, em dispositivos como o do art. 19,<sup>10</sup> do art. 86, XIII<sup>11</sup> e do art. 90,<sup>12</sup> estabelece a possibilidade de que o Poder Público, no edital de licitação e no contrato, discipline a matriz de riscos que incidirá sobre a execução contratual.

Por ora, a única diferença em matéria de alocação de riscos entre as Leis nº 11.079/04 e nº 13.303/16, de um lado, e o PLS nº 559/13 do outro, é o fato de que nas primeiras a elaboração da matriz de riscos é *obrigatória*, enquanto que a atual redação do

<sup>10</sup> Art. 19. O instrumento convocatório poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante.

§ 1º. A matriz deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato, estabelecendo a responsabilidade que cabe a cada parte contratante e, também, mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e que mitiguem os efeitos deste, caso ocorra durante a execução contratual.

§ 2º. O contrato deverá refletir a alocação realizada pela matriz de riscos, especialmente quanto:

I – à recomposição do contrato nas hipóteses em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pelas partes;

II – à possibilidade de rescisão amigável entre as partes, quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual;

III – à contratação de seguros obrigatórios, previamente definidos no contrato e cujo custo de contratação integrará o preço ofertado.

§ 3º Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto, o instrumento convocatório obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.

<sup>11</sup> Art. 86. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...] XIII – a matriz de risco, conforme o caso.

<sup>12</sup> Art. 90. O instrumento contratual poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz alocando-os entre contratante e contratado mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público, pelo setor privado, ou compartilhados.

§ 1º A alocação de riscos de que trata o caput considerará, em compatibilidade com as obrigações e encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula, e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo.

§ 2º Poderão ser preferencialmente transferidos ao contratado os riscos que possuam cobertura oferecida por seguradoras no mercado.

§ 3º A distribuição dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação.

§ 4º A matriz de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes, resolvendo-se eventuais pleitos dos contraentes mediante observância da matriz de riscos contratada.

§ 5º Sempre que forem atendidas as condições do contrato e da matriz de riscos considera-se mantido equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pleitos de reequilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere:

I – às alterações unilaterais determinadas pela administração pública, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 102; e

II – aumento ou redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

§ 6º Na alocação de que trata o caput poderão ser adotados métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas, podendo os Ministérios supervisores dos órgãos e entidades da Administração Pública definir os parâmetros e detalhamento dos procedimentos necessários a sua identificação, alocação, e quantificação financeira.

PLS afirma ser tal conduta *facultativa* à Administração Pública, exceto no caso de obras e serviços de grande vulto (aqueles superiores a cem milhões de reais, na redação atual do art. Art. 5º, XX do PLS).

Diante do exposto, analisando as recentes manifestações legislativas em matéria de licitações e contratos, é nítido constatar a forte tendência de um completo e fatal rompimento com a lógica da “teoria das áleas”. Já inaplicável às concessões e às contratações feitas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, tudo leva a crer que a sistemática será abandonada também em sede de contratações administrativas submetidas à lei geral de licitações – mas isso, na atual redação do PL nº 559, só o tempo o dirá.

## Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CARDOSO, André Guskow. Ainda a questão da alocação e repartição de riscos nas parcerias público-privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004*, p. 257-281.
- GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016 – lei das estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004*, p. 233-256.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MOREIRA, Egon Bockmann (coord.) *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- NESTER, Alexandre Wagner. O risco do empreendimento nas parcerias público-privadas. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005. p. 174-192.
- PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- ROCHA, Iggor Gomes. *Eficiência na alocação de riscos em concessões públicas viabilizadoras de infraestrutura*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2014.
- SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.



# LICITAÇÕES INTERNACIONAIS: REGIME JURÍDICO E ÓBICES À ABERTURA DO MERCADO PÚBLICO BRASILEIRO ÀS EMPRESAS ESTRANGEIRAS

THIAGO MARRARA<sup>1</sup>  
CAROLINA SILVA CAMPOS<sup>2</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Definições preliminares: licitações internacionais e licitações sob normas internacionais; 3. Modalidades de licitação internacional; 4. Regime jurídico das licitações internacionais; 5. Requisitos de habilitação; 6. Habilitação em licitações internacionais; 7. Documentos equivalentes; 8. Barreiras criadas por entidades profissionais; 9. Consórcios e empresas estrangeiras; 10. Julgamento: regras especiais; 11. Conclusão; Referências.

## 1. Introdução

Ao longo dos anos, o crescente combate à corrupção e as exigências populares por um Estado mais eficiente, transparente e moralizado, elevaram as pressões contra a Administração Pública. Isso a pressionou a se preocupar sob frequência redobrada com a execução de contratos administrativos (geralmente designada de gestão contratual ou processo administrativo contratual) e a colocarem prática seus poderes punitivos quer no intuito de reprimir infrações contratuais, quer para evitar a reconstrução de empresas condenadas por graves infrações a contratos firmados com o Estado.

Nesse contexto de mudanças, ganharam protagonismo as sanções de suspensão, de impedimento, de inidoneidade e de proibição de participar em licitações e contratar com o poder público. As três primeiras modalidades punitivas se aplicam com supedâneo na Lei Geral de Licitações e Contratos, na Lei de Pregão, na Lei do RDC, na Lei Orgânica

<sup>1</sup> Professor de direito administrativo da USP na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP) Livre-docente (USP). Doutor pela Universidade de Munique (LMU). Editor da Revista Digital de Direito Administrativo da USP (RDDA). Advogado consultor.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito e Desenvolvimento da USP da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Especialista em Direito Tributário pela USP na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP). Advogada.

do TCU, assim como em leis estaduais e municipais sobre licitações e contratos. A seu turno, as proibições incidem por forçada Lei de Defesa da Concorrência (art. 38), da Lei de Improbidade (art. 12) e da Lei de Crimes Ambientais (art. 22). Na Lei das Eleições, previa-se idêntica proibição como sanção adicional contra pessoas jurídicas condenadas por doações excessivas (acima dos patamares legais) a partidos políticos (art. 81, § 3º). Contudo, a Lei nº 13.165, de setembro de 2015, revogou o dispositivo.

A despeito dos diferentes pressupostos normativos e suas alterações, um exame do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), banco de dados mantido pela Controladoria Geral da União, confirma o aumento significativo de limitações sancionatórias impostas pelo Estado à participação de agentes de mercado em licitações. Em janeiro de 2016, constavam mais de 12 mil registros de pessoas físicas e jurídicas suspensas, impedidas, declaradas inidôneas ou proibidas de licitar no CEIS.

Apesar de legítimo e necessário, o incremento do controle da gestão contratual e o consequente recrudescimento da postura punitiva das entidades estatais contratantes automaticamente reduzem o número de agentes econômicos em mercados públicos e, por reflexo, tendem a enfraquecer a competição, aumentar o poder de mercado dos agentes econômicos ativos, elevar os riscos de cartelização e, pior, fragilizar o princípio da vantajosidade licitatória. Por essas e outras causas, ao mesmo tempo em que o Estado aprimora a gestão contratual, compete-lhe encontrar alternativas que não somente compensem a redução da concorrência no curto e médio prazo, como também promovam o aumento gradual da competição no certame por meio da atração de novos licitantes.

Sob essa premissa, um dos caminhos a se explorar é aquele que torna as licitações brasileiras atraentes para agentes econômicos estrangeiros. Não se trata de solução isenta de dificuldades. Dentre outros desafios, a valorização da competição mediante a atração de licitantes estrangeiros demanda que se resolvam inúmeras dúvidas jurídicas. De que modo a legislação brasileira trata da participação de empresas estrangeiras em licitações? Quais são as principais barreiras existentes nessa legislação? Como eventuais barreiras poderiam ser superadas?

O objetivo desse artigo se resume a contribuir com a elaboração de respostas a essas indagações iniciais e, a partir disso, viabilizar a adoção de medidas capazes de incrementar a concorrência em licitações públicas, sobretudo, mediante a superação de barreiras à entrada geradas por fatores normativos enraizados na legislação geral de licitações. Sob esse propósito, o artigo parte da comparação entre licitações internacionais e licitações organizadas sob normas internacionais, tratadas modalidades procedimentais cabíveis, examina a problemática da habilitação e do julgamento envolvendo licitantes estrangeiros, discute regras restritivas relativas à formação de consórcios e ainda trata de barreiras à entrada criadas por entidades profissionais brasileiras em desfavor de concorrentes estrangeiros.



## 2. Definições preliminares: licitações internacionais e licitações sob normas internacionais

Há pelos menos dois desafios a superar antes de se examinar o regime jurídico das licitações internacionais no direito brasileiro. Em primeiro lugar, a Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993) trata do tema com pouca sistematicidade, pois menciona as licitações internacionais de modo confuso e fragmentado no corpo de inúmeros dispositivos. A dispersão normativa pede a reunião dos dispositivos legais como passo prévio à interpretação. Do contrário, arrisca-se atingir conclusões precipitadas e incorretas.

Em segundo lugar, conquanto o legislador tenha se preocupado em oferecer um rol de definições gerais básicas na Lei de Licitações (art. 6º) – prática comum em outros ordenamentos jurídicos de referência –, nele não se encontra a definição de licitação internacional. Daí porque se mostra imprescindível, para fins introdutórios, esclarecer quais são os elementos necessários para configurar uma licitação *internacional* e, mais que isso, como essa categoria de licitação se diferencia daquela realizada *sob normas internacionais*.

Começemos pela última indagação.

As licitações realizadas *sob normas internacionais* nada mais são que procedimentos licitatórios executados por entidade brasileira federal, estadual ou municipal sob um regime jurídico diferenciado, pois composto parcialmente por normas e condições estabelecidas por organizações internacionais ou entidades externas. Em contraste a uma mera licitação tradicional, a peculiaridade desses procedimentos reside em seu regime jurídico permeável, por uma decisão do próprio legislador brasileiro e nos termos de acordo celebrado com o país, a normas elaboradas por entes internacionais.

No escopo de viabilizar a satisfação de compromissos assumidos pelo Brasil em suas relações internacionais, a legislação brasileira admite que a Administração Pública empregue duas soluções: 1) utilize mecanismos de contratação direta ou 2) realize licitações sob normas externas derogadoras, em situações pontuais, do regime jurídico padrão, caso em que se terá uma licitação sob normas internacionais.

O caminho da contratação direta se sustenta no art. 24, XIV da Lei nº 8.666/1993. É aceitável a dispensa de licitação para

“aquisição de bens ou serviços nos termos de *acordo internacional* específico *aprovado pelo Congresso Nacional* quando as condições ofertadas forem manifestamente *vantajosas* para o Poder Público” (redação dada pela Lei n. 8.883/1994) (g. n.). Na redação originária de 1993, o dispositivo mencionava a dispensa para “aquisição de bens ou serviços por intermédio de *organização internacional*” (g. n.).

Com a alteração, aprimorou-se o texto e se evidenciou que a aquisição não ocorre por intermédio da OI, mas sim por ente brasileiro com base em acordos internacionais em geral, bilaterais, multilaterais ou plurilaterais. A nova redação também permite concluir que as regras não necessariamente precisarão derivar da OI.

Outro caminho aceitável para a viabilização dos compromissos internacionais reside na realização efetiva de uma licitação, porém sob regime diferenciado. A esse respeito, dispõe o art. 42, § 5º da Lei nº 8.666/1993 (com redação dada pela Lei nº 8.883/1994) que:

Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens *com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral* de que o Brasil seja parte, *poderão* ser admitidas, na respectiva licitação, as *condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional*, bem como as *normas e procedimentos* daquelas entidades, inclusive quanto ao *critério de seleção da proposta mais vantajosa* para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, *outros fatores de avaliação*, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também *não conflitem com o princípio do julgamento objetivo* e sejam objeto de *despacho motivado do órgão executor do contrato*, despacho esse *ratificado pela autoridade imediatamente superior* (g.n.).

À luz do texto transcrito, a adoção do regime diferenciado pressupõe que: a) a aquisição dependa de recursos financeiros externos; b) o financiador ou doador seja agência de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral; c) as normas licitatórias externas constem de documento jurídico aprovado pelo Congresso; d) o respeito a essas normas configure condição para a obtenção dos recursos; e) as normas externas se harmonizem com a regra geral do julgamento objetivo e f) que um despacho motivado do contratante autorize o emprego das normas externas.

Do texto legal ainda se extrai que a participação de agentes econômicos estrangeiros não constitui elemento essencial de uma licitação *sob normas internacionais*. Em outras palavras, é possível que o procedimento de contratação se limite a uma competição entre fornecedores ou empreiteiros: a) apenas nacionais; b) apenas estrangeiros ou c) ambos.

Em contraste, a licitação internacional visa a ampliar o acesso de competidores estrangeiros.<sup>3</sup> Embora a Lei Geral de Licitações não defina as licitações internacionais em seu art. 6º ou em qualquer outro dispositivo, elas se encontram consagradas de modo esparso em vários dispositivos legais, por exemplo, no art. 3º, § 1º, II, no art. 55, § 2º, no art. 23, § 3º e no art. 53, § 3º. Fora isso, o tema é tratado em leis específicas,

<sup>3</sup> Há autores que, porém, tomam a licitação internacional de modo amplo, incluindo as regidas parcialmente por normas de direito internacional. É o caso de Toshio Mukai (1997, p. 82).

como a Lei nº 11.732/2008, ainda que apenas para efeitos de “drawback”,<sup>4</sup> e o Decreto nº 6.702/2008. Ocorre que nesses diplomas tampouco se conceitua satisfatoriamente o que é licitação internacional.

A despeito da ausência de uma definição legal, o exame geral da Lei de Licitações permite sustentar que *licitações internacionais* configuram procedimentos licitatórios marcados pelo objetivo de atrair licitantes brasileiros e estrangeiros. Tanto faz ser a licitação conduzida com base no regime jurídico estabelecido pelo direito brasileiro ou sob a regência de normas de organizações internacionais. 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.

Note-se bem: o fator determinante não reside na abertura da licitação a estrangeiros, mas na sua adaptação à participação de estrangeiros. Vale registrar essa ressalva, pois desde a revogação do art. 171 da Constituição da República e diante do princípio da igualdade, toda e qualquer licitação está, a princípio, aberta a brasileiros e a estrangeiros estabelecidos no Brasil. Daí porque o fator de diferenciação não reside no grau da “abertura” do certame, mas sim no “objetivo” de atrair estrangeiros, sobretudo os que ainda não atuam no Brasil. Isso exige da entidade contratante esforços para adaptar o ato convocatório e seus anexos a essa pretensão.

Egon Bockmann Moreira, Bernardo Strobel Guimarães e Lino Torgal também se manifestam nesse sentido. Para eles, não há no ordenamento jurídico pátrio a figura das licitações exclusivamente nacionais, nas quais se admitiria a participação exclusiva de empresas brasileiras. Em virtude do art. 3º, §1º, II, Lei nº 8.666/93 e do art. 5º, *caput* da CF, qualquer pessoa que preencha os requisitos da lei e do edital está autorizada a participar do certame, não havendo diferenciação entre brasileiros e estrangeiros residentes no país. A nacionalidade ou naturalidade dos licitantes não há que ser invocada como critério de preferência nas licitações. Ao adotar tal posição, a legislação pátria “claramente se filia às diretrizes internacionais que estipulam que o acesso ao mercado público por empresas estrangeiras deve dar-se em termos análogos aos garantidos aos agentes econômicos locais” (MOREIRA *et al.*, 2015, p. 72).

Eros Roberto Grau (1992, p. 428), quando da análise do Decreto-Lei n. 2.300/86, diploma que disciplinava o regime das licitações antes da Lei nº 8.666/93, ensina que a licitação internacional não se limita a permitir a participação de licitantes estrangeiros

<sup>4</sup> Drawback foi concebido, em 1966, como um regime aduaneiro especial, que suspendia o pagamento de imposto de importação para produtos que seriam utilizados para posterior exportação, como forma de fortalecimento do setor de exportações. No entanto, em 1990 e em 2001, a prática do drawback foi estendida para as licitações internacionais, como forma de incentivar a concorrência internacional em grandes projetos, como os de infraestrutura, caracterizando-se por desonerar o imposto de importação de mercadorias utilizadas para fabricação, no Brasil, de máquinas e equipamentos a serem fornecidos internamente, decorrentes de licitações internacionais, cujo pagamento advém de recursos estrangeiros. Por essa razão, os diplomas normativos que disciplinam a questão se esforçaram em conceituar as licitações internacionais.

no certame, uma vez que, nos termos do art. 3º, §1º, I, do Decreto-Lei, cujo conteúdo foi acompanhado, em partes, pelo art. 3º, §1º, II, da Lei nº 8.666/03, é vedado aos agentes públicos estabelecer condições desiguais em virtude da naturalidade e sede das empresas na licitação. Para o autor, licitação internacional é aquela em que se assegura a publicidade no exterior, para além do território nacional, no intuito de conferir o caráter internacional à disputa. A esse respeito, contudo, bem pontua Rafael Wallbach Schwind (2013, p. 29) que a mera divulgação do certame no exterior é insuficiente a caracterizar uma licitação como internacional. Se assim o fosse, seria necessário que a lei, expressamente, previsse a necessidade da publicação do edital no exterior, bem como estipulasse os critérios de divulgação, o idioma do edital, em quais países o edital deveria ser publicado, dentre outros. Para o autor, com o avanço da internet, é possível que empresas estrangeiras tenham contato com editais de licitações brasileiras, sem que seja conferida publicidade internacional, e participem, dentro dos requisitos legais e do edital, do certame.

Da mesma forma, resta evidente que grande parte da doutrina toma a licitação internacional não como aquela realizada no exterior, aquela financiada por recursos externos ou que realize publicidade no exterior. Para ser configurada uma licitação internacional, o edital deve prever expressamente que o certame é aberto a licitantes estrangeiros e adequar-se às disposições da Lei nº 8.666/93 que disciplinam a matéria (também nesse sentido, cf. SCHWIND, 2013, p. 34).

Na definição aqui adotada, a origem dos bens ou dos serviços objeto do contrato futuro tampouco constitui fator determinante para caracterizar a licitação internacional. Essa advertência é relevante, na medida em que a Lei de Licitações inclui definições sobre bens e serviços nacionais, buscando diferenciá-los dos estrangeiros, o que pode ocasionar mal-entendidos interpretativos. Para a contratação dos bens e serviços nacionais,<sup>5</sup> é preciso ter em mente que a legislação autoriza somente a previsão de margens de preferência. Globalmente, porém, o preço adicional não deve ultrapassar 25% sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros, nem ser aplicado, em uma licitação, para bens e serviços cuja produção ou prestação no país seja inferior à quantidade a ser adquirida pelo Estado (art. 3º, § 5º e seguintes).

### **3. Modalidades de licitação internacional**

Ainda que reconheça a licitação internacional, a legislação prescinde de normas acerca de todos os seus aspectos operacionais. É preciso indagar, por exemplo: existe procedimento específico para essa licitação? Quais são as regras gerais de seu regime

<sup>5</sup> Produtos manufaturados nacionais aqueles “produzidos no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou com as regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo federal”, enquanto serviços nacionais são aqueles “prestados no País, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo federal” (art. 6º, XVII e XVIII, incluídos pela Lei nº 12.349/2010).

jurídico? Os licitantes estrangeiros se beneficiam de regras diferenciadas nas mais diversas fases do procedimento de contratação?

No tocante às modalidades, uma leitura apressada da Lei de Licitações induz interpretações equivocadas. Prescreveu o legislador que:

Art. 23(...)

§ 3º: A *concorrência* é a modalidade de licitação cabível (...) nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no país (g. n.).

Primeiramente, a Legislação abre espaço para o uso de três procedimentos, mas prevê a concorrência como regra geral e a tomada de preços e o convite como alternativas condicionadas. Em qualquer hipótese, a concorrência é aceitável, já que se trata do procedimento mais completo, adequado para análises aprofundadas de requisitos de habilitação necessários a revelar a verdadeira capacidade executória dos licitantes em relação ao contrato proposto.<sup>6</sup> Para as outras duas modalidades, há que se observar condições especiais:

- A *tomada de preços internacional* é válida para contratos de compras e serviços em geral no valor de até R\$ 650.000,00 ou contratos de obras e serviços de engenharia no valor de até R\$ 1.500.000,00. Além de o valor contratual não atingir esses tetos, exige-se que a entidade contratante disponha de cadastro internacional de fornecedores.
- O *convite internacional* vale para contratos de compras e serviços em geral de até R\$ 80.000,00 ou contratos de obras e serviços de engenharia de até R\$ 150.000,00, mas somente quando inexistir fornecedor do bem ou do serviço no país. Essa última condição deve ser entendida da seguinte maneira: o convite não deve incluir fornecedores estrangeiros que ainda não operam no Brasil, quando houver no mínimo três fornecedores atuantes no Brasil (brasileiros ou estrangeiros devidamente autorizados nos termos do Código Civil) com capacidade de atender à demanda estatal.

Para além dessas três modalidades, resta saber se é lícita a realização de

<sup>6</sup> A escolha da concorrência como modalidade geral repousa no fato de que ela “amplia o universo da licitação, porquanto dispensa qualquer pré-requisito para a participação de interessados. O que vem ao encontro das circunstâncias mercadológicas em que se operam (...) os certames internacionais, que se peculiarizam por sua competitividade ou complexidade”. (PEREIRA JUNIOR, 2009, p. 279). Portanto, a previsão de que a concorrência pode substituir qualquer outra modalidade de licitação demonstra que ela é mais ampla e completa que as demais.

concurso internacional e de leilão internacional. A princípio, o art. 23, § 3º não trata do assunto e, por interpretação negativa, chegar-se-ia rapidamente à conclusão de que o emprego dessas duas modalidades seria ilegal. No entanto, um exame mais abrangente da Lei oferece respostas em outro sentido.

O leilão internacional encontra previsão não no dispositivo que contém sua definição legal (art. 22, § 5º), mas sim em outro trecho da Lei. O art. 53, § 3º estabelece que, “nos *leilões internacionais*, o pagamento da parcela à vista poderá ser feito em até vinte e quatro horas” (g.n.). Desse breve texto resulta que, uma vez respeitadas as situações contratuais em que o leilão é possível (ex. alienação de bens ou concessões de serviços), nada impedirá sua adaptação à participação ampla de estrangeiros a despeito do valor do contrato e independentemente de qualquer outra condição especial.

Quanto ao concurso, igualmente, não há menção expressa na Lei de Licitações da sua previsão para realização no âmbito internacional, tanto que, para alguns autores, esta é a única modalidade licitatória que não pode se dar no âmbito internacional (PEREIRA, 2013, p. 72). Entretanto, a possibilidade de realização de *concurso internacional*, apesar de não constar expressamente da Lei nº 8.666/1993, decorre de uma argumentação “*a maiori, ad minus*”. Se for lícito o mais, será lícito o menos! Entende-se essa argumentação na medida em que se reconhece que o concurso constitui modalidade voltada à seleção de trabalho técnico, artístico ou científico e que envolve pagamento por remuneração ou por prêmio. Ora, uma vez que se aceita a realização de uma concorrência internacional para execução de serviços complexos e com grande dispêndio de recursos financeiros pelo Estado, qual a razão para se negar a abertura de um concurso a licitantes estrangeiros, por exemplo, para fins de contratação de um projeto arquitetônico?

Assim como a concorrência, também é possível que o concurso envolva uma ampla análise de requisitos de habilitação. Fora isso, essa modalidade permite uma formatação flexível da comissão de licitação, sobretudo para viabilizar a presença de grandes especialistas no serviço ou na mercadoria que é objeto do contrato e, a depender da estratégia licitatória, sequer envolverá dispêndio significativo de recursos financeiros, já que ao vencedor se poderá atribuir um prêmio no lugar da remuneração financeira. Por todas essas razões, não se mostra incompatível com a Lei de Licitações a condução de concurso internacional a despeito de menção em norma explícita.

#### **4. Regime jurídico das licitações internacionais**

Um dos princípios centrais do modelo licitatório é a isonomia. Todo certame visa a oferecer aos agentes econômicos as mesmas oportunidades de acesso a mercados públicos, de sorte a consagrar o ideal de Estado democrático e republicano, bem como os princípios da ordem econômica, mormente a livre iniciativa. Assentado sobre esses valores, o art. 3º, § 1º, inciso II da Lei nº 8.666/1993 veda ao ente contratante

determinar trato diferenciado de espécie “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...*” (g.n.), a não ser em relação a serviços de informática e automação no termos de legislação especial (Lei n. 8.248/1991).

O art. 3º, contudo, não trata, nem delimita toda a complexidade do regime jurídico das licitações internacionais por inúmeras razões. Em primeiro lugar, o art. 42, *caput*, dispõe 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*” (g.n). Em segundo, existem normas especiais acerca da habilitação, do julgamento e de aspectos contratuais relativos a empresas estrangeiras. Por mais que alguns desses dispositivos legais se refiram unicamente à *concorrência* internacional, eles incidem por analogia a qualquer procedimento licitatório internacional.

## 5. Requisitos de habilitação

Como etapa destinada à investigação da viabilidade de execução do futuro contrato pelos licitantes em disputa, a habilitação varia tanto em virtude da modalidade procedimental, quanto da natureza nacional ou internacional da licitação. Há que se levar ambos os fatores em consideração quando se investiga a legalidade de requisitos de habilitação contidos em certo ato convocatório. Além deles, imprescindível à verificação da legalidade é a observância da razoabilidade na escolha desses requisitos pela entidade contratante, haja vista que a inadequação ou o excesso em sua definição muitas vezes ocasiona a redução da competição e, por reflexo, prejudica o interesse de a Administração Pública celebrar o contrato mais vantajoso.

De acordo com a Lei nº 8.666/1993 (art. 27), os requisitos de habilitação se esgotam na documentação tratada pelos art. 28 a 31, toda ela supostamente útil a comprovar em relação a cada licitante: 1) a habilitação *jurídica*; 2) a qualificação *técnica*; 3) a qualificação *econômico-financeira*; 4) a regularidade *fiscal* e 5) *trabalhista*, inclusive no tocante ao cumprimento de normas constitucionais relativas ao *trabalho de menores* (art. 7º, XXXIII da CF).

A legislação aponta os cinco elementos como um “teto”, como já prelecionaram Adilson Abreu Dallari (2007, p. 135) e Marçal Justen Filho (2012, p. 458). Melhor dizendo: os requisitos previstos no texto normativo representam a “documentação máxima” exigível dos licitantes com o objetivo de verificar sua capacidade de execução do contrato proposto. Orientada pela razoabilidade e pela finalidade pública da contratação, a entidade estatal deverá selecionar os requisitos adequados para cada licitação e seu respectivo objeto dentre os permitidos na lei. Isso se extrai inicialmente do art. 27, *caput*, conforme o qual a Administração solicitará documentação “exclusivamente” sobre os

itens apontados em seus incisos, ou seja, não inventará exigências que extrapolem as previsões legais.

Já o art. 32, § 1º dispõe que “a documentação de que tratam os art. 28 a 31 poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão”. Em linha com os comentários de Marçal Justen Filho (2005, p. 353), a dispensa de requisitos de habilitação caberá nos “casos em que não houver dilação temporal entre o momento da contratação e da execução da prestação por parte do particular”, ou seja, “quando a prestação for executada pelo particular imediatamente após avençado o contrato”, caso em que “não haverá necessidade em maior investigação da idoneidade dele”. Além disso, será aceitável “quando o montante quantitativo da licitação for reduzido ou quando a natureza do contrato não exigir maiores indagações sobre a situação subjetiva do interessado”.<sup>7</sup>

## 6. Habilitação em licitações internacionais

A Lei nº 8.666/1993 abordou de modo expresso as licitações internacionais ao tratar da fase de habilitação. Determina o art. 32, § 4º que:

*As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante documentos equivalentes, 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 (g.n.).*

Perante esse rico parágrafo normativo, é preciso enfatizar inúmeros mandamentos. Em primeiro lugar, dele se extrai que a participação em licitações brasileiras se abre tanto a empresas estrangeiras que “*funcionem no país*”, quanto a empresas estrangeiras “*que não funcionem no país*”. Ambas são sociedades constituídas sob leis estrangeiras e cuja sede não se encontra no país. No entanto, as primeiras operam em território nacional sob autorização governamental, inclusive por meio de contratos com o Poder Público, e desempenham suas atividades no solo brasileiro de forma contínua e permanente; enquanto as segundas não agem no território nacional, ou agem de forma eventual e isolada, mas podem celebrar contratos com o Brasil, por exemplo, após vencerem uma licitação conduzida por embaixada no exterior ou uma licitação realizada no país, mas cujo contrato se execute em território estrangeiro.

<sup>7</sup> Pereira Júnior (2009, p. 32) adverte, porém, que a prova de regularidade perante a seguridade social não pode ser afastada da habilitação, uma vez que a Constituição proíbe a contratação, pelo Poder Público, de pessoa jurídica em débito com a Previdência (art. 195, § 3º, CF). Essa observação deve ser lida com ressalvas, pois naturalmente a comprovação do recolhimento apenas será exigível no caso de a empresa empregar mão de obra vinculada ao regime previdenciário brasileiro, o que nem sempre acontecerá.



Em relação às primeiras empresas (sociedades estrangeiras em funcionamento no Brasil), o art. 32, § 4º não as menciona, mas o art. 28, inciso V, sim. De acordo com esse último dispositivo, conforme o caso, na documentação relativa à habilitação jurídica, é “possível” exigir do licitante, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no país, “decreto de autorização (...) e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir”. Embora a exigência pareça recair no espaço de discricionariedade do ente contratante, uma interpretação sistemática do direito brasileiro revela que a norma da Lei de Licitações não se sustenta.

Com efeito, em alguns momentos, a Lei de Licitações de 1993 deve ser interpretada à luz do direito civil, que disciplina as regras concernentes, dentre outros, à personalidade jurídica. Como ressalta Bacellar Filho (2007, p. 28), o direito administrativo e o direito civil estão inseridos na mesma ordem constitucional, de modo que há uma construção de vasos de comunicação entre eles; um diálogo necessário que influencia a interpretação das relações regidas por ambos os ramos do direito. É exatamente o que ocorre nesse cenário.

O Código Civil de 2002 disciplina a sociedade estrangeira nos art. 1.134 a 1.141. Em apertada síntese, referidos dispositivos: 1) exigem que qualquer sociedade estrangeira solicite autorização do Executivo para funcionar no Brasil (art. 1.134); 2) permitem ao Estado brasileiro estabelecer condicionamentos à autorização no intuito de defender os “interesses nacionais” (art. 1.135); 3) exigem inscrição da empresa em livro especial para sociedades estrangeiras (art. 1.136); 4) impõem o respeito à legislação e a sujeição aos tribunais pátrios (art. 1.137); 5) determinam a abertura de representação permanente no Brasil com poder para resolver quaisquer questões e receber citação judicial pela sociedade e 6) tornam obrigatória a aprovação pelo Estado de alterações no contrato social ou no estatuto como requisito de sua eficácia em território brasileiro (art. 1.139).<sup>8</sup>

Fora isso, cumpre frisar que as empresas estrangeiras que desejem operar no Brasil e acessar mercados públicos devem observar as regras contidas no Código Civil no que toca à autorização governamental e às demais exigências previstas nos artigos mencionados em momento anterior à fase de habilitação na licitação, em razão de dois motivos.

O primeiro reside no fato de que o art. 28, V, Lei de Licitações, é expresso a determinar que se apresente o decreto governamental de autorização no momento da habilitação da empresa. Já o segundo motivo diz respeito às dificuldades de se condicionar a assinatura do contrato a uma condição futura e incerta, uma vez que

<sup>8</sup> “O cumprimento das normas relativas à autorização e registro implica uma *equiparação jurídica* entre a sociedade estrangeira e a nacional, ficando ambas sujeitas *in totum* ao ordenamento jurídico brasileiro e à jurisdição nacional. A partir desse instante, os atos que as empresas estrangeiras praticam no Brasil sujeitam-se de modo integral ao direito e à jurisdição pátrios” (MOREIRA et. al., 2015, p.77).

a autorização para funcionar no Brasil não ocorre de modo automático. Caso fosse autorizada a apresentação tardia do decreto governamental, a celebração do contrato administrativo poderia ser inviabilizada por conta do indeferimento da autorização ou por demora excessiva em sua expedição, casos em que se frustraria a licitação em prejuízo a interesses públicos primários.

Já no que se refere às empresas estrangeiras que *não funcionam* no país (inclusive as que meramente detêm ações de SPE),<sup>9</sup> o Código Civil não se aplica, mas o art. 32, § 4º da Lei de Licitações prevê algumas normas relevantes. Por um lado, esse dispositivo confere a tais empresas o direito subjetivo de se habilitarem apenas com a juntada de *documentos equivalentes*, mas condiciona a aceitação destes e doutros documentos estrangeiros à autenticação consular e à tradução juramentada para o português. Por outro, o dispositivo demanda que as empresas mencionadas disponham de representação legal no Brasil, com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente. Contudo, referida exigência afigura-se despropositada à primeira vista. Afinal, se a empresa não funciona no Brasil, por que deveria ter representação em território nacional?

Para solucionar essa dúvida, é imprescindível distinguir certos casos. No primeiro, a empresa estrangeira que *não atuava* no Brasil, vence a licitação e passa a agir em território nacional, hipótese em que necessitará cumprir as regras do CC, inclusive mediante a fixação de representação no país. No segundo, a empresa estrangeira ganha a licitação conduzida no Brasil, mas não se estabelece no país, pois executará o contrato a partir de território estrangeiro. Na terceira, a empresa atua fora do Brasil, ganha certa licitação realizada fora do país e executa o contrato no exterior.

Em virtude da pluralidade de hipóteses concebíveis – todas elas a demonstrar os diferentes graus possíveis de relação de um licitante estrangeiro com o território nacional –, o art. 32, § 6º adequadamente relativiza as exigências previstas no § 4º. No entanto, essa mitigação atinge somente os casos de: 1) licitações internacionais para aquisição de bens e serviços cujo pagamento se faça com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte ou por

---

<sup>9</sup> A participação de sociedade estrangeira em sociedade de propósito específico não deve ser considerada como atuação nacional para fins de aplicação das normas civilistas. De acordo com o art. 1.134 do Código Civil, as empresas estrangeiras não precisam de autorização quando são “acionista de sociedade anônima brasileira”. “Logo, é perfeitamente possível que uma empresa estrangeira que não atue no Brasil venha a participar da licitação se, ao final desta, ela vier a assumir unicamente a condição de acionista da sociedade de propósito específico responsável pela execução do objeto (desde que a SPE seja uma S.A.)”. (MOREIRA, et. al., 2015, p. 87). Tal hipótese é relevante nos casos em que da licitação resultar um contrato de natureza concessória, nos termos do art. 9º, da Lei nº 11.079/2004 (Lei de PPPs), que exige a constituição de uma SPE, e do art. 20, da Lei nº 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões), “que faculta que o Poder Concedente exija sua constituição previamente à execução do objeto, desde que haja previsão editalícia nesse sentido”. A incidência de tais regras pode conduzir, portanto, à possibilidade de participação de empresas estrangeiras em certames licitatórios relativos a projetos de infraestrutura, desde que não se configure a atuação isolada de empresa estrangeira (MOREIRA, et. al., 2015, p. 87).

agência estrangeira de cooperação; 2) compras, celebradas com empresa estrangeira, de equipamentos fabricados e entregues no exterior, com a condição de que haja prévia autorização do chefe do Executivo e 3) aquisição de bens ou serviços realizada por unidades administrativas brasileiras com sede no exterior. Nessas três hipóteses, afasta-se igualmente a exigência de que o contrato contenha cláusula que declare o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual (art. 55, § 2º).<sup>10</sup>

Ainda que seja compreensível e lógico em sua finalidade, o mandamento contido no § 6º mostra-se bastante problemático, haja vista que nele se impõe o afastamento das exigências do § 4º, mas não se explicitam quais, nem como. Todas as exigências cairão por terra ou apenas algumas? Os três casos excepcionais receberão tratamento idêntico? A solução desses problemas requer a interpretação lógica e teleológica dos dispositivos legais em comento.

No tocante às licitações realizadas *sob normas internacionais*, se os contratos forem executados no Brasil, é compreensível exigir a autorização de atuação da empresa no Brasil e a representação em território nacional por força das normas posteriores e superiores do Código Civil. Nesse caso, a ressalva do § 6º perde o sentido. O direito à possibilidade de juntada de documentos equivalentes também deve ser mantido nessa hipótese, bem como a determinação de consularização como meio de reconhecimento de autenticidade de um documento produzido no exterior. Já a exigência de tradução dependerá das regras da entidade financiadora internacional.

Nos dois casos restantes (aquisição de equipamento fabricados e entregues no exterior e aquisição de bens ou serviços por unidades estrangeiras), a representação no país torna-se desnecessária, pois o fato de o licitante estrangeiro vencer a licitação não o obriga a atuar no Brasil. Por reflexo, não terá que observar o Código Civil simplesmente por celebrar o contrato com a Administração.<sup>11</sup> Já o direito do estrangeiro à juntada de documentos equivalentes na licitação para fins de habilitação se mantém por igual. Afinal, se ele não atua nem nunca atuou no Brasil, naturalmente não terá como juntar documentos nacionais. A seu turno, a consularização e a tradução mostram-se desnecessárias quando a contratação ocorrer no exterior, porém afigura-se oportuno exigir que ente contratante providencie a documentação

<sup>10</sup> Nos contratos em geral, o foro será sempre o local da sede do órgão da Administração direta ou indireta que tenha celebrado o contrato, não sendo possível a escolha, pela própria Administração Pública, de foro diverso do local em que se situa. Para Justen Filho (2005, p. 497), o escopo desse mandamento é tutelar a soberania do Estado brasileiro, daí ser fundamental estabelecer a competência da jurisdição brasileira. No entanto, defende o autor que o §2º é parcialmente inconstitucional, pois, ao determinar a obrigatoriedade de cláusula de eleição de foro da sede da unidade administrativa, entra em conflito com o art. 109, §2º, da Constituição Federal, que faculta ao particular escolher o local em que litigará com a União (JUSTEN FILHO, 2005, p. 497).

<sup>11</sup> Em sentido semelhante ao aqui defendido, Marçal Justen Filho também relativiza as exceções do art. 32, § 6º ao afirmar que "o dispositivo refere-se especialmente à parte final do §4º, que previu a obrigatoriedade da eleição da jurisdição brasileira e da manutenção de procurador com poderes para receber citação perante a Justiça brasileira. Dispositivo dessa ordem poderia inviabilizar a contratação, especialmente nas hipóteses em que o contrato devesse ser executado no estrangeiro" (JUSTEN FILHO, 2005, p. 358).

adequada a viabilizar o controle efetivo da licitação. Uma solução para tanto consiste em exigir dos interessados em licitações de unidades administrativas brasileiras no exterior a entrega de documentos em inglês.

Nos casos não enquadrados na exceção prevista no art. 32, § 6º da Lei nº 8.666/93, os licitantes estrangeiros deverão observar o disposto no art. 32, § 4º e apresentar, *sempre que possível*, “documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado”. Devem, ainda, “ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente”. Todos esses mandamentos merecem algumas considerações.

A consularização configura regra obrigatória para apresentação dos documentos das empresas estrangeiras, como já se manifestaram a Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais<sup>12</sup> e o Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco,<sup>13</sup> dentre outros. Os documentos referentes à constituição de tais empresas, uma vez elaborados sob as leis de seu país de origem, devem ser submetidos ao crivo do consulado brasileiro, no intuito de se conferir autenticidade aos mesmos e para que tenham validade internamente. Ademais, em tese, todo documento estrangeiro deve ser traduzido por um tradutor juramentado no Brasil. No entanto, tal regra vem sendo relativizada no intuito de assegurar a efetiva competitividade na licitação, como já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça.<sup>14</sup> Diferentemente da consularização, a ausência de tradução juramentada não é suficiente a ensejar a inabilitação da empresa licitante, já que constitui um vício formal facilmente sanável.

Por fim, a exigência de um representante legal com poderes para responder judicial ou administrativamente pela empresa constitui requisito indispensável, na medida em que facilita a relação da empresa estrangeira com a Administração Pública. O representante será o canal de comunicação entre a empresa estrangeira e a Administração, devendo ter poderes para receber citação e responder judicial e administrativamente, de sorte a evitar delongas processuais (afinal, quando há representante, a citação da empresa não se efetiva através de carta rogatória). A representação deve, assim, perdurar até que se encerre o vínculo entre o particular e a Administração Pública; vínculo este que não se confunde com o fim do processo, mas se refere ao fim da conexão entre as partes contratantes.

<sup>12</sup> Resposta à Impugnação SEF 200/2011, Secretaria do Estado da Fazenda de Minas Gerais. [http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/licitacoes/concorrenzia/Resposta\\_Impugnacao\\_Concorrenzia\\_SEF\\_200\\_2011.pdf](http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/licitacoes/concorrenzia/Resposta_Impugnacao_Concorrenzia_SEF_200_2011.pdf).

<sup>13</sup> TJPE. Ap. nº 56288-3/99. 2ª Câmara. DJ 10/08/2001. *Revista Fórum Administrativo – Direito Público*, vol. 16, ano 2, jun 2002.

<sup>14</sup> STJ, MS 5.281/DF, Rel. Demócrito Reinaldo, Rel. para acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Seção, j. 12/11/1997, DJ 09/03/1998.

## 7. Documentos equivalentes

O direito do licitante estrangeiro à juntada de documentos equivalentes merece comentários adicionais pela sua relevância para a real abertura dos mercados públicos brasileiros. Documento equivalente significa documento análogo, que desempenha a mesma função ainda que expedido em outro país. Por cumprir a mesma função, ele serve a viabilizar o cumprimento um critério de habilitação na falta de documentos brasileiros, por exemplo. Como a lei não faz qualquer diferenciação, documentos equivalentes são aceitáveis a princípio para qualquer critério de habilitação, salvo no tocante a informações detidas exclusivamente pelo Estado brasileiro, as quais, por natural, não podem ser objeto de atestados de entidades estrangeiras, nem de entes privados.

Como se demonstrou, o art. 32, § 4º confere o direito de juntada de documento equivalente a empresas que não operam no Brasil. “Empresa” deve ser entendida como sinônimo de licitante estrangeiro, não somente como sociedades comerciais com propósito lucrativo e sede em outro país. Apesar da confusa redação do art. 32, § 6º, demonstrou-se que a documentação equivalente vale também em licitações para aquisição de equipamentos fabricados e entregues no exterior ou de bens ou serviços por unidades estrangeiras.

Dúvida resta sobre a aplicação desse direito para empresas estrangeiras que atuam no país. Situações existem em que a licitação ocorre no Brasil e dela participa uma empresa estrangeira em fase de instalação ou recém-instalada no país. Em ambas as situações, o art. 32, § 4º a princípio não se aplicaria à luz de uma interpretação literal. Não obstante, defende-se que o direito de juntada de documentos equivalentes deverá beneficiar esses licitantes sob pena de se colocá-los injustificadamente em situação desvantajosa em relação aos demais licitantes brasileiros e, pior, a licitantes estrangeiros que sequer operam no país. Em outras palavras: se uma empresa não vinculada ao Brasil desfruta do direito de juntar documentos equivalentes; uma empresa estrangeira recém-instalada no país há que gozar do mesmo benefício, sobretudo quando necessário para comprovar sua experiência técnica anterior.

A despeito dessas discussões, em qualquer das hipóteses narradas, o uso de documentos equivalentes se sujeita a condições. A Lei de Licitações exige a validação consular e a tradução juramentada. Tais requisitos legais sofrem exceções já debatidas, devendo-se aplicar em regra a licitações realizadas no Brasil. Diante da obrigatoriedade da consularização e da tradução, cabe à autoridade pública fixar, a partir dos limites mínimos estabelecidos em lei, um prazo razoável para entrega da documentação, ou seja, prazo que permita a observância das condições legais por licitantes estrangeiros e sua efetiva participação no certame.

Fora isso, é preciso discutir se e em que medida outros requisitos de limitação do uso de documentos equivalentes podem ser estabelecidos por lei estadual ou municipal, bem como por atos normativos da Administração. Essa discussão é relativamente

simples, pois se resolve mediante o emprego de técnicas de hierarquização das fontes do direito positivo e com suporte em normas de divisão de competências administrativas no federalismo brasileiro.

A competência exclusiva para editar normas de direito comercial, civil e normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertence ao Congresso Nacional. Como se viu, o direito à juntada de documento equivalente está assegurado na Lei Geral de Licitações e Contratos editada pelo Congresso e, a princípio, supõe-se que configura norma válida para todos os entes da federação. De outra parte, ao cuidar da matéria, a Lei nº 8.666/1993 não previu qualquer necessidade de detalhamento posterior, nem se valeu da técnica da deslegalização.

Esses motivos bastam para afirmar que Estados e Municípios prescindem de competência para modificar ou limitar referida norma, por exemplo, mediante requisitos adicionais que dificultem ou obstem o direito subjetivo garantido ao licitante estrangeiro em certames estaduais ou locais. A mesma vedação atinge a Administração Pública de qualquer esfera federativa no exercício de seu poder normativo interno e em sua competência para elaborar atos convocatórios. Descabe ao ente contratante se valer do poder normativo interno para restringir o direito de juntada de documentos equivalentes.

A proibição de que Estados da federação, Municípios e entes da Administração Pública em geral limitem o direito em questão se sustenta igualmente no objetivo geral da vantajosidade, consagrado no art. 3º da Lei Geral de Licitações. Dele resulta o dever de o ente contratante tomar as medidas necessárias para estimular a competição no certame com o escopo de elevar as chances de o Estado celebrar o melhor contrato. Após a edição da EC nº 6/1995, a estratégia elaborada na fase interna da licitação com o objetivo de promover a vantajosidade há que levar em conta o fato de que a norma constitucional anteriormente discriminadora de empresas de capital nacional e empresas estrangeiras deixou de existir, razão pela qual a competição no certame necessita ser pensada sem distinções entre brasileiros e estrangeiros, salvo no tocante a empresas de pequeno porte por força do art. 170, IX da CF.

## **8. Barreiras criadas por entidades profissionais**

A participação de licitantes estrangeiros em certames brasileiros gera uma discussão inevitável acerca da relação entre condicionamentos legais ao exercício de atividades profissionais e legislação geral de licitação. Entra-se aqui em um debate sobre a validade de normas de leis federais, ordinárias ou complementares, que obstam a participação estrangeira e, por conseguinte, fecham os mercados públicos nacionais.

Um exemplo ajuda a ilustrar a discussão. A Lei nº 5.194/1966 regula o exercício das profissões de engenheiro.<sup>15</sup> Para o amplo campo da engenharia, o art. 2º, o art. 6º

<sup>15</sup> Originariamente, a Lei também regia a profissão de arquiteto. No entanto, a partir de 2010, seu âmbito foi

e o art. 15 da Lei de 1966 estabelecem normas gerais sobre exercício legal e ilegal da profissão e sobre os efeitos do exercício ilegal para contratos de obras ou serviços de engenharia. Vale a transcrição:

Art. 2º. O *exercício, no país, da profissão de engenheiro...* observadas as condições de capacidade e demais exigências legais, é assegurado: a) aos que possuam, devidamente registrado, diploma de faculdade ou escola superior de engenharia (...), oficiais ou reconhecidas, existentes no País; b) aos que possuam, devidamente revalidado e registrado no País, diploma de faculdade ou escola estrangeira de ensino superior de engenharia (...), bem como os que tenham esse exercício amparado por convênios internacionais de intercâmbio; c) aos estrangeiros contratados que, a critério dos Conselhos Federal e Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, considerados a escassez de profissionais de determinada especialidade e o interesse nacional, tenham seus títulos registrados temporariamente. (g. n.)

Art. 6º. *Exerce ilegalmente a profissão de engenheiro (...):* a) a pessoa física ou jurídica que realizar atos ou prestar serviço público ou privado reservado aos profissionais de que trata esta lei e que não possua registro nos Conselhos Regionais; b) o profissional que se incumbir de atividades estranhas às atribuições discriminadas em seu registro; c) o profissional que emprestar seu nome a pessoas, firmas, organizações ou empresas executoras de obras e serviços sem sua real participação nos trabalhos delas; d) o profissional que, suspenso de seu exercício, continue em atividade; e) a firma, organização ou sociedade que, na qualidade de pessoa jurídica, exercer atribuições reservadas aos profissionais da engenharia (...) com infringência do disposto no parágrafo único do art. 8º desta lei. (g. n.)

Art. 15. São *nulos de pleno direito os contratos* referentes a qualquer ramo da engenharia (...), inclusive a elaboração de projeto, direção ou execução de obras, quando firmados por entidade pública ou particular com pessoa física ou jurídica não legalmente habilitada a praticar a atividade nos termos desta lei. (g. n.)

No que se refere às pessoas jurídicas, a lei contém outras disposições relevantes. Conforme seu art. 59, *caput*:

As firmas, sociedades, associações, companhias, cooperativas e empresas em geral, que se organizem para executar obras ou serviços relacionados na forma estabelecida nesta lei, só poderão iniciar suas atividades depois de promoverem o competente registro nos Conselhos Regionais, bem como o dos profissionais do seu quadro técnico.

---

reduzido, pois a profissão de arquiteto passou a ser objeto da Lei nº 12.378 (cf. art. 66).

Já seu § 3º dispõe que “o Conselho Federal estabelecerá, em resoluções, os requisitos que as firmas ou demais organizações previstas neste artigo deverão preencher para o seu registro” (g.n.).

Com supedâneo nesse arcabouço normativo, editou-se a Resolução CONFEA nº 444/2010 para disciplinar os “procedimentos relativos ao consórcio de empresas, participação de empresas estrangeiras em licitações e acervo técnico de obras e serviços realizados no exterior” (g. n.). Diga-se bem: embora a Lei Federal nº 5.194/1996 não tenha feito qualquer menção explícita a licitações ou licitantes estrangeiros, o órgão profissional estabeleceu normativa sobre o tema, na qual despontam inúmeras barreiras à entrada de licitantes estrangeiros nos mercados públicos brasileiros. Dentre as diversas normas, a Resolução prescreve que:

- a) Os consórcios de empresas que objetivem participar de licitações no Brasil devem avisar ao CREA sua *intenção* e lhe entregar vasta documentação, incluído edital de licitação, a certidão de registro no CREA das empresas consorciadas etc. (art. 1º).
- b) As Câmaras Especializadas do CREA analisarão a documentação para “certificar-se” da *compatibilidade das empresas envolvidas com as atividades pleiteadas pelo consórcio*, com base nas informações constantes do edital (art. 2º).
- c) Empresas estrangeiras sem filiais devidamente registradas no país deverão juntar: documentos de constituição e de seu corpo técnico, comprovantes relativos ao acervo técnico dos profissionais delas encarregados com a devida consularização e tradução juramentada “*pele menos trinta dias antes da data prevista para a realização da licitação*”; cópia do Edital de Licitação em que deseja participar; além de dados relativos aos seus representantes legais no país. O cumprimento desses requisitos permitirá, por um único ano, participação em licitações (art. 5º).

Esses três mandamentos inquestionavelmente geram dificuldades exacerbadas à entrada de estrangeiros em licitações brasileiras. Contudo, o impacto econômico de uma norma jurídica não é condição suficiente para o reconhecimento de sua invalidade. Daí porque se torna imprescindível examinar, ainda que brevemente, se e por quais motivos os requisitos da referida Resolução esbarram no princípio da legalidade. Para tanto, uma série de razões poderiam ser apontadas, incluindo desde as limitações competenciais do CREA, a desconsideração dos diferentes modelos de licitações internacionais e dos modos de participação de licitantes estrangeiros, a colisão com normas gerais da Lei de Licitações e Contratos, inclusive no que tange ao direito de juntada de documento equivalente, até a incompatibilidade lógica com as normas do Código Civil.



Em primeiro lugar, é preciso buscar os fundamentos competenciais das resoluções do CREA. De acordo com previsão explícita do art. 2º da Lei nº 5.194/1966, os órgãos de engenharia detêm poder normativo para disciplinar e fiscalizar o exercício da profissão de engenheiro unicamente “no país”. A Resolução CONFEA, porém, mistura em suas normas situações em que licitantes estrangeiros, vencedores de uma licitação, passam ou não a atuar no país. Contudo, se a licitação for realizada no Brasil, mas para produção de mercadoria e sua entrega no exterior, ou se for conduzida por entidade brasileira no exterior (como uma embaixada) ou mesmo sob normas de direito internacional, evidentemente que tais exigências não se aplicarão, quer por extrapolarem o âmbito de competência territorial do CREA, estabelecido no referido art. 2º, quer por afrontarem normas especiais, como as que regem licitações desenvolvidas em regime permeável a estipulações de acordos internacionais. Isso significa que as normas da Lei nº 5.194 e de qualquer Resolução nela baseada valem para o exercício da engenharia no território nacional e, por conseguinte, não são capazes de atingir todas as licitações brasileiras e todos os licitantes estrangeiros.

Em segundo lugar, por consequência do quanto exposto, não cabe ao CREA estabelecer, como fez no art. 5º da Resolução n. 444, qualquer restrição à empresa de engenharia sem filial no Brasil caso sua atuação não ocorra em território nacional. Além de lhe faltar competência (por força do art. 2º), o tratamento da participação licitatória de empresa que atue somente fora do Brasil consta de modo explícito do art. 32, § 4º da Lei de Licitações. Mesmo que se desconsidere o vício de competência já discutido, o dispositivo da Lei Geral se sobreporá à normativa profissional por ser posterior e superior, além de específico quanto ao tema das licitações internacionais – o qual, vale reiterar, sequer consta de modo explícito do rol de competências regulamentares definido pela Lei nº 5.194/1966 (art. 27).

Em terceiro lugar, a Resolução, ao submeter às Câmaras Especializadas a análise da compatibilidade entre as empresas consorciadas e as atividades desenvolvidas pelo consórcio, extrapola a competência das referidas câmaras, que abarcam somente os poderes referidos pelo art. 46, Lei nº 5.194/1966, quais sejam:

- a) julgar os casos de infração da presente lei, no âmbito de sua competência profissional específica; b) julgar as infrações do Código de Ética; c) aplicar as penalidades e multas previstas; d) apreciar e julgar os pedidos de registro de profissionais, das firmas, das entidades de direito público, das entidades de classe e das escolas ou faculdades na Região; e) elaborar as normas para a fiscalização das respectivas especializações profissionais; f) opinar sobre os assuntos de interesse comum de duas ou mais especializações profissionais, encaminhando-os ao Conselho Regional.

Logo, não consta das atribuições conferidas por lei às Câmaras Especializadas o poder de análise da compatibilidade entre empresas estrangeiras e consórcio. Reitere-se, por isso, que a Resolução extrapola os limites estabelecidos pela Lei nº 5.194/1966, o que demonstra sua ilegalidade por regulação excessiva, abusiva e anticompetitiva. Quem, de fato, deve se posicionar a respeito do alinhamento do consórcio às disposições do edital e da legislação é a Comissão da licitação, que analisará os documentos e as propostas dos licitantes, a fim de habilitá-los no certame.

Em quarto lugar, as restrições do art. 5º da Resolução violam frontalmente o direito subjetivo à juntada de documentos equivalentes por empresas não atuantes no Brasil e as normas do Código Civil. A autorização de funcionamento e a representação no Brasil impõem-se somente a empresas com atuação no território nacional. Empresas estrangeiras que ainda não atuem no país estão dispensadas de todos esses requisitos por interpretação negativa do Código. Em complemento, de acordo com a Lei de Licitações, estas mesmas empresas detêm direito subjetivo à juntada de documentos equivalentes, cuja consularização e tradução, inclusive, aceitam dispensa em inúmeras hipóteses (tal como demonstram as exceções previstas no art. 32, § 6º).

Ainda que a norma da Resolução em comento fosse aceitável sob uma análise de hierarquia das fontes e de divisão de competências, ela permaneceria incompatível com o direito positivo por esbarrar no princípio da vantajosidade e da competição, ambos regentes do modelo licitatório brasileiro. O art. 5º da Resolução dispõe que as empresas estrangeiras sem filial no Brasil teriam que informar ao CREA sua intenção de licitar e juntar documentação para análise da entidade profissional com, pelo menos, trinta dias de antecedência da data prevista para a licitação. A abusividade dessa determinação é patente, pois se sabe que muitas licitações sequer oferecem trinta dias para entrega de documentação, tal como se vislumbra nos prazos previstos na Lei nº 8.666 (art. 21, § 2º). É possível estipular cinco dias para entrega de documentos no convite; quinze dias nas tomadas de preço em geral e leilões e trinta dias para tomadas de preço nos tipos “melhor técnica” ou “técnica e preço”, bem como trinta dias para concorrências em geral, salvo algumas exceções legais. Em qualquer dessas situações, ou seja, na quase totalidade das licitações, o prazo mínimo de trinta dias para encaminhamento do pedido ao CREA jamais poderá ser cumprido.

Isso justifica a suspeita de que a exigência de juntada de documentos ao CREA no prazo mínimo de 30 dias (maior que o prazo de entrega de documentação na grande parte das licitações) constitui somente uma forma disfarçada de excluir ou de dificultar a participação de entidades estrangeiras em certames internacionais realizados pelo Brasil. A finalidade anticoncorrencial do dispositivo se confirma quando a ele se agrega o dever de a empresa estrangeira informar ao CREA em que licitação específica deseja participar. A informação antecipada não somente cria um tratamento discriminatório nocivo das empresas estrangeiras em relação às brasileiras, como eleva seus custos de participação no certame e ainda afasta o elemento surpresa inerente à competição

efetiva na licitação, dado o risco de vazamento dessas informações estratégicas para outros agentes de mercado interessados na disputa.

Em síntese, o artigo 5º da Resolução não se compatibiliza nem com o regime de empresas estrangeiras sem atuação no Brasil, nem com o regime das empresas estrangeiras com atuação nacional. Como dito, as primeiras sujeitam-se a regime licitatório especial, do qual consta o direito subjetivo à juntada de documentos equivalentes e se afastam as exigências de autorização para funcionamento no Brasil. Já as segundas, por atuarem no território nacional, passam por processo de autorização conduzido pelo governo federal e determinado por lei, devendo-se submeter ao mesmo regime das empresas nacionais, daí porque jamais poderiam ser forçadas a informar ao CREA suas intenções de participar em licitações.

## 9. Consórcios e empresas estrangeiras

Para objetos contratuais mais complexos, é usual que os licitantes se unam por mecanismos de cooperação, como o consórcio empresarial. Em regra, os consórcios se constituem por agentes econômicos atuantes no Brasil, mas não é de se destacar a possibilidade de que, por razões de conveniência empresarial, eles envolvam estrangeiros. Para essa hipótese específica, o legislador buscou oferecer alguns direcionamentos no art. 33, § 1º da Lei nº 8.666/1993. De acordo com esse dispositivo, “no consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo” (inciso que faz referência ao cumprimento das condições de liderança previstas no ato convocatório) (g. n.).

Alguns autores defendem a inconstitucionalidade desse dispositivo. Para Marçal Justen Filho (2005, p. 361), uma vez que a Administração Pública pode realizar contratos com empresas estrangeiras, a proibição de que elas sejam líderes em um consórcio se mostra descabida. Ademais, tal impedimento se afigura com uma interferência indevida na liberdade de concorrência e no exercício de profissões. Acompanha este posicionamento Rafael Wallbach Schwind (2013, p. 71), que entende o dispositivo como um violador da isonomia, já que em um consórcio formado exclusivamente por empresas estrangeiras, não há qualquer vedação de liderança a uma delas.

Acredita-se, porém, que a boa compreensão do mandamento legal requer um exame histórico e, posteriormente, algumas distinções de cenário. É preciso partir, nesse sentido, da redação da Constituição da República de 1988, vigente até 1993, ano em que a Lei de Licitações foi promulgada. Àquela época, a Emenda Constitucional nº 6/1995 ainda não havia sido editada, motivo pelo qual vigia o art. 171, § 2º da CF, cujo teor merece transcrição: “Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional” (g.n.). Por sua vez, o art. 171, II definia a empresa brasileira de capital nacional como:

(...) aquela cujo *controle efetivo* esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de *pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno*, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da *maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório* para gerir suas atividades (g.n.).

Com a Emenda Constitucional nº 6/1995, o art. 171 foi completamente revogado, sobrevivendo ao Estado o mero dever de conferir “tratamento favorecido para as *empresas de pequeno porte* constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país” (g. n.) (conforme o art. 170, IX, incluído pela referida Emenda). Por conseguinte, a diretriz de tratamento favorecido para empresas brasileiras de capital nacional, salvo quando de pequeno porte, caiu por terra. Essa constatação é relevante, uma vez que se elaborou e se editou a Lei de Licitações antes da Emenda, do que resulta: 1) a suposição de que seu texto sofreu a influência do então existente art. 171 e 2) a necessidade de se reinterpretar o art. 33, §1º à luz do texto constitucional modificado.

É com base nessas premissas que se deve observar a pretensa obrigatoriedade de liderança do consórcio por empresa brasileira. Quando da sua criação, a norma se sustentava no art. 171 da Constituição. Hoje, contudo, a raiz constitucional desapareceu, e tanto é assim que a legislação posterior sequer faz menção a esse requisito. É o que se vislumbra na Lei nº 8.987/1995 (art. 19) e na Lei nº 9.074/1995, que tratam de contratos de concessão, e na Lei nº 12.462/2011 (art. 14, parágrafo único), referente ao regime diferenciado de contratação. Em vista desses diplomas, a interpretação correta da Lei nº 8.666 se pauta pela lógica “*a maiore, ad minus*”. Como a liderança pela empresa brasileira é desnecessária para contratos custosos e extremamente complexos, com execução no Brasil e essenciais à vida da população, igualmente será para meros contratos operacionais, desvinculados da prestação de serviços públicos, como os contratos de obras, serviços e bens da Lei nº 8.666.

A norma de liderança para contratos instrumentais prevista na Lei nº 8.666/1993 deve ser, por conseguinte, relativizada e interpretada de modo lógico e sistemático. Para tanto, mostra-se fundamental resgatar a diferença básica entre empresas estrangeiras *com* e *sem* atuação no Brasil.

No primeiro caso, da empresa estrangeira *com* atuação no Brasil, devidamente autorizada pelos órgãos federais, não há razão para se impor a liderança da empresa brasileira, já que a estrangeira aqui atuante deverá possuir representação no país, inclusive com poderes para “resolver quaisquer questões e receber citação judicial pela sociedade”, além de adaptar seu contrato social ou seu estatuto às normas nacionais (art. 1138 e 1139 do Código Civil). Sendo assim, o fato de a empresa líder ser estrangeira não gera *a priori* obstáculos para que a Administração contratante gerencie o contrato

com eficiência. Se a empresa estrangeira atuar no Brasil mediante cumprimento das exigências do Código Civil, vedar sua liderança no consórcio implicará afrontar o princípio da igualdade dos licitantes (art. 3º da Lei nº 8.666/1993), sobretudo após a extinção da norma constitucional que autorizava diferenciação entre licitante estrangeiro e brasileiro.

No segundo caso, a situação afigura-se distinta, pois o consórcio seria liderado por empresa estrangeira *sem atuação* no Brasil (exatamente as empresas mencionadas no art. 32, § 4º da Lei de Licitações, parágrafo antes debatido). Sob essas circunstâncias, cumpre distinguir duas hipóteses. Na primeira, imagine-se um consórcio formado para executar um contrato administrativo no Brasil. Para ele, valerá a proibição da liderança por empresa estrangeira sem atuação no país. Na segunda, tomem-se os casos do art. 32, § 6º da Lei nº 8.666/1993 como licitações para aquisição de equipamentos fabricados e entregues no exterior e para aquisição de bens ou serviços por unidades estrangeiras. Em casos assim, a exigência de liderança nacional torna-se novamente inócua, imotivada e indevida.

## 10. Julgamento: regras especiais

Ao tratar das licitações internacionais, a preocupação do legislador brasileiro não se limitou à necessária adaptação da fase de habilitação à participação de licitantes estrangeiros. Além das diversas regras excepcionais até agora examinadas, a Lei nº 8.666/1993 contém dispositivos sobre o julgamento das propostas comerciais juntadas por agentes econômicos desse gênero.

O mandamento mais proeminente nesse cenário é o do art. 44, § 4º, que estende a propostas baseadas em mão de obra estrangeira a proibição de aceitação de “preços global ou unitário simbólicos, irrisório ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos (...)” (art. 44, § 3º).

Em sua redação originária, o § 4º estendia a aplicação do §3º às propostas dos *licitantes estrangeiros*, mas estabelecia como referência “os mercados nos países de origem”. Com isso, o dispositivo prejudicava os licitantes brasileiros, submetendo-os a eventual confronto desvantajoso com a empresa estrangeira, que poderia contratar mão de obra em outros mercados por preços inferiores aos praticados no Brasil, reduzindo sobremaneira os custos finais dos bens e serviços licitados.

Ainda no tocante aos aspectos da proposta comercial e do julgamento, dois outros artigos merecem consideração. O art. 40, IX prevê que o edital indicará obrigatoriamente “*condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais*” (g. n.). De outra parte, conforme o art. 42, § 1º, “quando for permitido ao *licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira*, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro” (g. n.). Já o § 3º do art. 42 impõe que

“as *garantias de pagamento* ao licitante brasileiro serão *equivalentes àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro*” (g. n.). E, na dicção do § 4º, com o propósito de julgamento da licitação, “as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão *acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda (...)*”.

Apesar das dúvidas acerca da constitucionalidade do § 4º,<sup>16</sup> o objetivo de todos os mandamentos apontados se resume a promover o tratamento formalmente isonômico de licitantes estrangeiros e brasileiros, de sorte a vedar condições mais favoráveis a agentes econômicos externos em detrimento dos nacionais. As normas em nenhum momento autorizam que a Administração Pública brasileira construa um cenário de protecionismo ou de vantagens indevidas aos brasileiros. Isso se extrai claramente do art. 3º, § 1º, II da Lei, de acordo com o qual é vedado aos agentes públicos:

(...) 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 nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. (g. n.)

Referido mandamento não impede todo e qualquer tipo de medida discriminatória no edital, mas simplesmente exige que não se destrua indevidamente a concorrência por meio de certas restrições a princípio indevidas. De acordo com Egon Bockmann Moreira *et al.* (2015, p. 73), regras discriminatórias para empresas estrangeiras serão aceitáveis desde que se destinem a “impedir que a igualdade seja corrompida por meio de atos e fatos exteriores à sociedade empresarial que pretende licitar”. Daí a importância de se possibilitar a cotação de preço em moeda estrangeira e outras ações necessárias a equalizar as condições de competição ou, nas palavras de Justen Filho (2005, p. 410), oferecer um mesmo denominador a permitir a comparação. Sem essas cautelas, certamente a Administração incorrerá em graves erros ao comparar propostas de licitantes brasileiros e estrangeiros e ao buscar selecionar a proposta mais vantajosa.

<sup>16</sup> Para Marçal Justen Filho (2005, p. 410), “não seria cabível o simples acréscimo de valores às propostas de estrangeiros, correspondendo à carga tributária imposta ao licitante brasileiro. Isso somente seria admissível se essa tributação fosse efetivamente devida ao Fisco brasileiro, hipótese em que a proposta deveria tomá-la em consideração. (...) Somente se produz a dita equalização quando a proposta do licitante estrangeiro acarretar algum tipo de despesa para a Administração Pública, despesa essa que não haveria no tocante a proposta do licitante nacional”. Segundo o autor (op. cit., p. 410), isso ocorre porque cada Estado possui seu próprio sistema tributário que influencia os custos dos bens licitados. Por esse motivo, não teria nenhuma justificativa plausível acrescer à proposta estrangeira os custos tributários nacionais. “Essa interpretação conduz à inviabilidade do julgamento das propostas e retrata expediente indireto e inválido para beneficiar as empresas nacionais” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 410).

## 11. Conclusão

A atração de licitantes estrangeiros a licitações brasileiras contribui não somente para que se contornem as implicações derivadas da política de combate à corrupção sobre os mercados públicos, senão igualmente para fomentar a competição por diversos tipos de contratos administrativos, para reduzir os riscos de colusão e para permitir que a Administração Pública celebre contratos cada vez mais vantajosos.

O desejo de promover a abertura dos mercados públicos esbarra, contudo, em obstáculos jurídicos. Nas linhas anteriores, demonstrou-se que a Lei Geral de Licitações e Contratos não disciplina a participação de licitantes estrangeiros de modo tão simples. É preciso reconhecer que a Lei não ignorou o tema por completo, nem deixou de tratar de peculiaridades relativas à fase de habilitação e julgamento de estrangeiros. No entanto, prescinde-se de uma definição clara de licitação internacional, de uma sistematização dos dispositivos relevantes e de harmonia plena entre o texto legal e o contexto político, econômico e constitucional vigente.

A partir da análise sistemática dos dispositivos legais, o artigo buscou apontar esses problemas e contribuir para superá-los em certa medida. Sob esse escopo, diferenciou-se a licitação internacional da licitação sob normas internacionais, mostrando-se que aquela se destina principalmente à atração de agentes econômicos que ainda não operam no Brasil. Ademais, apontou-se a problemática da habilitação no intuito de destacar que as empresas estrangeiras com atuação no Brasil sujeitam-se ao Código Civil e, na licitação, recebem tratamento diverso ao das empresas estrangeiras não atuantes no país. A respeito dessas últimas, destacou-se a relevância do direito subjetivo à juntada de documentos equivalentes, o qual, como dito, não pode ser derogado ou obstaculizado por normas de entidades profissionais, como o CREA, sobretudo quando criadas sem suporte em lei formal. Enfim, abordaram-se algumas das possíveis adaptações permitidas pela Lei à fase de julgamento diante de agentes estrangeiros.

Sem prejuízo, de *lege ferenda*, seria relevante que o legislador pátrio ponderasse a necessidade de rever a disciplina legal do tema com o objetivo de sistematizá-la e atualizá-la frente ao texto constitucional vigente, às diversas leis licitatórias, aos problemas nacionais vividos nos últimos anos e, por natural, à imprescindibilidade de se garantir de modo permanente a concretização da isonomia e da vantajosidade como objetivos centrais do modelo de contratações públicas.

## Referências

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo código civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CRETELLA JUNIOR, José. Estrangeiro e a licitação pública. In: FRANCO, Vera Helena de Mello. *Negócios e o direito: sobrevivência legal no Brasil*. São Paulo: Maltese, 1992.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Temas polêmicos de licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GRAU, Eros Roberto. Concorrência, execução de serviços, empresa estrangeira, qualificação, irregularidade, proposta, preço, cotação, moeda estrangeira, impossibilidade. *Boletim de Licitações e Contratos*, v. 5, n. 11, p. 427-435, nov. 1992.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

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 8.666/93 e as dos organismos financeiros internacionais. *RDA*, v. 208, 1997.

MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Licitação internacional: normas nacionais x normas estrangeiras. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, n. 7, p. 67-106, jul/set. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-7-JULHO-ANDERSON%20PEDRA.pdf>>. Acesso em 06/03/2016.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e contratações da Administração Pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEREIRA, Henrique de Castro. *Licitações internacionais e a Lei nº 8.666/93*. São Paulo: All Print Editora, 2013.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *Licitações internacionais: participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SOUZA, Márcio Luiz Dutra de. *Drawback* para fornecimento no mercado interno e o conceito de licitação internacional. *Revista Virtual da AGU*, ano VII, nº 68, set. 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. Licitante estrangeiro - quando não é necessário o Decreto de Autorização de Funcionamento. In: \_\_\_\_\_. *Pareceres*. São Paulo: RT, 2013. v. III.



# DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA<sup>1</sup>

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil – Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, houve a implantação de um *Estado Democrático de Direito*, no qual se procura conciliar o reconhecimento de uma esfera jurídica individual intangível pelo Poder Público com as metas constitucionais de Justiça Social.

Trata-se de um Estado Social, que assume o compromisso de formular e desenvolver políticas públicas, voltadas para a formação de uma rede de prestações sociais para as pessoas naturais ou grupos sociais juridicamente reconhecidos como hipossuficientes em face do Mercado.

Cabe à Administração Pública efetivar as promessas e compromissos que a Constituição Federal impõe ao Estado, pois lhe cabe o exercício da função administrativa. Mas, ao fazê-lo, deve respeitar rigorosamente os direitos e garantias fundamentais individuais.

Cada modelo de Estado tem o seu correspondente modelo de Administração Pública. Nesse diapasão, há, no sistema do Direito Positivo brasileiro, um modelo jurídico-constitucional de Administração Pública, que se presume compatível com o modelo de Estado adotado pela Constituição Federal em vigor.

E ainda nessa toada, a crise de um dado Estado não deixa de repercutir na sua Administração Pública.

Não se deve perder de vista que se adotou, no sistema do Direito Positivo pátrio, a adoção do *presidencialismo*. Recorde-se que neste sistema de governo há uma tripartição mais rígida das funções do Estado, com a concentração das competências de chefe de estado e de chefe de governo nas mãos do presidente da República. Os governadores de Estado, o governador do Distrito Federal e os prefeitos têm

---

<sup>1</sup> Professor Associado do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Presidente do Instituto de Direito Administrativo Seabra Fagundes.

competências, responsabilidades e prerrogativas similares a do Presidente da República, por simetria constitucional.

Compete ao Presidente da República a direção superior da Administração Pública, razão pela qual os atos normativos que ele edita são hierarquicamente superiores a todos os demais atos normativos do Poder Executivo. Observe-se que os Ministros de Estado são-lhe hierarquicamente subordinados, e eles têm a competência para assegurar que as diretrizes governamentais e as políticas públicas vigentes sejam observadas pela Administração Indireta na forma da lei.

Consoante a Constituição Federal, a Administração Pública deve prestar serviços públicos tanto no domínio econômico como no domínio social. A iniciativa privada, empresarial ou não, pode prestá-los sem que o Estado perca a titularidade da atividade, hipótese na qual ela fica sujeita à regulação estatal específica do serviço público que lhe foi concedido, permitido ou credenciado.

Prevê-se ainda, na Constituição Federal, a criação de um “órgão regulador” para os serviços de telecomunicações e de outro para a exploração dos monopólios federais na área do petróleo e gás natural, observado o princípio da legalidade. Todavia, a redação do art. 174, *caput*, da Constituição Federal, abre espaço para a criação de outros “órgãos reguladores” por meio de lei.

Também se legitima a lei a outorgar competências ordenadoras à Administração Pública, com o escopo de harmonizar o exercício dos direitos fundamentais individuais com as demandas de interesse público.

Em matéria de bens públicos, demarca-se constitucionalmente do domínio público e se estabelece as diretrizes que devem ser seguidas pela Administração Pública para se viabilizar a exploração econômica desse patrimônio.

Para a proteção do princípio da moralidade administrativa, a lei tem legitimidade para tipificar condutas como atos de improbidade administrativa, modalidade de ilícito dotado de regime jurídico próprio, distinto dos tradicionais ilícito civil, ilícito penal e ilícito administrativo.

A Constituição Federal também estabelece espaços para a democracia participativa na Administração Pública, viabilizando a participação dos administrados na formulação e controle de políticas públicas, na forma da lei.

Em regra, a Administração Pública realiza atos jurídicos subordinados ao regime jurídico-administrativo, *os atos administrativos*. Mas se admite, quando a lei autoriza, e isso for compatível que os princípios desse regime jurídico, que ela pratique atos jurídicos de Direito Privado na concretização do interesse público. Em ambos os casos, zela-se pela isonomia e moralidade nos processos destinados à expedição do ato jurídico.

A Constituição Federal vigente surgiu em 1988. Num verdadeiro processo de eutanásia da Constituição da República Federativa do Brasil, de 17 de outubro de

1969, houve a convocação da Assembleia Nacional Constituinte por meio da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. Nela, procurou-se atender frustrações históricas da Sociedade brasileira, agravadas pelo fracasso da ditadura então apodrecida em enfrentar a crise econômica daquele tempo.

Em 9 de novembro de 1989 caía o Muro de Berlim, e em 26 de dezembro de 1991, a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas era dissolvida, após a debacle de seus satélites.

Não se pode perder de vista que o Estado Democrático de Direito que a Constituição Federal instituiu tem nítida inspiração dos modelos de Estado de bem-estar social que se consolidaram na Europa Ocidental após a Segunda Guerra Mundial. Sem prejuízo, contudo, da tradição republicana e presidencialista do Brasil, construída desde o golpe de Estado de 15 de novembro de 1889, que pôs fim à Constituição do Império do Brasil, de 25 de março de 1824.

É certo que, desde a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de março de 1934, o modelo de Estado de bem-estar social veio para ficar na História do Direito brasileiro. Entretanto, desde 1945 e até 1989, ainda havia a firme convicção de que a única alternativa viável para se prevenir o totalitarismo seria o Estado de bem-estar social. Neste, os direitos individuais e políticos e os direitos sociais poderiam conviver harmoniosamente, de modo a assegurar a todos uma existência materialmente digna e igualitária sem o comprometimento da liberdade.

Outro fator relevantíssimo reside nos avanços técnico-científicos do final do Século XX. Eles contribuíram decisivamente para o surgimento de novos bens e serviços, bem como para uma maior interdependência econômica entre as nações.

As interações sociais e mercantis passaram a se mostrar mais intensas e, de certo modo, mais arreadas à intervenção estatal. A efetividade de alguns modelos jurídicos associados ao Estado de bem-estar social reduziu-se consideravelmente, mostrando-se obsoletos até mesmo para atender às metas de Justiça Social que justificaram a sua criação.

Com a queda dos Estados comunistas europeus, as críticas liberais ao Estado de bem-estar social ganharam maior força. Os problemas socioeconômicos desse modelo, que já vinham sendo apontados pelos liberais desde a sua ascensão, passaram a obter maior ressonância na sociedade.

Ao se examinar o texto da Constituição Federal vigente, é clara e inequívoca a pretensão de se assegurar aos brasileiros o mesmo nível de vida que os europeus atingiram no auge de seu Estado de bem-estar social. Nesse diapasão, cabe à Administração Pública executar as políticas públicas estabelecidas em lei em conformidade com os princípios do regime jurídico-administrativo.

Entretanto, nem sempre os modelos jurídicos vigentes são considerados prestantes para a concretização das promessas constitucionais, seja em virtude de

sua excessiva rigidez, seja pela sua duvidosa sustentabilidade fiscal. Ou então, ainda que teoricamente eficientes, acabam sendo postos em xeque em virtude de sua ilícita aplicação pelos gestores públicos.

Várias reformas foram promovidas no texto da Constituição Federal, desde sua promulgação, em 5 de outubro de 1988, com o objetivo de adaptar melhor o sistema do Direito Positivo as novas demandas culturais e socioeconômicas. Dentre elas, em razão de sua pertinência à Administração Pública, merecem destaque: (i) a ampliação das concessões e permissões de serviços públicos, no que concerne àqueles vinculados ao domínio econômico; (ii) a modificação do regime jurídico constitucional dos monopólios federais, com vistas à permitir a contratação de empresas privadas para explorá-los; (iii) reestruturação do regime constitucional dos servidores públicos, de modo a privilegiar o princípio da eficiência e o princípio da responsabilidade fiscal; (iv) alteração do regime geral de previdência social e do regime próprio de previdência dos servidores públicos efetivos e vitalícios; (v) a ampliação das competências normativas do Chefe do Poder Executivo; e, (vi) a reforma do Poder Judiciário.

Essas reformas constitucionais abriram o caminho para a privatização de empresas estatais, a instituição das agências reguladoras, o redimensionamento do regime jurídico das concessões de serviços públicos e a ampliação da atuação da iniciativa privada nos serviços públicos sociais. Contudo, nem sempre as inovações (ou propostas) legislativas delas decorrentes se mostraram compatíveis com a Constituição Federal e seus princípios fundamentais.

Em primeiro lugar, todo e qualquer novo modelo jurídico-administrativo deve levar em consideração o sistema presidencialista de governo, no qual o Chefe do Poder Executivo é a autoridade máxima da Administração Pública, respeitada a autonomia administrativa dos demais Poderes do Estado, assim como as competências dos Ministros de Estado para controlar as entidades da Administração Indireta.

Nesse contexto, é no mínimo discutível o modelo de agência reguladora defendido por setores abalizados da doutrina, do qual consta um vasto rol de competências regulatórias que nem sempre são constitucionais em face das competências do Chefe do Poder Executivo e de seus auxiliares diretos.

Quanto à participação da iniciativa privada na gestão dos bens públicos e na prestação de serviços públicos, assevere-se que a Constituição Federal rejeita os modelos jurídicos que excluem por completo a presença da Administração Pública e impõe a defesa da isonomia entre os administrados.

Merece inclusive melhor debate a identificação das situações nas quais haveria a obrigatoriedade da prestação do serviço público social por meio da Administração Pública Indireta. Situações nas quais, evidentemente, seria vedado o recurso a entidades privadas do terceiro setor.

Impõe-se o debate a respeito dos limites do controle dos atos jurídicos da

Administração Pública, independentemente do regime jurídico que lhes sejam atribuídos. A discricionariedade administrativa não deve ser reduzida sempre a zero, sob pena de o controlador se tornar o gestor de fato.

É certo que ganha cada vez mais corpo a reivindicação pela moralidade administrativa. Mesmo que ela seja saudável, não justifica a prática de mal disfarçada de vetos ideológicos a propostas inovadoras de gestão pública que sejam efetivamente compatíveis com a Constituição Federal.

Por fim, deve-se examinar como é possível cumprir todas as promessas constitucionais de Justiça Social com um modelo jurídico de legalidade mais apropriado para um Estado Liberal, justamente aquele que foi efetivamente adotado pela Constituição Federal. Será que o processo legislativo vigente tem concedido à Administração Pública os instrumentos que se fazem necessários para que ela possa concretizar o interesse público e assegurar o exercício de direitos fundamentais que dela dependem para se tornar realidade?

Foi sob a Constituição Federal e suas reformas que se restaurou os direitos humanos individuais e políticos dos brasileiros, superou-se a inflação e racionalizou-se a atividade financeira do Estado. A ordem constitucional vigente resistiu ainda a dois processos de *impeachment* de Presidente da República e às crises econômicas internacionais que assolaram o Brasil no final do século XX e neste início de século XXI.

Nesse contexto, a Administração Pública brasileira acaba servindo como caixa de ressonância das crises e dilemas do modelo de Estado positivado na Constituição Federal. É certo que vários deles podem ser superados por reformas constitucionais e legislativas. Mas é importante sempre se perguntar até quando essas reformas são compatíveis com as promessas constitucionais de Justiça Social; até onde, na atual crise político-institucional brasileira, a ordem constitucional vigente resistirá.





**PARTE II**

**TEXTOS VENCEDORES  
DO CONCURSO DE  
ARTIGOS JURÍDICOS**







# PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO: TEXTO PARA UM NOVO CONTEXTO

**Classificado em Primeiro Lugar no Concurso de Artigos Jurídicos do  
XXX Congresso do IBDA – Prêmio Valmir Pontes**

MARCIO ROBERTO CHAVES<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O estado democrático de direito, a legalidade e a atividade administrativa; 3. O princípio da legalidade na Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988 e a liberdade de atuação da administração pública; 4. A juridicidade no constitucionalismo universal; 5. A existência da aplicação do princípio da juridicidade na realidade brasileira; 6. A necessária mudança de perspectiva na apreciação da realidade jurídica; 7. Uma proposta de concepção criteriosa de aplicação do princípio da juridicidade administrativa; 8. Perspectivas concretas para o desenvolvimento do princípio da juridicidade administrativa; 9. Conclusão; Referências.

**Resumo:** Considerando que um dos grandes entraves à eficiência da Administração Pública brasileira se encontra na concepção draconiana de que as atividades do Estado se apresentam vinculadas e dependentes da existência de lei autorizativa, pretende-se com o presente artigo demonstrar aspectos que indicam o equívoco de tal entendimento, amplamente difundido no Direito Administrativo nacional, o qual limita as alternativas dos gestores e, por vezes, aponta soluções absurdas, desastrosas, danosas ou irracionais. Notadamente, o princípio da juridicidade exsurge nesse cenário, reforçando uma maior liberdade de ação aos agentes do Estado, tornando críveis iniciativas mais pertinentes, compatíveis com as necessidades públicas e o bem-estar da sociedade, inclusive oportunizando flexibilizar e remediar a legislação formal. Ressalta-se que existem fundamentos nesse sentido, conforme se pode observar a medida em que se pesquisa elementos presentes no constitucionalismo universal, na doutrina nacional e internacional, bem como nas manifestações jurídicas expressas das Cortes de Contas e do Judiciário brasileiros. Nessa toada, pretende-se melhor difundir a cultura da juridicidade, possibilitando fomentar a

---

<sup>1</sup> Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Paraná. Webmaster do site [www.direitoadministrativo.com](http://www.direitoadministrativo.com). Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

respectiva discussão, reiteração e consolidação na realidade nacional, bem como a formulação de uma proposta de aplicação. Evidentemente, restou possível concluir a respeito da consistência dessas bases, porém, a respectiva consolidação depende de esforços institucionais e do próprio povo – caso haja interesse na regeneração da realidade do Direito Administrativo nacional.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo; estado democrático de direito; administração pública; princípio da juridicidade; flexibilização da legalidade.

## 1. Introdução

Não se trata de fenômeno desconhecido aos operadores do Direito Administrativo brasileiro a incompatibilidade e, por vezes, a irracionalidade da rigorosa aplicação da legislação formal, frequentemente desprovida de compromissos com os resultados, com a eficiência e com o interesse público.

Tradicionalmente, em tal seara, o estudo das regras apresenta fundamental importância, a partir do momento em que a legalidade restou erigida a princípio da administração, de modo que a concepção corrente significa que o gestor público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos legais e às exigências do bem comum, deles não se podendo afastar ou desviar, ao passo que somente seria permitido à Administração Pública fazer o que a lei autoriza.<sup>2</sup>

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández ao navegarem entre a realidade espanhola e a formulação da teoria rousseauiana, concebem a lei como norma escrita e absoluta que prevalece diante de qualquer outra fonte normativa e em relação à qual nenhuma outra pode resistir, correspondendo à expressão da vontade popular.

Para tanto, lembram que em razão dela manifestar a vontade da própria comunidade sobre si mesma, restaria qualificado esse caráter de norma superior e irresistível, porquanto a população atua na produção legislativa pelos poderes constituídos em cada sistema constitucional, de acordo com a outorgada representação política.<sup>3</sup>

Entretanto, considerando a crise de representação que aflige o Estado brasileiro, nota-se que tal fenômeno, dentre outros reflexos, não se resume apenas à atividade parlamentar dissociada dos interesses da comunidade, mas também à omissão na produção de textos legislativos que modernizem efetivamente a Administração Pública.

Evidentemente, é incontestável que a lei se constitui ainda na principal fonte do Direito Administrativo brasileiro e, sem dúvida, assim deve o ser, porém, ao gestor novas perspectivas são possíveis em relação ao modo de agir da Administração Pública, corrigindo

<sup>2</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 89.

<sup>3</sup> ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de direito administrativo*. Tradução de José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1. p. 129-130.

ou flexibilizando a aplicação desses textos legislativos, sob o manto da juridicidade, com o intuito de aumentar o número de alternativas disponíveis de ação, privilegiando iniciativas com maiores oportunidades de se aproximar da eficiência, do interesse público, da efetivação de direitos fundamentais e, por conseguinte, dos objetivos da República Federativa do Brasil e dos ditames de um Estado Democrático de Direito.

## **2. O Estado democrático de direito, a legalidade e a atividade administrativa**

Preliminarmente, seja por razões topológicas ou axiológicas, o Título I da Carta Magna apresenta em sua denominação, assim como no artigo 1º e respectivos incisos, os elementos fundamentais que compõem e constituem a tônica do regime jurídico de Direito Público nacional, merecendo especial destaque que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito.<sup>4</sup>

Por sua vez, na sequência, o caput do artigo 37 da Constituição Federal também apresenta os parâmetros que os operadores jurídicos, no âmbito da Administração Pública, devem ter em vista na realização do mencionado Estado Democrático de Direito, isto é, a obediência aos “princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Nessa toada, embora a terminologia não seja inteiramente igual, na República portuguesa fala-se em Estado de Direito democrático, de acordo com o artigo 2º da Carta Constitucional daquele país, de modo que, possivelmente, o único reflexo da inversão dos termos Direito e democrático consiste em evidenciar o poder do povo no Estado brasileiro, contudo, não deixa de ser uma junção entre ambos, independentemente da ordem.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho e Vital MOREIRA, trata-se de conceito-chave na Constituição da República de Portugal, bastante complexo, enquanto que a componente do Estado de Direito e a componente do Estado democrático não poderiam ser separadas uma da outra, pois o Estado de Direito é democrático e somente sendo-o é que é Estado de Direito e, da mesma maneira, o Estado democrático é Estado de Direito e só o sendo é que é democrático.<sup>5</sup>

Por sua vez, Paulo Otero desenvolve uma perspectiva pragmática das consequências de um Estado assim se declarar, mencionando que se trata de um Estado de Direito material, ou seja, uma manifestação mais exigente de Estado social, porquanto se constitui em Estado social de Direito, visando implementar no caso da realidade

<sup>4</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil 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 em: 06 mar. 2016.

<sup>5</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. 1. p. 204.

portuguesa uma democracia política, econômica, social e cultural, tendo como objetivo último, nos termos do artigo 1º da Carta da República Portuguesa, a “construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.<sup>6</sup>

Na realidade brasileira, os objetivos são semelhantes, uma vez que o horizonte objetivado no artigo 3º da Constituição Federal indica a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como garantir o desenvolvimento nacional, além de promover o bem de todos, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais, não constituindo o Estado um fim em si mesmo.

Assim, há pouco mais de duas décadas, Carmén Lúcia Antunes Rocha apontou o verdadeiro espírito de atuação e a concepção jurídica que se espera da Administração Pública e do Estado Democrático de Direito: “O princípio que fundamenta esse regime não é mais o da legalidade administrativa, mas o da juridicidade, pois o Estado Democrático quer-se de Direito Material, e não apenas de Direito Formal, ou Estado de Lei”.<sup>7</sup>

Com efeito, lembra que a legalidade continua a participar da juridicidade, todavia esta vincula a Administração Pública e vai muito além dela, pois “afirma-se em sua autoridade pela legitimidade do seu comportamento, que não se contém apenas na formalidade das normas jurídicas, ainda que consideradas na integralidade do ordenamento de Direito”.<sup>8</sup>

Nessa toada, Raquel Melo Urbano de Carvalho indica que há um novo contexto a “ordenar ou regular a atuação administrativa”, em que a legalidade não mais guarda total identidade com o Direito, passando a abranger além das leis – regras jurídicas –, os princípios gerais de Direito, de modo que a atuação do Poder Executivo não deve conformidade apenas à lei, superando-se o princípio da legalidade pela juridicidade.<sup>9</sup>

Dessa maneira, a Administração Pública obedecerá, também e não somente, ao princípio da legalidade, mas antes à juridicidade em busca da realização de um Estado de Direito material, de acordo com os objetivos mencionados no artigo 3º da Constituição Federal e, por óbvio, não em uma obediência cega, desastrosa, irracional e ineficiente à lei.

### **3. O princípio da legalidade na Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988 e a liberdade de atuação da administração pública**

Durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, que ocorreram nos anos de 1987 e 1988, a elaboração do caput do artigo 37 da Constituição Federal

<sup>6</sup> OTERO, Paulo. *Direito constitucional português*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 1. p. 51.

<sup>7</sup> ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 15.

<sup>8</sup> ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 69-70.

<sup>9</sup> CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Parte Geral, Intervenção do Estado e Estrutura da Administração. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 52-54.

decorreu da gênese dos trabalhos da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, da Comissão de Sistematização e de diversas proposições e votações no âmbito do Plenário, possibilitando-se ampla participação popular.

Notadamente, ressalta-se que no âmbito da Comissão de Sistematização restou apresentada proposta com o seguinte teor: “Nenhum ato da Administração terá eficácia sem lei autorizativa preexistente, nem imporá limitações, restrições ou constrangimentos mais intensos ou extensos que os indispensáveis para finalidade legal”.<sup>10</sup>

Observa-se que, caso a referida proposta persistisse, haveria a necessidade de lei autorizativa para os atos da Administração terem eficácia, contudo, os trabalhos não seguiram tal sentido, ainda mais considerando as amplas oportunidades de questionamento existentes nesses dois anos para qualquer Constituinte, assim como as possibilidades de participação de vários segmentos da sociedade na Assembleia Nacional Constituinte.<sup>11</sup>

Então, no processo de formação diferenciado da Carta Magna, oportunidades não faltaram para que fosse mantida uma disposição no sentido de que os atos da Administração Pública necessitariam de lei autorizativa preexistente, de forma que, com exceção da mencionada proposta sufragada – não aproveitada sequer na Comissão de Sistematização –, nenhuma outra restou apresentada.

Nada obstante, a obra de Hely Lopes Meirelles indica que na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal, diferentemente do particular – ao qual é lícito fazer tudo que a lei não proíbe –, enquanto que somente seria permitido aos entes estatais fazer o que a lei autoriza, ou seja, o mandamento seria “deve fazer assim”.<sup>12</sup>

Nota-se que embora essa concepção seja largamente utilizada na atualidade, pode-se depreender com maior clareza que a compreensão de Otto Mayer não corresponde à ideia de que existe necessidade de legislação autorizativa para o agir da Administração Pública, eis que afirmava: “Não olvidemos que, para a administração, existe a possibilidade de atuar fora da órbita da execução, fora de todo o roteiro indicado pela lei. Tal ocorre quando não há lei na matéria e quando não se trata de esfera reservada”.<sup>13</sup>

Praticamente contemporâneo de Otto Mayer, o administrativista Adolf Merkl asseverava que a Administração Pública não pode depender da lei da maneira como depende da justiça, enquanto que somente em relação a certos objetivos especialmente importantes constituiria um vínculo necessário de toda a atividade estatal – em caso de reserva legal –, atuando livremente o Estado nos demais casos, por força própria e não por inspiração da lei.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Emenda nº 19389*. Fase M. Brasília: Senado Federal, ago. 1987. Disponível em: <<http://www6g.senado.gov.br/apem/data/EMEN-M/72089.html>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>11</sup> BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Regimento interno*. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao/cidadada/publicacoes/regimentointernodaassembleianacional/resolucao-2-1987](http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao/cidadada/publicacoes/regimentointernodaassembleianacional/resolucao-2-1987)>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>12</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 89.

<sup>13</sup> MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Parte General. Depalma: Buenos Aires, 1949. p. 113.

<sup>14</sup> MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Coyoacán: Ediciones Coyoacán, 2014. p. 145.

Ademais, Otto Mayer assinalava que a ideia da força obrigatória da lei, em uma concepção de Estado liberal, diz respeito às condutas a serem observadas pela Administração frente aos particulares, determinando a situação jurídica deste e fixando sua relação com o Estado, obrigando a Administração Pública a observar certas condutas frente às pessoas – a lei diria o que deve ser “direito” entre estas e o Estado.

Dessa maneira, quando a lei ordena as pessoas a darem, a fazerem ou não fazerem algo, isso implica deveres frente ao Estado, a cujo cumprimento deve ser constrangido, se for o caso, ao passo que se a legislação ordena a Administração Pública em benefício dos administrados, isso implica em direito para estes, devendo serem possibilitados meios para a devida atuação estatal.<sup>15</sup>

Assim, mesmo do ponto de vista do Estado liberal, seria possível dizer que no Estado brasileiro haveria uma esfera livre de atuação, que independe de lei, mas que muitas vezes se repele, pelo desconhecimento e consolidação indevida de um modelo importado “com o sinal trocado”, enquanto que muitas iniciativas críveis, potencialmente eficientes e de interesse público acabam por serem cerceadas à Administração Pública e em benefício do povo.

Notadamente, no Brasil, o limite a essa liberdade de ação estaria no inciso II do artigo 5º da Carta Magna: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, porém, essa determinação dos Constituintes não pode ser compreendida individualmente – o que conformaria uma indesejada concepção liberal na atualidade.

Evidentemente, os agentes do Estado deveriam possuir poderes para agir e o desejável seria a lei estabelecer adequadamente as suas obrigações, no entanto, considerando que com frequência isso nem sempre ocorre, pode ser necessário à Administração Pública corrigir os respectivos defeitos, adaptar-se ao contexto ou mesmo inovar em prol dos ditames do Estado Democrático de Direito e de seus objetivos, reestabelecendo materialmente os anseios da população.

Portanto, a lei não pode ser considerada como imprescindível à atividade funcional da Administração Pública, mas esta deve ser conforme ela – quando adequada e o contexto não for absurdo –, não sendo descartadas flexibilizações, com esteio na juridicidade, no sentido de adequar uma concepção efetiva da vontade da população aos objetivos do Estado.

#### **4. A juridicidade no constitucionalismo universal**

Considerando o desenvolvimento internacional do constitucionalismo, torna-se possível identificar possibilidades implícitas na Constituição Federal de 1988, dentre elas o princípio da juridicidade, insculpido constitucionalmente em diversos países ou mesmo construído em disposições esparsas.

<sup>15</sup> MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Parte General. Depalma: Buenos Aires, 1949. p. 117.

Embora concebido algumas décadas antes no Direito alemão, nota-se que a Lei Fundamental de Bonn, datada de 1949, ratificou a base da existência do princípio da juridicidade no respectivo artigo 20: “O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito”.<sup>16</sup>

No Chile, Eduardo Soto Kloss o extraiu de dispositivos da Constituição de 1980, mais especificamente do respectivo artigo 7º, combinado com o artigo 6º,<sup>17</sup> sendo possível notar a procedência de tais raciocínios quando se observa os seguintes excertos: “Artigo 7º. Os órgãos do Estado atuam validamente com prévia investidura regular de seus integrantes, dentro de sua competência e na forma que prescreve a lei”, enquanto se observa que também consta na referida Carta Magna: “Artigo 6º. Os órgãos do Estado devem submeter sua ação à Constituição e às normas ditadas conforme ela, e garantir a ordem institucional da República”.<sup>18</sup>

Ademais, o autor em questão combina as disposições supracitadas com o respectivo artigo 1º: “O Estado está a serviço da pessoa humana e sua finalidade é promover o bem comum, para o qual deve contribuir e criar as condições sociais que permitam a todos e a cada um dos integrantes da comunidade nacional a sua maior realização espiritual e material possível, com pleno respeito aos direitos e garantias que esta Constituição estabelece”.

Outrossim, a Constituição Portuguesa de 1976 apresenta preceptivos em sentido semelhante, reforçando a matriz da existência do princípio da juridicidade, mais especificamente no seu artigo 266: “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé”.<sup>19</sup>

Mais recentemente, os lusitanos José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira apontaram:

Na síntese da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, agora inserida formalmente no texto do projeto de Constituição Europeia, os princípios vectores da juridicidade estatal e europeia deverão ser o princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da solidariedade e da justiça. A juridicidade europeia significará, portanto, que os órgãos e instituições devem, em primeiro lugar, observar, na sua organização e funcionamento, estes princípios.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Tradução de Aachen Assis Mendonça. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

<sup>17</sup> KLOSS, Eduardo Soto. *Derecho administrativo*. Bases Fundamentales: El Principio de Juridicidad. Santiago: Jurídica de Chile, 1996. Tomo II. p. 11-13.

<sup>18</sup> CHILE. *Constitucion política de la Republica de Chile*. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?id-Norma=242302>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

<sup>19</sup> PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

<sup>20</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*.

Nessa toada, o Magistrado israelense Aharon Barak lembra que essas semelhanças no Direito comparado são importantes ferramentas com as quais os juizes cumprem o seu papel na democracia, sobretudo porque vários princípios básicos dela são comuns aos países democráticos e, por conseguinte, há uma boa razão para compará-los.<sup>21</sup>

Evidentemente, não somente magistrados se utilizam dos benefícios do Direito comparado, de modo que o Legislativo ao elaborar regras também pode fazê-lo, assim como agentes da Administração Pública no desenvolvimento das atividades, enriquecendo as possibilidades de ação do Estado e de novas percepções.

Assim, interpreta-se Aharon Barak, no sentido de que a importância do Direito comparado reside em estender os horizontes do agente público, despertando o potencial latente dos seus próprios sistemas legais – informando sobre os sucessos e falhas que podem resultar da adoção de uma solução jurídica particular, isto é, demonstra a relação entre uma solução para o problema jurídico antes deles e outros problemas legais: atua como um amigo experiente.

Dessa maneira, considerando o reconhecimento da existência do princípio da juridicidade nas Constituições de outros países – nem sempre com essa denominação –, torna-se imperioso reconhecê-lo como consistente e identificado no âmbito do constitucionalismo universal, sendo possível concebê-lo como princípio implícito na Constituição Federal brasileira de 1988.

## **5. A existência da aplicação do princípio da juridicidade na realidade brasileira**

Na realidade brasileira, timidamente se observam decisões e manifestações jurídicas que se baseiam expressamente na juridicidade, contudo, as existentes são muito esclarecedoras e oferecem a perspectiva de que a lei pode ser flexibilizada e remediada pelo Direito em sua inteireza, durante a atividade administrativa, porém, não se deve esquecer que a aplicação legislativa, por si só, sem maiores embaraços, também constitui reflexo do princípio em estudo.

Explorando o assunto, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes afirmou que:

a doutrina juspublicista brasileira, capitaneada pela doutrina da efetividade da Constituição, que tem no professor e Ministro Luís Roberto BARROSO um de seus maiores expoentes, viu emergir a noção de juridicidade administrativa, [...], compreende-se a ideia de vinculação da Administração Pública diretamente à

---

São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. 1. p. 244-245.

<sup>21</sup> BARAK, Aharon. On Society, Law, and Judging. *Tulsa Law Review*, Tulsa, v. 47, nº 2, 2011, p. 315.



Constituição, em especial aos seus princípios, representando a superação ao positivismo legalista de outrora.<sup>22</sup>

Em outro arresto, por outro lado, tendendo para uma aplicação mais exigente da legalidade, a Suprema Corte se manifestou a respeito da releitura da dicotomia entre atos vinculados e discricionários, pela moderna dogmática do Direito Administrativo, a qual

autoriza o controle jurisdicional mais ou menos intenso nos atos praticados pelas comissões organizadoras de concurso público, conforme o grau de vinculação do ato administrativo (edital) à juridicidade, notadamente quando se verifica desvio da finalidade na atribuição de pontuação aos títulos dos candidatos ou quando esta for manifestamente desproporcional à luz das exigências editalícias.<sup>23</sup>

Com efeito, mesmo atuando em conformidade com a lei, seria crível considerar que o princípio da juridicidade pode tornar tal mister mais exigente, eis que não basta o respeito à regra, restando necessária a observância concomitante do Direito em sua inteireza, ou seja, procede-se à restrição das possibilidades abstratas.

Por sua vez, em evidente flexibilização da lei, decidiu-se diversas vezes no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

o Município é de pequeno porte, com uma população aproximada de 9.000 habitantes, e, neste passo, ainda que a Santa Casa sobreviva apenas de recursos públicos, há que se dar vazão à aplicação do princípio da juridicidade, remetendo à análise deste processado a um plano de validade diretamente no interesse público primário, a partir da centralidade dos direitos fundamentais, no caso específico o direito à saúde, do qual se socorreu a população de São José da Bela Vista.<sup>24</sup>

No Tribunal de Contas do Estado do Paraná, quando da apreciação de aparente inércia no que tange à execução de créditos fiscais de determinado Município, consignou, em raciocínio também aplicável ao Direito Administrativo, que: “Para serem efetivas, as execuções fiscais em testilha deveriam ser eficientes, não somente no seio pragmático de recebimento dos valores então devidos, mas também no profundo sentido jurídico

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 632853/CE*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 23 de abril de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8773734>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Agravo regimental no mandado de segurança nº 26849*. Relator: Ministro Luiz Fux, 10 de abril de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5914335>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>24</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (Segunda Câmara). *Acórdão nº TC-000217/017/10*. Relator: Conselheiro Robson Marinho, 17 de abril de 2012. Disponível em: <[https://www2.tce.sp.gov.br/arqs\\_juri/pdf/173789.pdf](https://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/173789.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2016.

de estarem de acordo com a eficiência e juridicidade administrativa, fontes diretas à legitimação do Direito Financeiro”.<sup>25</sup>

Outrossim, no Tribunal de Contas da União se notam menções ao princípio da juridicidade, a exemplo do Acórdão nº 2218/2011 da 1ª Câmara:

Embora não haja ainda expressa previsão legal para a aplicação do referido instituto pela Administração Federal, o ato administrativo de afastamento da personalidade não fere a legalidade, já que se fundamenta no princípio da juridicidade, ou seja, no conjunto de normas e princípios que constituem o Direito como um todo e que representam um dever a ser seguido e cumprido pelo administrador público.<sup>26</sup>

Então, é importante mencionar que essas manifestações jurisdicionais e de Cortes de Contas constituem boa parte da amostragem da aplicação explícita do princípio da juridicidade no Estado brasileiro – que ainda se apresenta tímida –, porém, embora não conste expressamente a menção a ele, alguns arrestos fazem conceber alternativas que o evidenciam implicitamente, inclusive *contra legem*, a exemplo do Acórdão nº 2399/2008, apreciado no Plenário do Tribunal de Contas da União, considerando a excepcionalidade do caso concreto e a inexigibilidade de conduta diversa.<sup>27</sup>

Dentre outras condutas analisadas, foram evidenciadas nesse arresto supracitado: assinatura de instrumento contratual sem o necessário respaldo orçamentário; não demonstração da estimativa do impacto orçamentário-financeiro da expansão da ação governamental; ausência de pronunciamento jurídico sobre o contrato; não comprovação da ratificação da inexigibilidade e publicação na imprensa oficial; remanejamentos orçamentários sem prévia autorização legislativa.

Nessa situação mencionada, resta altamente questionável a inexigibilidade de conduta diversa, porquanto no cotidiano da Administração Pública se pode depreender diversos casos mais legítimos que poderiam dar azo a aplicar a hipótese exculpante, mormente para resguardar situações mais caras ao Estado Democrático de Direito, como o direito fundamental à saúde e um melhor respeito possível à integralidade da assistência terapêutica, ao invés de endossar o voo de Marcos Pontes à Estação Espacial Internacional.

<sup>25</sup> PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado do Paraná (Tribunal Pleno). *Acórdão nº 3760/2015*. Relator: Conselheiro José Durval Mattos do Amaral, 13 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/2015/8/pdf/00281337.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>26</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (Primeira Câmara). *Acórdão nº 2218/2011*. Relator: Ministro José Múcio Monteiro, 12 de abril de 2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PRIMEIRA+CAMARA&numeroAcordao=2218&anoAcordao=2011>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>27</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (Tribunal Pleno). *Acórdão nº 2399/2008*. Relator: Ministro-Substituto André de Carvalho, 29 de outubro de 2008. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=2399&anoAcordao=2008>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

No entanto, abstratamente a hipótese não deixa de configurar um caminho desejável a certas situações, eis que há décadas o douto argentino Rafael Bielsa manifestou-se a respeito, por outro prisma, dizendo que no Direito Público e mais precisamente no Direito Administrativo, há falta de estudo de hipóteses como a do estado de necessidade, considerando tal trabalho indispensável, porquanto justifica a isenção de responsabilidade em caso de lesão de um direito de outro para defender o próprio da Administração Pública – melhor dito o Estado como “poder administrador”.<sup>28</sup>

Por sua vez, no mencionado Acórdão nº 2399/2008 foi indicada a Decisão nº 221/2002, também do Plenário do Tribunal de Contas da União, constando:

este preceito orçamentário (realização de despesa com a existência do respectivo crédito orçamentário) constitui peça basilar no ordenamento administrativo-financeiro das instituições públicas, e sua inobservância não pode ser admitida, sem fortíssimas razões de excepcionalidade ou força maior, sob pena de transformar a programação orçamentária em peça de ficção, e de introduzir-se o caos na Gestão das finanças públicas.<sup>29</sup>

Por fim, pode-se depreender como implícita a aplicação do princípio da juridicidade nas ponderações de princípios, também remediando e flexibilizando a legalidade, considerando as palavras do Ministro Ubiratan Aguiar:

É certo que a posição dos julgadores desta Casa não é a de ficar convalidando atos praticados em dissonância com os dispositivos legais. Mas, em certos casos, há que reconhecermos que o imperativo do interesse público mostra-se mais vultoso, necessitando do administrador público uma atitude sensata, razoável e responsável, ante o rompimento dos limites impostos pelo princípio da legalidade.

Portanto, nota-se que a flexibilização e a mediação de regras no Estado brasileiro é uma realidade possível, no entanto, observa-se que ainda existe uma cultura extremamente arraigada às regras jurídicas e que, timidamente, evolui para reconhecer a possibilidade de certas relativizações pelo Judiciário, pelas Cortes de Contas e, por conseguinte, oportunizando um melhor regime jurídico para a Administração Pública no seu mister.

<sup>28</sup> BIELSA, Rafael. *El estado de necesidad en el derecho constitucional y administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1957. p. 56.

<sup>29</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (Tribunal Pleno). *Decisão nº 221/2002*. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar, 20 de março de 2002. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=221&anoAcordao=2002>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

## 6. A necessária mudança de perspectiva na apreciação da realidade jurídica

Evidentemente, o princípio da juridicidade pode servir a um engodo retórico e causar certas instabilidades no ordenamento jurídico, afinal a criatividade de alguns operadores do Direito ultrapassa qualquer limite – com bons propósitos ou não –, por vezes violando indevidamente a esfera jurídica das pessoas.

Com efeito, a solução ideal seria a objetivação da aplicação do princípio da juridicidade, contudo, senão impossível é ao menos utópica essa possibilidade, de forma que se torna forçoso reconhecer uma inevitável carga de subjetividade, ao passo que se poderia imaginar uma total desconsideração do referido princípio.

Notadamente, a ciência nos últimos séculos convenceu a maioria das pessoas a pensar que o universo físico tinha uma estrutura uniforme acessível à razão humana, de modo que começou a parecer que os sistemas sociais humanos poderiam ter uma estrutura semelhante à mecânica, contudo, mesmo as ciências ditas exatas apresentam certos graus de imperfeições e tolerâncias, enquanto seus artífices dificilmente demonstram esse lado aos usuários das facilidades que aperfeiçoam e trabalham.

Nas chamadas ciências humanas, as imperfeições se apresentam mais salientes, sobretudo porque o ser humano se constitui em entidade complexa, ao passo que com a atomização dele nas comunidades, muitas conclusões são provisórias e se desenvolvem nessa base de estudo inevitavelmente instável.

Em outra perspectiva, Juarez Freitas menciona que essas imperfeições acompanham o Direito Administrativo:

O sistema administrativo não se constrói dotado de estreitos e definitivos contornos, sobretudo porque o dogma da completude não resiste à constatação de que as contradições e as lacunas acompanham as normas, à feição de sombras. Dado que a decisão administrativa transcende a esfera do discurso descritivo e da lógica formal em termos dedutivos, verifica-se que o formalismo não abarca o todo do fenômeno administrativo, em profundidade e extensão.<sup>30</sup>

Dessa maneira, para lidar com essa problemática inevitável, é imperioso conceber o Direito Administrativo a partir de uma racionalidade que leva em conta a relação simbiótica entre teoria e prática, superando a lógica abstrata e o formalismo, partindo de certas premissas que possibilitam certos consensos sob o ponto de vista intersubjetivo, a exemplo de que a utilidade desse arcabouço se encontra no bem-estar da sociedade.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 2014. p. 76.

<sup>31</sup> POSNER, Richard Allen. What Has Pragmatism to Offer Law? *Southern California Law Review*, Los Angeles,

Richard Posner indica que a perspectiva pragmática pode nos ajudar a manter uma postura adequada e crítica em relação a entidades misteriosas que parecem desempenhar um papel importante em muitas áreas do Direito – entidades como a mente, a intenção, o livre-arbítrio e a causalidade, as quais são constantemente invocadas.

É possível construir uma perspectiva eclética, partindo-se do referido autor, considerando três elementos «essenciais» que indica: a) a primeira é uma desconfiança de entidades metafísicas (“realidade”, “verdade”, “natureza” etc.); b) a segunda é uma insistência que as proposições devem ser testadas por suas consequências e pela diferença que elas fazem; c) o terceiro é uma insistência em julgar os nossos projetos, de caráter científico, ético, político ou legal, pela sua conformidade com as necessidades humanas, sociais ou outras.

Dessa maneira, no âmbito do Direito, discussões a respeito do que seria “verdade”, “consistente” ou “justo”, devem ser vistas sob o ponto de vista das necessidades das pessoas e dos resultados produzidos, ou seja, deve-se buscar que as engrenagens jurídicas funcionem mesmo com certas imperfeições, desde que aceitáveis em uma perspectiva intersubjetiva e democrática, no sentido de que outras pessoas com intelecto normal e consciência concluam razoavelmente de maneira idêntica.<sup>32</sup>

Assim, resta possível a busca de soluções e respostas por meio de uma racionalidade comparativa que observa as intercorrências no mundo material, sob essa mencionada perspectiva intersubjetiva, todavia afastando a aferição da compatibilidade e da correção de soluções, a partir de entidades metafísicas, em relação à ciência do Direito Administrativo, aproximando-o de aspectos que promovam o equacionamento de necessidades humanas da melhor forma possível, em um contexto sustentável, concreto e em harmonia com o bloco de constitucionalidade.

Notadamente, tratar o fenômeno jurídico dessa maneira é compatível com a visão do douto israelense Aharon Barak, no que diz respeito à filosofia do Direito:

eu me encontrei em uma abordagem eclética. Ela contém componentes de cada uma das principais doutrinas teóricas. Na minha opinião, a relação entre os membros da sociedade, e entre a sociedade e os seus membros, é complicada e complexa, na medida em que não pode ser descrita por um único ponto de vista. A experiência humana é demasiada rica para ser limitada a uma teoria.<sup>33</sup>

Evidentemente, as perspectivas distintas de visão da sociedade e do Direito, assim como de uma filosofia eclética na concepção do princípio da juridicidade, aplicam-se aos agentes do Estado no exercício da função administrativa, porquanto também

---

v. 63, 1990. p. 1656.

<sup>32</sup> POSNER, Richard Allen. What Has Pragmatism to Offer Law? *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 63, 1990. p. 1656-1663.

<sup>33</sup> BARAK, Aharon. On Society, Law, and Judging. *Tulsa Law Review*, Tulsa, v. 47, nº 2, 2011. p. 316.

realizam a aplicação do Direito – de modo semelhante como ocorre com os órgãos jurisdicionais –, em muitas vezes de forma mais imediata e sensível às pessoas.

Então, em raciocínio que também pode ser aplicado à Administração – inclusive com mais razão –, pode-se identificar no mesmo autor outros aspectos pertinentes, principalmente no sentido de que o juiz deve procurar construir uma ponte entre o Direito e a vida, ou seja, ao interpretar uma constituição ou uma lei, o juiz deve dar ao texto um significado dinâmico, esforçando-se para preencher a lacuna entre o Direito e a realidade cambiante – equilibrando a necessidade de mudança com a necessidade de estabilidade.<sup>34</sup>

Assim, percebe-se que a perspectiva eclética, para apreciação do Direito Administrativo, pode ter em vista as necessidades da sociedade, em equilíbrio com as regras, em constante simbiose entre teoria e prática, tolerante a certos aspectos imperfeitos – mas que não pode transcender o bloco de constitucionalidade –, buscando respostas aceitáveis em uma perspectiva intersubjetiva e democrática, no sentido de que outras pessoas com intelecto normal e consciência concluam razoavelmente de maneira idêntica, no que diz respeito ao agir da Administração Pública.

## **7. Uma proposta de concepção criteriosa de aplicação do princípio da juridicidade administrativa**

É forçoso reconhecer que não se pode conceber como simples e definitivo o delineamento do princípio da juridicidade no Direito Administrativo, sobretudo considerando a importância que possui na mencionada possibilidade de remediação e flexibilização da lei, ao passo que essa árdua atividade se pode dizer provisória e gradativa de acordo com o desenvolvimento do campo científico, no entanto, não se pode dizer mais precária do que a interpretação de boa parte das outras normas jurídicas.

Evidentemente, deixando de lado a juridicidade existente com a aplicação adequada das normas, parte-se da premissa que certas leis ou os contextos em que são aplicadas as tornam inadequadas (absurdas, danosas, desastrosas ou irracionais), ao passo que em tais hipóteses o agir do Estado se apresenta maleável dentro dos parâmetros do Direito, sobretudo desconsiderando o falso dogma de que a Administração necessitaria de lei autorizando suas atividades.

Conforme anteriormente mencionado, restou aventada proposta na União Europeia de que a juridicidade administrativa tem como princípios vetores a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a justiça, devendo órgãos e instituições observá-las na sua organização e funcionamento.

No entanto, não se apresenta muito dificultosa a percepção de que um modelo tão amplo torna o sistema jurídico assaz propenso a diversos tipos de engodos

<sup>34</sup> BARAK, Aharon. On Society, Law, and Judging. *Tulsa Law Review*, Tulsa, v. 47, nº 2, 2011. p. 302.

argumentativos, porquanto possuem amplitudes bastantes elásticas e etéreas, especialmente quando se pensa na sua aplicação no cotidiano da Administração Pública, ao passo que se propõe um modelo mais apto a tratar as situações no mundo dos fatos.

Preliminarmente, ressalta-se que, no Direito Administrativo, não é possível fugir de um contexto compatível com a seguinte visão de Aharon Barak:

O Estado não deve ser sacrificado no altar dos Direitos Humanos. Os Direitos Humanos não são uma receita para a autodestruição nacional. No entanto, os Direitos Humanos não devem ser sacrificados no altar do Estado. O Estado existe para os seus indivíduos. O equilíbrio é necessário entre o bem comum e o bem individual, e entre o bem de cada indivíduo e de seus companheiros indivíduos.<sup>35</sup>

Dessa forma deve ser analisada a eventual aplicação do princípio da juridicidade administrativa como fundamento das atividades do Estado, partindo-se do equilíbrio entre o bem da sociedade e o bem individual, evitando ao máximo apelar a entidades metafísicas e abstratas, ou seja, ao invés de considerar as possibilidades da Administração Pública atendendo aos princípios vetores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da solidariedade e da justiça, projeta-se o agir da função administrativa sob três fases principais e inter-relacionadas: da sustentabilidade em suas dimensões principais; das consequências no mundo material; e da máxima harmonização ao contexto do Direito, partindo-se de composições formuladas e enquadradas no bloco de constitucionalidade.

Em um primeiro momento, perpassa pelo crivo da sustentabilidade, de acordo com as dimensões que demonstra Juarez Freitas:<sup>36</sup> (a) dimensão social; (b) dimensão ética; (c) dimensão ambiental; (d) dimensão econômica; (e) dimensão jurídico-política; e (f) dimensão tecnológica.

Em um segundo momento, explora-se o aspecto material, sob os vieses individual e coletivo, ponderando e projetando as soluções aventadas e respectivas consequências, sobretudo do ponto de vista dos danos a que darão causa, eventuais riscos envolvidos, pretensos benefícios e a responsabilidade da Administração Pública.

Necessariamente a análise do agir da Administração Pública perpassa pela responsabilidade do Estado, lembrando-se que Juarez Freitas indica: “Por tudo, é vital evitar as arbitrariedades por ação e por omissão. Ambas desrespeitam prioridades constitucionais e causam (não apenas oferecem condições favoráveis, mas causam) danos juridicamente injustos. Em face disso, seria antijurídico deixar de coibir tanto a prática abusiva como a escassa, preferencialmente no nascedouro”.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> BARAK, Aharon. On Society, Law, and Judging. *Tulsa Law Review*, Tulsa, v. 47, nº 2, 2011. p. 297-298.

<sup>36</sup> FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade - direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012. p. 20.

<sup>37</sup> FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 2014. p. 91-92.

Ressalta inadiável aplicar, com amplitude, o tríplice teste da proporcionalidade no controle das ações e das omissões do Estado, atacando de modo frontal os vícios da discricionariedade por excesso e por inoperância, de modo que, a partir do princípio da responsabilidade do Estado, passe a apreciar as condutas causadoras de lesão antijurídica, concomitantemente com uma chance de sindicabilidade aprofundada, mormente em face dos riscos inerentes à intervenção estatal ou da falta dela.

Ainda, é imperioso considerar se a situação diz respeito a assunto interno do Estado ou em sua relação com os particulares e, neste último caso, se trata de atuação prestacional em benefício do particular ou de medidas que impliquem obrigações ou, até mesmo, prejuízos ao particular, de modo que nestas últimas hipóteses há o necessário e inseparável respeito à proporcionalidade.

Em um terceiro ponto de vista, considerando o ponto de vista normativo, deve-se ponderar os aspectos positivos e negativos, já considerando a necessária harmonização constitucional dos seguintes elementos no Estado brasileiro: (a) em relação aos objetivos da República Federativa do Brasil; (b) em relação aos ditames de um Estado Democrático de Direito; (c) em relação ao interesse público do Estado considerado como um meio para um fim; (d) em relação aos direitos fundamentais; (e) em relação aos ditames constitucionais em eventual tensão, sobretudo considerando: os princípios da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (insculpidos no art. 37, caput, da Constituição Federal); os princípios da legitimidade e da economicidade (inscritos no art. 70, caput, da Constituição Federal); bem como os princípios da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da segurança jurídica, do interesse público e, se for o caso, da ampla defesa e do contraditório (implícitos na Constituição Federal e insculpidos no art. 2º, caput, da Lei Federal nº 9.784/99).

Evidentemente, torna-se pertinente observar nas composições do agir da Administração Pública a serem comparadas, a visão de Gustavo Zagrebelsky, ao falar sobre a ductibilidade dos direitos nos Estados Constitucionais atuais, que as respectivas bases materiais pluralistas exigem que cada um dos valores e princípios se assumam com caráter não absoluto, compatibilizando-se com aqueles outros com que deve conviver, não se podendo reduzir e abraçar, obstinadamente, um deles somente e se fechar em cega defesa do mesmo – deve haver um equilíbrio.<sup>38</sup>

De outra banda, com os devidos temperamentos, aprecia-se também a proibidade no agir, ou seja, para reconhecer a juridicidade, deve-se respeitar os princípios constitucionais supracitados e não incorrer nos moldes genéricos dos artigos 9º a 11 da Lei Federal nº 8.429/92, subentendendo-se a legalidade descrita no caput deste último dispositivo como o respeito ao Direito, com as devidas adaptações.

Com efeito, essa análise de hipóteses de agir poderá passar por ajustes em cada uma dessas três fases, eliminando elementos de atuação críveis em uma primeira

<sup>38</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Ley, Derechos, Justicia. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 14-18.



apreciação global, tornando o processo de equilíbrio circulante e comparativo na melhoria possível da ação, adaptando-se cada vez mais a relação entre teoria e prática, que poderá ser apreciável em termos de aceitabilidade.

Por óbvio, a motivação sempre deve estar presente, sobretudo considerando a presente proposta de remediação ou relativização criteriosa da legalidade estrita, pelo princípio da juridicidade, assim como a publicidade dessas razões, as quais permitem aos administrados avaliarem democraticamente a visão intersubjetiva de seus representantes e os equilíbrios propostos, obtidos do cotejo das fases acima mencionadas, consolidando um aspecto de aceitabilidade do agir da Administração, ou seja, uma das “verdades” que se pode controlar e decidir a respeito.

Ademais, torna-se fundamental conjugar o agir da Administração Pública levando em consideração mais três enfoques, em relação às consequências possíveis: (a) no caso de inércia da Administração Pública; (b) no caso de aplicação estrita das regras ditas inadequadas; (c) no caso de outras soluções construídas, conforme a juridicidade, nos limites do bloco de constitucionalidade.

Notadamente, a realização de comparações entre essas possibilidades de inércia da Administração Pública, da aplicação estrita das regras, assim como das composições – considerando a sustentabilidade, as consequências e a harmonização constitucional –, evitam significativamente a hipótese de ocorrer os engodos de outrora (autoritarismo e totalitarismo), pois projetam a ideia de uma atuação prudente do Estado, nos moldes constitucionais.

Evidentemente, no plano de uma racionalidade abstrata há uma incomensurabilidade de argumentos, sobretudo considerando regras e princípios constitucionais, no entanto, as aferições em questão diminuem a quase infinita cadeia argumentativa com hipóteses mais concretas e que se aproximam mais do atendimento de necessidades públicas.

Observa-se, portanto, que não se apresenta singela e simplificada a avaliação desses aspectos, contudo, em respeito às regras produzidas pelos poderes constituídos, merece-se uma flexibilização calcada em fundamentação robusta e criteriosa, eis que a força da lei não deve ser desprezada ao bel prazer do Administrador Público, mas obviamente em situações que ela não cumpre seu papel, sobretudo levando a resultados absurdos.

## **8. Perspectivas concretas para o desenvolvimento do princípio da juridicidade administrativa**

Existe um apego exacerbado à lei e uma certa hesitação em se atuar de forma diferenciada, mesmo com esteio na juridicidade, sobretudo ante a necessidade de meras violações de regras ou mesmo inevitáveis e menores prejuízos ao Estado, com o intuito

de atingir objetivos que sejam mais caros à sociedade, em razão do controle exercido na Administração Pública.

Nada obstante, é importante ressaltar que na atualidade não são poucas as tentativas de gestores apresentarem defesas nesse sentido, em suas prestações de contas, com esteio no princípio da juridicidade, porém, em muitas oportunidades este resta desconsiderado – algumas vezes de modo correto ante prejuízos e evidentes racionalizações de erros –, ao passo que em outras se perde a oportunidade de aperfeiçoar o sistema, não fomentando a criatividade e abertura de novos caminhos interessantes à Administração Pública.

Diversos entes do aparelho estatal pátrio poderiam contribuir no desenvolvimento de uma cultura em que a juridicidade e os principais pilares do Estado Democrático de Direito sejam preferencialmente considerados, com esteio no princípio em estudo, observando-o a partir de uma racionalidade comparativa, como ora proposto, relativizando a preeminência de certas leis que apresentam alta lesividade, em razão do texto ou das circunstâncias, buscando-se o equilíbrio na realização das finalidades para qual a Administração Pública resta organizada.

Com efeito, é possível o desenvolvimento dessa cultura, no âmbito do Direito Administrativo, que privilegia o atendimento do bem-estar e das reais necessidades da população de um modo equilibrado, mesmo com certas imperfeições inerentes a qualquer ciência, desde que sejam aceitáveis em uma perspectiva intersubjetiva e democrática, no mencionado sentido de que outras pessoas com intelecto normal e consciência concluam razoavelmente de maneira idêntica.

Nota-se no Estado brasileiro, por sua vez, a possibilidade do gestor buscar esse consenso intersubjetivo institucional, para obter uma maior segurança possível no respectivo desenvolvimento da aplicação do princípio da juridicidade, dialogando perante as Cortes de Contas e Ministério Público, a respeito de uma eventual flexibilização da aplicação da lei.

Por sua vez, também, embora de forma mais extrema e muitas vezes mais lenta, é possível ao gestor obter diretamente o consenso do Judiciário na inviabilidade de aplicação estrita da legislação – o que resultaria em mais segurança nas respectivas iniciativas de cumprimento do mister estatal.

Evidentemente, com exceção da segurança das decisões jurisdicionais, quanto menos entes estatais de controle envolvidos e concordantes com as práticas propostas, mais precária e perigosa se torna a possibilidade de agir baseada no princípio da juridicidade, mesmo em confronto com leis inadequadas – em texto ou em contexto –, mesmo sendo doutrinariamente defensável a aplicabilidade em detrimento de um formalismo irracional, inclusive contando com um consenso intersubjetivo social – mais amplo e, por vezes, menos técnico.

Nessa toada, de acordo com um viés mais prático, no Judiciário, as chamadas

ações de controle de constitucionalidade, as súmulas vinculantes e, de forma mais ampla, o direito à ação constituem em importantes instrumentos que possibilitam a flexibilização da lei, porquanto são oponíveis aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

De outra banda, no âmbito do Tribunal de Contas da União, o inciso XVII e o §2º do artigo 1º da Lei Federal nº 8.443/92 indicam a possibilidade de resposta a consultas com caráter normativo – mister igualmente exercido pelas Cortes de Contas estaduais –, enquanto que progressivamente estão sendo previstos e firmados os chamados termos de ajuste de gestão, a exemplo do recentemente incluído na legislação do Estado do Paraná.<sup>39</sup>

Além disso, também é pertinente o diálogo e o consenso com o Ministério Público, porquanto ele possui os chamados termos de ajuste de conduta, assim como uma gama considerável de instrumentos postos a seu favor, no entanto, se de um lado pode promover, inclusive com a movimentação do Judiciário, soluções imbuídas de juridicidade em que se flexibilizam regras, por outro, a respectiva discordância ministerial com o agir da Administração pode resultar em problemas e responsabilizações para o gestor – nada obstante, existem formas de tratar situações desse jaez, considerando que a manifestação do *parquet* não tem caráter de definitividade e vinculação (via de regra), ao passo que também pode ser objeto de controle quando inadequada.

É importante ressaltar, então, que são tarefas necessárias dos poderes constituídos e de operadores do Direito consolidarem essas alternativas, sobretudo provocando manifestações das Cortes de Contas e do Judiciário, no intuito de fomentar a crível possibilidade de delinear o instituto do princípio da juridicidade, no entanto, não se pode deixar de lado o fundamental papel que o povo tem na fiscalização da coisa pública, sobretudo na constante vigilância de um agir melhor por parte dos agentes públicos.

Por outro prisma, qualquer agente público brasileiro está imediatamente ou mediadamente ligado ao controle social realizado pelo povo, de forma que este pode influir diretamente na mudança de cultura e na conscientização de outras alternativas críveis de agir, de modo que se pode citar os Conselhos de educação e de saúde, presentes em todas as unidades federativas do país.

Ademais, um controle crítico e mais incisivo das atividades do Estado deveria fazer parte do cotidiano das pessoas, sobretudo com o exercício fundamental dos direitos de petição e questionamentos, os quais podem auxiliar na detecção de equívocos, assim como possibilitar novas formas de visão pertinentes, a exemplo do que Aharon Barak afirmou em seu mister judicante.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> PARANÁ. *Lei Complementar nº 194/2016*. Disponível em: <<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=155320&indice=1&totalRegistros=4>>. Acesso em: 06 jul. 2016.

<sup>40</sup> BARAK, Aharon. On Society, Law, and Judging. *Tulsa Law Review*, Tulsa, v. 47, nº 2, 2011. p. 316.

Nessa toada, manifestações democráticas pelos meios dispostos no Direito brasileiro possibilitam o desenvolvimento de novas experiências e aperfeiçoamento de magistrados, ao passo que, como nas passagens anteriores, a referida concepção do mencionado autor israelense se apresenta factualmente consoante com o agir de qualquer agente do Estado.

Não se deve desconhecer que a atuação de qualquer pessoa em exercício de função pública perpassa pelas próprias experiências acumuladas e que aumentam com o passar do tempo, assim como no respectivo contato com questionamentos a visões e dogmas distorcidos – mas que foram internalizados pela pessoa.

Contudo, por vezes, o ardil qualifica o agir dos agentes do Estado, de modo que não há um interesse em equacionar as necessidades públicas ou mesmo promover o bem-estar da sociedade, no entanto, a defesa da democracia e o exercício de manifestação a ele insito, possibilita que os agentes do Estado tomem contato com a força do povo no controle das atividades estatais e com os limites de tensão que impõem a uma atuação adequada.

Aliás, não se pode deixar de lembrar que o Estado é composto, também e principalmente, por pessoas, enquanto que o poder a ele insito e suas consequências decorrem desses seres humanos, ao lembrarem e cobrarem seus semelhantes investidos na função pública, a respeito dos seus limites e possibilidades – é a força de cada um que molda a atuação dos agentes públicos de uma sociedade, em direção às necessidades públicas e ao bem-estar da sociedade.

Se a população não se interessar por esses limites e não lutar pelo respeito às finalidades do Estado, em relação às pessoas que nele exercem o poder e lhe representam, não poderá esperar uma Administração criativa compatível com os conflitos e necessidades que surgem cotidianamente, em razão do desenvolvimento das ciências e de novas visões sobre o fenômeno humano.

## **9. Conclusão**

É importante ressaltar que a aplicação do princípio da juridicidade também ocorre quando a lei não apresenta problemas em relação aos seus termos, assim como nos contextos em que produz efeitos com normalidade, ou seja, pode-se dizer que há adequação da regra em relação aos fatos para os quais restou criada, no entanto, eventualmente está acompanhada de pequenos ajustes interpretativos.

De outra banda, quando a lei a partir de seu texto ou em razão das circunstâncias indicar soluções absurdas, desastrosas, danosas ou irracionais, no que diz respeito ao seu estrito cumprimento, serve o princípio da juridicidade ao mister de flexibilizar ou remediar a lei, especialmente no âmbito do Direito Administrativo, desde que criteriosamente aplicado.

Propõe-se, então, em situações desse jaez, uma aplicação criteriosa do princípio da juridicidade, perpassando por um processo em busca de alternativas e composições que atendam a sustentabilidade, produzam consequências aceitáveis e se enquadrem de maneira harmoniosa no quadro constitucional.

Notadamente, uma perspectiva intersubjetiva e democrática deve ser o diferencial nessa definição de agir, no sentido de que outras pessoas de intelecto normal e consciência concluam razoavelmente de maneira idêntica, sobretudo quando se realiza o cotejo das consequências das escolhas em três enfoques: (a) em caso de inércia da Administração Pública; (b) em caso de aplicação estrita das regras; (c) em caso de outras soluções compostas, conforme a juridicidade administrativa, nos limites do bloco de constitucionalidade.

Ressalta-se que o desenvolvimento da racionalidade comparativa mencionada permite vislumbrar soluções pertinentes que estão sujeitas a controle e aperfeiçoamento – tudo isso com o intuito de melhor atender as necessidades públicas e promover o bem-estar da sociedade, respeitando de forma equilibrada os ditames constitucionais e, por conseguinte, a dignidade do indivíduo – que constitui o centro da Constituição Federal de 1988.

Ademais, nota-se que as experiências adquiridas na realização dessas composições e a aproximação de um consenso intersubjetivo institucional e social, permitem atingir colateralmente boa parte dos objetivos metafísicos explorados por muitos entusiastas desse tipo de visão abstrata, seja qual for o significado atribuído a termos dessa natureza, assim como de princípios com uma densidade normativa menor.

Por fim, reitera-se que o sucesso do desenvolvimento de tais concepções depende de uma mudança de cultura e do acionamento mais frequente das Cortes de Contas e do Judiciário, que podem consolidar os contornos desse princípio da juridicidade, com o intuito de oportunizar a flexibilização e remediação das leis – buscando evitar absurdos –, promovendo o equilibrado atendimento do bem-estar da sociedade e dos respectivos indivíduos, ao passo que a força do povo é peça chave na vigilância democrática de todos os agentes envolvidos nessa empreitada de regeneração jurídica das normas aplicáveis à Administração Pública, mormente quando se deseja aproximar de um Estado de Direito material.

## Referências

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Tradução de Aachen Assis Mendonça. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

BARAK, Aharon. On Society, Law, and Judging. *Tulsa Law Review*, Tulsa, v. 47, nº 2, 2011.

BIELSA, Rafael. *El estado de necesidad en el derecho constitucional y administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1957.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil 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 em: 06 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Assembleia Nacional Constituinte. *Emenda nº 19389*. Fase M. Brasília: Senado Federal, ago. 1987. Disponível em: <<http://www6g.senado.gov.br/apem/data/EMEN-M/72089.html>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Regimento interno*. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicaoocidada/publicacoes/regimentointernodaassembleianacional/resolucao-2-1987](http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicaoocidada/publicacoes/regimentointernodaassembleianacional/resolucao-2-1987)>. Acesso em: 10 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Agravo regimental no mandado de segurança nº 26849*. Relator: Ministro Luiz Fux, 10 de abril de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5914335>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. (Tribunal Pleno). *Recurso extraordinário nº 632853/CE*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 23 de abril de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8773734>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União (Primeira Câmara). *Acórdão nº 2218/2011*. Relator: Ministro José Múcio Monteiro, 12 de abril de 2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PRIMEIRA+CAMARA&numeroAcordao=2218&anoAcordao=2011>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. (Tribunal Pleno). *Decisão nº 221/2002*. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar, 20 de março de 2002. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=221&anoAcordao=2002>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. (Tribunal Pleno). *Acórdão nº 2399/2008*. Relator: Ministro-Substituto André de Carvalho, 29 de outubro de 2008. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=2399&anoAcordao=2008>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. 1.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Parte Geral, Intervenção do Estado e Estrutura da Administração. Salvador: Juspodivm, 2008.

CHILE. *Constitucion política de la Republica de Chile*. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de direito administrativo*. Tradução de José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 2014.

\_\_\_\_\_. *Sustentabilidade - direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KLOSS, Eduardo Soto. *Derecho administrativo*. Bases Fundamentales: El Principio de Juridicidad. Santiago: Jurídica de Chile, 1996. Tomo II.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Parte General. Depalma: Buenos Aires, 1949.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Coyoacán: Ediciones Coyoacán, 2014.

OTERO, Paulo. *Direito constitucional português*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 1.

PARANÁ. *Lei complementar nº 194/2016*. Disponível em: <<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=155320&indice=1&totalRegistros=4>>. Acesso em: 06 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas do Estado do Paraná (Tribunal Pleno). *Acórdão nº 3760/2015*. Relator: Conselheiro José Durval Mattos do Amaral, 13 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2015/8/pdf/00281337.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

POSNER, Richard Allen. What Has Pragmatism to Offer Law? *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 63, 1990.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (Segunda Câmara). *Acórdão nº TC-000217/017/10*. Relator: Conselheiro Robson Marinho, 17 de abril de 2012. Disponível em: <[https://www2.tce.sp.gov.br/arqs\\_juri/pdf/173789.pdf](https://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/173789.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2016.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, Derechos, Justicia. Madrid: Editorial Trotta, 2011.





# ÁREAS PRIVADAS DE INTERESSE PÚBLICO: USOS DISTINTOS DE ESPAÇOS URBANOS NA ATUALIDADE E A INTERVENÇÃO SOCIAL DO ESTADO

**Classificado em Segundo Lugar no Concurso de Artigos Jurídicos do  
XXX Congresso do IBDA**

**JESUS PACHECO SIMÕES<sup>1</sup>**

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Questões preliminares: por que o shopping center, o que foi o evento e a reação dos empreendimentos; 3. Os fundamentos jurídicos utilizados pelo judiciário; 2.1 Fundamentos utilizados – Deferimento da liminar; 2.2 Fundamentos utilizados – Indeferimento da liminar; 4. Comparativo dos pontos utilizados pelo judiciário nos casos averiguados e outras controvérsias suscitadas; 5. Nova conceituação dos bens no Direito Administrativo e a intervenção estatal na questão - o papel da Administração Pública; 5.1 Bens públicos no Código Civil atual – crítica; 5.2 Bens de uso comum do povo – situação similar; 5.3 Cidadão e o consumidor – administração pública e a “camarotização” do espaço urbano; 6 Conclusão; Referências.

**Resumo:** O presente estudo busca verificar a defasagem do conceito de bens no direito brasileiro, em especial com relação às áreas privadas de interesse público. Visando investigar esse quadro foi analisado o “caso rolezinho”, de modo a compreender como tais ocorrências colocaram em debate a utilização e definição de bens e a interpretação dada pela apreciação do judiciário na situação, que, para além de um sopesamento entre direitos, desvela necessária redefinição de bens privados e bens públicos. De início, é delineado um breve contexto da escolha do Shopping Center e do que foi o “rolezinho” – como ficou conhecido o encontro de jovens da periferia – buscando compreender, de modo geral, como e onde tal evento se sucede, em conjunto com a atualidade do tema. Para avaliar a situação, foram verificadas as liminares expedidas em primeira instância pelo Poder Judiciário da Comarca de São Paulo/SP e do Poder Judiciário do Rio de Janeiro/RJ, publicadas dentre as datas de 09 de dezembro de 2013 a 09 de abril de 2014, momento no qual os “rolezinhos” foram mais frequentes. Com todos os dados obtidos é feita uma comparação

---

<sup>1</sup> Mestrando na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP. Advogado

entre os julgados, destacando-se os motivos para deferimento e indeferimento das liminares, sendo realizada, ainda, uma comparação dos dados obtidos e das informações encontradas, levando à conclusão na qual são expostas críticas à atual conceituação de bens públicos, uma breve comparação com os bens de uso comum do povo e apresentados pontos que referendam a necessária mudança conceitual pela complexidade e atualidade do tema.

**Palavras-chave:** bens públicos; uso comum do povo; áreas privadas de interesse público; shopping center; rolezinho.

## 1. Introdução

O conceito de “bens” no direito brasileiro é marcado pela dicotomia estabelecida pelo Código Civil Brasileiro<sup>2</sup> entre Bens Privados e Bens Públicos. Estes últimos são, ainda, subdivididos em uma escala tripartite, sendo classificados em bens ‘de uso comum do povo’, ‘de uso especial’ e ‘dominicais’.

Vê-se que a separação é fundamentada inicialmente de maneira subjetiva, pela titularidade (distinguindo entre privado e público) e, em seguida, de maneira objetiva, pela afetação jurídica (expressa ou tácita), a fim de categorizar os tipos de bens públicos.<sup>3</sup>

No entanto, se faz necessário refletir se tal posicionamento se coaduna com o papel que o particular tem assumido na sociedade, pela sua crescente participação na execução de serviços públicos, por meio de concessões, parcerias público-privadas, organizações não governamentais, dentre inúmeros outros instrumentos.

Nesse contexto, que surge principalmente após as reformas na administração pública ocorridas nos anos 90, o Estado deixa de ser o único ator em relação ao acesso dos cidadãos aos direitos fundamentais, situação que rompe a clássica visão do papel da Constituição como ‘contrato social’, protetor do cidadão frente ao Estado, assim como ocorria com os princípios da administração pública.

Ocorre, uma incursão do poder privado em esferas anteriormente restritas às atividades estatais, sendo utilizados tanto bens públicos (uso de bem público pelo particular), quanto bens privados para a consecução da atuação na esfera pública, regalando a tais entes significativa função social, fazendo surgir situações de poder que antes eram exclusivas do Estado e, portanto, em desequilíbrio com outros “players” sociais causando distorções entre os particulares.

Para ilustrar a tese em tela, trazemos um caso que surgiu à público especialmente nos anos de 2013 e 2014, o “Rolezinho” – como foi popularizado o encontro de jovens da periferia, geralmente realizado em Shopping Centers – que à época fomentou inúmeras discussões caras à sociedade e ao mundo jurídico, sobretudo quanto ao uso dos

<sup>2</sup> Vide artigos 98 e 99 do CC.

<sup>3</sup> MARRARA, Thiago. *Bens públicos: domínio urbano: infra-estruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 66.

espaços urbanos, ademais de debates sobre racismo, separações sociais, consumismo, modismos, lazer e juventude, especialmente a periférica.

A situação logo foi levada aos tribunais, pela característica do uso público de bens privados, requisitando um posicionamento judicial acerca da controvertida questão.

Neste trabalho, sem prejuízo de outras perspectivas de análise jurídica, objetiva-se demonstrar a partir da análise de julgados selecionados sobre o evento, que a questão diz respeito, fundamentalmente, à desatualização do conceito de bens e à necessária reflexão acerca das novas formas de se caracterizar o regime jurídico do uso de espaços privados pelo público.

Em qual medida os shoppings e outros empreendimentos similares se submetem à mera concepção jurídica tradicional da propriedade privada? Como o Judiciário enxergou esses bens e quais argumentos e institutos foram empregados nos litígios analisados sobre o assunto? Existe uma “publicização” ou “administrativização” do regime de bens privados verificados?

Para a realização da pesquisa empírica mediante a análise de julgados, foi delimitada a busca pelos dados de duas grandes cidades do país – nas quais há ocorrência do “Rolezinho” – sendo verificadas as liminares expedidas em primeira instância pelo Poder Judiciário de São Paulo/SP e do Poder Judiciário do Rio de Janeiro/RJ, publicadas dentre as datas de 09 de dezembro de 2013 a 09 de abril de 2014, sendo selecionadas tais localidades por serem as maiores capitais brasileiras, e centros de ocorrência dos “rolezinhos”.

Os julgados foram selecionados por meio de busca dos termos relativos ao evento no Diário Oficial do Estado de São Paulo, sendo procurados tanto como nome das partes quanto no conteúdo do processo. Os resultados brutos obtidos consideram a pesquisa por todas as comarcas, sendo posteriormente selecionada a comarca da capital.

Foi utilizada também a ferramenta de busca avançada do Diário da Justiça Eletrônico, sendo selecionado o “caderno 3 – judicial – 1ª instância – capital” como forma de pesquisa complementar.

No Rio de Janeiro a ferramenta utilizada foi a de busca do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sendo os termos buscados por nome das partes. Os resultados primários obtidos consideram a pesquisa por todas as comarcas, sendo posteriormente selecionados os relativos à comarca da capital e às comarcas regionais localizadas na capital.

A pesquisa direta pelo Diário Oficial restou impossibilitada dada a dificuldade de acesso, visto que não estão digitalizados de maneira a permitir a pesquisa por termos no D.O. antes de março de 2015, sendo utilizado como auxiliar o site “Jusbrasil” na seção “Diários” – especificamente o Diário de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Os termos de busca foram selecionados tendo como base vocábulo “Rolezinho”, principal denominação utilizada, partindo para suas variações possíveis. Também foram selecionados outros termos encontrados ao longo da pesquisa, como “Movimento”.

A limitação temporal escolhida visa abarcar a primeira liminar concedida pela justiça a um shopping, com objetivo de impedir a ocorrência de um “rolezinho”, até aquelas analisadas nos meses imediatamente posteriores. A opção pelas liminares, por sua vez, busca desvelar a opção inicial do judiciário, em análise sumária do tema.

Seguidamente, serão analisados os resultados obtidos frente o papel da administração pública contemporânea, levando em conta o contexto encontrado e apresentado no trabalho, a fim de que seja sopesado com o conteúdo extraído das decisões comentadas.

## **2. Questões preliminares: por que o shopping center, o que foi o evento e a reação dos empreendimentos**

A partir de dados encontrados no portal da Associação Brasileira de Lojistas de Shopping (ALSHOP), verifica-se que 60% dos usuários do local tinham como finalidade intenções diversas de ‘meramente’ realizar compras,<sup>4</sup> assim sendo, tal espaço foi utilizado para acesso a lazer, serviços, restaurantes e mesmo passear, sem finalidade específica.

O shopping acaba sendo a escolha óbvia para o grupo, não apenas por ser hodiernamente um local comum de encontro, mas também por oferecer uma série de vantagens que não são encontrados em outros locais públicos, como segurança, limpeza, comodidade e conforto,<sup>5</sup> o que atrai a população em geral.

Nesse sentido, Valquíria Padilha, em trabalho dedicado a explorar a centralidade do Shopping Center na sociedade brasileira, aponta que os empreendimentos redesenham cidades e praças, que reproduzidas em seu ambiente são limpas, higienizadas, modernas, práticas e seguras, tornando-se mais que um centro de compras e sim um verdadeiro centro de lazer.<sup>6</sup>

Ainda salienta que a disponibilidade do local para usos diversos é intrínseca à própria forma de atração para o consumo, incluindo séries de atividades e eventos, muitos de forma gratuita, além de serviços de uso geral e mesmo públicos, como secretarias, sedes e subsedes, postos de atendimento dos mais diversos órgãos, pela própria localização e livre acesso.

Em cidades com cada vez menos opções de lazer, não há de se estranhar o quão atrativo é o empreendimento, ainda mais entre os jovens.

<sup>4</sup> INDÚSTRIA de Shoppings no Brasil. Disponível em: <<http://www.alshop.com.br/industria-de-shoppings-no-brasil.php>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

<sup>5</sup> Para ilustrar, a reportagem mostra como a presença em tais empreendimentos sobe no verão, mesmo em uma cidade como o Rio de Janeiro, famosa pelas praias, pela simples existência do ar-condicionado em tal local. SHOPPING vira oásis refrigerado no calorão. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2015-01-14/shopping-vira-oasis-refrigerado-no-calorao.html>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

<sup>6</sup> PADILHA, Valquíria. *Shopping center: a catedral das mercadorias*. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 26.

O “rolezinho”, por sua vez, pode ser identificado como o encontro de jovens, geralmente da periferia, com o intuito de conhecer outros com as mesmas preferências, “paquerar” e se divertir. Tais encontros são marcados por meio das redes sociais, mais notadamente eventos nas redes sociais como o “Facebook” e conversas por aplicativos como “WhatsApp”, não sendo um grupo organizado ou fixo, sem lideranças, à exceção de alguns ícones internos, podendo ser marcado por qualquer um.

O gosto musical da maioria dos jovens envolvidos no evento é o “Funk Ostentação”, que em suas letras faz apologia ao uso de roupas de marcas famosas, automóveis e motocicletas de luxo, bebidas alcoólicas de valor elevado, basicamente objetos e produtos que são, de modo geral, ligados a uma vida de alto padrão.

Tendo em vista que o shopping center é tido como “centro de lazer” pela população e que a principal influência dos participantes seja o “Funk Ostentação”, que é fortemente baseado no consumo como forma de coesão e identificação de si como parte de um coletivo, não é de se estranhar que o empreendimento seja visto como um local natural de seu cotidiano; no qual se localizam as lojas que possuem seus objetos de desejo ao mesmo tempo que é de livre acesso e com todas as comodidades que uma rua ou uma praça não possuem.

Com o crescimento do número de jovens interessados na proposta do encontro, os eventos atingiram índices crescentes<sup>7</sup> de participação, iniciando a ocorrência de diversos tumultos e, por vezes, cenas de violência,<sup>8</sup> em especial pelas tentativas de repressão policial, deixando clientes, lojistas e “rolezeiros” apreensivos. O primeiro grande destaque na mídia nacional ocorreu no dia 08 de dezembro de 2013 quando, no Shopping Metro Itaquera (localizado na periferia de São Paulo), cerca de seis mil pessoas compareceram a um evento marcado para ocorrer no estacionamento do estabelecimento.

A partir do evento supracitado, diversos outros foram marcados, tanto na cidade de São Paulo, quanto em outras cidades, gerando controvérsia entre lojistas, população, participantes e polícia. A incompreensão do acontecimento, tanto no momento quanto posteriormente, tomou não só os envolvidos, como o sistema judiciário brasileiro.

### **3. Os fundamentos jurídicos utilizados pelo judiciário**

Os empreendimentos mobilizaram seu setor jurídico, iniciando uma série de ações na justiça, que visavam conter a movimentação de jovens. O instrumento utilizado foi o “Interdito Proibitório”, com pedido de tutela antecipada.

<sup>7</sup> Para um rápido panorama do crescimento e avanço dos rolezinhos recomenda-se resumo das ocorrências realizado pelo portal G1: CONHEÇA a história dos ‘rolezinhos’ em São Paulo. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/01/conheca-historia-dos-rolezinhos-em-sao-paulo.html>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

<sup>8</sup> Idem. “No sábado (11), a Polícia Militar utilizou bombas de gás lacrimogêneo e balas de borracha para dispersar os participantes.”.

O processo “4004450-43.2013.8.26.0007”, iniciado pelo “Consórcio Shopping Metro Itaquera”, foi o primeiro nas cidades observadas a obter a apreciação do pedido pelo judiciário e o deferimento de seu pedido liminar, na data de 13 de dezembro de 2013, alegando como argumento básico a necessidade da manutenção da posse mansa e pacífica do empreendimento.

No Rio de Janeiro, as ações iniciaram em 15 de janeiro do mesmo ano, sendo a ação movida pela “CIMA Empreendimentos do Brasil”, administradora do Shopping Tijuca contra o “Rolezinho no Shopping Tijuca”, processo de número “0013540-25.2014.8.19.0001” no TJ-RJ. Tal ação teve o pedido de liminar indeferido no dia 16 de janeiro, apresentando, portanto, resultado completamente distinto, ao menos em seu início, do verificado na cidade de São Paulo.

Essa diferença inicial foi um dos motivadores para a realização de uma comparação as localidades, buscando-se extrair os argumentos que, em situações similares, levassem a respostas judiciais extremadas.

Ao todo foram encontradas 557 menções ao termo “rolezinho” e derivados, sendo selecionados 28 julgados para análise, relativos às capitais, e descartados os que apresentassem resultados de outras comarcas e outros usos dos termos de busca.

**TABELA 1 – RESULTADO TOTAL ENCONTRADO NOS ESTADO DE SÃO PAULO E RIO DE JANEIRO**

Resultados totais – Estado de São Paulo e Estado do Rio de Janeiro	Número bruto de resultados encontrados	Número de processos selecionados
Sub total – São Paulo	328	21
Sub total – Rio de Janeiro	229	07
<b>TOTAL</b>	<b>557</b>	<b>28</b>

FONTE: Elaboração do autor, 2015.

## 2.1 Fundamentos utilizados – Deferimento da liminar

Dos 21 casos selecionados em São Paulo, 13 casos foram de deferimento total ou parcial, sendo possível obter uma clara definição do que foi considerado pelos juízos que se inclinaram por tal visão, enquanto no Rio de Janeiro dos 07 casos selecionados, 03 casos foram deferidos totalmente e 01 parcialmente.

Encontra-se aceito como pressuposto ou referendado pelo juízo que a violência seria inerente ao “rolezinho”, como verificamos no caso ocorrido no Shopping Center Norte “Referidas manifestações associativas não demonstraram fins pacíficos, bem como ter fim lícito. Logo, desamparadas pelas normas protetivas

da Carta Magna de 1988”,<sup>9</sup> demonstrando que há uma argumentação voltada para a consideração do “rolezinho” como uma “manifestação” de violência intrínseca a sua existência, de maneira a caracterizar a ameaça à posse dos autores e também ferindo o direito a livre manifestação, que só poderá ocorrer quando de maneira pacífica e com aviso prévio.

Ademais, foi apontado que os shoppings são prédios privados, devendo-se garantir o direito de propriedade, assim tido como direito real oponível *erga omnes*, coibindo-se a ação de possíveis manifestantes que pretendam causar desordem pública, facilitando a prática de atos de depredação, bem como a ocorrência de furtos de bens, violando o direito de lojistas, ou seja, são apontados fatores privados e públicos, pois os atos não apenas feririam o domínio privado, como também a Segurança pública/Ordem Social/Paz Pública, sendo referida à necessidade da atuação estatal inexcusável para garanti-las, com fundamentação no Artigo 144 da CRFB.

Também foi considerado como “padrão” o grande fluxo de pessoas, baseado especialmente como destaque obtido pelo “rolezinho” em reportagens da imprensa e pelos maiores eventos ocorridos, restando configuradas as razões básicas para a ameaça à posse do autor, quais sejam, a violência, o grande número de pessoas e a vontade de adentrar o local escolhido, ferindo o direito de locomoção dos demais usuários e funcionários, por meio de reunião convocada sem prévio aviso.

Quanto aos funcionários e administradores dos empreendimentos, preocupou o óbice ao direito ao trabalho e à livre iniciativa que o evento poderia causar.

Destaca-se também a observância da justiça carioca em relação à presença de crianças e adolescentes nos “rolezinhos”, inclusive de maneira a proibir a entrada de menores desacompanhados, frente à suposta violência no evento.

Vale também comentar que, de modo geral, foram utilizados outros julgados de forma a respaldar a decisão judicial, além das notícias midiáticas, amplamente utilizadas para fundamentar o argumento da violência tanto pelos autores quanto pelo juízo.

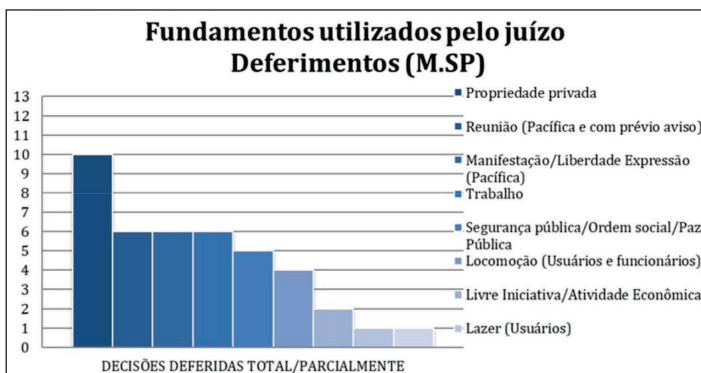
Em todos os casos são deslocados oficiais de justiça para cumprimento do mandado e citação dos réus, além da polícia militar, a fim de garantir não apenas a proteção da propriedade dos requerentes, mas também novamente sob o fundamento que a situação provocaria desordem pública e, sendo local de acesso irrestrito, se faria necessária a atuação estatal.

Dessa forma, verificamos que tais direitos foram privilegiados pelo juízo quando do deferimento.

---

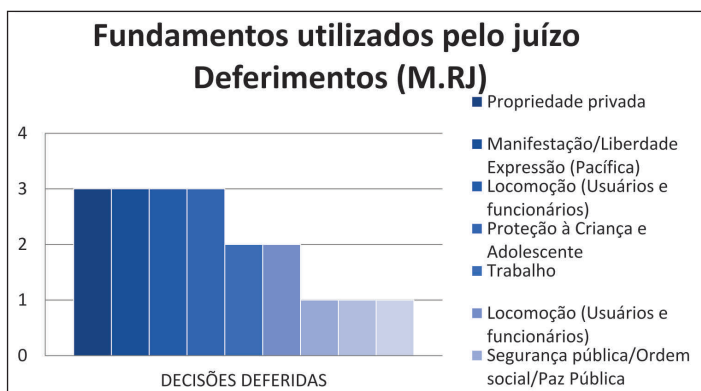
<sup>9</sup> TJSP. 4ª Vara Civil – Foro Regional de Santana. Processo 1000935-35.2014.8.26.0001, Center Norte S/A Construção Empreendimentos Administração e Participação contra Role Shopping Center Norte, Organizadores E Aderentes. 14/01/2014. p. 185

**FIGURA 1 – FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELO JUÍZO: DEFERIMENTOS M.SP**



FONTE: Elaboração do autor, 2015.

**FIGURA 2 – FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELO JUÍZO: DEFERIMENTOS M.RJ**



FONTE: Elaboração do autor, 2015.

Vê-se que a propriedade privada é um dos principais pontos para embasar os deferimentos, porém o é em conjunto com o sopesamento de direitos fundamentais, sendo inclusive considerado o direito ao lazer dos demais que gostariam de desfrutar do local.

Dessa forma, podemos notar a complexidade do espaço abordado. A propriedade é privada, portanto, tem seu uso controlado pelo particular; no entanto, é espaço de congregação público, sendo protegido pelo dever de manutenção da ordem social do Estado. É também local no qual é possível se manifestar e reunir, desde que com prévio aviso. É reconhecido, inclusive, que o óbice à entrada de pessoas pode gerar impedimento no direito de livre locomoção, lazer e mais: pode até mesmo obstar o direito ao trabalho e a livre iniciativa. São características conflitantes para um bem definido como privado em nosso ordenamento pátrio.



## 2.2 Fundamentos utilizados – Indeferimento da liminar

Dos 21 casos selecionados em São Paulo, 08 casos foram de indeferimento total ou parcial, enquanto no Rio de Janeiro dos 07 casos selecionados, 03 casos foram indeferidos.

Nos oito casos de indeferimento da liminar, encontramos que, inicialmente, é afastada a noção geral do “rolezinho” como um evento necessariamente violento, da mesma maneira, não restou claro para os juízes e juízas que os “rolezeiros” teriam como objetivo a prática de crimes de qualquer natureza, sendo que, se eles ocorressem, deveriam ser reportados como incidentes isolados.

Destaca-se a decisão relativa ao processo, de autoria da ALSHOP,<sup>10</sup> no qual o juízo, muito embora entenda que o direito à livre manifestação e o de reunião dos participantes não se sobreponham aos dos demais, não encontrou na inicial finalidade ilícita do “encontro”, destacando os dizeres na “convocação” do evento nas redes sociais, que a finalidade do “rolezinho” programado no Shopping Aricanduva era, “tirar muita foto cantar uns funk e zoar” (sic/fls.48), “sem roubar, saquear, brigar, bagunçar ou agredir ninguém vamos esta fazendo o nosso na maior alegria causando brilhando” (sic/fls.51),<sup>11</sup> sendo destacada a impossibilidade de se prever que ações ilícitas ocorreriam, de modo a impossibilitar a ação judicial prévia ao fato.

A questão do estabelecimento como local aberto ao público foi trabalhada diretamente em metade dos casos encontrados, sendo inclusive destacado que os jovens que participam do “rolezinho” são, comumente, os próprios usuários do empreendimento, de forma a não ser possível a aplicação do entendimento de que tais locais são “apenas” particulares.

O ponto é mais bem compreendido analisando a consequência da proibição do evento pelo juízo, pois a situação acarretaria no necessário impedimento à entrada dos “rolezeiros”; porém, como identificá-los? Não foi vislumbrada forma concreta de identificação que não fosse discricionária e causasse constrangimento ilegal (situação que foi vivenciada em casos nos quais houve deferimento).

Foi também destacado que não existiria forma de se proferir decisão que proibisse ações que, de plano, já são consideradas ilícitas pelo ordenamento, como pedido pelos requerentes em todos os casos. Ademais, foi considerado que os próprios administradores poderiam realizar sua proteção por meio de reforços

<sup>10</sup> TJSP. 45ª Vara Civil – Foro Central Civil. Processo 1006054-68.2014.8.26.0100, Associação Brasileira De Lojistas De Shopping – ALSHOP contra Mc Doug Kamikaze – Terceiro Interessado: Prefeitura Municipal De São Paulo. 22/01/2014.

<sup>11</sup> TJSP. 45ª Vara Civil – Foro Central Civil. Processo 1006054-68.2014.8.26.0100, Associação Brasileira De Lojistas De Shopping – ALSHOP contra Mc Doug Kamikaze – Terceiro Interessado: Prefeitura Municipal De São Paulo. 22/01/2014., p. 143.

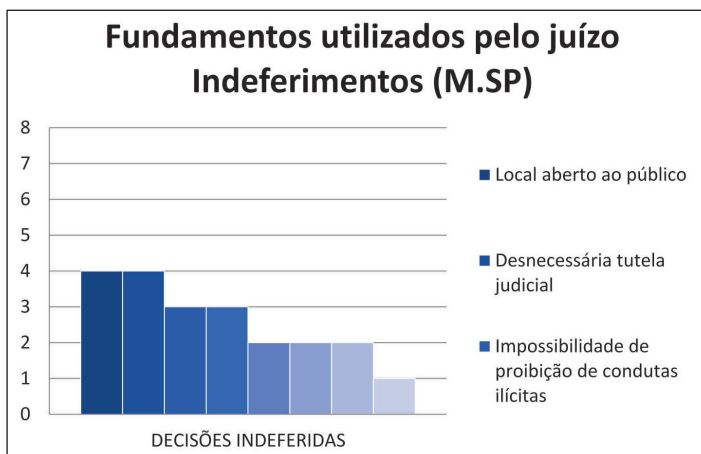
na segurança. Em relação a esse ponto, inicialmente foi autorizada a presença policial, mediante ofício ao Comando Militar, o que passou a não ser concedido nas últimas decisões.

Foi verificada, também, a defesa de que o evento deve ser protegido pelo direito de reunião e também de livre manifestação, considerando-se que o local é aberto ao público e que sendo evento de finalidade pacífica, não existe substrato para sua proibição, havendo de se considerar que os participantes devem ter garantido o direito de locomoção.

Em relação à argumentação relativa à proteção aos jovens, esta restou afastada, sendo destacada a vedação expressa do art. 149, §2º do ECA quanto a determinações de caráter geral, tais como a pleiteada nessa ação, sendo apontada a provocação direta à Vara da Infância e Juventude caso seja verificado algum abuso realizado pelos ou contra os menores presentes.

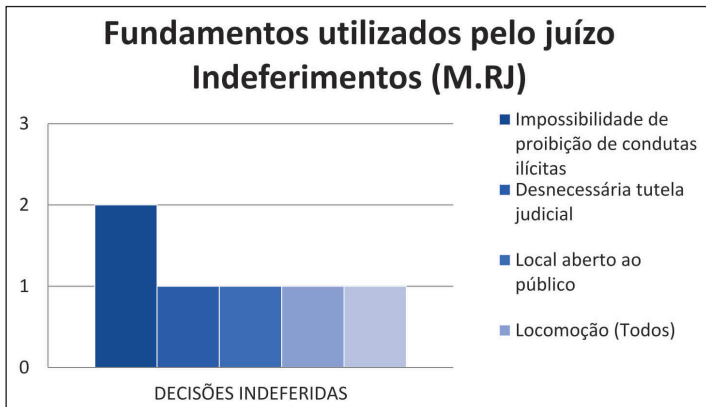
Em relação à mídia, há que se pontuar o uso para referendar que a ausência de notícias em relação ao “rolezinho” nos últimos eventos ocorridos em alguns estabelecimentos demonstra que ele não passa de reunião de jovens, sem qualquer finalidade criminosa, logo provando que o evento não é compatível com a situação de violência intrínseca aludida em algumas exordiais.

**FIGURA 3 – FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELO JUÍZO: INDEFERIMENTOS M.SP**



**FONTE:** Elaboração do autor, 2015

**FIGURA 4 – FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELO JUÍZO: INDEFERIMENTOS M.RJ**



**FONTE:** Elaboração do autor, 2015

Finalmente, verifica-se uma interessante tendência: os últimos dois processos ocorridos em São Paulo e em dois casos no Rio de Janeiro, que tiveram como argumentação que a escolha do interdito proibitório em si foi equivocada, não sendo vislumbrado o interesse na proteção da posse, mas na proteção a possíveis ilícitos penais que poderiam ser verificados pontualmente pela força policial, não sendo necessária intervenção judicial preliminarmente.

Novamente, há que se confrontarem os pontos que exibem a controvérsia de tal estabelecimento. O Shopping é um local efetivamente aberto ao público, porém, não deixa de ser de propriedade privada. Há o direito de livre locomoção, mas certamente não o é em qualquer horário ou qualquer dia. Também é possível reunir-se e desfrutar do ambiente, mas não sem observar o direito dos demais em também desfrutá-lo.

#### **4. Comparativo dos pontos utilizados pelo judiciário nos casos averiguados e outras controvérsias suscitadas**

O ponto central da análise surge quando verificamos que há uma latente incongruência na definição do espaço do Shopping Center no ordenamento. Ora é considerado como domínio plenamente privado, ora é visto como domínio de uso público, sendo afastadas algumas prerrogativas do proprietário.

O uso do espaço privado pelo público transparece pelo próprio sopesamento de direitos realizado pelos tribunais verificados, com a proteção à propriedade privada sendo discutida em conjunto com a livre circulação de pessoas em ambientes abertos ao público, além do direito à livre manifestação e reunião.

Como visto na análise dos embasamentos para as decisões liminares, encontramos situações contraditórias, como o domínio sobre a propriedade contra a livre manifestação, desde que pacífica. Ora, se a mesma fosse pacífica, seria permitida no espaço? Mesmo nos casos nos quais há o deferimento dos pedidos liminares, encontramos dentre os motivos a suposta violência do evento e mesmo a ausência de aviso prévio sobre o encontro.

Ou seja, é notável nos casos que há um entendimento do espaço do Shopping Center como um local de livre acesso, sendo enfrentada a questão da livre circulação em equilíbrio com o direito ao trabalho (especialmente dos lojistas) e mesmo o direito ao lazer, dos demais visitantes, que seriam turbados pelo evento.

A questão que segue e que nos é central é basicamente a complexidade que a situação fática do bem particular em tela apresenta, não permitindo uma decisão totalmente dentro do padrão dicotômico “público X privado”, que é costumeira no que se refere aos bens.

Outra importante ponderação salientada pelos que indeferiram os pedidos liminares se perfaz na dificuldade em identificar os “rolezeiros”. Afinal, como apontar quais seriam os participantes, sem incorrer em uma verificação enviesada, realizada com base na aparência?

Ademais, como poderia a administração pública atuar de modo a realizar a proteção desses empreendimentos, deslocando pessoal para aguardar a realização (ou não) do evento, tendo em vista que os membros da força policial poderiam realizar rondas de maior urgência?

Admitindo-se que deveria ocorrer o aviso prévio também se entende, em sentido contrário, que tal notificação tornaria – para alguns magistrados – o evento “regular”. Assim, também poderíamos depreender que o Shopping tem configuração de espaço público, apesar de ser claramente um local privado.

Ainda em relação à restrição do acesso a Shopping Centers e outros estabelecimentos correlacionados, surgiram em alguns casos (sendo mais notado no juízo carioca) a restrição relacionada aos jovens menores de dezoito anos, valendo-se de uma construção duvidosa acerca da proteção à criança e ao adolescente, restringindo sua locomoção sob a alegação que assim estariam sendo protegidos.

Muito embora no caso do “rolezinho” tal embasamento tenha, de certa forma, passado “ao largo” das alegações principais (relativas à propriedade privada e ao sopesamento de direitos fundamentais de livre manifestação, reunião, trabalho e iniciativa econômica), acabou retomada no início de 2015, no interior paulista, especialmente na cidade de Franca e Ribeirão Preto.

Nas cidades mencionadas, a Vara da Infância e Juventude local proibiu o acesso de menores desacompanhados (variando em relação às idades para tal proibição), sob alegação de proteção aos menores<sup>12</sup> No entanto, estariam os jovens

<sup>12</sup> Em relação ao caso específico da cidade de Ribeirão Preto vale a leitura do “Dossiê Rolezinhos”, elaborado

mais seguros no espaço público, como uma rua, ou em um espaço privado, como o Shopping Center?

A limitação questiona o próprio Poder de Polícia estatal e sua atuação. A questão foi trazida pelos requerentes como caso de segurança pública, sendo que esta é de exclusividade do Estado e não pode ser delegada.

Levanta-se a questão dos limites à necessária intervenção, tanto pelo fato de que, a grande maioria dos “rolezinhos” não ocorreu, sendo que a simples presença da força policial teria inibido o evento, porém o emprego desses e de seus equipamentos causa grande prejuízo para a coletividade, situação que não pode ser olvidada, haja vista a possibilidade do resultado ser obtido com o emprego de seguranças particulares ou mesmo pela composição entre as partes.

Nesse sentido, não se pode esquecer do gasto público despendido, tanto diretamente, com o dispêndio das forças de segurança na proteção dos ambientes privados, mas também indiretamente, com o próprio custo das ações judiciais, tanto financeiro quanto temporal, pelo próprio número já exacerbado de processos que entram no sistema judiciário (já ultrapassando a marca dos 100 milhões, de acordo com dados divulgados pelo CNJ).<sup>13</sup>

Ainda, **é importante** salientar que a esmagadora maioria dos casos resultou em sentenças extintivas, sem resolução de mérito, não ocorrendo a triangulação processual na grande maioria dos casos, destacando-se nos últimos julgados observados em São Paulo, nesta pesquisa, a própria lide, a causa de pedir, foi considerada turva.

## **5. Nova conceituação dos bens no Direito Administrativo e a intervenção estatal na questão – o papel da Administração Pública**

Antes de atingir a conclusão deste trabalho, é mister relacionar o caso em análise, à conceituação de bens no direito administrativo e às novas formas em que a administração pública atua para garantir os direitos do administrado.

Quanto à necessária atuação administrativa, encontra-se na tese de doutorado de Daniel Hachem<sup>14</sup> interessante colocação sobre tal ponto, defendendo uma “constitucionalização do direito administrativo”, por ser este a concretização do direito constitucional, devendo refletir a programática política inscrita na Carta Constitucional

---

pelo Núcleo de Assessoria Jurídica Popular de Ribeirão Preto (NAJURP) da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

<sup>13</sup> Para mais informações acerca do número de processos em tramitação no país recomenda-se a matéria realizada pelo site Conjur sobre o tema. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>>. Acesso em: 15 set. 2015.

<sup>14</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais e sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 614f. Tese (Doutorado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

brasileira, operacionalizando-a. Cita inclusive o parco debate acerca dos malefícios da omissão da administrativa em sua própria atuação política.

A mudança é reforçada, ainda, por outros autores, como Gilberto Bercovici<sup>15</sup> e Eros Grau,<sup>16</sup> que entendem necessária visão do direito administrativo como voltado para a regulação social, efetivando a Constituição Federal e não preso à dicotomia Estado-Particular, atuando de maneira a atingir objetivos constitucionais transformadores.

Vê-se tendência clara no sentido de privilegiar também os direitos fundamentais frente ao direito privado, mesmo nas relações entre particulares, entendimento crescente com a chamada “constitucionalização” do direito pátrio e também pela prevalência do entendimento de que os direitos fundamentais têm eficácia imediata e direta em tais relações.

### 5.1 Bens públicos no Código Civil atual – crítica

Como visto pelo caso concreto, a divisão de bens existente em nosso Código Civil (baseada, por sua vez, no Diploma de 1916) está desatualizada. Não é possível abarcar corretamente empreendimentos particulares abertos ao público pelo entendimento de que um bem privado é dependente dos desígnios exclusivos de seu proprietário. Esse entendimento não coaduna com a visão moderna da propriedade privada, fortemente alicerçada na constitucionalização do direito brasileiro.

Seguindo o tom crítico, encontramos diversos estudiosos no direito administrativo,<sup>17</sup> como Thiago Marrara<sup>18</sup> e Floriano de Azevedo,<sup>19</sup> que apontam (muito embora com abordagens distintas) pela insuficiência do estabelecido pelo Código Civil em corretamente abarcar situações contemporâneas, de maneira cada vez mais frequente ultrapassam as fronteiras entre público e privado.

Interessante verificar em relação à caracterização dos bens públicos a “escala de dominialidade”, proposta por Thiago Marrara<sup>20</sup> em revisão de sua tese de doutorado de

<sup>15</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>16</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>17</sup> Na área de direito civil também são encontradas diversas críticas a definição de bens públicos através do Código Civil, como apontado por Eduardo Oliveira, o diploma não seria o correto para conceituar, pois tal matéria é relativa a direito público, opinião partilhada por Caio Mário da Silva Pereira e afastada na exposição de motivos do Anteprojeto de Código Civil, por Miguel Reale. OLIVEIRA, Eduardo Andrade Ribeiro de; TEIXEIRA, Sálvio De Figueiredo (Orgs.). *Comentários ao novo Código Civil: dos bens, dos fatos jurídicos, do negócio jurídico, disposições gerais, da representação, da condição, do termo e do encargo*, volume II: (arts. 79 a 137). v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

<sup>18</sup> MARRARA, Thiago. *Bens públicos: domínio urbano: infra-estruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

<sup>19</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica dos bens públicos. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

<sup>20</sup> MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano; DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella (Org.). *Tratado de direito administrativo:*

2007, a qual se baseia em dois pressupostos básicos: que nem todos os bens públicos estão abarcados pelo regime publicístico puro e que, por outro lado, nem todos os bens privados estão imunes à incidência de um regime publicístico que o afaste do regime privado natural.

Levando em conta a função e titularidade do bem, a escala apresenta cinco diferenciações, desde o domínio público estatal (de propriedade estatal e regime jurídico publicístico), o domínio público impróprio (propriedade privada e regime híbrido entre privado e público, com predominância da lógica pública), domínio público não afetado (de propriedade de pessoas jurídicas de direito público, com regime público flexível), domínio privado estatal (propriedade estatal e regime jurídico privado com derrogações de direito público) e o domínio privado não estatal (propriedade particular e regime jurídico essencialmente privado, com mitigações em relação às restrições estatais à propriedade).

Destaca-se que em todos incide a função social da propriedade, além de outras funções sociais específicas e (quando cabível) relativas aos domínios públicos e aos bens públicos.

Assim, é possível verificar que ocorre, em relação aos bens públicos e privados, uma grande defasagem acerca de sua divisão e definição, muito embora a doutrina tenha se empenhado em encontrar novos paradigmas. Ainda, o bem privado de uso público não parece se enquadrar facilmente na questão, sendo necessário aprofundar o contexto envolvido no seu enquadramento e possível regulação.

## 5.2 Bens de uso comum do povo – situação similar

Podemos encontrar dentre os chamados ‘bens de uso comum do povo’, uma aproximação interessante ao quadro que encontramos nos bens privados de interesse público, especialmente quanto a uma característica, qual seja, a separação de sua titularidade em relação ao uso.

Em parecer exarado na década de 70,<sup>21</sup> Buzaid<sup>22</sup> apresenta como o uso acaba por levar, erroneamente, a visão de que o titular de tais bens seria o público, reforçando, no entanto, que o uso comum do povo indica a utilização, indistintamente do bem e não a sua propriedade em si, que permanece do Estado.

No mesmo sentido convergem diversos autores, como Floriano de Azevedo que assevera que “o uso comum, quando afetado a um bem, gera um direito do membro da

---

direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade. v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>21</sup> Muito embora no período um novo Código Civil tenha sido promulgado, em relação aos bens públicos, o CC/02 traz basicamente os mesmos dispositivos presentes no diploma anterior.

<sup>22</sup> BUZOID, Alfredo. Bens públicos de uso comum – conceito. In: DI PIETRO, M. S.; SUNDFELD, C. A. *Ato administrativo, bens públicos e intervenção administrativa na propriedade*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo). Cap. 1, p. 36-37

coletividade a acessar este uso (nada próximo a ser titular do domínio deste bem)”,<sup>23</sup> acrescentando ainda que tal direito seria irrenunciável e coletivo.

Eduardo Oliveira<sup>24</sup> não apenas coaduna com a visão em excerto, como também ressalta que a atuação do poder público se realiza para garantir o uso do bem “sem distinções arbitrárias”.

Nota-se que tanto o uso é garantido a todos (embora alguns autores apresentem distinção acerca de se o uso seria ‘indistinto de todos’ ou ‘poderia ser utilizado por todos’),<sup>25</sup> quanto a propriedade do bem não é abalada pelo uso, cabendo ainda sua proteção, ou seja, não se afasta o direito de polícia, que é utilizado para manter seu caráter comum, garantindo a utilização do bem pela coletividade, seu uso público.

É possível encontrar como suas características principais: seu uso público, indistinto entre os indivíduos ou grupos de indivíduos, sem ser necessária identificação ou mesmo nacionalidade; prescindir de quaisquer tipos de autorização (em sentido estrito) pela administração pública, pois pela própria condição de uso público, dá-se de maneira tácita; pode ser de uso gratuito ou remunerado, devendo-se levar em conta que a onerosidade deve ser aplicada a todos os usuários (salvo gratuidades advindas de ações afirmativas ou outras atuações nesse sentido); podendo (e devendo) ser fiscalizado e protegido, especialmente sendo garantido, com tal proteção, o acesso irrestrito.

Convém apontar que a desnecessidade de qualquer tipo de autorização não exclui regras de utilização e, mesmo, a verificação de sua destinação em relação ao uso indistinto pela coletividade.

Pelas características dos bens de uso comum do povo, que tais facetas são encontradas atualmente não apenas em bens de propriedade do Estado, mas também em diversos outros de propriedade privada, que, no entanto, são abertos à utilização indistinta de qualquer um (ou assim supostamente deveria ser).

Shopping Centers, supermercados, hospitais, museus, restaurantes, parques de diversão, locais históricos e mesmo locais de beleza natural, todos esses dentre inúmeros outros exemplos, que sejam ou estejam dentro de propriedades particulares, se colocados à disponibilização do povo, ainda mais em situações que tal disposição tenha como consequência um benefício, seja direto ou indireto, ao privado, se aproximam em demasia de tal afetação descrita neste tópico.

<sup>23</sup> MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. *O regime jurídico das utilidades públicas função social e exploração econômica dos bens públicos*. 2008. 593f. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 240

<sup>24</sup> OLIVEIRA, Eduardo Andrade Ribeiro de; TEIXEIRA, Sálvio De Figueiredo (Orgs.). *Comentários ao novo Código Civil: dos bens, dos fatos jurídicos, do negócio jurídico, disposições gerais, da representação, da condição, do termo e do encargo*, volume II: (arts. 79 a 137). v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 136

<sup>25</sup> MARRARA, Thiago. *Bens públicos: domínio urbano: infra-estruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 59-60.



É sim de se estranhar que o uso comum, todavia, não seja devidamente consagrado em nosso sistema jurídico e, necessariamente, protegido tanto pelo lado do público como pelo lado do particular.

Interessante verificar, no entanto, que muito embora não seja esmiuçada a devida proteção ao uso, como cidadão, encontra-se proteção relativa ao consumidor (Art. 39, II e IX), sendo tipificado, de maneira a exemplificar, a recusa de atendimento a quem estiver disposto a adquirir produto ou serviço, existindo, portanto, proibições diretas à discriminação de um consumidor; porém, não encontramos a mesma proteção conferida ao indivíduo.

### **5.3 O cidadão e o consumidor – administração pública e a “camarotização” do espaço urbano**

No site da Associação Brasileira de Shopping Centers (Abrasce), até o ano de 2015 era possível encontrar uma interessante apresentação sobre a evolução dos Shoppings, indicando que no período desde a criação da associação, o empreendimento deixou de ser apenas um local no qual as pessoas faziam compras, mas também um espaço de conveniência, encontro, diversão e reunião.

Tal ponto deve ser refletido em conjunto com a noção de que, embora seja necessário preservar ao menos um núcleo central da autonomia privada, não é possível atuar à maneira de que o seja “garantido às custas do desrespeito aos direitos fundamentais.”<sup>26</sup>

Assim, no caso analisado, temos que o sopesamento dos direitos constitucionais, por si, desvela a insuficiência dos conceitos de bens, como exposto anteriormente, mas não só.

A deficiência na entrega de serviços pela administração, inclusive os relativos ao lazer, cria uma diferença notável entre os (teoricamente) iguais. Um cidadão que mora em um bairro periférico, onde não existem parques, teatros e outros locais públicos terá que se deslocar para encontrar seu lazer, devido a flagrante ausência de serviços públicos, o que é notável nesses bairros.

O Shopping Center e outros empreendimentos voltados ao lazer, tocados por particulares, ocupam o espaço deixado pela administração pública e se transformam em locais de gozo público e, nesse sentido, é visto como local para “se estar”, sendo querido pelos “rolezeiros” exatamente por assumir a faceta consumista em seu pleno vigor.

A deficiência no aparato público e prevalência do setor privado acaba por criar um efeito de “camarotização” dos espaços, conceito difundido pelo filósofo americano

<sup>26</sup> SILVA, Virgílio Afonso Da. *A Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 165.

Michael Sandel,<sup>27</sup> no qual o poder de compra acaba separando os cidadãos, sendo os que tem poder financeiro se segregam dos demais por meio das áreas pagas, “VIP”, nas quais usufruem de maiores benefícios.

Assim, os cidadãos que podem pagar utilizam serviços de qualidade, quando os ofertados pela administração pública não o são. Conseqüentemente, ocorre nefasta separação de grupos sociais, que deixam de conviver em escolas, hospitais, transporte e mesmo nas horas de lazer.

Nesse sentido, é estarrecedor o fato ocorrido no Rio de Janeiro, em agosto de 2015,<sup>28</sup> no qual jovens da periferia foram impedidos de ir à praia na zona sul (área nobre), sendo “*recolhidos*” pela polícia militar, sob alegação de medida protetiva, pois estariam em situação de vulnerabilidade, sem dinheiro, documentos e acompanhamento de pais ou responsáveis. Ocorre uma restrição descabida ao acesso de um local público.

Quando a ideia de serviços públicos é aliada à noção de serviço de baixa qualidade, destruimos a noção de bem comum e enfraquecemos os fundamentos da república democrática. O espaço privado de uso público deve ser tomado como mais um espaço de convivência, ao qual todos tenham acesso.

Não é possível olvidar que a identidade maior em um espaço voltado para o consumo é a de consumidor e não a de cidadão, situação que se inverte com o resgate do espaço público empreendido pelo Estado, que cumprindo seu papel como efetivador da Constituição, também atua de modo a resgatar a figura do cidadão frente a do mero consumidor.

## 6. Conclusão

Poderia ser apontada a real necessidade de se refletir em uma nova conceituação dos bens, haja vista a proteção prevista no texto constitucional ao acesso a locais abertos ao público, podendo ser afirmado que tal situação seria mera questão doutrinária, e até mesmo redundante. Há que se refletir na situação fática.

Não apenas os jovens da periferia são impedidos de realizar seu “rolezinho”; babás são obrigadas a utilizar uniformes ou roupas de cor única em clubes para ‘evitar confusão’ com um possível associado;<sup>29</sup> boates e baladas são acusadas de restringir a entrada dos

<sup>27</sup> OLIVEIRA, Samir. Michael Sandel: “Debate sobre Justiça, igualdade social e papel do mercado nas nossas vidas irá melhorar a democracia”. *Sul21*, 2014. Disponível em: <<http://www.sul21.com.br/jornal/michael-sandel-debate-sobre-justica-igualdade-social-e-papel-do-mercado-nas-nossas-vidas-ira-melhorar-a-democracia/>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

<sup>28</sup> DECLERCQ, Marie. A Polícia Militar do Rio de Janeiro Está Impedindo Adolescentes da Periferia de Ir às Praias da Zona Sul. *Vice Brasil*, 2015. Disponível em: <[http://www.vice.com/pt\\_br/read/a-policia-militar-do-rio-de-janeiro-est-impedindo-adolescentes-da-periferia-de-irem-s-praias-da-zona-sul?utm\\_source=vicefbbr](http://www.vice.com/pt_br/read/a-policia-militar-do-rio-de-janeiro-est-impedindo-adolescentes-da-periferia-de-irem-s-praias-da-zona-sul?utm_source=vicefbbr)>. Acesso em: 25 ago. 2015.

<sup>29</sup> BARIFOUSE, Rafael. ‘Uniforme deixa claro que você é serviçal, dá status para a patroa no shopping’, diz ex-babá. *BBC Brasil*, 2015. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150618\\_baba\\_](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150618_baba_)

possíveis clientes pela aparência<sup>30</sup> e mesmo empreendimentos residenciais (no caso, em Nova Iorque), que tem em seu planejamento duas entradas, uma para os apartamentos de alto padrão e outra, em separado, para os moradores de menor poder aquisitivo.<sup>31</sup>

Mostra-se, novamente, não apenas a segregação existente na sociedade, bem como a fragilidade dos direitos fundamentais sendo que mesmo o acesso a locais públicos é obstado, que dirá quando se dá em locais privados.

Esses acontecimentos desvelam o necessário movimento para cobrir incertezas relativas aos direitos de propriedade em relação aos direitos fundamentais dos indivíduos e mesmo da coletividade.

O vácuo deixado se abre para soluções pela via judicial, que não apenas pode deixar de proteger (como visto na grande quantidade de casos em que houve o deferimento das liminares), como até mesmo ocorrerem restrições desmedidas e mesmo inconstitucionais (e, por que não, abusivas, vide o caso de Franca e Ribeirão Preto).

A propriedade privada já sofre limitações. A função social da propriedade, os direitos do consumidor, as disposições da lei de acessibilidade e do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146) são todas normativas que limitam o poder do proprietário sobre seu bem. Tal situação ocorre especialmente e de maneira diferenciada nos espaços privados que o público usufrui.

Se a carta magna em si exaurisse a necessidade de outras normativas específicas para garantir direitos coletivos e individuais, certamente o rol de leis no país seria consideravelmente menor e os movimentos sociais em menor número, se não inexistentes. Claramente, não é a realidade.

O Plano Diretor da capital do estado de São Paulo, por exemplo, prevê a criação de fachadas ativas, convivência de espaços públicos e privados, áreas de fruição pública nos terraços dos edifícios (Art. 23, VIII, “b” e “c”), dispondo sobre o aproveitamento de espaços de livre circulação dentro de terrenos privados (Art. 23, VIII, “b”, “c” e “e”), prevendo inclusive vantagens (Art. 82, I, II e III) enquanto a fruição pública existir e for permanentemente aberta, incentivando a ação.

Conclui-se que as “áreas privadas de uso público”, geram cada vez maiores problemáticas para o meio judicial e seguindo a tendência observada nas últimas décadas, com a crescente influência do setor privado no público tendem a estarem mais presentes em nosso cotidiano.

---

rb\_ss>. Acesso em: 15 ago. 2016.

<sup>30</sup> G1. Casa noturna Villa Mix é investigada pelo MP por discriminação. *G1*, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/08/casa-noturna-villa-mix-e-investigada-pelo-mp-por-discriminacao.html>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

<sup>31</sup> BELLAFANTE, Ginia; MARQUES, Claudio (TRAD.). <http://economia.estadao.com.br/blogs/radar-imobiliario/em-nova-york-predio-tem-entrada-separada-para-moradores-pobres/>. Estado de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/blogs/radar-imobiliario/em-nova-york-predio-tem-entrada-separada-para-moradores-pobres/>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

Tal situação transparece também a omissão da administração pública em refletir e pensar novos espaços urbanos para a sociedade do século XXI, sendo faltosa em relação ao direito constitucional ao lazer (caput art. 6º), também presente no art. 2º, I do Estatuto da Cidade.

A reflexão do meio administrativista na insuficiência do conceito de bens, especialmente àqueles voltados à fruição pública, poderia contribuir para evitar o uso da via judicial ou, ao menos, aclarar os limites e as possibilidades tanto dos usuários quanto dos administradores e proprietários dos espaços, permitindo que grupos sociais conversassem entre si e que atingissem, ao menos, uma relação entre cidadãos em iguais direitos e não entre fornecedores e consumidores.

Quando a administração se omite em incluir os cidadãos em seu próprio espaço, transformam-nos em meros consumidores, simples usuários, afastados de cidadãos de outros substratos sociais, usuários de serviços “camarotizados” em maior ou menor grau, acabando por impedir a própria reflexão política e democrática de apropriar-se do espaço da cidade.

## Referências

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ABDALLA, Carla Caires. *Rolezinho pelo funk ostentação: um retrato da identidade da periferia paulistana*. 2014. 102f. Dissertação (Mestrado) – Escola de administração de empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BUZAID, Alfredo. Bens públicos de uso comum – conceito. In: DI PIETRO, M. S.; SUNDFELD, C. A. *Ato administrativo, bens públicos e intervenção administrativa na propriedade*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo).
- DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coords.). *Estatuto da cidade: comentários à lei federal nº10.257/2001*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- OLIVEIRA FILHO, J. de . Bens públicos de uso comum. DI PIETRO, M. S.; SUNDFELD, C. A. *Ato administrativo, bens públicos e intervenção administrativa na propriedade*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo).
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- Grau, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GUEDES, Vinícius Mancini. *Planejamento urbano e princípio da igualdade*. 2012. 177f. Tese (Doutorado) –

Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais e sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 614f. Tese (Doutorado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

KOMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, v. 732, nº 85, 1996.

LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2015.

LUCCA, Newton de. *Direito do consumidor - teoria geral da relação jurídica de consumo*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica dos bens públicos. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *O regime jurídico das utilidades públicas função social e exploração econômica dos bens públicos*. 2008. 593f. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MARRARA, Thiago. Acessibilidade da infraestrutura urbana - Conceito e análise evolutiva da legislação brasileira a partir da década de 1990. *Revista de direito público da economia: RDPE*, v. 39, nº 10, 2012.

MARRARA, Thiago. *Bens públicos: domínio urbano: infra-estruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Orgs.). *Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade*. v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

OLIVEIRA, Eduardo Andrade Ribeiro de; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Orgs.). *Comentários ao novo Código Civil: dos bens, dos fatos jurídicos, do negócio jurídico, disposições gerais, da representação, da condição, do termo e do encargo, volume II: (arts. 79 a 137)*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Padilha, Valquíria. *Shopping center: a catedral das mercadorias*. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2006.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. 7. ed. São Paul: Edusp, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SEVERI, Fabiana Cristina; FRIZZARIM, Nickole Sanchez (Orgs.). *Dossiê rolezinhos: shopping centers e violação de direitos humanos no estado de São Paulo*. Ribeirão Preto: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ZUFFELATO, Camilo. *Parecer relativo à possibilidade de ação contra grupo de jovens participantes de movimento denominado "rolezinho", suas condições e consequências e a possibilidade do ingresso no feito pela Defensoria Pública. Processo 1001287-53.2015.8.26.0196*. 2015



# A FUNÇÃO SOCIAL DA FAVELA

**Classificado em Terceiro Lugar no Concurso de Artigos Jurídicos do  
XXX Congresso do IBDA**

**LUCAS MEDEIROS GOMES<sup>1</sup>**

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Formação da propriedade no Brasil; 2.1. Presúrias; 2.2. Sesmarialismo; 2.3. Acesso à terra; 3. Produção desigual do espaço urbano; 4. Sociedade de risco; 5. Função social da favela; 6. Conclusão; Referências.

**Resumo:** A formação histórica da propriedade no Brasil restringiu o acesso à terra desde o sistema de sesmarias, ao passo que inaugurou, em solo pátrio, a função social da propriedade. Esse quadro de distribuição socioespacial desigual se reflete até os dias de hoje na urbe, com a consecutiva repartição da cidade em formal/informal, excluindo as populações de baixa renda do processo decisório das políticas urbanísticas de ordenação territorial. A sociedade de risco, incrementada pela ocupação irregular do solo urbano, precisa sofrer contenções por meio de diversos instrumentos urbanísticos consagrados no Estatuto da Cidade e no Estatuto da Metrópole, de modo a organizar as situações já consolidadas. O artigo objetiva contribuir para a luta das favelas por reconhecimento como parte integrante da cidade, una em si.

**Palavras-Chave:** Propriedade; posse; função social da favela; sociedade de risco; estatuto da metrópole; estatuto da cidade.

## **1. Introdução**

Observa-se, atualmente, que a maioria da população brasileira vive na zona urbana, sendo afetada por problemas comuns, como a desigualdade da distribuição socioespacial e a sobrecarga dos serviços públicos da cidade. Muitas dessas questões

---

<sup>1</sup> Especialista em Regulação na Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Especialista em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributária pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Mestrando da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)

se originam em institutos da época colonial como as sesmarias. Por isso, o estudo histórico da formação da propriedade no Brasil elucida as raízes de males, como o latifúndio improdutivo e os limites do acesso à terra.

O estudo da nossa história permite o aprendizado sobre os erros passados e otimiza a apuração de melhores alternativas. Nesse contexto, exsurge o debate sobre a produção desigual do espaço e a separação entre a favela e a cidade, em violação ao direito à cidade. Ainda, as facetas da pós-modernidade denotam uma sociedade de risco, merecendo diagnóstico da situação presente para corrigir as direções tomadas.

E, para mitigar os efeitos devastadores de uma urbanização não planejada e seletiva socioeconomicamente, investiga-se a função social da favela como mecanismo de transfiguração da realidade caótica e excludente que hoje prevalece. De forma geral, o artigo procura discutir sobre as possibilidades de uma gestão democrática da cidade, com vistas à integração entre a cidade formal e informal, promovendo o empoderamento de grupos vulneráveis.

Igualmente, tomou-se a favela *Parque Royal* como exemplo para ilustrar, em geral, como se procede a ocupação irregular do solo das comunidades carentes. Por fim, o artigo procura enfatizar o discurso humano, por trás do Direito, sem esquecer que este é instrumento de efetivação dos Direitos sociais, entre eles: o direito à cidade.

## 2. Formação da propriedade no Brasil

A expansão colonial<sup>2</sup> se deu a partir das cartas de sesmarias, em que todos buscavam a chancela real para a consolidação do seu domínio. À época, trabalhava-se com precisões territoriais vagas e delimitadas por elementos naturais, algumas terras estendiam-se até o conhecimento de um terceiro, outras até os “sobejos” de terra. Nesse período, a demarcação de terras era feita mediante atestado de cumprimento das determinações régias, sem o correspondente acompanhamento de medição de terras para aferir cartograficamente o espaço territorial.

As inúmeras concessões e as fluidas demarcações ocasionaram uma gama de conflitos no acesso à terra, potencializado pela dificuldade de medição das terras por uma coroa distante. Diante disso, instaurou-se um cenário de sobreposição de terras,

---

<sup>2</sup> Com a disputa territorial entre as coroas portuguesa e a espanhola, guiadas pelo princípio do *uti possidetis*, a Corte Portuguesa ordenou a transferência de índios para novas áreas estratégicas, de forma a declarar sua soberania e autoridade sobre os territórios ocupados, o que ocasionou conflitos interétnicos entre os nativos. Esse foi o primeiro e histórico ato de grilagem, referido por BALDEZ (TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, 2008, p. 36), uma vez que os silvícolas possuíam a posse mansa, pacífica e de boa-fé das terras que ocupavam, em clara visibilidade do domínio. Posteriormente, com os achados de ouro na região central da colônia, o bandeirismo intensificou o processo de interiorização na busca por ouro e a promessa de fácil enriquecimento. Assim, em linhas gerais, promoveu-se a ampliação dos domínios da coroa portuguesa com a consequente necessidade de ocupação das novas terras pelo, então, regime de sesmarias.



pedidos de extensão dos hipotéticos limites originais, disputas de fronteiras, debates sobre legalidade da ocupação, vendas marcadas por irregularidades e corrupção.

Nesse contexto, os pedidos direcionados – ora para o Conselho Ultramarino ora para a mesa do Desembargo do Paço no Rio de Janeiro – eram confirmados sem critérios rígidos de medição, o que fomentou a grande difusão de sesmarias sem cultura alguma e afastou lavradores pobres para terras menos férteis. Por outro lado, o custo do processo de medição excluiu os pequenos posseiros do procedimento de regularização de suas terras.

Nasce, ainda nos tempos coloniais, o espírito latifundiário, na busca por terras além do que se podia explorar economicamente, uma vez que a posse de terras era associada à ideologia do poder. Disso resultou, por exemplo, que as povoações do sertão restaram isoladas por imensos terrenos fronteiriços, em prejuízo à civilização e administração espacial.

Para fazer frente à crise da agricultura, instaurou-se a obrigatoriedade de cultivo das terras doadas, sem atenção à qualidade das terras. O efetivo cultivo era o fundamento de legitimação do direito, de cariz não liberal. Por isso, a palavra “devoluta” referia-se, tradicionalmente, às terras devolvidas, ou seja, àquelas não cultivadas, que retornariam ao domínio do rei. Isso porque o descumprimento das determinações régias poderia levar à transferência da propriedade da terra aos denunciante.<sup>3</sup> Inclusive, em um momento ulterior, todas as sesmarias dadas e incultas, após certo prazo concedido, deveriam integrar novamente os bens nacionais.<sup>4</sup>

Gradativamente, o vocábulo passou a significar terras vazias que não tivessem uso público. Sem embargo, grassa controvérsia quanto ao uso técnico do termo, visto que Messias Junqueira<sup>5</sup> entende que “terra devoluta” são aquelas que não estão incorporadas ao patrimônio público nem ao privado. De outro giro, Azevedo Marques indica que “terras devolutas” são terras disponíveis ou vazias. E, por último, Carlos Marés aponta que “terras devolutas” são as não legalmente adquiridas.

No ponto, Márcia Motta<sup>6</sup> esclarece que “[...] a extinção definitiva das capitânicas hereditárias e o longo processo de reincorporação das terras ao patrimônio régio indicam uma dinâmica de mapeamento e controle do território e, por conseguinte, de uma política administrativa mais ancorada nos interesses metropolitanos”.

<sup>3</sup> Na prática, o sesmialismo foi o embrião da questão fundiária agrária, envolta pelo latifúndio improdutivo, pois as grandes extensões de terra não eram exploradas devidamente.

<sup>4</sup> Pelo menos, desde a Lei Romana Júlia Agrária Campana do ano 61, posta por Júlio César, para distribuir terras da Campânia a veteranos guerreiros e cidadãos humildes, já se delineava um modelo com a necessidade de exploração das terras.

<sup>5</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: Um Confronto em torno da Função Social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 96-98.

<sup>6</sup> MOTTA, Márcia Maria Menendes. *Direito à terra no Brasil: a gestação do conflito, 1795-1824*. São Paulo: Alameda, 2009. p. 155.

Apesar desse intuito régio, a propriedade de sesmarias autorizava a celebração de arrendamentos e subconcessões, pelas quais o dono recebia um foro anual. Sendo assim, o homem da cidade com influência suficiente para requerer as cartas, obter o deferimento e a confirmação das terras, tornava-se titular das sesmarias, em detrimento daqueles realmente dispostos a arar a terra.

A confirmação das terras transformava o antes mero concessionário da sesmaria em proprietário. Esse panorama de negociações ensejou a expulsão de pequenos lavradores, que infringiram as condições postas pelos fazendeiros-proprietários, dando luz à luta pela sobrevivência étnica e pela liberdade econômica.

## 2.1. Presúrias

Por força da semelhança, convém rememorar a instituição das presúrias e sua ligação com a função social da propriedade.<sup>7</sup> No ponto, Marcos Alcino<sup>8</sup> explica, no bojo do direito de conquista, que

[...] a dificuldade de defesa e de cultivo fazia com que os reis deixassem, sem intervenção prévia, passar muitos bens para as mãos de particulares, aqueles que por seu próprio interesse defenderam ou ajudaram a defender as terras dos inimigos exteriores. [...]. Esta situação fática chamou-se de presúria – ocupação das terras sem dono, das terras que por conquista tinham passado a fazer parte da propriedade real.

Inicialmente, as presúrias exigiam o efetivo cultivo da terra e moradia para atender as necessidades de defesa, de povoamento e de aproveitamento das novas terras, sob pena de perda da coisa. De conseguinte, extrai-se que tanto as sesmarias quanto as presúrias denotam a raiz portuguesa da função social da propriedade, em *terrae brasilis*.

O fim das presúrias sucedeu com a regulação da divisão do solo pelos sesmeiros municipais, norteados pelo interesse geral, ainda que, em seus primórdios, a prioridade não fosse a punição pelo não uso, e sim a patente necessidade de utilização social. De outro vértice, Marcos Alcino<sup>9</sup> leciona que o imóvel abandonado não passa diretamente ao Estado, porque

---

<sup>7</sup> MARCOS ALCINO defende que o princípio da função social não é elemento externo ao direito de propriedade e sim elemento estrutural/interno.

<sup>8</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: Um Confronto em torno da Função Social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 18.

<sup>9</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: Um Confronto em torno da Função Social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 68.

(n)ão há lei escrita que atribua o imóvel abandonado ao Estado. No caso de dúvida ou questão entre o fisco e o particular, a decisão deve ser em favor do particular. [...] Mas em relação ao imóvel abandonado nos termos ditos, o Estado não pode invocar a prescrição, porque não há prescrição momentânea, nem o direito de sucessão, porque não há sucessão em bem que não faça parte de herança alguma.

## 2.2. Sesmarialismo

Voltando ao cenário colonial, muitos pedidos de terras pretendiam não apenas um título legítimo, mas também a ascensão social do lavrador à condição de sesmeiro, uma vez que a escassez de cultivadores forçava a emancipação social de setores das classes inferiores. Rompeu-se, portanto, a relação entre as sesmarias e o *ethos* nobiliárquico. A mais, nem sempre essa eficácia simbólica do título legítimo impediu o emprego da violência como modo de formatação dos lindes das terras e posses.

Além disso, num primeiro momento, o *jus primi occupantis* chegou a prevalecer sobre a concessão de sesmarias, conforme reiterado na Lei de Terras de 1850. E, em certa medida, a prevalência da posse-ocupação sobre a posse-título desvalou numa vitória ao colono rústico, apesar da contínua prática de usurpações violentas, em desrespeito ao título legítimo.

De todo modo, em 1822, o sesmarialismo – primeiro documento de propriedade privada brasileira – cessou e, com o advento da Constituição de 1824, o princípio da obrigatoriedade de cultivo teve fim. Apesar do término da compulsoriedade de exploração econômica da terra com a Carta Magna de 1824, Márcia Motta,<sup>10</sup> em seu livro, descobriu “[...] os fundamentos de propriedade e os argumentos dos litigantes que até o nossos dias apoiam-se na carta de sesmarias para fundamentar a legalidade de sua ocupação. Ao desnaturalizar a propriedade, ele recupera, penso, um dos princípios que legitimavam a concessão de terras por sesmarias: a obrigatoriedade do cultivo”.

## 2.3. Acesso à terra

Em sequência aos fatos narrados nos tópicos anteriores, sobreveio a abolição da escravidão em 1888, determinada pela Lei Áurea, o que torna pertinente a observação de Osvaldo Rocha<sup>11</sup> acerca da resistência quilombola,<sup>12</sup> no sentido de que se tentou

<sup>10</sup> MOTTA, Márcia Maria Menendes. *Direito à terra no Brasil: a gestação do conflito, 1795-1824*. São Paulo: Alameda, 2009. p. 265.

<sup>11</sup> ROCHA, Osvaldo de Alencar. O Negro e a Posse da Terra no Brasil. In: *Negro e índios no cativeiro da Terra*. nº II Rio de Janeiro: IAJUP, 1989. Coleção Seminários. p. 45.

<sup>12</sup> Na língua lorubá, quilombo significa habitação.

“[...] vender a idéia de que o escravo negro aceitou pacificamente o cativo; e que a abolição se deu por iniciativa unicamente de intelectuais e políticos com a participação de segmentos livres da sociedade [...] principalmente no início do último quartel do século XIX, a resistência negra contra o regime de escravidão foi relevante [...]”.

A propósito, inaugurou-se um painel em que a mão de obra indígena (escravos vermelhos), os escravos negros e os imigrantes não obtiveram uma emancipação social real, na medida em que não houve a democratização da propriedade agrária.<sup>13</sup> Essa lógica excludente no acesso à propriedade de imóveis justificou-se pela dependência das colônias por abundância de mão de obra e, para tanto, os terrenos deveriam ser vendidos a preços fixos e elevados, no desiderato de impor a venda da força de trabalho.

Já, em período republicano, o poder coronelístico permitiu que a manipulação cartorial e judiciária, em exercício do poder privado sobre o aparelho institucional, consagrasse o domínio fático dos fazendeiros em detrimento do domínio jurídico. Na Constituição de 1891, com o repasse das terras devolutas aos Estados, as oligarquias locais lançaram mão da competência legislativa para a distribuição de terras, com o fito de manter seus latifúndios.

### **3. Produção desigual do espaço urbano**

Visto esse histórico, percebe-se que o preço da terra dificulta o desenvolvimento urbano sadio, na medida em que eleva a desigualdade econômica à critério de distribuição socioespacial, promovendo discriminação e isolamento entre classes. Em um primeiro passo, o preço da terra limita o acesso àqueles que possuem o capital suficiente para adquiri-la.

Em um segundo passo, a distribuição desigual de instrumentos de mobilidade urbana importa na valorização de áreas da cidade em detrimento de outras, sem observância do princípio da afetação da *mais-valia*, previsto no Estatuto da Cidade. Normalmente, as escolhas alocativas desses recursos já é feita pela classe política.

Em um terceiro passo, assim como o dinheiro achará seu caminho como um fluxo intenso de um rio, as pessoas humildes encontrarão caminhos para “compartilhar” do acesso à cidade formal. Visto isso, a especulação imobiliária advinda de equipamentos públicos sem a contrapartida da instituição da contribuição de melhoria ou outros instrumentos urbanos de reinvestimentos em outras áreas da cidade reforça à desigualdade socioespacial, ao mesmo tempo em que incentiva o recrudescimento dos processos de favelização em áreas adjacentes.

Por outro lado, a tributação imobiliária na política urbana brasileira aumenta conforme o valor do imóvel, seu uso e localização, o que oportuniza argumentos de que

---

<sup>13</sup> A falta de assistência material associada à inexistência de políticas de reforma agrária ou de fixação do homem no campo engendrou, *a posteriori*, movimentos migratórios para a cidade.

a classe alta paga mais impostos e, portanto, merece usufruir dos melhores espaços da cidade. Essa concepção olvida a natureza não contraprestacional dos impostos, bem como o caráter social e democrático do Estado brasileiro, o que não recomenda sua disseminação na horda de jurista.

A tributação imobiliária possui um papel primordial como instrumento de política urbana brasileira, na medida em que poderá ser utilizado como incentivo à produtividade da terra, por exemplo. A título de exemplo, tem-se a edificação compulsória, preconizada no artigo 182, § 4º, da Lei Maior, a qual pode se aplicar a um imóvel já construído, que não observa, no entanto, o coeficiente de aproveitamento afeto à área pelo Plano Diretor.

Examinado esse panorama, espera-se que os novos instrumentos inaugurados pelo Estatuto da Cidade contribuam para a transformação dos padrões de qualidade de vida nos centros urbanos, os quais vivenciam situações de engarrafamentos faraônicos, altos níveis de poluição, decorrentes da *Economia Marrom*,<sup>14</sup> com as consequentes alergias e doenças respiratórias, altas estatísticas de violência urbana, superlotação dos serviços públicos mais básicos, inflação das redes de distribuição e seu consecutivo sucateamento.

Em uma perspectiva de sustentabilidade ambiental,<sup>15</sup> o inchaço urbano demanda investimentos em cidades médias satélites e outras alternativas de desafogamento da malha infraestrutural das megalópoles. De todo modo, a Lei nº 10.257/01 aborda a gestão urbana democrática,<sup>16,17</sup> a qual pode proporcionar o empoderamento da cidade informal<sup>18</sup>, na razão de sua participação no processo decisório de construção de soluções e alternativas, feito no “asfalto”.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> A economia verde se baseia no uso de energia de fontes renováveis, com a preocupação de mudanças climáticas, na forma da Lei nº 12.187/2009, ao passo que a economia marrom depende de combustíveis fósseis. Essas questões importantes para o desenvolvimento sustentável já foram assinaladas no Relatório Nosso Futuro Comum, na Agenda 21 e na Rio +20 e no Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica – PROINFA, instituído pela Lei nº 10.438/2002.

<sup>15</sup> Resta superada a concepção do ambiente como *res nullius* (cf. o Foral de Duarte Coelho com a máxima “povoar e aproveitar”) que favoreceu a degradação do ambiente, tido como inesgotável. Outrossim, já se notou insuficiente a patrimonialização pública do meio ambiente sem um controle rígido dos usos dos bens ambientais para efetivar a função socioambiental da cidade.

<sup>16</sup> Entre os instrumentos de participação, vê-se a criação dos Conselhos de Políticas Públicas ou Conselhos Gestores de Políticas Setoriais, bem como as conferências, que são “espaços amplos e democráticos de discussão que permitem identificar melhor o que deve ser priorizado pela gestão pública, além de permitirem estabelecer alguns pactos para se alcançar prioridades nas políticas públicas”. Em: RIBEIRO, Ricardo Lodi; MORAES, Carlos Eduardo Guerra de (Coord.); AIETA, Vânia Siciliano (Orgs.). *Direito da cidade*. Tomo I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 194.

<sup>17</sup> No ponto, salta aos olhos a relação com o Sistema Nacional de Participação Social (SNPS), instituído pelo Decreto Federal nº 8.243/2014. Preocupa-se, no entanto, com a manipulação político-formal dos meios de oxigenação popular da gestão pública, por conta do descaso e alienação vivenciados atualmente. Ainda, verifica-se que a eficácia democrática é de pequena monta, porquanto predomina o caráter consultivo da participação popular no SNPS.

<sup>18</sup> Uma das manifestações do direito informal é o direito de laje, o qual corresponde ao direito de sobrelevação.

<sup>19</sup> Já se verificou que o incentivo público para a produção de habitação popular aumentou as taxas domiciliares da classe média, ao passo que levou à elevação dos alugueres.

A redistribuição dos recursos orçamentários da cidade,<sup>20</sup> com a participação de grupos marcados pela vulnerabilidade existencial, fortalecerá a demodiversidade e a articulação contra-hegemônica entre o global e o local. Essa participação democrática e o direito de acesso às políticas públicas vão ao encontro do projeto de *cidade educadora* explanado por Aparecida Luzia.<sup>21</sup>

A autora explica que o “objetivo da *Cidade Educadora* é a melhor qualidade de vida *da e na* cidade, e para a qualidade de vida ter sentido é preciso potencializar os seus espaços educativos, a democratização do poder municipal e o desenvolvimento local, com base nos princípios ético, estéticos, comunicacionais, sociológicos e filosóficos transparentes entre o Estado e a sociedade civil”.

Em seguida, Aparecida Luzia explica que “(*c*)idade *Educadora* é um conjunto de cidades internacionais e nacionais que se articulam formando uma rede em torno dos princípios da Educação Cidadã e da Cidadania Planetária. O que isso significa? Significa que sobre este modelo de cidade incide a referência dos valores pedagógico, jurídico, filosófico e comunicativo”.

Crítica-se, portanto, a concentração em quantidade e qualidade dos equipamentos urbanos e investimentos públicos nas áreas nobres da cidade, em detrimento do planejamento orçamentário participativo e equidade do uso do espaço público na escolha da localização de instalações urbanas, o que nos remete para a inobservância do princípio da afetação da *plus valia*, preconizado no artigo 2º, inciso XI, da Lei nº 10.257/2001.

No ponto, pertinente aduzir que a associação de moradores da Rocinha<sup>22</sup> pleiteou alterar o nome da nova estação de metrô de “São Conrado” para “Rocinha”, com vistas

<sup>20</sup> Cabe refletir até que ponto os gastos com a realização da Copa e das Olimpíadas eram prioridade do governo. Isto é: uma política que sobrecarrega as finanças estaduais é um projeto de desenvolvimento ou de endividamento, dentro da ética orçamentária? Nesse sentido, MARCELLE MOURELLE E LUIZ GUILHERME esclarecem que “se nos parece que a opção pela contração de dívidas é, no mínimo, questionável face aos princípios da economicidade (artigo 70 da CRFB/88) e da moralidade administrativas (artigo 37, *caput*, da CRFB/88), principalmente, quando as gerações futuras, que sequer poderão presenciar esses eventos, tem de suportar com seu trabalho, mediante pagamento de tributos, as longas prestações financeiras que atravessam décadas, isto, sem contar outros aspectos, como, por exemplo, os prejuízos na manutenção dessas edificações. Busca-se justificar os empréstimos públicos para a realização desses grandes eventos como se estes fossem indispensáveis para a ampliação ou modernização da infraestrutura disponibilizada aos cidadãos, o que, *data venia*, não é verdade. [...] Poderia também optar por uma política de desoneração de dívida, com concomitante e paulatina desoneração da carga tributária, o que, *de per se*, contribuiria em muito para incentivar o empreendedorismo e, vias de consequência, colaborar com a criação de mais emprego e renda nas mãos dos indivíduos, e não dos burocratas.”, RIBEIRO, Ricardo Lodi; MORAES, Carlos Eduardo Guerra de (Coord.); AIETA, Vânia Siciliano (Orgs.). *Direito da cidade*. Tomo I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 207. Percebe-se, portanto, que não era necessário a inclusão de eventos esportivos na pasta de políticas públicas para a criação de equipamento urbanos como o veículo leve sobre trilhos (VLT), o sistema de *Bus Rapid Transit* (BRT) ou o Porto Maravilha.

<sup>21</sup> RIBEIRO, Ricardo Lodi; MORAES, Carlos Eduardo Guerra de (Coord.); AIETA, Vânia Siciliano (Orgs.). *Direito da cidade*. Tomo I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 266-267; 270-271.

<sup>22</sup> A respeito, veja-se a reportagem: GOIS, Ancelmo. Moradores da Rocinha querem que nova estação de metrô tenha nome da comunidade. *O Globo*, jul. 2016. Disponível em: <<http://blogs.oglobo.globo.com/ancelmo/post/moradores-da-rocinha-querem-que-nova-estacao-de-metro-tenha-nome-da-comunidade.html>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

a agregar visibilidade e inclusão da comunidade. Não só na Zona Sul, mas também nas áreas mais nobres da cidade vige uma “cegueira social” aos cordões anexos de concentração populacional com enorme disparidade de renda, de sorte a orientar uma mesma cidade com fronteiras invisíveis.

Sem juízos de valor, a contratação de serviços de porteiros, pedreiros, empregadas domésticas, babás, diaristas<sup>23</sup> exige dotação orçamentária urbana para otimizar a movimentação pendular diária,<sup>24</sup> o que, quando não realizada, estimula a urbanização de baixos salários e o próprio recrudescimento das favelas no entorno desses bairros nobres. Constata-se, então, que a apropriação do espaço reflete e reproduz, simultaneamente, as contradições e as desigualdades, reafirmando a exclusão social.

Nessa discussão, adentra-se ao fechamento das linhas de ônibus que conectavam à Zona Norte à Zona Sul, com o fim das linhas no centro da cidade, tendo em vista a culpabilização de moradores de Favelas da Zona Norte pelos arrastões em praias da Zona Sul, notadamente a linha que ligava o Jacarezinho (Linha nº 474).<sup>25</sup>

Essas políticas “sanitaristas” de “melhoramento e embelezamento das cidades”,<sup>26,27</sup> à custa de diversos direitos sociais, reafirma a política de esquecimento das massas humildes, à moda de Pereira Passos<sup>28</sup> e Carlos Lacerda. No ponto, Maurício Mota e Emerson Moura<sup>29</sup> dispõem que

<sup>23</sup> Profissões que são menos remuneradas, porém com igual valor e importância social. A concepção social de degradação ou sentimento de vergonha do exercício dessas funções advém da cultura segregacional brasileira e da cultura do desejo de consumir, à moda de um *bullying* coletivo.

<sup>24</sup> A técnica das *new towns* visa pôr fim às cidades-satélites ou cidades-dormitório, que impõe o deslocamento massivo entre a residência e o local de trabalho. Sendo assim, a criação de um cinturão verde e o zoneamento estrito objetivam impedir o aumento da densidade populacional de forma ilimitada, ao mesmo tempo em que, enquadra-se na perspectiva global do regionalismo. No ponto, o modelo de cidade-jardim concebida por EBENEZER HOWARD indica uma edificação de aglomerados urbanos planejado, com novos núcleos urbanos afastados das grandes cidades, com casas próprias rodeadas de grandes jardins. Nesse diapasão, entoa SORRY Y MATA que a cidade-linear se consubstanciaria em franjas longitudinais de todas as canalizações da cidade moderna, permitida por equipamentos como as vias férreas. MOTTA, Márcia Maria Menendes. *Direito à terra no Brasil: a gestão do conflito, 1795-1824*. São Paulo: Alameda, 2009. p. 234.

<sup>25</sup> A respeito, veja-se a reportagem: ROUVENAT, Fernanda. Secretário nega relação entre mudanças de linhas e arrastões. *G1*, Rio de Janeiro, set. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/09/secretario-nega-relacao-entre-mudancas-de-linhas-e-arrastoes.html>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

<sup>26</sup> A exemplo: abertura de largas avenidas, eliminação de marcos históricos, destruição de morros, transferência de cortiços, ajardinamento de praças, entre outros.

<sup>27</sup> No entanto, a favela do Vidigal relata o sucesso das UPPs no processo de gentrificação na favela, a qual virou um polo turístico, inclusive. Impende destacar que o processo de *gentrification* acarreta a valorização da região e consequente aumento de custos de bens e serviços, o que dificulta a permanência dos antigos moradores com renda insuficiente para sua manutenção no local.

<sup>28</sup> Conhecido pela famosa política do Bota-Abaixo.

<sup>29</sup> MOTA, Maurício Jorge Pereira; MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Direito fundamental de propriedade e a função socioambiental nas cidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 145; 150.

[t]al reforma urbana ‘regeneração’ do Rio de Janeiro era formada pelo tripé *saneamento* – de afastamento de setores marginalizados das áreas centrais – *embelezamento* – tratamento estético e paisagístico que pressupunha a inexistência da pobreza e – *segregação territorial* – com a resolução do problema da propriedade urbana com a alocação da massa trabalhadora pobre para moradia em áreas afastadas.

Posteriormente, os autores constatam que

[a] regulação urbanística da propriedade urbana demonstrou-se fracassada e as políticas públicas nas áreas metropolitanas brasileiras reiteraram a *segregação espacial* – com a produção e apropriação desigual do espaço urbano – a *ampliação dos excludentes* – com crescimento a população de rua e do comércio informal – e a *setorialidade dos investimentos estatais* – nas áreas valorizadas pelo mercado imobiliário.<sup>30</sup>

Ou seja, não se objetiva solucionar a questão social da pobreza. Pensa-se, como solução, o extermínio de toda uma camada populacional humilde da cidade, vista como a caixa de pandora dos problemas urbanos. De início, basta refletir que a renda da maior parte dos moradores de favelas<sup>31</sup> não é capaz de autofinanciar em termos estratosféricos a atividade de tráfico de estupefacientes em seu interior, cabendo ao leitor se perguntar, portanto, de onde advém esse consumo massivo de drogas mais “refinadas” ou recreativas.

A criminalização da pobreza prospera diante do “consenso” de que as favelas<sup>32</sup> disseminam agentes criminógenos na sociedade e, portanto, representam risco social e problemas urbanos. Explicamo-nos: pensa-se que ser pobre é sinônimo de ser “marginal”, de buscar o ilegal, esquecendo-se os males de reprodução das desigualdades sociais, causados pela quantidade de verbas públicas desviadas por políticos e empresários, em

<sup>30</sup> MOTA, Maurício Jorge Pereira; MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Direito fundamental de propriedade e a função socioambiental nas cidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 150.

<sup>31</sup> A inércia administrativa somada a lógica especulativa da terra tornou natural o processo de formação das favelas. No entanto, os moradores de favelas, em geral, possuem vergonha de dizer onde moram, pois traz o estigma de que possuem menos valor social. Verifica-se que, a cidadania – sociologicamente ainda censitária - contrasta com a realidade das cidades, em que se vivencia um preconceito com determinadas zonas, bairros e ruas, conforme a proximidade em relação às comunidades carentes. São aspectos culturais e tradicionais, já muito arraigados e enraizados na cultura brasileira, em que a valorização de sua propriedade se dá mediante o insulamento das camadas mais pobres da população e a miscigenação espacial não interessa às elites econômicas.

<sup>32</sup> “A origem do nome e ocupação da favela percorre três grandes teses: a primeira, de que os cortiços cariocas foram o “germe” da favela, e das demolições destas habitações no centro da cidade, veio a ocupação irregular dos morros do entorno; a segunda, remonta a Canudos, especialmente a partir de Euclides da Cunha, e a associação entre o Morro da Providência, no Rio de Janeiro, e o povoado de Canudos, na Bahia; a terceira dá conta de que favela, a planta de flores brancas, era encontrada com facilidade no Morro da Providência. RIBEIRO, Ricardo Lodi; MORAES, Carlos Eduardo Guerra de (Coord.); AIETA, Vânia Siciliano (Orgs.). *Direito da cidade*. Tomo II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 99.



esquemas complexos orquestrados por pessoas com a educação nos melhores colégios que o dinheiro pode pagar.

#### 4. Sociedade de risco

Crucial essa constatação, pois como Ulrich Beck<sup>33</sup> já sustentou “[o] efeito social das definições de risco não depende portanto de sua solidez científica”. O autor declara que “os ricos (em termos de renda, poder, educação) podem *comprar* segurança e liberdade em relação ao risco”.<sup>34</sup> Vive-se na sociedade de risco urbano, o que não significa “*la société de la mort annoncé*”.<sup>35</sup>

Nesse rumo, as possibilidades privadas de escape são vendidas por Incorporadoras nos condomínios isolados e gradeados da Barra da Tijuca, como minicidades. Apesar disso, reconhece-se que o *smog* afeta a todos, no sentido em que o efeito bumerangue dos riscos afetam tanto os ricos quanto os pobres, tendendo para a unidade entre o culpado e a vítima.<sup>36</sup>

A título de exemplo, a constante poluição desvaloriza a propriedade, na medida em que retira suas propriedades ecológicas normais, como que a desapropriando sorrateiramente. Sendo assim, Ulrich Beck conceitua que a desapropriação ecológica é a “*desapropriação social e econômica com a manutenção da propriedade legal*”.<sup>37</sup>

Nas palavras de Enzo Bello,<sup>38</sup> a cisão entre a natureza e o homem<sup>39</sup> impõe, segundo Boaventura de Souza Santos, um “[...] **reducionismo da natureza**, transformando-a numa máquina, mesmo sendo ela algo vivo e **autopoietico** (que se cria e recria *per sí*); e um **reducionismo ao ser humano**, concebendo-se que o indivíduo só se torna social num segundo momento, no qual realiza um movimento para fora (ou para cima) da natureza [...]”.

Adicionalmente, Ulrich Beck se preocupa com a canibalização mercantilizante dos riscos em disputas parciais de definição da extensão e grau dos riscos envolvidos.

<sup>33</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: 34, 2011. p. 38.

<sup>34</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: 34, 2011. p. 41.

<sup>35</sup> RIBEIRO, Ricardo Lodi; MORAES, Carlos Eduardo Guerra de (Coord.); AIETA, Vânia Siciliano (Orgs.). *Direito da cidade*. Tomo II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 125.

<sup>36</sup> No contexto urbano, cite-se alguns dos problemas enfrentados como as epidemias, o estrangulamento do trânsito, sobrecarga da infraestrutura viária, aumento de temperatura, impermeabilização excessiva do solo, esgotamento das reservas de determinados recursos naturais e o *banner* do crescimento da violência. Alguns riscos, no entanto, permanecem afetos às comunidades, tais como problemas de drenagem e o risco de vida por desmoronamento.

<sup>37</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: 34, 2011. p. 46.

<sup>38</sup> MOTTA, Márcia Maria Menendes. *Direito à terra no Brasil: a gestação do conflito, 1795-1824*. São Paulo: Alameda, 2009. p. 131-132.

<sup>39</sup> CASS SUSTEIN entende que a proliferação de riscos, em matéria ambiental, imporá ao Judiciário uma análise de custo/benefício nas questões vinculadas à economia. Em: SUSTEIN, Cass. *Risk and reason: safety, law and the environment*. London: Cambridge University, 2002. p. 192.

E arremata<sup>40</sup> que “[a] força motriz na sociedade de classes pode ser resumida na frase: *tenho fome!* O movimento desencadeado com a emergência da sociedade de risco, ao contrário, é expresso pela afirmação: *tenho medo!* A *solidariedade da carência* é substituída pela *solidariedade do medo*.”

De outro bordo, a pós-modernidade, já explicitada por Zygmund Bauman, reforça a fluidez e flexibilidade, retirando a subjetividade das geolocalidades. Complementarmente, nas palavras de Enzo Bello,<sup>41</sup> o paradigma moderno resume-se em três perspectivas: a) ontológica, na medida em que todo ser é determinado; b) antropológica, pois o ser humano é um ser racional; c) epistemológica, já que o conhecimento advém da racionalidade, o que relembra a teoria política do individualismo possessivo de Crawford Brough Macpherson,<sup>42</sup> que não será objeto de aprofundamento neste trabalho.

## 5. Função social da favela

A gestão do solo urbano envolve conflitos redistributivos e, portanto, demanda a oitiva de todos os usuários dos serviços urbanos e habitantes da cidade. Alex Magalhães ao analisar o caso da favela *Parque Royal*<sup>43</sup> faz uma análise pormenorizada do modo de ocupação e do direito das favelas, a qual se passa a descrever.

<sup>40</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: 34, 2011. p. 60.

<sup>41</sup> MOTTA, Márcia Maria Menendes. *Direito à terra no Brasil: a gestão do conflito, 1795-1824*. São Paulo: Alameda, 2009. p. 131-132.

<sup>42</sup> MACPHERSON, Crawford Brough. *A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes a Locke*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989. p. 12. apud MOTTA, Márcia Maria Menendes. *Direito à terra no Brasil: a gestão do conflito, 1795-1824*. São Paulo: Alameda, 2009. p. 131-132. Quanto à sociedade de mercado possessivo, veja-se: “Na síntese de Macpherson, a teoria política do individualismo possessivo pode ser explicitada em sete proposições fundamentais: (i) O que confere aos seres o atributo de humanos é a liberdade de dependência da vontade alheia. (ii) A liberdade da dependência alheia significa liberdade de quaisquer relações com outros, menos as relações em que os indivíduos entram voluntariamente visando a seu próprio proveito. (iii) O indivíduo é essencialmente o proprietário de sua própria pessoa e de suas próprias capacidades, pelas quais ele não deve nada à sociedade. (iv) Se bem que o indivíduo não possa alienar a totalidade de sua propriedade de sua própria pessoa, ele pode alienar sua capacidade de trabalho. (v) A sociedade humana consiste de uma série de relações de mercado. (vi) Já que a liberdade das vontades dos outros é o que torna humano o indivíduo, a liberdade de cada indivíduo só pode ser legitimamente limitada pelos deveres e normas necessários para garantir a mesma liberdade aos outros. (vii) A sociedade política é um artifício humano para a proteção da propriedade individual da própria pessoa e dos próprios bens, e (portanto), para a manutenção das relações ordeiras de trocas entre os indivíduos, considerados como proprietários de si mesmos. (...) ‘sociedade de mercado possessivo’, estruturada nos seguintes postulados: (a) Não há uma divisão impositiva do trabalho; (b) Não há um suprimento impositivo de recompensas ao trabalho; (c) Há definição e obrigatoriedade impositivas para o cumprimento de contratos; (d) Todos os indivíduos procuram racionalmente maximizar seus proveitos; (e) A capacidade de trabalho de cada indivíduo é de sua propriedade e é alienável; (f) A terra e os recursos pertencem aos indivíduos são alienáveis; (g) Alguns indivíduos querem um nível maior de proveitos ou de poder do que já têm; (h) Alguns indivíduos têm mais energia, qualificação ou posses do que os outros”.

<sup>43</sup> Inicialmente, o Poder Público e a classe dominante esperam que o abandono e a falta de recursos essenciais venham solucionar a ocupação irregular, nada obstante, a população desfavorecida contrapõe essa expectativa e os números de favelas da urbe só aumentam.

Inicialmente, houve a construção de casas e, aos mais carentes, palafitas com papelões e restos de obra, com o consentimento tácito baseado na leniência das autoridades e com o auxílio de Igrejas e órgãos estatais que doavam materiais de construção ou concediam crédito para sua obtenção. Originariamente, não existia a violência e o tráfico de drogas que hoje se observa. Boa parte do terreno utilizado constituiu-se sobre terrenos acrescidos de marinha, pertencentes à União Federal.

Em vista disso, a União celebrou com as prefeituras contratos de cessão de áreas que abrigam favelas, sob o regime de aforamento gratuito, com o intuito de regularização fundiária em benefício dos moradores de baixa renda,<sup>44</sup> mediante elenco de objetivos nele previstos como o desmembramento de lotes. Os títulos provisórios outorgados eram formalizados em escrituras de concessão do direito real de uso.

Posteriormente, houve um processo de aterramento e expansão horizontal, coordenado pela Associação de Moradores. Essa associação adquiriu legitimidade para disciplinar a apropriação do espaço assim constituído.<sup>45</sup> Inclusive, a associação expedia declaração de residência e termo de legalização, este último funcionando como documento de aquisição da titularidade. Além disso, havia um Código de obras local minimamente respeitado.

Nessa conjuntura, Hernando de Soto<sup>46</sup> observa que “[a] cegueira política, portanto, consiste em não se perceber que o crescimento do setor extralegal e o colapso da ordem legal existente sejam, no final das contas [...] ninguém enxerga que a verdadeira causa da desordem não é nem o crescimento populacional nem o urbano, nem mesmo uma minoria pobre, mas um ultrapassado sistema legal de propriedade.”

Ao lado disso, as associações tentaram controlar a ocupação descontrolada da favela, de modo a permitir a circulação de veículos, com pautas de reivindicação por arruamento. Aos poucos, criaram-se zonas na própria comunidade, nas quais as áreas menos carentes da “burguesia favelada” não aprovavam propostas de interligação do sistema viário interno da favela.

Isso porque ocorreu uma maior valorização imobiliária nas áreas próximas aos equipamentos urbanos efetivados pelo Programa Favela-Bairro, com a consequente verticalização da favela. Sendo assim, instaurou-se um sentimento de não pertencimento,

<sup>44</sup> O instituto da legitimação de posse, preconizado no artigo 65, da Lei 11.977/09, embora traga um procedimento desjudiciário, poderia reduzir o prazo de transformação da posse legitimada em propriedade, bem como eliminar quaisquer referências à usucapião a fim de impingir as resistências doutrinárias à aquisição *ope legis* pela população de baixa renda e; por fim, poder-se-ia operar *ministerio legis*, isto é, pelo mero decurso do prazo, sem necessidade de requerimento.

<sup>45</sup> O direito à moradia não se confunde com o direito a abrigo, no qual basta a edificação. Desse ponto de vista, assevera-se que, modernamente, a moradia deve evitar riscos à vida humana, observar padrões de construção, dar acesso aos serviços urbanos essenciais e regularizar a posse/propriedade.

<sup>46</sup> SOTO, Hernando de. *O mistério do capital*. Tradução de Zaida Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 90-91.

seguidas de tentativas de formação de novas associações de moradores, o que ocasionou um processo de alijamento das lideranças.

Lado outro, com o crescimento das áreas antigas da favela do Parque Royal, ocorreu uma mercantilização massiva, emergindo a associação de moradores como autoridade na solução de conflitos possessórios. Esse crescimento urbano se deu pela “urbanização dos baixos salários”,<sup>47</sup> feita pelos próprios moradores, por força de oportunidades de salário e renda no entorno da favela, somada à urbanização por clientelismo político,<sup>48</sup> com o uso de melhorias como moeda de trocas – e não como efetivação de direitos sociais. A infiltração de políticos no seio da associação se processou, devido ao capital político da numerosidade de votos, percebido após recenseamento local.

Concomitantemente, a Prefeitura,<sup>49</sup> vista com desconfiança pela comunidade, pretendeu enfraquecer a associação de moradores, a fim de alcançar maior liberdade nos projetos de regularização e urbanização. Simultaneamente, o poder do tráfico esvaziou os movimentos coletivos, evidenciado pelo controle de fluxo de entrada e saída de pessoas, toque de recolher e fechamento de vias de acesso, surgindo como nova instância gestora de conflitos internos. Diante disso, o tráfico impetrou a ideologia de que “ninguém é dono de nada”, ainda que houvesse uma documentação.

Dito isso, cabe anotar a presença de uma espécie de função social da propriedade, que instaura um regime de utilização compulsória dos imóveis localizados em favelas, na medida em que não há espaço para a retenção especulativa, pois o comprador de um lote que não se apossa imediatamente, normalmente, perde a posse com eventual proteção da boca de fumo local. Vigora o princípio do *se ficar vazio, perde*, sem a correspondente devolução do dinheiro investido.

Continuando o raciocínio, as ações da Prefeitura objetivavam autonomizar o processo de regularização das associações. À vista disso, procedeu-se a um amplo cadastramento de moradores sem os dados já obtidos pela associação, o que gerou novos conflitos possessórios no seio da comunidade, por conta de falsas declarações. Ainda, as ameaças aos técnicos que notificavam os moradores da irregularidade da ocupação de determinada área dificultavam os trabalhos, demonstrando o império do poder ordenador por parte do “poder paralelo”.

É certo, todavia, que se existem custos para legalização, outros há aos que permanecem “fora da lei”. Nesse sentido, Alex Ferreira,<sup>50</sup> perspicazmente, observa que

<sup>47</sup> RIBEIRO, Ricardo Lodi; MORAES, Carlos Eduardo Guerra de (Coord.); AIETA, Vânia Siciliano (Orgs.). *Direito da cidade*. Tomo II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 107.

<sup>48</sup> Favorecido pela alta densidade demográfica das favelas.

<sup>49</sup> Em Porto Alegre, criou-se a figura do urbanizador social - empreendedor imobiliário cadastrado que realiza empreendimento de interesse social em áreas identificadas pela edilidade - no intuito de conter a produção informal da cidade e promover o acesso à terra com ênfase na negociação nos projetos de urbanificação.

<sup>50</sup> MAGALHÃES, Alex Ferreira. *O direito das favelas*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2013. p. 157.

deve predominar a teoria da pluralidade jurídica,<sup>51</sup> porque

[...] à medida que o Estado aprofunda a sua presença nas favelas, com base nos planos de urbanização, vai estabelecendo novos controles. Por um lado melhora as condições habitacionais, mas por outro traz uma série de novos problemas, instituindo uma cidadania conforme os ditames estatais, na qual não parece haver muito espaço para escutar, valorizar e reforçar as forças, as vozes e as instituições internas das favelas [...].

A própria ordenação territorial do espaço da favela deve ser específica para cada comunidade, pois a legislação existente para a cidade formal não serve para consolidar a situação fática encontrada nas favelas, e implicaria na demolição de quase toda a logística urbana ali encontrada. Sendo assim, deve-se conter o avanço desenfreado das ilegalidades, reconhecendo logradouros já consolidados temporalmente.

Em arremate, precisamos de uma proposta mais de *pós-ordenamento* do que de reordenamento, com vistas a respeitar a tipicidade das ocupações e as tipologias construtivas das favelas, ao mesmo passo em que, de forma simplificada, imponha constrangimentos ao crescimento desordenado das favelas. A territorialização do Poder Público nesses espaços denota, acertadamente, a vontade política de conter a “liberdade urbanística” das favelas.

Contudo, os projetos de urbanização não devem sofrer condicionamentos de regularização, máxime nas áreas já consolidadas, sob pena de malferir o direito à moradia e o direito à cidade. Um potencial instrumento útil para tal missão é a Zona Especial de Interesse Social (ZEIS), prevista no artigo 42-A do Estatuto da Cidade. Essas zonas – disciplinadas no Plano Diretor – visam atender a população de baixa renda para fins de habitação.

Nessa ordem de ideias, sob um viés sociológico, a favela não deve ser vista como uma “partição estanque da cidade, não integrada e excluída quanto à garantia de direitos”,<sup>52</sup> porém sim como tendo igual direito à cidade. Assim, *impõe-se o reconhecimento da função social da favela, representação simbólica da luta pelo reconhecimento como cidade, plural e una ao mesmo tempo*, como o pleito da denominação do metrô de São Conrado mencionado linhas acima exemplifica.

## 6. Conclusão

Essa pesquisa se propôs a elaborar elementos de contenção da expansão urbana desenfreada na cidade, ao mesmo tempo em que procurou contribuir para o

<sup>51</sup> A teoria pluralista da Justiça enfoca a emancipação coletiva pela multiculturalidade, permeada pela tolerância e capacidade de diálogo, na construção da convivência por instituições fluidas.

<sup>52</sup> RIBEIRO, Ricardo Lodi; MORAES, Carlos Eduardo Guerra de (Coord.); AIETA, Vânia Siciliano (Orgs.). *Direito da cidade*. Tomo II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 106.

diálogo acadêmico na busca de soluções e, ao menos, atenuações dos problemas já verificados e consolidados na prática urbanística brasileira. Para tanto, o estudo de campo na favela do *Parque Royal* foi utilizado como elemento de interligação entre a prática e a teoria.

Constatou-se, com o estudo da formação histórica da propriedade no Brasil, que os institutos das presúrias e das sesmarias trouxeram o aspecto positivo da função social da propriedade. Por outro lado, o aspecto negativo das sesmarias constituiu-se do afastamento do lavrador do acesso à terra, ao mesmo tempo em que favoreceu a proliferação do latifúndio improdutivo.

Feitos esses esclarecimentos, adaptado o conceito e aparadas as arestas, o artigo pretendeu impulsionar o reconhecimento da função social da favela, com o fito de unificar a cidade *educadora*. Em desfecho, o artigo espera contribuir para uma mudança de visão sobre a estrutura urbanística da favela, numa aceitação regulada do processo de urbanificação das cidades brasileiras.

## Referências

- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: 34, 2011.
- BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Lisboa: Almedina, 2008.
- GOIS, Ancelmo. Moradores da Rocinha querem que nova estação de metrô tenha nome da comunidade. *O Globo*, jul. 2016. Disponível em: <<http://blogs.oglobo.globo.com/ancelmo/post/moradores-da-rocinha-querem-que-nova-estacao-de-metro-tenha-nome-da-comunidade.html>>. Acesso em: 29 ago. 2016.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em Comentário ao Código Civil Português*. 2. ed. v. XI. t. I, anotado por Jayme Landim. São Paulo: Max limonad, 1955.
- HERNADEZ GIL, Antonio. *La función social de la posesión*. Madri: Alianza Editorial, 1969.
- MACPHERSON, Crawford Brough. *A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes a Locke*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.
- MAGALHÃES, Alex Ferreira. *O direito das favelas*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2013.
- MOTA, Maurício; TORRES, Marcos Alcino (Orgs.). *Transformações do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- MOTA, Maurício Jorge Pereira; MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Direito fundamental de propriedade e a função socioambiental nas cidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- MOTTA, Márcia Maria Menendes. *Direito à terra no Brasil: a gestação do conflito, 1795-1824*. São Paulo: Alameda, 2009.
- PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico*. Plano Diretor e direito de propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RIBEIRO, Ricardo Lodi; MORAES, Carlos Eduardo Guerra de (Coord.); AIETA, Vânia Siciliano (Orgs.). *Direito da cidade*. Tomo I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

RIBEIRO, Ricardo Lodi; MORAES, Carlos Eduardo Guerra de (Coord.); AIETA, Vânia Siciliano (Orgs.). *Direito da cidade*. Tomo II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

ROCHA, Osvaldo de Alencar. O Negro e a Posse da Terra no Brasil. In: *Negro e índios no cativeiro da Terra*. nº II Rio de Janeiro: IAJUP, 1989. Coleção Seminários.

RODOTA, Stefano. *El terrible derecho*. Estudios sobre la propiedad privada. Prólogo y traducción de Luis Díez-Picazo. Bologna: Editorial Civitas, S.A., 1986.

ROUVENAT, Fernanda. Secretário nega relação entre mudanças de linhas e arrastões. *G1*, Rio de Janeiro, set. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/09/secretario-nega-relacao-entre-mudancas-de-linhas-e-arrastoes.html>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

SANTOS, Ângela Moulin Simões Penalva; VASQUES, Pedro Henrique Ramos Prado. Política Urbana no Contexto Federativo Brasileiro: Um avanço normativo na gestão dos aglomerados urbanos. *Revista de Direito da Cidade*, v. 07, nº 4 (Número Especial), p. 1771-1790, 2015.

SOTO, Hernando de. *O mistério do capital*. Tradução de Zaida Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SUSTEIN, Cass. *Risk and reason: safety, law and the environment*. London: Cambridge University, 2002.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: Um Confronto em torno da Função Social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.







PARTE III

EXPERIÊNCIAS INOVADORAS  
EM GESTÃO PÚBLICA





# GESTÃO POR COMPETÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO DIRETA: O DESAFIO DE UM NOVO SISTEMA GERENCIAL

**Apresentação Vencedora na Sessão de Apresentação de Experiências Inovadoras  
em Gestão Pública do XXX Congresso do IBDA**

FRANCISCO ELIELSON SOUSA OLIVEIRA<sup>1</sup>

**Resumo:** Este projeto tem por objetivo implementar a gestão por competência no âmbito da Administração Pública com intuito de identificar as competências institucionais, organizacionais, específicas e suas lacunas, e ainda promover a capacitação de servidores a fim de sanar os *gaps* e melhorar a prestação de serviços à sociedade brasileira, tudo com vistas ao Princípio da Eficiência (efetividade). A metodologia a ser utilizada é a criação de uma Comissão de Consultoria Interna com um total de no máximo 2% do quadro efetivo, homologada pelo chefe máximo do órgão para obter resultado mais efetivo no mapeamento; promover a capacitação dos membros dessa comissão por intermédio de parceiros, principalmente as escolas de governos (externo) e multiplicadores institucionais (interno); expandir a ideia no âmbito interno do Órgão a partir de ações de conscientização de todos os servidores por meios eletrônicos, palestras, oficinas, cartazes e pronto esclarecimentos pelos membros da Comissão Interna; executar o plano de mapeamento das competências mediante uso de questionários, entrevistas, levantamento de documentos, consulta a organogramas e editais de concursos; comparar esses resultados e identificar as principais necessidades institucionais e elaborar plano de ação para sanar as lacunas de competência (*gaps*) identificadas, prioritariamente da mais grave a menos grave a partir de Ações de Educação (capacitações); analisar os resultados obtidos a cada etapa de capacitação promovida, por meio de: formulários como “Avaliação de Reação. Avaliação de Impacto e Avaliação de Resultado”, tudo paralelamente e concomitantemente a Avaliação de

---

<sup>1</sup> Chefe do Setor de Desenvolvimento de Pessoas - Sedep. Acadêmico de Direito. Instituto Evandro Chagas - IEC/SVS/MS.

Desempenho. Ao final do processo, cumpridas e consolidadas as etapas supracitadas pretende-se implantar um sistema de gestão por competências baseado no cruzamento entre a matriz de competência institucional e a matriz de competência individual alinhando assim, as perspectivas do servidor aos objetivos estratégicos do Órgão, presumindo-se, portanto, a melhor utilização dos recursos disponíveis diminuindo os casos de assédios e insubordinações nas relações pessoais e conseqüentemente o fortalecimento de um regimento interno razoável e de fácil observação e execução de todos, decorrente de um processo executado de maneira transparente e com mutua participação dos servidores.

**Palavras-Chave:** Gestão; competência; desafio; avaliação; implantação.

# A POLÍTICA DE ALTERNATIVAS PENAIS NO CEARÁ COMO ELEMENTO ESTRATÉGICO NO COMBATE À SOBRECARGA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO ESTADUAL

AMANDA DE SOUSA LOPES<sup>2</sup>  
GABRIELA MARIA DE SANTANA GONÇALVES<sup>3</sup>

**Resumo:** Segundo pesquisa do Departamento Penitenciário Nacional, em 2014, 48% dos aprisionados no Ceará eram presos provisórios, ocupando 72% de todas as vagas disponíveis no estado, o maior percentual do país. A aplicação de Medidas Cautelares (MC) tornou-se imprescindível para reverter o cenário caótico do sistema prisional cearense, motivo pelo qual será analisada a iniciativa pioneira da Secretaria de Justiça e Cidadania (Sejus) com a criação da Central de Alternativas Penais (CAP). Objetiva-se, portanto, avaliar a atuação da CAP e sua efetividade em promover a cidadania e o acesso à Justiça dos cumpridores de MC, bem como suas contribuições à redução da população carcerária. Para tal, foram realizadas pesquisas bibliográficas, consultas de dados estatísticos oficiais e entrevistas junto aos diretores dos diversos órgãos envolvidos no projeto. A ideia inédita de concentrar esforços multidisciplinares no mesmo órgão foi implantada em dezembro de 2014, ainda com a missão de convencer os magistrados de que a CAP, valendo-se do acompanhamento psicossocial e jurídico dos cumpridores, tornaria efetivas as finalidades das MC. Inicialmente, a Central recebia uma média de 42 casos por mês. Em agosto de 2015, com a obrigatoriedade das audiências de custódia, a demanda cresceu exponencialmente, recebendo mensalmente 220 novos casos. Para atendê-los, a CAP dispõe de coordenador, psicólogos, assistentes sociais, advogado e auxiliares administrativos. São acompanhados tanto os cumpridores egressos de audiência de custódia quanto os condenados beneficiados pela progressão de regime. Determinada a MC, o cumpridor comparece pela primeira vez à CAP, onde realiza seu cadastramento biométrico. Em seguida, durante o atendimento individual, um psicólogo ou assistente social fará sua avaliação psicossocial, traçando o perfil do beneficiário, por meio do qual elaborará o plano de acompanhamento. A partir de então, como parte do cumprimento da MC, o beneficiário comparecerá regularmente à CAP, onde participará de Grupos Reflexivos (GR). Trata-

<sup>2</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

<sup>3</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

se de reuniões voltadas ao: Desenvolvimento Humano, Promoção da Saúde, Cidadania e Cultura de Paz, que podem ser temáticas ou regulares, conforme o perfil de seus participantes. Como forma de ser mais efetiva em suas finalidades, a CAP tem firmado parcerias com várias instituições, as quais desenvolvem projetos voltados tanto ao acompanhamento dos beneficiários quanto à qualificação dos próprios servidores da Central. Exemplo notório é o do Programa de Ações Continuadas de Assistência e Drogadicção, também da Sejus, que mantém rotina própria de condução de GRs. Segundo relatório da própria CAP, 75% dos assistidos consomem habitualmente álcool e/ou outras drogas. Até agosto de 2016, dentre os 2.923 acompanhados, apenas 176 foram presos novamente, totalizando um índice de 6%. Ainda assim, as restrições estruturais, orçamentárias e de pessoal, a necessidade de atender também ao interior do estado e a ausência de projetos modelos resulta em grande esforço criativo dos que estão à frente da CAP. A atuação integrada de outras Secretarias de Estado poderia ser uma forma de aprimorar o seu funcionamento.

**Palavras-chave:** Centro de alternativas penais; medidas cautelares; egresso; efetividade; cidadania.

# A LEI DE PERÍMETRO URBANO E SEU IMPACTO NO DESENVOLVIMENTO DA CIDADE E DO CAMPO: ANÁLISE DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO (SP)

ANDRÉ SIMIONATO CASTRO<sup>4</sup>

**Resumo:** O planejamento territorial brasileiro enfrenta permanentemente o desafio de gerir territórios que convertem suas terras rurais em urbanas, resultado no crescimento da cidade. A cautela nesse processo se justifica porquanto é comum o desencadeamento de atividades nocivas de especulação imobiliária permeados de conflitos jurídicos incompatíveis com o desenvolvimento inclusivo e sustentável, previsto na Constituição Federal e no Estatuto das Cidades. Ainda, o crescimento horizontal continua intenso nas cidades brasileiras após a grande explosão demográfica da industrialização, colocando os aglomerados urbanos no centro de acirradas disputas de interesses. Essa pesquisa, ainda em andamento, se propõe a investigar os processos legislativos e políticos envolvidos na elaboração da Lei de Perímetro urbano em Ribeirão Preto/SP para então dimensionar os impactos de sua implementação no desenvolvimento territorial do município – incluindo a zona rural –, verificando se o planejamento determinado pelo plano diretor é eficaz e consonante com os objetivos coletivos da constituição e do E.C. Dentre os objetivos específicos da pesquisa estão: checar a existência de supervalorização da terra após sua inclusão nos limites da zona urbana, vislumbrando a necessidade/viabilidade de implementar instrumentos como a Outorga Onerosa de Alteração de Uso; Subsidiariamente, investigar a existência de influência econômica das principais empreiteiras locais na determinação dos limites urbanos na cidade de vez que há indícios de que essas grandes empresas capturam decisões políticas e legislativas a fim de beneficiar seus empreendimentos imobiliários. O tipo de pesquisa em desenvolvimento, nessa proposta, se encaixa no perfil de pesquisa não doutrinária, ou empírica. Esse procedimento tem como objetivo descrever, explicar e/ou criticar o direito

---

<sup>4</sup> Mestrando pela Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto.

e os fenômenos jurídicos tal qual eles se manifestam na realidade. Portanto, a pesquisa empírica permite verificar como o aspecto material do Direito se realiza concretamente, e como fatos, atos e atividades concretizam o Direito na vida em sociedade. Para tanto serão analisados documentos oficiais, como atas do Conselho Municipal de Urbanismo, mapas da secretaria de planejamento urbano bem como serão entrevistados vereadores, urbanistas e empresários do ramo. A pesquisa constrói uma abordagem teórica baseada na tradição marxista, numa visão de totalidade sobre a realidade social, considerada um processo histórico. A realidade (no caso, a cidade) é produto da atividade dos seres humanos sobre a materialidade, e das condições materiais que incidem sobre os sujeitos, numa relação de mútua incidência e determinação.

**Palavras-chave:** Perímetro urbano; direito à cidade; expansão urbana; desenvolvimento; plano diretor.



# UMA REFLEXÃO ACERCA DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO ARTIGO 9º, INCISO VII DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

CELSO DE ALMEIDA AFONSO NETO<sup>5</sup>  
PEDRO CAVALCANTI BANDEIRA<sup>6</sup>

**Resumo:** A presente tese utiliza-se da metodologia da pesquisa bibliográfica para esclarecer os posicionamentos doutrinários acerca da existência ou não de inversão do ônus da prova no inciso VII, artigo 9º, da Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Diante da relevância da temática para a atual conjuntura nacional, busca-se apresentar uma forma diferenciada de analisar o tema e propor um novo meio de aplicá-la. Primeiramente, faz-se uma introdução com o fito de evidenciar o momento histórico e o percurso legislativo básico pelo qual passou a Lei nº 8.429, do dia 2 de junho de 1992, assim como traz ao corpo do texto os conceitos necessários para a compreensão. Posteriormente, especificando a discussão no dispositivo desejado, o trabalho é organizado a fim de demonstrar os diversos fundamentos doutrinários que admitem a existência da inversão do ônus da prova no referido dispositivo, e, conseqüentemente, modificando o ônus probatório, sendo função do agente público demonstrar a licitude de seu patrimônio e renda, e do Ministério Público apenas a comprovação da desproporcionalidade entre as aquisições do réu e seu patrimônio ou renda. Além disso, expõe também a vertente contrária à possibilidade de se admitir que o inciso VII, artigo 9º da LIA, enseja uma inversão do ônus da prova, cabendo, portanto, ao Ministério Público comprovar, além da desproporcionalidade referida, também a origem ilícita do patrimônio ou renda do agente público. Por fim, apresenta uma terceira vertente doutrinária, com a qual os autores deste concordam, baseada em um ponto de vista mais técnico e trazendo para o Direito Administrativo os conceitos do Direito Processual. Segundo essa perspectiva, não há que se discutir se o dispositivo enseja ou não a inversão do ônus da prova, em verdade, o que existe é uma normal distribuição do ônus probatório. O ônus probatório

<sup>5</sup> Graduando pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

<sup>6</sup> Graduando pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

do Ministério Público é comprovar os fatos constitutivos de sua pretensão, os quais estão presentes literalmente no dispositivo legal, ou seja, demonstrar a aquisição de bens desproporcionais com a renda ou patrimônio do agente público. E ao agente público, fica reservado a faculdade de apresentar os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos da pretensão do MP. Contudo, essa teoria também falha, pois, nesse caso, uma condenação com base simplesmente na não apresentação dos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos, seria a aplicação de uma responsabilidade objetiva do agente público, o que não deve ocorrer. Para sanar esse problema o artigo traz a prova indiciária como elemento complementar à sua perspectiva, firmando o entendimento de que cabe ao Ministério Público comprovar que houve a aquisição de bens desproporcionais com a renda ou patrimônio do agente público, mas que para condena-lo não basta isso, fazendo-se essencial a apresentação também de um conjunto de indícios capaz de demonstrar a responsabilidade subjetiva do réu.

**Palavras-chave:** Enriquecimento ilícito; agente público; inversão do ônus da prova; responsabilidade subjetiva do agente público; prova indiciária.

# A APLICABILIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 59/2009 NAS INSTITUIÇÕES ESCOLARES MUNICIPAIS DA COMARCA DE PONTA GROSSA/PARANÁ: O ENSINO OBRIGATÓRIO A PARTIR DOS QUATRO ANOS DE IDADE

VANESSA CAVALARI CALIXTO<sup>7</sup>

**Resumo:** O presente estudo objetiva demonstrar a efetividade do trabalho desenvolvido pela Secretaria Municipal de Educação (2013-2016) da comarca de Ponta Grossa-Paraná, no tocante a aplicabilidade do artigo 208, I (EC nº 59/2009) da Constituição Federal/1988, relativo a inserção de todas as crianças no ensino regular a partir dos quatro anos de idade; bem como a implantação da Lei nº 13.005/2014, no tocante a Meta 01, que universaliza, até 2016, a Educação Infantil na pré-escola para todas as crianças de 4 (quatro) e 5 (cinco) anos. A inclusão de crianças mais novas na escola obrigatória exige investimentos na formação de professores, tanto na formação básica quanto continuada, na organização da escola, ampliação e adequação de espaços físicos, materiais e pedagógicos. Exige também investir na melhoria de condições de trabalho dos docentes, tendo um tratamento político, administrativo e pedagógico. Assim, o processo para a adequação da legislação, ao contexto do município, não se subordina a razões de puro pragmatismo governamental, mas ao objetivo principal dessa gestão, que é implementar uma educação pública de qualidade, como direito de toda a criança, pois ela é a prioridade. A educação é o principal instrumento na luta a favor das desigualdades e das discriminações sociais. Há um reconhecimento da criança como um sujeito social e histórico, detentora de direitos sociais. Atualmente, existem 6.865 (seis mil, oitocentos e sessenta e cinco) alunos efetivos nas unidades escolares municipais

---

<sup>7</sup> Professora de Direito Administrativo da Faculdade Secal. Assessora Jurídica da Secretaria Municipal de Educação de Ponta Grossa/PR. Pós-graduada em Gestão Pública Municipal (UEPG). Gestão de Recursos Humanos (PUC/PR).

e 382 (trezentos e oitenta e dois) alunos efetivos nas unidades escolares conveniadas ao município, compreendidos na faixa etária entre quatro e cinco anos de idade. Não há nenhuma criança, nessa faixa etária, fora da escola. A cidade, hoje, possui 46 (quarenta e seis) Centros Municipais de Educação Infantil (período integral) e 85 (oitenta e cinco) Escolas Municipais, sendo que dentre elas, 41 (quarenta e uma) são de tempo de período integral. Vale destacar a evolução no âmbito educacional que o município passa. Destaca-se a inserção de um projeto educativo que promove o desenvolvimento das potencialidades da criança e contribua para uma participação efetiva na sociedade, desde os quatro anos de idade. É pertinente ressaltar, que a educação é a maior política social de um governante e que escola pública de qualidade, está voltada para a infância. O desenvolvimento do presente trabalho é de cunho bibliográfico, constituído de livros, artigos científicos e as legislações vigentes, seu conteúdo será desenvolvido com estudo qualitativo, caracterizado pelos seus atributos, relaciona aspectos não somente mensuráveis, mas também definidos por meio de uma descrição analítica. O método a ser aplicado é indutivo, observa os casos concretos e confirmados diante de tal realidade.

**Palavras-chave:** Educação; administração pública; direito social; constituição federal; criança.



PARTE IV

TESES E COMUNICADOS  
CIENTÍFICOS





# OS INDICADORES DE DESENVOLVIMENTO DO SERVIÇO PÚBLICO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL

ALEXANDRE GODOY DOTTA<sup>1</sup>

**Resumo:** O trabalho investiga o processo de desenvolvimento do serviço público de educação superior no Brasil a partir da década de 1990, buscando comparar o desempenho da sua prestação na esfera pública e na privada. Utiliza como instrumento de análise indicadores de desempenho no Enade (Exame Nacional de Desempenho do Estudante da Educação Superior). Inicia-se a pesquisa com o seguinte questionamento: é possível afirmar que a prestação de serviço público de educação é mais eficiente na esfera da gestão administrativa privada? O trabalho se desenvolve a partir da análise dos resultados apresentados pela política pública de avaliação da qualidade da educação superior no Brasil, notadamente o Sinaes (Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior) entre os anos de 2004 a 2012. Estuda a série de relatórios dos Censos da Educação Superior realizados pelo Inep (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira). Descreve o processo de expansão do número de instituições, de cursos e de estudantes no âmbito público e privado da educação superior, além de apontar a alocação de recursos financeiros para a promoção desse tipo de serviço e o custo de aluno da graduação. Por fim, pondera os aspectos quantitativos e qualitativos da avaliação da educação superior mediante apresentação de peculiaridades inerentes a esse tipo de serviço público e frente à necessidade de promoção do acesso e da permanência do estudante na educação superior. Conclui que o custo econômico por aluno é menor na iniciativa privada, o que é um componente facilitador para um aumento quantitativo do número de alunos nessa seara; por outro lado, as instituições públicas possuem melhor desempenho qualitativo, em que pese não possuam capacidade de ampliação significativa do número de vagas. Sob o ponto de vista do acesso à educação superior, a política de expansão do setor privado tem sido eficiente. Mas sob o ponto de vista da qualidade do ensino ofertado, tem sido mais eficiente a atuação das instituições públicas.

**Palavras-chave:** Educação Superior; serviço público; avaliação da educação; desenvolvimento; acesso e permanência.

---

<sup>1</sup> Doutor em História e Políticas Educacionais pela PUCPR. Professor Pesquisador do Centro Universitário Autônomo do Brasil.

# OS LIMITES À DELEGAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA: ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DOS PARTICULARES

ARIANE SHERMAM MORAIS VIEIRA<sup>2</sup>

**Resumo:** O Direito Administrativo vem passando por intensas transformações nas últimas décadas, em especial, a partir da segunda metade do século XX. No Brasil, observa-se que tais transformações, capitaneadas pela entrada em vigor da Constituição da República de 1988, tem tornado o Estado mais permeável à participação dos cidadãos na consecução dos interesses públicos. Ao mesmo tempo, elas têm revelado uma busca cada vez mais intensa do Estado por parcerias, em sentido amplo, com esses mesmos cidadãos, de modo a promover a consecução dos interesses da coletividade. Soma-se a isso a tendência de releitura do regime jurídico-administrativo, e, conseqüentemente, do próprio desempenho da função administrativa, de modo a afastá-lo de uma concepção autoritária, verticalizada. Nesse contexto é que tem despontado, tanto da doutrina quanto da jurisprudência brasileiras, a discussão sobre a possibilidade de o Estado delegar a particulares o exercício de atos jurídicos expressivos do poder de polícia. Essa é a atividade estatal que, em síntese, busca ajustar o exercício da liberdade e da propriedade dos cidadãos aos interesses da coletividade. Atualmente, o entendimento majoritário, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é o de que atos jurídicos expressivos do poder de polícia são indelegáveis a particulares. Contra a delegação é arrolada, entre outros argumentos, a impossibilidade de atribuir a particulares a incumbência de desempenhar típicos poderes públicos uns sobre os outros, sob o risco de violação à igualdade. Por outro lado, têm surgido entendimentos que defendem a parcial delegabilidade do poder de polícia, enquanto outros, em menor proporção, argumentam no sentido da delegabilidade mais ampla dessa atividade estatal. Nesse contexto, por meio de pesquisa teórica baseada em fontes primárias e secundárias, este trabalho busca avaliar se a

<sup>2</sup> Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Assessora Administrativa no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG).



delegação do poder de polícia encontra respaldo na Constituição da República de 1988, bem como verificar os limites e condicionamentos a tal delegação. Assim, admite-se como possível a delegação de determinados atos jurídicos expressivos do poder de polícia, desde que tal transferência não implique a manifestação de amplos poderes de decisão ou o exercício de coerção por particulares uns sobre os outros.

**Palavras-chave:** Constituição da República de 1988; poder de polícia; parcerias público-privadas; delegação de atos jurídicos; regime jurídico-administrativo.

# RISCO, INCOMPLETUDE CONTRATUAL E EFICIÊNCIA NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

BRUNO GUIMARÃES BIANCHI<sup>3</sup>

**Resumo:** A Lei nº 11.079/04 dispõe expressamente que as partes deverão estabelecer uma repartição objetiva dos riscos, nos termos do art. 4º, inc. VI. Tal repartição se faz necessária uma vez que, sendo as parcerias público-privadas projetos de longa duração, que demandam um grande investimento e envolvem um grande número de agentes econômicos, é evidente que a alocação de determinado risco poderá afetar de forma substancial a viabilidade do projeto como um todo. Em contrapartida, a partir de uma alocação objetiva e clara dos riscos à respectiva parte que possui melhores condições de preveni-lo ou, caso ocorrido, mitigá-lo, é capaz de alterar as condições contratuais, especialmente no que tange à remuneração do parceiro privado e a contraprestação pecuniária a ser ofertada pelo parceiro público. Assim, a repartição objetiva dos riscos é elemento essencial na fase de modelagem e estruturação dos projetos, diante dos efeitos de que uma alocação – bem ou mal feita – poderá ter ao longo da relação contratual. Além disso, é de se concluir que uma matriz de riscos objetiva, clara e precisa possui o condão de tornar aquele projeto de Parceria Público-Privada o mais eficiente na medida do possível. No entanto, como se verá, a definição de uma matriz de riscos pode ser tarefa altamente custosa, de forma que se pode falar em uma incompletude contratual eficiente. Por fim, serão apresentadas diretrizes a serem seguidas no momento da alocação com vistas a obtenção de uma matriz de riscos eficiente.

**Palavras-chave:** Parceria público-privada; Lei nº 11.079/04; alocação de riscos; eficiência.

---

<sup>3</sup> Acadêmico do 5º ano da FD/UFPR. Pesquisador pelo programa Pibic/CNPQ.

# MECANISMOS DE CONTROLE SOCIAL NA LEI GERAL DE LICITAÇÕES: IMPORTÂNCIA E APLICABILIDADE NO ÂMBITO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

CAROLINA BARBOSA RIOS<sup>4</sup>

**Resumo:** Atualmente, observa-se uma conjuntura de grandes desvios nas contratações públicas. Como a Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações) é o principal diploma legal utilizado para que a Administração contrate com o particular, busca-se realizar uma análise desse dispositivo, tendo em vista que, desde o início da sua vigência, ela não foi capaz de coibir os desvios existentes. Além disso, pelo fato de estarem envolvidos nos desvios agentes das mais diversas esferas do poder, que seriam responsáveis pela fiscalização dos atos, torna-se um tema relevante o do controle social, realizado pela população. Previamente a uma análise crítica do dispositivo legal, é realizada uma explanação sobre o controle social e seus mecanismos de instrumentalização, como a publicidade e a participação popular. Notou-se que, atualmente, devido à crise de representatividade política, tais mecanismos precisam ultrapassar a barreira de previsões legais formais, devendo ser concretas e reais, e não meramente requisito jurídico de validade dos atos administrativos. Nesse sentido, a análise da Lei nº 8.666/1993 terá foco nos mecanismos de controle social existentes, usando o método analítico acerca de cada dispositivo encontrado sobre esse assunto. Diante dessa análise, foi constatado que os mecanismos passíveis de possibilitar o controle social encontrados na Lei nº 8.666/1993 são de divulgação dos atos pertinentes ao procedimento licitatório em diários oficiais, imprensa oficial e quadros de avisos. Quanto à participação popular, somente uma situação prevê audiência pública. Além disso, é constatado que se o agente público não cumpre tais previsões, não há consequências. Em decorrência dessas constatações, é feita uma análise crítica quanto à sua aplicabilidade na conjuntura atual das contratações públicas, tendo em vista que foram observados na lei, em sua maioria,

---

<sup>4</sup> Graduanda na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto na Universidade de São Paulo.

apenas mecanismos formais e não concretos de controle social. Assim, sugere-se que sejam aprimorados os instrumentos de divulgação oficial, fazendo uso da internet e redes sociais; sejam incrementados à legislação maiores mecanismos simplificados de participação popular, como consulta pública via internet; e aplicação de sanções aos agentes públicos que descumprirem tais disposições. Assim, poderá ser realizada maior aplicabilidade do controle social nas contratações públicas, sendo útil também para impedir os desvios ocorridos nas contratações.

**Palavras-chave:** Lei Geral de Licitações; desvios nas contratações públicas; mecanismos de controle social; publicidade; participação popular.

# O PROUNI E A LEI DE REGULAMENTAÇÃO DAS ENTIDADES BENEFICENTES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL: A DESPROPORÇÃO DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS

CAROLINA BRAGLIA ALOISE BERTAZOLLI<sup>5</sup>

**Resumo:** O objetivo do presente trabalho é analisar a lei que regulamenta o Programa Universidade para Todos (ProUni), bem como os preceitos legais que dispõem acerca da imunidade tributária das instituições beneficentes de assistência social, no que tange a concessão de bolsas. Primeiramente, cumpre ressaltar que o ProUni foi criado em 2004 pela Lei nº 11.096, com o fim de propiciar que estudantes de baixa renda recém-saídos do ensino médio adentrem às Instituições de Ensino Superior particulares. O programa é possível em razão da isenção fiscal concedida às instituições. Esse benefício fiscal é opcional para IES com fins lucrativos e obrigatório para aquelas que não possuem fins lucrativos. As bolsas podem ser integrais ou parciais, sendo que as primeiras são destinadas aos estudantes com renda familiar de um salário mínimo e meio, enquanto as demais são para aqueles que possuem renda familiar de até três salários mínimos. Ressalta-se ainda a existência de concessão de bolsas a professores da rede pública que ainda não possuem diploma universitário (independente da renda familiar) e estudantes portadores de deficiência. Já a imunidade tributária das instituições beneficentes de assistência social está contida no art. 195, § 7º da Constituição Federal, que determina a previsão de suas especificidades em legislação própria. Em 2009, foi promulgada a Lei nº 12.101 que dispõe sobre a matéria contida no dispositivo supracitado. Essa lei determina a concessão de bolsas integrais e parciais de 50%. Para melhor compreender as duas legislações, foram utilizados trabalhos acadêmicos a respeito das respectivas leis. Ao analisar a questão de ampliação do acesso – motivo dado para a criação do ProUni – a lei das instituições beneficentes de assistência social é mais favorável. Na lei do programa, para que a entidade seja caracterizada como beneficente de assistência

<sup>5</sup> Estudante de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisadora do Pibic/CNPq.

social, ela precisa ter uma proporção de 1 aluno bolsista integral para 9 alunos pagantes. Contudo, a lei também permite que a entidade assine o contrato de adesão e que a proporção seja de 1 bolsa integral para 10,7 alunos pagantes. A legislação permite, ainda, as bolsas de 50% ou 25%, sem estabelecer proporção. Já na lei voltada para este tipo de entidade, a proporção é de 1 bolsa integral para 5 alunos pagantes; todavia, se a entidade quiser conceder bolsas de 50% (não há de 25%), a proporção passa a ser a de 1 para 9 alunos. Apesar de a lei manter, a priori, a proporção inicial da lei do ProUni, essa mesma legislação permite o aumento para 10,7, mais que o dobro que a proporção inicial da lei das instituições beneficentes de assistência social. Além da diferença das concessões de bolsas das leis, a opção de manter somente bolsas integrais facilita o acesso ao ensino superior. O ponto controverso da lei das entidades beneficentes é a falta de ações afirmativas raciais e para deficientes. Apesar disto, a acessibilidade de quem não possui condições de pagar pelo ensino se mostra mais facilitada na lei das entidades beneficentes, lei que não possui esse intuito e que é posterior ao ProUni.

**Palavras-chave:** Acesso ao ensino superior; mecanismos de acesso; ProUni; entidades beneficentes de assistência social; concessão de bolsas.

# A PARTICIPAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA NO PROCESSO DE URBANIZAÇÃO DAS CIDADES BRASILEIRAS – A REFORMA E MANUTENÇÃO DE EQUIPAMENTOS URBANOS NO MUNICÍPIO DE RIO VERDE, ESTADO DE GOIÁS

CAROLINA MERIDA<sup>6</sup>

**Resumo:** O presente estudo tem por escopo debater a importância e a legalidade da cooperação entre o Poder Público e a iniciativa privada no processo de urbanização das cidades brasileiras, com vistas a atender o interesse social. Nesse sentido, a permissão legal para colaboração entre o Poder Público e a iniciativa privada no âmbito urbanístico alinha-se a uma concepção mais moderna do direito público, que permite uma interação cada vez maior entre a Administração Pública e a sociedade no planejamento e no desenvolvimento de tarefas públicas, com o fito de atender o interesse público de maneira mais eficiente. Mencionada discussão mostra-se fundamental diante da limitação do orçamento público, insuficiente para prover todos os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente à população, o que tem exigido dos municípios, mormente no que atine à política urbana e ordenação das cidades, a busca por soluções criativas e efetivas para a execução, revitalização e manutenção de equipamentos públicos, tais como praças, parques, jardins e ruas, dentre outros, as quais passam por uma aproximação entre o Poder Público e a iniciativa privada. Por meio da análise do disposto no Estatuto da Cidade e na legislação urbanística do Município de Rio Verde/GO, bem como do estudo de caso da reforma da Praça Carolina Leão Veloso, pretendeu-se demonstrar que a participação da iniciativa privada no processo de urbanização contribui para atribuir função social à propriedade pública, efetivar o direito fundamental ao lazer e atender ao princípio urbanístico da função social da cidade (artigo 2º, *caput* do Estatuto da Cidade).

<sup>6</sup> Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. Especialista em Direito Público pela Faculdade Professor Damásio de Jesus. Professora Adjunta vinculada à Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde - Goiás Procuradora do Município de Rio Verde - Goiás.

Ao longo da pesquisa, verificou-se que alguns municípios brasileiros já editaram normas regulamentadoras da cooperação entre Poder Público e setor privado na execução de obras públicas e/ou reforma de equipamentos urbanos, a exemplo do Município de Rio Verde (Lei Complementar nº 6.148/2012, conforme modificação introduzida pela Lei Municipal nº 6.305/2013), no Estado de Goiás. *In casu*, as leis municipais que regulamentam a aprovação de loteamentos fechados no âmbito do Município de Rio Verde, dispõem acerca da possibilidade de substituição da doação de áreas institucionais por obras a serem executadas pelo loteador (empreendedor privado) em terrenos públicos, a critério da Administração Pública municipal e observada a equivalência de valores. Sob outro enfoque, pode-se afirmar que o aumento da participação do setor privado no desenvolvimento de tarefas públicas decorre do próprio processo de democratização da Administração Pública. Por fim, demonstrou-se não apenas a importância da utilização de instrumentos de política urbana pautados na cooperação entre o Poder Público e a iniciativa privada, como também a legalidade da participação de particulares no processo de urbanização das cidades brasileiras (artigo 2º, inciso III do Estatuto da Cidade), desde que precedida de previsão na respectiva legislação municipal e observado o interesse público, restando evidenciado, ainda, que os mecanismos de participação privada no processo de urbanização e revitalização de equipamentos urbanos permitem um ganho de eficiência sem prejuízo da manutenção de rígidos mecanismos de controle das obras, inclusive externos.

**Palavras-chave:** Cooperação; função social da cidade; política urbana; urbanização; iniciativa privada.



# A QUESTÃO BELO MONTE E O CONFLITO DE INTERESSES

EDUARDO LEGAT RODRIGUES<sup>7</sup>

**Resumo:** O presente trabalho propõe a problematização, no âmbito do Poder Público, da construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no município de Altamira (Pará), principalmente na sua relação com o meio ambiente e com as comunidades tradicionais que vivem no local. Seu projeto, idealizado já em 1975, passou por inúmeras discussões e audiências públicas com movimentos ambientalistas e indígenas, redimensionado então em 2009. Contudo, mesmo com diversas alterações, os impactos ambientais ocorreram. É nesse sentido que o estudo se desenvolve. As consequências da construção da usina geraram diversas alterações no plano social e ecológico, o que põe a prova a real necessidade de todo o empreendimento. Dentre as modificações no espaço natural, ressaltam-se a destruição de extensas áreas de vegetação para a formação de lagos artificiais, o que levou a retirada de toda a vegetação protetiva, como a mata ciliar; o assoreamento de algumas regiões; e a morte de dezenas de animais da fauna regional, incluindo ainda a extinção de algumas espécies de peixes essenciais à atividade da pesca para a subsistência. Estima-se que o desmatamento necessário para a construção da usina se deu em uma extensão de 238,1 hectares (64,5 destes localizados em Área de Preservação Permanente). Tais transformações afetaram severamente o modo de vida dos habitantes das regiões próximas. Por exemplo, uma grande parte do rio deixou de ser navegável devido à redução do volume de água em algumas partes, o que prejudicou as comunidades que dependem do transporte fluvial para acessar a cidade. Além disto, a construção de Belo Monte provocou um grande êxodo migratório para a região, o que acarretou no aumento da violência na cidade de Altamira, tornando-a a quinta cidade com mais homicídios no Brasil. Nesse cenário, o que se tem é o confronto entre um modo de vida ribeirinho (ou indígena) com uma realidade urbana totalmente diversa e, ainda, sobrecarregada com a migração espontânea. Isto é, o modo de vida rural e subsistente sendo colocado em um meio urbano precário e violento, no qual a lógica

---

<sup>7</sup> Estudante da Graduação na Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

de sobrevivência é outra. A realocação de milhares de famílias em Reassentamentos Urbanos Coletivos e as medidas tomadas para o Plano Emergencial Indígena elaborado deixam clara a manifesta incidência nos interesses individuais dessas comunidades. E as severas consequências demonstram a insatisfação diante de tais mudanças. O que se coloca em pesquisa é um estreito conflito de interesses a ser pensado pelo Poder Público: o interesse público pelos meios de obtenção de energia elétrica junto ao dever do Estado na garantia do desenvolvimento (art. 3º, II, Constituição Federal); o interesse das comunidades tradicionais, protegidas pela Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (Decreto nº 6.040), em continuar habitando as proximidades do Rio Xingu, resguardando sua cultura, seus costumes e preservando sua dignidade humana; e a preocupação em manter o meio ambiente preservado, conservando fauna e flora em todas as suas instâncias. Assim sendo, apresenta-se relevante investigar nesse contexto qual interesse deve prevalecer e, ainda, qual o organismo estatal capaz de julgar e resolver efetivamente tal conflito.

**Palavras-chave:** Conflito de interesses; Belo Monte; comunidades tradicionais; meio ambiente; poder público.

# ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO AMBIENTAL: CRÍTICA À EXIGIBILIDADE DE EIA/RIMA PARA EMPREENDIMENTOS INSTALADOS E/OU EM OPERAÇÃO

GABRIELA SALAZAR SILVA PINTO<sup>8</sup>

**Resumo:** O presente trabalho objetiva examinar a razoabilidade de decisão judicial oriunda especificamente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que determinou a empreendedores a obrigação de elaboração de Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental (“EIA/RIMA”) para instrução de seus pedidos de licença ambiental de operação corretiva e revalidação de licença de operação. Para tanto, o procedimento metodológico concernente à “análise de conteúdo” informa o trabalho em tela, conexo ao seu tipo específico atinente ao exame de legislação e jurisprudência. O EIA/RIMA apresenta-se como espécie do gênero “avaliação de impactos ambientais”, esta última consagrada pela Lei nº 6.938/1981 como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. A Resolução nº 1/1986 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) determina diretrizes gerais e atividades técnicas que devem ser observadas no âmbito da elaboração do EIA/RIMA. Desse modo, o EIA/RIMA deve, por exemplo, contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto a ser desenvolvido, bem como caracterizar a situação ambiental da área antes da implantação do projeto. Não se pode olvidar que, conforme previsto na Constituição Federal, artigo 225, §1º, inciso IV, incumbe ao Poder Público exigir, na forma da lei, estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente. Em face de sua caracterização normativa e considerando-se a alta complexidade de sua elaboração e a robustez de seu conteúdo, o EIA/RIMA firma-se como estudo ambiental pertinente à fase prévia do licenciamento ambiental, devendo

---

<sup>8</sup> Advogada. Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

anteceder, portanto, a instalação e operação de atividades e empreendimentos. Afinal, como será possível, por exemplo, indicar alternativas locais ao empreendimento ou caracterizar a situação ambiental da área antes da implantação do projeto se as atividades já estiverem instaladas e/ou em operação? Em temerária hermenêutica criativa do Direito Ambiental e em negativa postura ativista, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais assumiu posicionamento suscetível a críticas ao determinar, para empreendimentos agrossilvipastoris com área superior a 1.000 (mil) hectares, a obrigação de apresentação de EIA/RIMA nos processos de licenciamento ambiental – inclusive – para obtenção de licenças de operação corretivas e revalidação de licenças de operação (Processo nº 1.0024.11.044610-1/001, publicação em 25.11.2011). Embora não haja jurisprudência uniforme acerca do tema, cumpre salientar que o Superior Tribunal de Justiça definiu, por meio do Resp nº 766.236/PR, que *o Estudo Prévio de Impacto Ambiental revela exigência administrativa que não se coaduna com o funcionamento de empresa instalada há mais de 3 (três) décadas*. Nessa linha, com o devido respeito ao posicionamento da egrégia Corte Mineira, não se revela razoável, na visão desta autora, a exigibilidade de EIA/RIMA para atividades já instaladas e/ou em operação, devendo os órgãos ambientais competentes exigirem do empreendedor, nesta(s) fase(s), a apresentação de outros estudos ambientais pertinentes e aplicáveis.

**Palavras-chave:** ativismo; ambiente; impacto; exigência; jurisprudência.

# RELACIONAMENTO ENTRE ENTES FEDERATIVOS E A FISCALIZAÇÃO DA CFEM POR PARTE DE ESTADOS E MUNICÍPIOS

GABRIELA SALAZAR SILVA PINTO<sup>9</sup>

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo examinar se a cobrança e fiscalização da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (“CFEM”) podem ser também realizadas por Estados e Municípios ou se são prerrogativas exclusivas da União. Para tanto, o procedimento metodológico concernente à “análise de conteúdo” informa este trabalho, conexo ao seu tipo específico atinente ao exame de legislação e jurisprudência. Consoante previsão constitucional, os recursos minerais são bens da União, sendo por ela detida a competência privativa para legislar sobre jazidas, minas e recursos minerais. Conforme disposto no artigo 20, § 1º da Constituição Federal, a CFEM é assegurada aos Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como a órgãos da Administração Pública Federal. A legislação regulamentadora do recolhimento da CFEM estabelece um sistema de distribuição de seus valores nas proporções de 23% para Estados e Distrito Federal; 65% para Municípios, 2% para o Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico e 10% para o Ministério de Minas e Energia (repassados integralmente ao DNPM que destina 2% ao Ibama). A Lei nº 8.876/1994 atribui ao DNPM a competência para baixar normas e exercer fiscalização sobre a arrecadação da CFEM. No entanto, sobretudo com base na previsão constante no artigo 23 da Constituição Federal, Estados e Municípios editaram leis específicas para a fiscalização e cobrança da CFEM, determinando a aplicação de sanções próprias pelo inadimplemento da obrigação. Frente ao questionamento dos mineradores acerca da competência e/ou legitimidade de tais entes federativos para a cobrança e fiscalização da CFEM, a Procuradoria-Federal em exercício no DNPM emitiu o Parecer nº 83/2010/HP/PROGE/DNPM por meio do qual se posicionou pela inconstitucionalidade de leis estaduais que tratam da fiscalização e cobrança da CFEM, sugerindo a adoção de medidas tendentes ao ajuizamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIN) de tais leis.

<sup>9</sup> Advogada. Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Importante jurisprudência sobre a temática vem se consolidando no Tribunal Regional Federal da 1ª Região no sentido de que compete exclusivamente ao DNPM baixar normas e exercer fiscalização sobre a arrecadação da CFEM, sendo Municípios e Estados partes ilegítimas para efetuar a cobrança dos créditos (exs: AC 2004.35.00.011547-3/GO e AC 463782720024013800/MG). O Supremo Tribunal Federal, a seu turno, definiu que não há possibilidade dos demais entes federativos – a par da União – legislarem sobre fiscalização e arrecadação da CFEM (ARE 766674 SE). A Advocacia-Geral da União, inclusive, ingressou com ADIN nº 4606 no STF para declarar a inconstitucionalidade de diplomas legais editados pela Bahia para cobrança da CFEM. Nesse contexto, Acordos de Cooperação Técnica firmados pelo DNPM com Estados e Municípios para fins de fiscalização da CFEM determinam claramente que, caso constatada infração à Lei Federal, será imediatamente efetuada comunicação escrita ao DNPM para que este tome as providências cabíveis – reforçando a conclusão de que a cobrança e fiscalização da CFEM são prerrogativas exclusivas da União Federal.

**Palavras-chave:** mineração; federalismo; fiscalização; cobrança; CFEM.

# APLICABILIDADE DO CHAMAMENTO PÚBLICO NA LEI Nº 13.019/2014

ISABELLA KAROLLINA DA SILVA<sup>10</sup>

**Resumo:** A Lei nº 13.019/2014 surgiu com o propósito de moralizar as relações de parceria entre Administração Pública e terceiro setor, num contexto em que essas relações careciam de disciplina jurídica organizada, que resultava em insegurança jurídica e na ocorrência de abusos. Para tanto, instituiu, dentre outras medidas, a obrigatoriedade de realização de chamamento público prévio à celebração das parcerias, com o intuito de selecionar a entidade que receberá o fomento de acordo com os princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e os que lhes são correlatos. Ocorre que, antes mesmo de sua entrada em vigência, a Lei nº 13.204/2015 alterou significativamente seu texto, inserindo diversas exclusões em seu âmbito de aplicação, além de diversas hipóteses de contratação direta, dispensa e inexigibilidade do chamamento público. Com isso, torna-se necessário questionar qual é, efetivamente, o âmbito da aplicação do chamamento público instituído pela Lei nº 13.019/2014. Faz-se necessário, assim, o estudo das hipóteses de contratação direta, dispensa e inexigibilidade, além do estudo da aplicabilidade da própria lei, que prevê extenso rol de exclusão de sua incidência. Para atingir os objetivos colimados, foi conduzida pesquisa bibliográfica e documental, com utilização do método dedutivo, por meio do qual o texto legal é analisado para a identificação de possíveis problemas, e do método dialético, por meio do qual referidos problemas são discutidos. A partir da análise realizada, chegou-se à conclusão de que várias hipóteses de exclusão da exigência do chamamento público posteriormente inseridas no texto da Lei abrem margem para abusos, o que não se coaduna com seu propósito inicial.

**Palavras-chave:** Fomento; parceria; terceiro setor; chamamento público; moralização.

<sup>10</sup> Graduanda na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP.

# A MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO CARF: EM BUSCA DE UM REGIME DE INCOMPATIBILIDADES

JAMIL GONÇALVES DO NASCIMENTO JUNIOR<sup>11</sup>

**Resumo:** O presente ensaio concentra atenções nesses mecanismos assecuratórios da moralidade, partindo da análise do desenho institucional do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), para então identificar o regime de incompatibilidade adotado para seus membros, entendido este como os mecanismos utilizados antes, durante, e depois do exercício da função pública par ao fim de manter o agente público perseguindo o interesse público primário. Dessa forma, o objetivo geral era encontrar os elementos necessários para se desenhar o regime de incompatibilidade, o que foi obtido êxito, tendo em vista que foram identificados os mecanismos utilizados antes, durante e depois do exercício da função pública, e sistematizados na sequência. Assim, compõe o referido regime a Lei nº 12.813/2013, o Decreto nº 8.441/2015, a Portaria MF nº 343 que dispõe sobre o regimento interno do Conselho, a Portaria MF nº 173/2014 que dispõe sobre o procedimento junto à Comissão de Ética Setorial do Ministério da Fazenda para avaliação prévia de conflito de interesses, e a própria Lei nº 8.429/1992 que cuida da sanção na hipótese de descumprimento das normas de conduta dispostas no regime de incompatibilidades. Como objetivos específicos este ensaio, após encontrado o regime de incompatibilidades, pretendia desempenhar tarefa mais propositiva, para fomentar o debate, razão pela qual em diversos momentos optou-se por questionar situações jurídicas ainda sem respostas, identificar possíveis incongruências no regime de incompatibilidades, causadas, em grande parte, pela pulverização excessiva das normas que o compõe. Em relação a metodologia, trata-se de um trabalho documental, em que foi utilizado o método dedutivo a partir de levantamento bibliográfico. De tal sorte, a conclusão obtida não poderia ser outra

<sup>11</sup> Mestrando em Direito e Desenvolvimento pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP. Pós-graduação lato sensu em curso na Escola de Direito de São Paulo da . Fundação Getúlio Vargas (EDSP – FGV/SP). Pós-graduação lato sensu em curso na Faculdade de Direito da Pontifícia. Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas).



senão a de que o estudo dos regimes de incompatibilidades merece muita atenção dos pesquisadores do direito, uma vez que se trata de instrumento eficaz para proteção da moralidade administrativa, mas que ainda necessita ser aperfeiçoado, de forma a solucionar colisões ainda existentes.

**Palavras-chave:** Direito administrativo; improbidade administrativa; moralidade administrativa; regime de incompatibilidade; CARF; quarentena.

# AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E AS CONSEQUÊNCIAS DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 848.826

JOAQUIM ANTÔNIO MURTA OLIVEIRA PEREIRA<sup>12</sup>

**Resumo:** O Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário nº 848.826 fixando a tese da repercussão geral de que “para os fins do art. 1º, inciso I, alínea ‘g’, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a apreciação das contas de prefeitos, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores”. Não precisa de nota para ementa de Repercussão Geral. Manter como está. Nesse julgamento, o STF assentou o entendimento de que mesmo quando se trate de contas prestadas por Prefeito Municipal no exercício de atribuições de ordenador de despesa, caberá ao Tribunal de Contas emitir parecer prévio, não configurando a hipótese de julgamento pela própria Corte de Contas, conforme art. 71, II, da Constituição. Por conseguinte, a regularidade dos atos de despesas praticados pelo Prefeito Municipal, na qualidade de ordenador de despesa, será julgada pelo Poder Legislativo Municipal. Nesse contexto, observa-se que mesmo que um ato de despesa seja tecnicamente irregular, poderá a Câmara Municipal, por 2/3 dos seus membros, aprovar as contas. No entanto, eventualmente, esse mesmo ato poderá ser objeto de ações para apuração de responsabilidade criminal e por ato de improbidade administrativa, construindo-se um cenário em que o mesmo ato tenha sido aprovado pelo órgão constitucionalmente competente para julgá-lo quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, e haver aplicação de sanções por ato de improbidade administrativa ou crime, cuja competência para julgamento é do Poder Judiciário. Assim, vislumbra-se a possibilidade de decisões conflitantes entre órgãos igualmente competentes, violando-se o princípio da separação dos poderes, na medida em que uma decisão emanada do Poder Judiciário poderá

<sup>12</sup> Pós-Graduado em Direito Tributário pela PUC Minas. MBA em Gestão de Contas Públicas pela Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduando em Direito Público pelo IDDE. Advogado.

considerar irregular um ato julgado regular pela Câmara Municipal e aplicar as sanções da lei de improbidade administrativa e/ou previstas na legislação penal, tendo por consequência lógica o reconhecimento da irregularidade do ato. Por outro lado, verifica-se também a hipótese em que se poderá evitar a responsabilização por atos de improbidade administrativa ou criminal, em razão de um julgamento político realizado pelo Legislativo, implicando em uma submissão do Judiciário, mesmo que haja um parecer do órgão constitucionalmente competente para a análise técnica do ato de despesa, qual seja, o Tribunal de Contas.

**Palavras-chave:** Tribunal de contas; RE nº 848.826; competência; prestação de contas; Câmara Municipal.

# PODER NORMATIVO DA ANVISA E POLÍTICA DE AGROTÓXICOS

JÚLIO CÉSAR SOUZA DOS SANTOS<sup>13</sup>

**Resumo:** O presente estudo visa analisar a viabilidade e a legitimidade da adoção de decisões conservadoras pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), diante do atual panorama de utilização de agrotóxicos no Brasil. Para tanto, será realizada análise acerca da possibilidade e dos limites do poder normativo por parte das agências reguladoras. Em sequência, verificar-se-á o atual quadro de capacidade institucional da Anvisa, juntamente com a aplicação de critérios econômicos do princípio da precaução. Não obstante a discussão acerca do poder normativo das agências reguladoras ainda perdurar nos dias atuais, verifica-se a possibilidade de edição de normas de caráter geral e abstrato por tais entidades. O exercício do poder normativo é justificado por duas espécies de delegação: indireta e implicitamente, pelo art. 174 da Constituição Federal; e direta e explicitamente, pelas leis que criam as respectivas autarquias em regime especial e fixam suas competências, limitadas a partir de *standards*. No entanto, a tomada de decisões pela Anvisa encontra diversas limitações no âmbito de suas capacidades institucionais. Logo, a análise dessas capacidades servirá para criticar ou recomendar a adoção de posturas, em maior ou menor grau, confluentes com decisões de outras instituições ou de determinada teoria interpretativa para aplicação do direito. Esta análise implica, por conseguinte, em considerar as limitações e qualificações da Anvisa na tomada de decisões em determinado cenário específico. Nessa perspectiva, a referida agência encontra limitações de ordem financeira; ausência de pessoal qualificado para aferir cientificamente as substâncias antes e após a concessão do registro; ausência de laboratórios e de meios para testar a manutenção das especificações; fiscalização baseada, em regra, na experiência sensorial; autonomia compartilhada, dentre outras. Ademais, o princípio da precaução, surgido na década 70 na Alemanha Oriental, também legitima tais decisões pela Anvisa, quer em situações de risco, quer de incerteza,

---

<sup>13</sup> Graduando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bacharel em Biomedicina na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Técnico do Ministério Público da União (MPU).

com base no paradigma racional-instrumental, fundamentado na teoria do efeito de irreversibilidade e da aprendizagem. Com efeito, o quadro de capacidade institucional precário e a necessidade de proteção efetiva a esses valores determina e legitima, por exemplo, a escolha por decisões conservadoras *ex ante* diante de um panorama de riscos inaceitáveis ou elevados, sejam eles agregados, cumulativos ou ocupacionais, assim como na presença de cenários de incerteza genuína. No entanto, situações de incerteza possibilitam a existência de um domínio de decisões *arbitrárias* – no sentido teórico-decisional. Tais decisões relativas à normatização e ao registro de agrotóxicos, desse modo, devem partir de mecanismos técnicos e científicos relacionados aos critérios de provas suficientes e medidas de risco toleráveis. Tais decisões, embora de natureza eminentemente técnicas, também são, em maior ou menor grau, políticas. Por todo o exposto, conclui-se que é legítima a tomada de decisões conservadoras por parte da Anvisa diante do contexto das capacidades institucionais e da aplicação de critérios econômicos do princípio da precaução. Dessa maneira, os critérios decisoriais devem considerar os cenários de risco e incerteza nos diversos procedimentos relativos à utilização de agrotóxicos, sejam de cunho normativo, administrativo ou fiscalizatório.

**Palavras-chave:** Anvisa; poder normativo; agrotóxicos; capacidades institucionais; princípio da precaução.

# PROGRAMAS DE ESTÁGIO DE PÓS-GRADUAÇÃO JURÍDICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

JÚLIO CÉSAR SOUZA DOS SANTOS<sup>14</sup>

**Resumo:** O presente estudo visa examinar a constitucionalidade e a legalidade de contratações realizadas no âmbito de órgãos do Poder Judiciário, Ministério Público, Procuradorias e Defensorias, sob a denominação de “programa de estágio de pós-graduação”. Nesse sentido, o recente fenômeno da criação de programas de estágio voltados para estudantes de pós-graduação na área jurídica pode ser observado em diversos estados da federação, a exemplo do Rio Grande do Norte, Minas Gerais, Santa Catarina e São Paulo. A partir da análise dos diplomas regulamentadores, verifica-se que o recrutamento de estudantes de pós-graduação objetiva o exercício de atividades típicas das instituições citadas, com direitos e deveres que se assemelham àqueles referentes aos servidores efetivos e/ou comissionados. Em clara violação à regra constitucional do concurso público, tais contratações são realizadas sem qualquer respaldo na Lei de Estágio (Lei nº 11.788/2008) e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996). Ademais, especificamente em relação ao Ministério Público, há determinação constante na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993) de que os estagiários da instituição serão alunos dos três últimos anos do curso de bacharelado em Direito. Outrossim, os diplomas que regulamentam tais contratações utilizam-se, com frequência, da denominação “residente”, na tentativa de gerar confusão com conceitos específicos das residências médicas e conferir aparência de legalidade aos contratos celebrados. Na verdade, não obstante afirmar-se que o desempenho dessas atividades não cria vínculo empregatício entre o residente e órgão estatal, há nítido exercício de função pública temporária fora das hipóteses constitucionais de contratação elencadas no art. 37 da Constituição Federal de 1988: concurso público, contratação temporária por excepcional interesse público e cargo em

---

<sup>14</sup> Graduando em Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bacharel em Biomedicina – Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Técnico do Ministério Público da União (MPU).

comissão. Nessa perspectiva, tais contratações violam, ao mesmo tempo, os princípios da legalidade, do concurso público, da moralidade e da eficiência administrativa. Por outro lado, verifica-se a inconstitucionalidade formal dos diplomas em questão, haja vista que compete à União legislar privativamente sobre Direito do Trabalho (Constituição Federal, art. 22, I). Dispor sobre remuneração, carga horária, atribuições e processo de admissão, dentre outras características dessa relação, caracteriza, assim, usurpação da competência legislativa da União. Portanto, a contratação de estagiários de pós-graduação, nos termos atuais, caracteriza contratação ilegal e inconstitucional de mão-de-obra para o exercício de atividades típicas dos servidores públicos de carreira, em desacordo com a norma constitucional que determina a realização de concurso público para o provimento de cargos e empregos públicos.

**Palavras-chave:** Estágio; pós-graduação; residência; administração pública; constitucionalidade.

# PATRIMONIALISMO E AS EMPRESAS ESTATAIS NO BRASIL: UMA PROPOSTA DE ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA OBRA DE CARLOS NELSON COUTINHO

LUASSES GONÇALVES DOS SANTOS<sup>15</sup>

**Resumo:** As empresas públicas e sociedades de economia mista, enquanto entidades que compõem a Administração Pública Indireta, recebem, constantemente, pela doutrina do Direito Administrativo, um olhar meramente institucional, o qual não ultrapassa a barreira do ideal, ou seja, de que forma essas entidades pertencentes ao Poder Público deveriam ser criadas e conduzidas para melhor contemplar o interesse público. Análises a partir de cursos de direito administrativo ou de obras específicas sobre *empresas estatais*, extremamente respeitadas e consideradas até como clássicos, limitam-se a identificar conceitos, instrumentos para sua criação e as diferenças de regimes jurídicos. Nessas obras, não se encontram traços ou incursões mais realistas e críticas em relação ao papel que as sociedades de economia mista e as empresas públicas tiveram no desenvolvimento histórico de setores produtivos no Brasil, desde o Estado Novo até as primeiras décadas do século XXI. A perspectiva do direito autorreferencial e pouco preocupada com a realidade, em especial o direito administrativo, resulta em ignorar o que outros ramos do conhecimento, como a economia política e ciência política, vêm produzindo sobre o papel instrumental das empresas estatais em relação ao desenvolvimento econômico e estrutural do Brasil. A partir das análises de Carlos Nelson Coutinho, especialmente do artigo intitulado “Crise e redefinição do Estado Brasileiro”, há margem para que ocorra, no âmbito do direito administrativo, um urgente e necessário estudo sobre a forma como as empresas públicas e as sociedades de economia mista serviram, e ainda servem, como protagonistas do processo de industrialização no Brasil, desbravando setores produtivos até então pouco interessantes para a iniciativa privada, setores esses que seriam mais tarde abertos à exploração da atividade privada. É dizer,

---

<sup>15</sup> Doutorando em Direito do Estado pela UFPR. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Advogado.



não se pode ignorar a cooptação máxima dos instrumentos do Estado para a defesa dos interesses privados, revelando o histórico caráter patrimonialista do Estado brasileiro, desbancando a retórica neoliberal sobre a excessiva intervenção direta do Estado em setores da economia. Há que esclarecer como a história das empresas públicas e sociedades de economia mista no Brasil fazem parte de um arranjo institucional do Estado para beneficiar setores específicos da iniciativa privada, revelando a superficialidade e contradição dos discursos promovidos por considerável parte do setor produtivo brasileiro sobre a necessidade de diminuição da intervenção estatal direta na economia. A doutrina do direito administrativo, ao tratar das empresas estatais, precisa enfrentar essa questão histórica, como forma de combate ao caráter patrimonialista do Estado brasileiro.

**Palavras-chave:** Empresas públicas e sociedades de economia mista; função histórica; desenvolvimento econômico; patrimonialismo; enfretamento pela doutrina.

# A TUTELA CONTRA O ILÍCITO COMO INSTRUMENTO PARA A PREVENÇÃO DE DANOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

LUZARDO FARIA<sup>16</sup>

**Resumo:** O atual modelo de responsabilização civil do Estado adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro tem se mostrado extremamente ineficiente, seja em razão das limitações financeiras do Poder Público, do insuficiente regime de pagamento de dívidas judiciais por meio de precatórios ou até mesmo da dificuldade de se indenizar danos coletivos e extrapatrimoniais causados a direitos fundamentais. Embora a doutrina tradicional sempre tenha considerado o dano como elemento essencial do instituto da responsabilidade civil do Estado, defende-se que, seguindo o que já foi feito no âmbito do Direito Civil, essa matéria deve passar por uma revisão nesse ponto, a fim de que se possam instituir meios de prevenção – e não só de repressão – desses danos, também na seara do Direito Administrativo. A máxima de que “prevenir é melhor que remediar” encontra perfeita aplicação no âmbito da responsabilidade civil do Estado, atendendo-se tanto aos interesses dos cidadãos, que não vão sofrer violações de seus direitos (interesse público primário), como da própria Administração Pública, que não precisará gastar tempo e dinheiro com processos e condenações judiciais. Nesse sentido, defende-se a aplicação, ao Direito Administrativo brasileiro, da tutela contra o ilícito (tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito), previstas, inovadoramente, no art. 497, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Trata-se de ferramenta processual, desenvolvida inicialmente pela doutrina italiana – que operou uma separação dos conceitos de dano e de ilicitude –, que se volta à inibição ou à remoção de atos contrários ao Direito. Seu objetivo maior, portanto, é manter a harmonia e a integralidade do ordenamento jurídico. Exatamente por não levar em consideração

---

<sup>16</sup> Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Paraná. Membro pesquisador do NINC - Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Foi pesquisador-bolsista do Pibic - Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica/CNPq (2013-2015).

o dano, a tutela contra o ilícito pode ser utilizada como instrumento eficiente para fazer com que o Estado, antes de causar o dano, previna-o, a partir da imposição, ao Poder Público, de uma obrigação de fazer ou de não fazer que corrigirá a atitude ilícita e/ou antijurídica. Assim, os direitos dos cidadãos, bem como os de toda a coletividade, estarão de fato protegidos, não necessitando mais a sua violação para que se demande (judicial ou administrativamente) uma atuação do Estado.

**Palavras-chave:** responsabilidade civil do Estado; responsabilidade civil preventiva; prevenção de danos; tutela contra o ilícito; tutela inibitória.

# DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O DESAFIO DAS ESCOLHAS TRÁGICAS

MARCELLA CORDEIRO FERRAZ<sup>17</sup>

**Resumo:** Os critérios adotados por agentes administrativos na seleção das prioridades constitucionais, especialmente no que diz respeito aos direitos prestacionais do Estado, devem ser analisados com cautela, a fim de que o Estado possa assegurar à população o efetivo acesso aos direitos que sejam essenciais à vida com dignidade, sem extrapolar suas competências ou se escusar dessa tarefa constitucional. Assim, com base no direito fundamental à boa administração pública, é preciso estabelecer alguns limites de atuação ao agente público, não deixando a seu livre arbítrio a seleção dos direitos que serão efetivamente prestados à sociedade, na forma de políticas públicas. Deve-se, por outro lado, exigir a vinculação dos administradores públicos às prioridades estabelecidas constitucionalmente, analisando-se a finalidade almejada pelo legislador, além dos custos e benefícios jurídicos, econômicos e sociais decorrentes dessas escolhas. Assim, com base na revisão de literatura e na análise jurisprudencial, demonstrou-se necessária a atuação do órgão jurisdicional diante da omissão estatal ou da prática de atos em desconformidade com as regras e princípios constitucionais, exigindo-se da administração pública a implementação das políticas públicas necessárias e indispensáveis à dignidade da pessoa humana, tendo como parâmetro o mínimo existencial. Ademais, para que os direitos prestacionais alcancem a toda a sociedade, não se restringindo a um único setor ou a uma situação específica, é necessário que essa análise judicial seja universalizável, não criando políticas meramente aplicáveis aos casos levados à análise do Judiciário, mas sim cobrando da administração pública a prestação efetiva e eficaz dos direitos prestacionais constitucionalmente exigíveis, por meio de políticas públicas indistintamente aplicáveis a todos os que se encontrem em situações idênticas. Dessa forma, faz-se imprescindível a delimitação das competências e formas de atuação das funções executivas e judiciárias do Estado na implementação, aplicação e fiscalização

<sup>17</sup> Acadêmica de Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).

das políticas públicas, de forma a evitar ingerências ou arbitrariedades, mas garantindo a eficácia dos direitos prestacionais, que devem partir de uma análise detida do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana. Além disso, ressalta-se a importância de que se respeitem as limitações orçamentárias, devendo ser realizadas escolhas, inevitavelmente trágicas, para a prestação de direitos fundamentais na medida em que podem ser exigidos do Estado, aplicando-se a cláusula de reserva do possível quando houver irrazoabilidade do pedido e ausência de recursos financeiros estatais. Deverá o Judiciário, portanto, manter-se atento às restrições orçamentárias e à razoabilidade dos pedidos, a fim de não onerar excessivamente o Estado e prejudicar o acesso isonômico e universal de todos os indivíduos aos direitos prestacionais, evitando que as trágicas escolhas feitas pelos administradores públicos não culminem em resultados igualmente trágicos.

**Palavras-chave:** Discricionariedade administrativa; escolhas trágicas; direito fundamental à boa administração pública; mínimo existencial; reserva do possível.

# A TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR COMO ALTERNATIVA PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL: EXEMPLOS DE CURITIBA/PR E CASA DAS ROSAS/SP

MARIANA GRILLI BELINOTTE<sup>18</sup>

**Resumo:** O objetivo geral deste trabalho consiste em explorar o instrumento jurídico da transferência do direito de construir, conforme trazido pela Lei nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade – como forma de viabilizar a proteção do patrimônio histórico-cultural urbano, em oposição ou complemento a outros já conhecidos, como o tombamento, conforme sua utilização em situações concretas. Além disso, a presente pesquisa tem como objetivos específicos revisar a literatura de forma a 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, pela Lei municipal nº 9.725/94, e para a preservação do patrimônio histórico-cultural da cidade de Curitiba/PR, por meio das Leis municipais nº 6.337/1982 e nº 9.803/2000. A pesquisa consistiu na revisão bibliográfica da literatura sobre o tema proposto, com destaque às perspectivas do direito administrativo e direito urbanístico, e na análise documental das normas e dos instrumentos jurídicos de proteção ao patrimônio cultural existentes no ordenamento brasileiro e aplicados aos casos de Curitiba (PR) e do imóvel Casa das Rosas, em São Paulo (SP). Desta feita, percebeu-se a ausência de material publicado acerca do tema, em especial na área do direito, sendo a maior parte das publicações de áreas correlatas, como o urbanismo, a geografia, a história e a arquitetura. No campo jurídico, resta ainda muito a ser explorado futuramente, especialmente por tratar-se de questão relevante para o progresso e desenvolvimento do país, em relação ao urbanismo, proteção histórico-arquitetônica, turismo sustentável, entre outras aplicações. Alguns estudos e pesquisas têm demonstrado o potencial desse

<sup>18</sup> Graduanda pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo.

instrumento jurídico para efetivar a proteção aos imóveis urbanos de interesse cultural ou histórico no Brasil, alcançando situações em que o tombamento não é viável ou enfrenta demasiados obstáculos, por promover uma diminuição menor do direito de propriedade e oferecer vantagens como contrapartida pela preservação. Porém, conclui-se que ainda são poucos os estudos e as pesquisas que objetivam compreender como tem sido a aplicação desse instrumento nos municípios brasileiros, bem como as potencialidades dele para a efetivação da preservação com fins à proteção do patrimônio cultural urbano, e nesse sentido, justifica-se a continuidade de pesquisas que pretendem contribuir para compreensão crítica deste instrumento jurídico.

**Palavras-chave:** direito de construir; transferência; patrimônio cultural; conservação; direito urbanístico.

# AS QUARENTENAS PREVISTAS NA LEI ANTITRUSTE (LEI Nº 12.529/11) E NA LEI DE CONFLITO DE INTERESSES (LEI Nº 12.813/13) COMO INSTRUMENTOS PREVENTIVOS DE DANO POTENCIAL: ANÁLISE JURÍDICA E COMPARATIVA

MARIANA NASCIMENTO SILVEIRA<sup>19</sup>

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetos: o instituto da quarentena estabelecido pela Lei nº 12.529/11, que estabeleceu o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), em seu artigo 8º, ficando impedidos pelo período de 120 dias, contados a partir da data em que deixar o cargo, o Presidente e Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) representar qualquer pessoa, física ou jurídica, ou interesse perante o SBDC, ressalvada a defesa de direito próprio; a quarentena da Lei nº 12.813/2013, estabelecida do Conflito de Interesses, estando submetidos ao seu regime, os ocupante dos cargos: ministro de Estado; de natureza especial ou equivalente; de presidente, vice-presidente e diretor, ou equivalente, de autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista; e do Grupo-Direção e Assessoramento Superior (DAS), níveis 6 e 5 ou equivalentes. O objetivo é realizar uma análise jurídica dos institutos e das suas consequências, vantagens e desvantagens, além de um estudo comparativo entre ambas. Trata-se de um trabalho documental que busca analisar as informações contidas na doutrina e pareceres da Advocacia Geral da União sobre o tema. Será realizado levantamento bibliográfico e a abordagem dos dados será pelo método dedutivo e comparativo no estabelecimento de um paralelo entre as quarentenas acima descritas. Os resultados indicam que as punições dispostas em ambos os textos normativos são distintas; o pagamento de remuneração ao impedido de realizar determinada tarefa é visto de forma crítica pela doutrina; gera também reflexos na seara trabalhista, quando da aceitação por parte do futuro empregado que foi alvo de

<sup>19</sup> Graduanda na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo.



oferta de emprego “potencialmente lesivo” de trabalhar informalmente, o que dificultaria o controle da ocorrência de desrespeito à quarentena. Conclui-se que há necessidade de análise caso a caso da ocorrência de conflito de interesses, pois os casos são mutáveis, porém, deve-se ter uma normativa balizadora para os agentes agirem em conformidade com a lei, ou seja, para terem certa consciência de possível ocorrência de conflito entrando em contato com os órgãos competentes no caso de dúvidas, especificamente no caso previsto na Lei de Conflito de Interesses, questiona-se se não deveria ser aplicada aqui a remuneração prevista na Lei nº 12.529/11 no período de impedimento; já no caso específico do CADE, há necessidade clara da quarentena, para não ocorrer “vazamento” de informações estratégicas, cabendo, como já dito a remuneração do particular por esse impedimento.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo; direito concorrencial; agentes públicos; conflito de interesses; quarentena.

# O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DIVERGÊNCIA QUANTO À COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

PAULO VINICIUS LIEBL FERNANDES<sup>20</sup>

**Resumo:** Recentemente, o Supremo Tribunal Federal enfrentou controvérsia relativa à competência para o julgamento das contas em que o prefeito municipal aparece como o ordenador das despesas. Em síntese, os insurgentes questionaram a suprema corte brasileira se a decisão de Tribunal de Contas, que julgava irregulares as contas de gestão do Prefeito, seria definitiva e, portanto, levaria à inelegibilidade do ordenador das despesas, ou se a decisão da Corte de Contas teria caráter meramente consultivo, sendo de competência das Câmaras de Vereadores a palavra final sobre a legalidade das contas. A maioria dos ministros (6x5) compreendeu que, por força do artigo 31 da Constituição Federal, as contas de prefeito, tanto de governo quanto de gestão, submetem-se ao julgamento exclusivo da Câmara Municipal. Com isso, a Corte adotou o critério *ratione personae* para definir a competência para o julgamento das contas dos prefeitos. O presente estudo parte de uma visão crítica desse novo precedente do STF, objetivando averiguar, a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional, se o critério adotado pelo Supremo encontra respaldo na Constituição. Para atingir o objetivo elencado, a metodologia adotada foi o método dedutivo, o qual permitiu extrair, do exame das principais obras nacionais sobre a natureza e as funções dos Tribunais de Contas, as conclusões deste trabalho. A controvérsia do tema gira em torno das funções judicante e consultiva dos Tribunais de Contas. A função judicante atribui aos Tribunais de Contas a competência par julgar, de forma definitiva, as contas dos administradores e demais responsáveis por recursos, bens e valores públicos. Já a função consultiva se manifesta quando as Cortes de Contas analisam a prestação de contas anuais do governo e emitem um parecer prévio sobre a sua regularidade, com vistas a dar subsídio para a apreciação das contas pelos legisladores. Cada uma dessas funções tem um objeto de análise próprio. Enquanto a função judicante incide sobre atos mais técnicos,

<sup>20</sup> Graduando do 5º ano do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

relativos a gestão financeira, e promovidos por administradores ou responsáveis pelos bens e dinheiros públicos, a função consultiva recai sobre a prestação anual das contas, ato de cunho mais político em que os legisladores analisam a gestão financeira de forma ampla, em seu aspecto macro, mitigando a relevância de minúcias e aspectos formais. Dessa diferenciação, conclui-se que o critério que define se o Tribunal de Contas atuará como órgão julgante ou órgão coletivo na apreciação das contas é a natureza dos atos a que elas se referem, e não o cargo ocupado pelo ordenador das despesas. Portanto, a gestão municipal, por realizar atos de natureza administrativa – ordenador de despesas – e atos de natureza política – apresentação das contas anuais – deveria se submeter a dois tipos de julgamentos, um de cunho técnico-administrativo, a cargo do tribunal de contas, e outro de caráter político-administrativo, sob responsabilidade da Câmara de Vereadores. Todavia, a decisão do STF acabou por levar questões técnico-financeiras para a apreciação de uma câmara representativa regida pelas pressões políticas.

**Palavras-Chave:** Supremo Tribunal Federal; tribunal de contas; contas do prefeito; função julgante; função consultiva.

# DISCRIMINAÇÕES DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE EM LICITAÇÕES: FUNDAMENTOS E LICITAÇÕES EXCLUSIVAS

PAULO VICTOR BARBOSA RECCHIA<sup>21</sup>

**Resumo:** A Lei Complementar nº 123/06, conhecida como Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, traz medidas discriminatórias nos procedimentos licitatórios, como: comprovação diferida da regularidade fiscal, empate ficto, subcontratações e licitações exclusivas. Essas discriminações têm inspiração no direito norte-americano, tendo por base o *Small Business Act*. Pelo princípio do tratamento isonômico entre os licitantes, as discriminações parecem ser incompatíveis com o ordenamento jurídico. Todavia, essas desigualações têm razão de existência, incluindo-se em novo ramo de estudo: o Direito Administrativo Inclusivo. Este trabalho objetiva analisar, sobretudo a partir do método dedutivo no uso da bibliografia e apresentação de dados numéricos, os fundamentos das discriminações, sob os aspectos fáticos que as justificam, no âmbito político-social e econômico, bem como uma análise dos mecanismos em espécie. Como trata-se de uma pesquisa em estágio inicial, apenas se apresentará o mecanismo das licitações exclusivas. As empresas de menor porte apresentam-se como importantes geradoras de riquezas com crescente participação na economia. Dessa forma, são grandes produtoras de externalidades positivas e merecem atuação do Estado por meio do fomento. Além disso, estimular microempresas é atomizar o mercado e, conseqüentemente, promover a defesa da concorrência, valor fundamental para a manutenção de um mercado saudável. A vantagem de um mercado pulverizado revela-se em quanto maior for a quantidade de *players* no mercado, visto que se amplia a competitividade e diminui, também, a possibilidade de abuso de poder econômico. A concorrência é essencial para o consumidor, já que permite o melhor preço e um produto de melhor qualidade. Além do que, estimular os empreendimentos de menor porte faz

---

<sup>21</sup> Graduando pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

com que eles se mantenham no mercado e perpetuem o ciclo de uma concorrência saudável. No aspecto social, esses empreendimentos servem como importante fonte de empregos para camadas menos favorecidas da sociedade, o que acaba por promover a inclusão na cadeia de consumo e outros direitos sociais, como saúde e educação, resultando no desenvolvimento sustentável. Há, dessa forma, uma mudança estrutural na distribuição de renda. Por fim, analisou-se o mecanismo das licitações exclusivas e os requisitos para a aplicação do instituto, tais como o valor do certame, a presença de, no mínimo, três competidores, a busca pela proposta vantajosa e a obrigatoriedade da realização de certame exclusivo para valores nos quais geralmente haveria dispensa da licitação. Entende-se que o mecanismo busca equilibrar a estrutura tríplice dos objetivos dos processos licitatórios, sendo estes o desenvolvimento nacional sustentável, a busca pela proposta mais vantajosa e o tratamento isonômico entre os concorrentes.

**Palavras-chave:** Discriminações; licitações; fundamentos; desenvolvimento; licitações exclusivas.

# UBER E SERVIÇOS DE TÁXI NO BRASIL

THAÍS AMARAL DOURADO<sup>22</sup>

**Resumo:** Na ordenação das cidades modernas contemporâneas o transporte individual remunerado de passageiros, monopolizado até então pelo modal táxi, vem sendo desafiado pelo *Uber* e por outras novas modalidades de transporte, o que exige uma revisão estrutural da forma como a mobilidade urbana historicamente concebeu o transporte individual remunerado de passageiros, com importantes reflexos em seu modelo regulatório. Assim, com vistas a compreender o regime jurídico aplicado e aplicável aos serviços de táxi e aos prestados sob o modelo *Uber* neste país, bem como a contribuir para a compreensão dos aspectos de Direito Público também para outros aplicativos semelhantes que já surgiram e/ou ainda surgirão, tais modalidades de transporte individual de passageiros foram analisadas à luz dos institutos dos serviços públicos e do poder de polícia em Direito Administrativo, a partir da integração material de ambos, defendida por Marçal Justen Filho. No trabalho em questão, foi empregado o método de pesquisa qualitativa, documental e bibliográfica, por meio de análises doutrinárias, jurisprudenciais, legislativas e de pareceres acerca do tema, dentre outras fontes. Tal literatura foi apreciada de forma comparativa quanto aos diferentes posicionamentos a respeito da natureza do *Uber* e dos serviços de táxi no Brasil, partindo-se de argumentos gerais para argumentos específicos, tendo sido utilizado também o método dedutivo. Como resultado, encontrou-se que a Lei nº 12.587/2012, alterada pela Lei nº 12.865/13, define os serviços de táxi como serviços de utilidade pública. Contudo, há julgados e leis municipais que consideram táxi como serviço público. Eles atêm-se especialmente a atributos formais, destacadamente a necessidade de licitação enquanto processo isonômico para escolha dos particulares que poderão explorar uma atividade econômica regulada. Entretanto, materialmente os serviços de táxi não são serviços públicos e entende-se que é a análise a partir desse critério que deve prosperar. Depreendeu-se, enfim, ser necessária a liberalização dos serviços de táxi, já que não há justificativa estrita e proporcional que fundamente o monopólio e

---

<sup>22</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Goiás.

a regulação política deles. Em relação às atividades sob o modelo *Uber*, constatou-se que se enquadram no conceito de transporte individual privado de passageiros, atividade econômica comum, não se qualificando, destarte, como serviço público, tanto por não haver disposição legal que assim determine, quanto por não visar atender uma necessidade essencial e por não possuir regime jurídico publicístico. Apesar disso, como na maioria das atividades econômicas tipicamente privadas, é possível e desejável que existam instrumentos públicos de controle de funcionamento das atividades prestadas pelos motoristas cadastrados no *Uber*. A regulação estatal e as restrições de poder de polícia impostas devem, no entanto, ser proporcionais e justificadas sob a égide do interesse público e aplicadas à medida da necessidade e eficácia, buscando o melhor interesse dos cidadãos.

**Palavras-chave:** Serviço público; poder de polícia; mobilidade urbana; *uber*; táxi.

# O PRAZO PRESCRICIONAL PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM FACE DO PARTICULAR NO ATO IMPROBO COM PLURALIDADE DE AGENTES E DE PRAZOS

VANESSA ARAUJO DE MEDEIROS<sup>23</sup>

**Resumo:** A Lei nº 8.429/92 determina as sanções a serem aplicadas aos agentes que praticam ato improbo, bem como fixa os prazos prescricionais para o ajuizamento da Ação de Improbidade, os quais variam conforme a natureza do vínculo do agente. Para o temporário, o prazo prescricional tem início no primeiro dia após a extinção do vínculo, enquanto para o ocupante de cargo permanente, a partir da data em que o fato se tornou público. Ao particular, aplica-se o mesmo prazo prescricional do agente público que concorreu para o ato e que com ele responde pela improbidade. Havendo concurso entre particular e diversos agentes com igual data de extinção do vínculo administrativo, incontroverso que àquele aplicar-se-á o mesmo prazo prescricional destes. Contudo, havendo concurso entre particular e agentes com diferentes datas de encerramento do vínculo, questiona-se o 'dies a quo' do prazo aplicável àquele particular, pois, para cada agente público haverá um termo inicial do prazo prescricional diferente. Determinar a natureza jurídica das sanções previstas no art. 12 da LIA é relevante para dirimir o questionamento acerca do marco inicial para contagem do prazo prescricional ao particular que pratica o ato improbo em concurso com agentes que possuem vínculos de natureza distinta e com diferentes datas de extinção. Sedimentado que o prazo prescricional para a propositura da Ação de Improbidade contra o particular é o mesmo dos agentes corréus, poder-se-ia acolher, indistintamente, a tese do prazo mais benéfico ao acusado (data do desligamento do primeiro agente) ou a tese do prazo mais amplo, garantindo maior eficácia punitiva à lei (data do desligamento do último agente).

---

<sup>23</sup> Advogada. Graduada pelo Centro Universitário de João Pessoa. Especialista em Direito Processual Civil e Direito Previdenciário.



Quando se reconhece que as sanções impostas pela lei têm natureza sancionatória, ante a existência de dúvida objetiva sobre o termo inicial do prazo prescricional deve ser aplicada a tese mais favorável aos particulares, prevalecendo o princípio do *in dubio pro reo*, pois, embora sedimentado que a Ação de Improbidade tem natureza de ação civil, as sanções que dela decorrem seriam eminentemente punitivas, do que decorre o dever de adotar a interpretação mais favorável aos particulares, devendo ser considerada para estes a data de encerramento do vínculo do primeiro agente. No entanto, partindo da premissa que, determinada a natureza civil da ação de improbidade, as sanções que dela decorrem teriam a mesma natureza, ao particular aplicar-se-ia o prazo prescricional mais longo, ante o bem jurídico tutelado pela lei e em estima ao elevado interesse público que se visa proteger com a ação. O STJ, na busca pela repressão aos atos de improbidade administrativa, em decisão isolada, afirmou que, na hipótese de concurso de agentes, o termo inicial do prazo prescricional contar-se-ia a partir da data do desligamento do último acusado que concorreu para o ato, o que pode implicar em afronta à literalidade do art. 23 da Lei nº 8.429/92, pois coloca em igualdade o que a própria lei cuida de distinguir, na medida em fixa ‘dies a quo’ do prazo prescricional distintos para os agentes públicos, em para o temporário e outro para o permanente.

**Palavras-chave:** Improbidade administrativa; prescrição; pluralidade de agentes; sanções; natureza jurídica.

# A APLICABILIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 59/2009 NAS INSTITUIÇÕES ESCOLARES MUNICIPAIS DA COMARCA DE PONTA GROSSA/PARANÁ: O ENSINO OBRIGATÓRIO A PARTIR DOS QUATRO ANOS DE IDADE

VANESSA CAVALARI CALIXTO<sup>24</sup>

**Resumo:** O presente estudo objetiva demonstrar a efetividade do trabalho desenvolvido pela Secretaria Municipal de Educação (2013-2016) da comarca de Ponta Grossa/Paraná, no tocante a aplicabilidade do artigo 208, I (EC nº 59/2009) da Constituição Federal de 1988, relativo a inserção de todas as crianças no ensino regular a partir dos quatro anos de idade; bem como a implantação da Lei nº 13.005/2014, no tocante a Meta 01, que universaliza, até 2016, a Educação Infantil na pré-escola para todas as crianças de 4 (quatro) e 5 (cinco) anos. A inclusão de crianças mais novas na escola obrigatória, exige investimentos na formação de professores, tanto na formação básica quanto continuada, na organização da escola, ampliação e adequação de espaços físicos, materiais e pedagógicos. Exige investir na melhoria de condições de trabalho dos docentes, tendo um tratamento político, administrativo e pedagógico. Assim, o processo para a adequação da legislação, ao contexto do município, não se subordina a razões de puro pragmatismo governamental, mas ao objetivo principal dessa gestão, que é implementar uma educação pública de qualidade, como direito de toda a criança, pois ela é a prioridade. A educação é o principal instrumento na luta a favor das desigualdades e das discriminações sociais. Há um reconhecimento da criança como um sujeito social e histórico, detentora de direitos sociais. Atualmente, existem 6.865 (seis mil, oitocentos e sessenta e cinco) alunos efetivos nas unidades escolares municipais e

---

<sup>24</sup> Professora de Direito Administrativo da Faculdade Secal. Assessora Jurídica da Secretaria Municipal de Educação de Ponta Grossa/PR. Pós-graduada em Gestão Pública Municipal (UEPG) Gestão de Recursos Humanos (PUC/PR).

382 (trezentos e oitenta e dois) alunos efetivos nas unidades escolares conveniadas ao município, compreendidos na faixa etária entre quatro e cinco anos de idade. Não há nenhuma criança, nessa faixa etária, fora da escola. A cidade, hoje, possui 46 (quarenta e seis) Centros Municipais de Educação Infantil (período integral) e 85 (oitenta e cinco) Escolas Municipais, sendo que dentre essas, 41 (quarenta e uma) são de tempo de período integral. Vale destacar a evolução no âmbito educacional que o município passa. Destaca-se a inserção de um projeto educativo que promove o desenvolvimento das potencialidades da criança e contribua para uma participação efetiva na sociedade, desde os quatro anos de idade. É pertinente ressaltar, que a educação é a maior política social de um governante e que escola pública de qualidade, está voltada para a infância. O desenvolvimento do presente trabalho é de cunho bibliográfico, constituído de livros, artigos científicos e as legislações vigentes, seu conteúdo será desenvolvido com estudo qualitativo, caracterizado pelos seus atributos, relaciona aspectos não somente mensuráveis, mas também definidos por meio de uma descrição analítica. O método a ser aplicado é indutivo, observa os casos concretos e confirmados diante de tal realidade.

**Palavras-chave:** Educação; administração pública; direito social; Constituição Federal; criança.





PARTE V

APÊNDICES





## CARTA DE NATAL

Os juspublicistas reunidos no XXX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo em Natal, entre os dias 28 e 30 de novembro de 2016, em ambiente de amplo pluralismo de ideias, refletiram a respeito dos mais prementes assuntos da contemporaneidade e chegaram às seguintes conclusões:

1. É preciso defender reiteradamente a Constituição Federal de 1988, bem como a suas instituições e os direitos fundamentais, inclusive quanto às atividades de combate a imoralidade administrativa. Os aprimoramentos a serem realizados no ordenamento e na estrutura administrativa não podem ofender os princípios da Constituição e devem servir à realização dos objetivos da República e à promoção de uma sociedade livre, justa e solidária.
2. Não é necessário reformar a atual Constituição, mas sim adaptar o Estado e a Administração às promessas constitucionais. É preciso respeitar o Direito positivo e não degenerar o desenho constitucional do Estado Democrático e Social de Direito. O Poder Judiciário não pode invadir o espaço de decisão dos demais poderes, mas deve proteger as minorias.
3. A corrupção, agora visível e combatida, não é exclusiva da esfera pública e a incorporação dos valores republicanos demanda uma educação para o respeito às coisas públicas desde o ensino básico; para o exercício da função pública, são também importantes as escolas de governo. Mudanças normativas serão insuficientes sem a modificação da cultura dos cidadãos e das entidades privadas.
4. As decisões administrativas devem ser controláveis desde sua formulação para evitar motivação meramente simbólica e a atuação do Poder Público deve considerar seu impacto social.
5. As prerrogativas dos agentes públicos são justificáveis apenas a partir de sua função no Estado brasileiro e devem respeitar os comandos constitucionais.

Não se pode admitir privilégios – ainda que travestidos de vantagens ou indenizações – criando categorias distintas de agentes públicos.

6. É preciso valorizar a advocacia pública e respeitar as prerrogativas dos advogados.
7. Nas parcerias, o Estado deve realizar planejamento mais adequado, criando políticas públicas que sejam estáveis. Ao mesmo tempo, deverá buscar o fortalecimento das entidades parceiras na execução de atividades sociais, que atuarão com transparência e sob fiscalização e controle. A transferência de deveres estatais para a esfera privada não pode significar a perda de qualidade na prestação dos serviços públicos e demanda controle externo.
8. O combate à corrupção e às ofensas ao interesse público exige a aplicação adequada das leis já existentes, bem como devem ser desenvolvidas estratégias preventivas às práticas ilícitas.
9. Demanda-se ainda, o aperfeiçoamento da regulação das relações entre Administração e entidade privada e a efetividade do controle externo e do controle interno, inclusive com controladorias cada vez mais independentes.
10. Os novos serviços tecnológicos necessitam de regulação estatal específica, e de preferência preventiva, que enquadre as inovações em um quadro normativo garantidor de segurança jurídica e eficiência.
11. Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecidos pela Constituição e intangíveis ao poder de reforma, não permitem que os direitos fundamentais sejam relativizados em nome do equilíbrio fiscal. As políticas públicas sociais não podem ter seus investimentos reduzidos paulatinamente por uma política de austeridade que vincula governos futuros e impede decisões políticas voltadas à inclusão social e ao cumprimento da Constituição. O equilíbrio dos gastos públicos deve ser buscado por cortes em áreas não prioritárias e na rigorosa observância dos limites remuneratórios dos servidores públicos.
12. Em nome da moralidade e da legalidade, o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo atuará fortemente na defesa da Constituição, dos direitos sociais e das garantias constitucionais, contra a anistia de ilícitos eleitorais



como o caixa dois, contra a flexibilização do devido processo legal, contra medidas que ofendam direitos individuais, contra emendas constitucionais incompatíveis com as cláusulas pétreas, contra o desmonte dos serviços públicos, contra benefícios indevidos de agentes públicos e contra tentativa de restringir a liberdade de expressão e da liberdade de cátedra com a manutenção da discriminação de gênero.

Em suma, o IBDA continuará firme na defesa dos princípios do Estado Democrático e Social de Direito constantes na constituição de 1988.

**André Luiz Freire**  
**Eneida Desiree Salgado**  
**Leonardo Braz**  
Comissão relatora

## COORDENAÇÃO DO EVENTO

### **Presidência do Congresso:**

Valmir Pontes Filho (CE)

### **Coordenação Executiva:**

Fabício Motta (GO)

Emerson Gabardo (PR)

### **Comissão do Concurso de Artigos Jurídicos Prêmio “Valmir Pontes”**

**Presidente:** Maria Cristina Dourado (PA)

#### **Membros:**

Marcelo Harger (SC)

Ricardo Duarte Jr (RN)

Rodrigo Pironti Aguirre de Castro (PR)

Yara Martinez de Carvalho Stroppa (SP)

### **Comissão da Sessão de Apresentação de Experiências Inovadoras em Gestão Pública**

**Presidente:** Irene Patrícia Nohara (SP)

#### **Membros:**

Fábio Sarinho (RN)

José Marcelo Ferreira Costa (RN)

Ligia Melo de Casimiro (CE)

Luciano Silva Costa Ramos (RN)

### **Comissão da Sessão de Teses e Comunicados Científicos**

**Presidente:** Daniel Wunder Hachem (PR)

#### **Membros:**

Adriana da Costa Ricardo Schier (PR)

Maria Fernanda Pires (MG)

Mariana de Siqueira (RN)

Karoline Marinho (RN)

### **Comissão Científica:**

André Luiz Freire (SP)

Eneida Desiree Salgado (PR)

Leonardo Braz (RN)

## PROGRAMAÇÃO DO EVENTO

28 – Segunda Feira

8h00 – Credenciamento

9h00 – Abertura Oficial

Valmir Pontes Filho (CE)

Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA

Romeu Felipe Bacellar Filho (PR)

Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA

Vladimir da Rocha França (RN)

Presidente do Instituto de Direito Administrativo Seabra Fagundes – IDASF

\*Demais autoridades presentes

10h00 – Mesa Especial de Abertura: Escolhas públicas no Direito brasileiro: entre a razão e a emoção

**Presidência de Mesa:** Tatiana Mendes Cunha (RN)

**Palestrantes:**

José dos Santos Carvalho Filho (RJ)

Juarez Freitas (RS)

Márcio Cammarosano (SP)

Silvio Luis Ferreira da Rocha (SP)

12h00 - Intervalo para o almoço

14h00 – 1º Paineis – Eficiência no combate à corrupção: as reformas necessárias no regime de contratações públicas

**Mediador:**

Edilson Pereira Nobre (PE)

**Debatedores:**

Cristiana Fortini (MG)

Edgar Guimarães (PR)

Thiago Marrara (SP)

15h30 – Intervalo para café e lançamento de livros

16h00 – 2º Painel – Direitos, deveres e responsabilidades dos agentes públicos do Executivo, Legislativo e Judiciário – prerrogativas e privilégios

**Mediador:**

Florivaldo Dutra de Araújo (MG)

**Debatedores:**

Carolina Zancaner Zockun (SP)

João Batista Gomes Moreira (DF)

Raquel Dias da Silveira (PR)

17h30 – Assembleia Geral IBDA

Dia 29 – Terça Feira

8h30 – 3º Painel – Convênios e demais parcerias com o terceiro setor: possibilidades e controles administrativos e judiciais

**Mediador:**

Joel de Menezes Niebuhr (SC)

**Debatedores:**

Carlos Ari Sundfeld (SP)

Luciano Ferraz (MG)

Paulo Modesto (BA)

10h00 – 4º Painel – Sanções às pessoas jurídicas: as leis de improbidade administrativa, a lei anticorrupção empresarial e os acordos de leniência

**Mediador:**

Lígia Melo de Casimiro (CE)

**Debatedores:**

Daniel Ferreira (PR)

Flávio Henrique Unes Pereira (DF)

Rogério Gesta Leal (RS)

12h00 – Intervalo para almoço

14h00 – 5º Painel – Serviços públicos, delegação, concessões e permissões: entre eficiência, legalidade e moralidade nos vínculos público-privados

**Mediador:** Francisco Taveira Neto (GO)

**Debatedores:**

Clóvis Beznos (SP)

Eurico Bitencourt Neto (MG)

Rodrigo Valgas dos Santos (SC)

15h30 – Intervalo para café e lançamento de livros

16h00 – Painel Especial

**Presidência de Mesa:** Jader Ferreira Guimarães (ES)

**Ativismo Judicial no Direito Administrativo: pontos positivos e negativos**

Clèmerson Merlin Clève (PR)

**Serviços públicos e os diferentes regimes de prestação**

Dinorá Adelaide Musetti Grotti (SP)

**Regime de pessoal na Administração pública: o futuro do concurso público**

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (SP)

17h30 – Entrega do Prêmio “Valmir Pontes” do Concurso de Artigos Jurídicos

Apresentação do vencedor do Fórum de Boas Práticas e de Inovação em Gestão Pública

Dia 30 – Quarta Feira

8h30 – 6º Painel – Relacionamento entre entidades federativas: instrumentos administrativos de gestão, competências e controles recíprocos

**Mediadora:** Raquel Melo Urbano de Carvalho (MG)

**Debatedores:**

Adilson Abreu Dallari (SP)

Júlio César dos Santos Esteves (MG)

Paulo Motta (PR)

10h00 – 7º Painel – Políticas públicas, ações afirmativas e intervenção social do Estado: entre liberdade, solidariedade e alteridade

**Mediador:** Ricardo Marcondes Martins (SP)

**Debatedores:**

Rafael Valim (SP)

Regina Ferrari (PR)

Weida Zancaner (SP)

12h00 – Intervalo para almoço

14h00 – 8º Painel – Intervenções do Estado na economia e inovação: os casos do Uber, Whatsapp e outras questões da atualidade

**Mediador:** Alcimor Rocha Neto (CE)

**Debatedores:**

Marçal Justen Filho (PR)

Maurício Zockun (SP)

Sérgio de Andrea Ferreira (RJ)

15h30 - Conferência de Encerramento

Presidente: Pedro Paulo de Almeida Dutra (MG)

**Equilíbrio Federativo e realização dos objetivos da República**

Celso Antônio Bandeira de Mello (SP)

16h30 – “Leitura e Aprovação da “Carta de Natal”

Mesa de encerramento

Marcello Terto e Silva (GO)

Presidente da Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do DF - Anape

Valmir Pontes Filho (CE)

Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA

Vladimir da Rocha França (RN)

Presidente do Instituto de Direito Administrativo Seabra Fagundes - IDASF



---

Este livro foi composto nas tipologias ITC Giovanni e Swiss,  
impresso em cartão 250 g e papel pólen 70g certificados,  
provenientes de florestas que foram plantadas para este fim, e  
produzido com respeito às pessoas e ao meio ambiente.

---

Publique seu livro. Viabilizamos seu projeto cultural!

Visite nossa home page:

**[www.ithala.com.br](http://www.ithala.com.br)**



O presente livro, coordenado pelo IBDA, é fruto das atividades realizadas no XXX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. O evento foi realizado em 2016, na cidade de Natal/RN, e contou com a presença de mais de 60 renomados juristas, além dos apresentadores de comunicados científicos – cujos resumos compõem o livro. Mereceram destaque também nesta edição os melhores artigos participantes do concurso em homenagem ao “Professor Valmir Pontes”. Trata-se de uma obra de inegável valor acadêmico, bem como um verdadeiro marco histórico das mais prementes discussões da atualidade no Direito Administrativo brasileiro. Parabéns à Editora Íthala, por mais esta memorável publicação.

## COORDENADORES:

### **VALMIR PONTES FILHO**

Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - Gestão 2014-2016. Professor da Universidade Federal do Ceará e da UNIFOR – aposentado.

### **FABRÍCIO MOTTA**

Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal de Goiás. Doutor em Direito do Estado (USP). Mestre em Direito Administrativo (UFMG). Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA. Procurador do Ministério Público de Contas – TCMGO.

### **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.

Adriana da Costa Ricardo Schier  
Alexandre Godoy Dotta  
Amanda de Sousa Lopes  
André Simionato Castro  
Ariane Shermam Morais Vieira  
Bruno Guimarães Bianchi  
Carolina Barbosa Rios  
Carolina Braglia Aloise Bertazolli  
Carolina Merida  
Carolina Silva Campos  
Celso de Almeida Afonso Neto  
Cristiana Fortini  
Dinorá Adelaide Musetti Grotti  
Edgar Guimarães  
Eduardo Legat Rodrigues  
Emerson Gabardo  
Fabrício Motta  
Fernando Menegat  
Francisco Elielson Sousa Oliveira  
Gabriela Maria de Santana Gonçalves  
Gabriela Salazar Silva Pinto  
Isabella Karollina da Silva  
Jamil Gonçalves do Nascimento Junior

Jesus Pacheco Simões  
Joaquim Antônio Murta Oliveira Pereira  
José dos Santos Carvalho Filho  
Júlio César Souza dos Santos  
Lígia Maria Silva Melo de Casimiro  
Luasses Gonçalves dos Santos  
Lucas Medeiros Gomes  
Luiz Alberto Blanchet  
Luzardo Faria  
Marcella Cordeiro Ferraz  
Marcio Roberto Chaves  
Mariana Grilli Belinotte  
Mariana Nascimento Silveira  
Paulo Victor Barbosa Recchia  
Paulo Vinicius Liebl Fernandes  
Pedro Cavalcanti Bandeira  
Rodrigo Pironti Aguirre de Castro  
Thaís Amaral Dourado  
Thiago Marrara  
Valmir Pontes Filho  
Vanessa Araujo de Medeiros  
Vanessa Cavalari Calixto  
Vladimir da Rocha França

